

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS
RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL
ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO.**

MARIO RODOLFO BRAHAM QUIÑONEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS
RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL
ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por:

MARIO RODOLFO BRAHAM QUIÑONEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXÁMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado
Vocal: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Secretaria: Licda. Norma Gonzáles Dubon

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Vocal: Lic. Carlos Humberto Mancio Betancur
Secretaria: Lic. Juan Ramírez Toledo Álvarez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

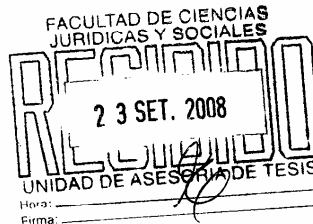
**LIC. MARIO STUARDO CASTAÑEDA Y CASTAÑEDA.
ABOGADO Y NOTARIO.**



Guatemala, 08 de septiembre de 2008.

Licenciado:

**Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Presente.**



Distinguido Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que, en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis de fecha veinticuatro de julio del dos mil ocho, en donde se me nombra como Asesor de Tesis del Bachiller **MARIO RODOLFO BRAHAM QUIÑONEZ**, intitulada **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO"**. Para el efecto hago constar, que el sustentante tomó en cuenta las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación, asimismo, realizó las investigaciones y correcciones que en el desarrollo de la investigación se formularon, obteniendo con ello una investigación de suma importancia para la sociedad guatemalteca.

El contenido del trabajo que investiga es de carácter jurídico, en el cual se desarrolla lo concerniente al estudio del Derecho Penal.

El Trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; se realizó con los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo, que las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución al estudio del análisis jurídico de Ley de Telecomunicaciones y la Ley de Radiocomunicaciones.

Así mismo procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y de fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación, por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y en especial el Artículo 32, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Con las muestras de mi respeto soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente:

**Lic. MARIO STUARDO CASTAÑEDA Y CASTAÑEDA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 7430**

8ª. Avenida "D" 18-35, Colonia 1º. De Julio, Zona 5, Mixco, Guatemala.

**LIC. MARIO STUARDO CASTAÑEDA Y CASTAÑEDA
ABOGADO Y NOTARIO**

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MYNOR ALBERTO MELGAR VALENZUELA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARIO RODOLFO BRAHAM QUIÑONEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO".

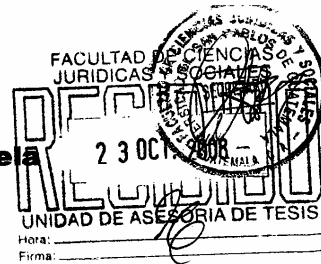
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Lic. Mynor Alberto Melgar Valenzuela
Abogado y Notario
2da. Avenida 8-39 zona 12, Guatemala, ciudad
Tel.: 24490734.



Guatemala, 13 de octubre de 2008.

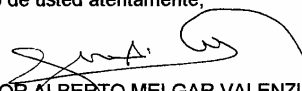
SEÑOR JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
PRESENTE.

En atención a la providencia emanada de esa Jefatura, el día veintinueve de septiembre de dos mil ocho, por medio de la cual se me nombró Revisor del trabajo de tesis intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO", elaborado por el Bachiller Mario Rodolfo Braham Quiñonez, de manera atenta a usted comunico:

Que comparto: a) La opinión favorable del Asesor de tesis, en cuanto a que el trabajo lo realizó con un excelente contenido técnico, científico y la metodología adecuada basada en el uso del método científico, utilizando las técnicas de investigación documental, bibliográfica y la observación, para la presentación de dicha tesis ante su Jefatura; b) También la opinión en cuanto a que en dicho trabajo de investigación científica se utilizó una redacción clara en una forma práctica para una fácil comprensión del lector; en su elaboración se observó que se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales y los métodos y técnicas propuestos en el plan de investigación científico, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta, tanto por autoridades, legisladores, estudiosos del derecho y población en general; c) Opino favorablemente en cuanto a que dicho trabajo es de trascendental importancia dentro del ámbito en el que se realizó la investigación, por lo que a la vez recomiendo como Revisor del trabajo de investigación, que el mismo quede definitivamente titulado como: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO". En vista de lo anteriormente expuesto, es para mí entera satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó, poniendo de conocimiento a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que este trabajo se desarrolló con el diseño jurídico apropiado al tema.

Por lo antes manifestado, emito Dictamen Favorable del trabajo de tesis del Bachiller Mario Rodolfo Braham Quiñonez, pues considero que el trabajo de investigación desarrollado llena los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y solicito se prosiga con la gestión administrativa correspondiente.

Sin otro particular me suscribo de usted atentamente,


LIC. MYNOR ALBERTO MELGAR VALENZUELA
COLEGIADO 3,954
"ID Y ENSEÑADO A TODOS"



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARIO RODOLFO BRAHAM QUIÑONEZ, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL USO ILEGAL DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/silh



DEDICATORIA

A DIOS: Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, a quien doy infinitas gracias.

A MIS PADRES: **Edwin Horacio Braham Ovalle y Vilma Angélica Quiñónez Salam de Braham**, por ser el pilar fundamental para que yo pudiera lograr alcanzar mis metas y a quienes dedico este acto, esperando que se sientan orgullosos del logro que he alcanzado con sus sabios consejos; que Dios los bendiga.

A MIS HIJOS: **Geoldie Nicole, Mario Ernesto y Marjorie Stephania.**
La razón de mi vida, deseo que cual estrella brillen con su propia luz.

A MIS HERMANOS: **Francisco Raúl, Edwin Horacio, Carlos Francisco, Edgar Arturo, Leslie Sussette y María de los Ángeles,** esperando les sirva de ejemplo lo que he logrado y los incentive a seguir adelante en sus metas.

A TODOS MIS FAMILIARES: Por todo su apoyo y su cariño sin límites.

A MI ASESOR Y REVISOR: Por el tiempo que han dedicado para la culminación de la presente tesis.

A LOS

PROFESIONALES:

Arimé de Pinto, Maribel Solares, Mario Castañeda, Rolando Rodenas y Xavier Jiménez a quienes les doy un agradecimiento muy especial por todo el apoyo recibido a lo largo de mi preparación académica, deseándoles que Dios bendiga su vida y profesión.

A MIS AMIGOS:

Quienes me acompañaron a lo largo de mi preparación académica y que hicieron grato el camino de aprendizaje. Gracias por compartir sus conocimientos y su amistad.

A:

La gloriosa y alma máter **UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, centro de estudios, donde realicé mis sueños y forjadora de los mejores profesionales en el país; en especial a la **FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**, que hoy me honra con tan preciado galardón, a quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

A MI PATRIA

GUATEMALA:

Tierra bendita y divina.

A USTED:

Por su presencia

ÍNDICE		Pág.
Introducción.....		i
 CAPÍTULO I 		
1. Teoría del delito.....		1
1.1. Definición.....		1
1.2. Naturaleza jurídica.....		3
1.3. Elementos característicos del delito.....		6
1.3.1. Elementos del delito.....		6
1.3.1.1. La acción o conducta humana.....		7
1.3.1.2. Tipicidad.....		17
1.3.1.3. La antijuridicidad o antijuricidad:.....		28
1.3.1.4. La culpabilidad.....		37
1.3.1.5. La imputabilidad.....		45
1.3.1.6. La Punibilidad.....		48
1.4. Sujetos, objetos y bien jurídico tutelado en el delito.....		50
1.4.1. Los sujetos.....		50
1.4.1.1. Sujeto activo.....		50
1.4.1.2. El sujeto pasivo del delito.....		50
1.4.2. El objeto del delito.....		50
1.4.3. El bien jurídico tutelado en el delito.....		51
1.5. La participación en el delito.....		51
1.5.1. Autoría directa y autoría mediata.....		51
1.5.2. Diferencias entre autoría y participación:.....		52

	Pág.
1.5.3. La complicidad.....	54
CAPÍTULO II	
2. Aspectos técnicos del espectro radioeléctrico.....	55
2.1. Antecedentes.....	55
2.2. Conceptos básicos de las ondas.....	56
2.2.1. Formación de la onda electromagnética.....	57
2.2.2. Emisión de la onda electromagnética.....	59
2.3. Definición.....	60
2.4. Naturaleza jurídica.....	62
2.5. Clasificación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico.....	63
2.5.1. Bandas de frecuencias para radioaficionados.....	63
2.5.2. Bandas de frecuencias reservadas.....	63
2.5.3. Bandas de frecuencias reguladas.....	63
2.6. Características del espectro radioeléctrico.....	63
2.7. Elementos de las ondas radioeléctricas.....	64
2.8. Sistemas de explotación de las bandas de frecuencias.....	65
2.8.1. Sistema de concesión administrativa.....	65
2.8.2. El sistema de usufructo de bandas de frecuencia.....	67
2.9. Geográficamente como se encuentra distribuida las frecuencias radioeléctricas dadas en usufructo:.....	70

CAPÍTULO III

3. La radiodifusión y la forma en que se administra en Guatemala.....	73
3.1. Antecedentes.....	73
3.2. Procedimiento administrativo para la adquisición de las frecuencias radioeléctricas.....	77
3.3. Usufructo de bandas de frecuencias.....	81
3.3.1. Elementos de usufructo de bandas de frecuencia.....	81
3.3.2. Constitución del usufructo de bandas de frecuencia.....	82
3.3.3. Plazo de usufructo de bandas de frecuencia.....	83
3.3.4. Enajenación y arrendamiento del usufructo de bandas de frecuencias.....	84
3.3.5. Modo de extinguirse el usufructo de bandas de frecuencias.....	86
3.4. Instituciones encargadas de su administración.....	87
3.4.1. Superintendencia de Telecomunicaciones.....	87
3.4.2. Dirección General de Radiodifusión y televisión Nacional.....	88
3.5. Unión Internacional de Telecomunicaciones.....	89
3.5.1. Antecedentes históricos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.....	89
3.5.2. Fines de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.....	91

	Pág.
3.5.3. Organización Interna de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.....	93
3.5.4. Otras instituciones internacionales.....	94
CAPÍTULO IV.	
4. Marco jurídico de la radiodifusión en Guatemala.....	97
4.1. Antecedentes.....	97
4.2. Definición.....	100
4.3. Legislación internacional multilateral universal.....	101
4.4. Tratados internacionales.....	102
4.5. Protección constitucional de las frecuencias radioeléctricas en otros estados.....	103
CAPÍTULO V.	
5. Protección administrativa, penal y constitucional de las telecomunicaciones en Guatemala.....	107
5.1. Definición.....	107
5.2. Consecuencias.....	108
5.2.1. Jurídicas.....	108
5.2.1.1. Marco constitucional.....	108
5.2.1.2. Marco penal.....	109
5.2.1.3. Marco administrativo.....	112
5.2.1.4. Marco civil.....	113
5.2.2. Económicas.....	117

	Pág.
5.2.3. Sociales.....	117
CONCLUSIONES.....	119
RECOMENDACIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	123

INTRODUCCIÓN:

Las frecuencias radioeléctricas, es un tema, no muy común entre la sociedad guatemalteca, según lo establece el Artículo 121 literal h), de la Constitución Política de la República de Guatemala, estas son propiedad del Estado y regulado de forma especial por la Ley General de Telecomunicaciones Decreto 94-96 y sus Reformas, la Ley de Radiodifusión Decreto – Ley 433 y sus reformas y la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, ratificada por el Estado de Guatemala el seis de junio de 1983, por el Decreto – Ley 60-83.

La investigación se orienta a establecer que la utilización ilegal de las frecuencias radioeléctricas, sin la debida autorización del Estado, conlleva consecuencias jurídicas, incluso tipificar tal conducta como delito según el ordenamiento penal vigente, haciendo imprescindible una solución a la problemática que se investiga, garantizando así que el Estado cumpla con los compromisos adquiridos en los Acuerdos de Paz, al respecto de los pueblos indígenas y que estos a su vez tengan acceso a los medios de comunicación, satisfaciendo sus necesidades y promoviendo así su cultura.

La investigación se divide en cinco capítulos, los cuales están desarrollados de la siguiente forma: Capítulo I, La teoría del delito, Capítulo II, Aspectos técnicos del espectro radioeléctrico, Capítulo III, La radiodifusión y la Forma en que se administra en Guatemala, este capítulo desarrolla las instituciones encargadas de la administración y ordenamiento de las frecuencias radioeléctricas; Capítulo IV, Marco

jurídico de la radiodifusión en Guatemala, este capítulo desarrolla la legislación nacional e internacional vigente y positiva sobre la administración y utilización de las frecuencias radioeléctricas en Guatemala; Capítulo V, Protección administrativa Penal y constitucional de las telecomunicaciones en Guatemala, este capítulo desarrolla lo relacionado a las consecuencias jurídicas, económicas y sociales por la utilización ilegal de una frecuencia radioeléctrica.

Los métodos de investigación utilizados fueron: INDUCTIVO: Con este método se analizó las estipulaciones contenidas en: La Constitución Política de la República de Guatemala, El Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República; la Ley General de Telecomunicaciones Decreto 94-96 del Congreso de la República, la Ley General de Radiodifusión Decreto-Ley 433; Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Acuerdo Número 88-98 del Congreso De La República de Guatemala, el Código Civil, Decreto-Ley 106. ANALÍTICO: Mediante este método se hizo un análisis de cada uno de los temas a tratar, estudiando así las consecuencias para el cumplimiento de las leyes bajo investigación, estipulándose que deben existir mejores medidas de control y distribución de las frecuencias radioeléctricas. La técnica de investigación utilizada fue la documental.

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

1.1. Definición

La Teoría general del delito se ocupa de todos aquellos elementos comunes a todo hecho punible. Es la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general y cuales son sus características. El interés no es tan solo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica.

La función de la teoría del delito es generar un sistema de análisis, para poder tomar en consideración en forma lógica, ordenada y garantista todos estos aspectos. Para determinar si una conducta concreta es delictiva, hay que ir analizando si se dan cada una de sus elementos. Así se logra uniformes los criterios de interpretación de la norma, limitándose el ámbito de arbitrariedad del juez o del fiscal. De esta manera, la aplicación de la teoría del delito incrementa la seguridad jurídica. “La teoría del Delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en un caso concreto.”¹

Para comprender con más amplitud la teoría del delito se tiene que exponer con relación a el delito en concepto general, ya que es la base de la teoría del delito, para lo cual podemos definir a el delito como un acto del hombre legalmente típico,

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Pág. 13.

antijurídico, culpable y punible al cual se le impone una pena o una medida de seguridad.

En la edad antigua ya se manejaba varias acepciones de delito así como del derecho penal, considerándose primeramente la valoración objetiva del delito castigándolo en relación con el daño causado, es decir, tomando en cuenta el resultado dañoso producido.

“Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena”².

Fue en la antigua Roma donde aparece por primera vez lo que es la valoración subjetiva del delito, esto quiere decir que juzgando la conducta antijurídica poniendo énfasis en lo que es la intención ya sea dolosa o culposa del agente, como se regula actualmente. En lo que se refiere al delito en Roma se habló de noxa o noxia, que significa daño, y luego se utilizó para identificar a la acción penal. Se utilizaron otros términos como: flagitium, scelus, facinus, crimen, delictum, fraus y otros, pero tuvieron mayor aceptación hasta en la edad media crimen y delictum, fue así, que se utilizó crimen para identificar las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena y delictum para señalar una infracción leve y de menos penalidad.

² Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1976.

Actualmente en el Derecho Penal Moderno y especialmente en nuestro medio de cultura jurídica se habla de: delito, crimen, infracción, penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, contravenciones o faltas.

1.2. Naturaleza jurídica

Ha resultado realmente difícil para los distintos tratadistas de la materia, en todas las épocas y diversos lugares, abordar el tema de la naturaleza del delito, buscando con ello indagar sobre la esencia del hecho punible con validez universal y permanente; para poder estudiar con más amplitud la naturaleza del delito es necesario remontarnos a los postulados de las dos más importantes Escuelas del Derecho Penal que han existidos las cuales son los Postulados de la Escuela Clásica y los de la Escuela Positiva. La primera basados en las doctrinas de su máximo exponente Francesco Carrera que perfecciono las teorías de su maestro Carmigniani y las de sus antecesores Giandomenico, Romagnosi y otros, considerando que la idea del delito no es sino una idea de relación, es a saber, la relación de la contradicción entre el hecho del hombre y la ley, este autor define el delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.”³ La segunda establece que se creía que la Escuela Clásica había alcanzado su máximo nivel y sus postulados parecían haber sentado las bases de un Derecho penal definitivo, aparece la Escuela Positiva del Derecho Penal que

³ De León Velasco, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Décimo séptima edición, 2006. Editorial Estudiantil Fénix, pág. 122.

indudablemente vino a revolucionar los principios sentados por los Clásicos. Sus principales representantes fueron: Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo; quienes en sentido contrario a los clásicos parten del estudio del delincuente. Y estudian el delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito, con el apareamiento de la teoría del Delito Natural y Legal de Rafael Garofalo, quien sostiene que el delito natural es la “Violación de los sentimientos de piedad y probidad, y todos los hechos antisociales que no atacan a ninguno de estos sentimientos, pero, que atentan contra la organización política, son delitos legales (o políticos), que atentan contra el Estado y la tranquilidad pública.”⁴

Dentro de esa misma Escuela se generó otro movimiento impulsado por el creador de la Sociología Criminal, Enrico Ferri, quien con un criterio eminentemente sociológico asienta que el hecho punible o delito es: “Toda acción determinada por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado”⁵

Es así pues como los positivistas describen el delito, jamás como un ente jurídico, sino como una realidad humana, como un fenómeno natural o social. En relación con el delincuente sostenían que el hombre es imputable, no porque sea un ser consciente, inteligente y libre, sino sencillamente por el hecho de vivir en sociedad; en relación con la pena consideraron que era un medio de defensa social y que ésta

⁴ Ibid, pág. 123.

⁵ Ibid, pág. 123

debía imponer en atención a la peligrosidad social del delincuente y no en relación al daño causado, proponiendo las medidas de seguridad con el fin de prevenir el delito y rehabilitar al delincuente, y lo más característico de esta corriente fue concluir que nuestra ciencia, el Derecho Penal, no pertenece al campo de estudio de las ciencias jurídicas, sino al campo de estudio de las ciencias naturales y que para su estudio debía utilizar el método positivo, experimental o fenomenalista.

Con los planteamientos de la Escuela Positivista, es evidente que el Derecho Penal pierde su autonomía al considerarlo como parte del las Ciencias Naturales o Fenomenalista, postura que en la actualidad no puede mantenerse, por cuanto el Derecho Penal es una ciencia eminentemente jurídica compuesta por un conjunto de normas que tienden a regular el comportamiento humano para lograr la protección de ciertos valores que se consideran esenciales para la convivencia y desarrollo social, en tal sentido el objeto de estas normas pertenecen al campo del deber ser que llevan consigo un juicio valorativo, mientras que las ciencias criminológicas o fenomenalistas, efectivamente estudian fenómenos naturales o reales que están sujetos a la relación de causa y efecto por lo que pertenecen al campo de ser.

El interés no es tan sólo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto deberían tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o, por ejemplo ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación. En efectos, en muchos casos la descripción de la acción

prohibida que se realiza en la Parte Especial del Código Penal no es suficiente para determinar si un hecho es delito o no. Es necesario tomar en consideración también la Parte General de dicho Código, así como el resto del ordenamiento jurídico.

1.3. Elementos característicos del delito

1.3.1. Elementos del delito

Son todos los elementos positivos que hacen que exista el delito y los negativos son los que hacen que este desaparezca y estos son:

“a. Elementos positivos

- 1) La acción o conducta humana;
- 2) La tipicidad;
- 3) La antijuridicidad o antijuricidad;
- 4) La culpabilidad;
- 5) La imputabilidad;
- 6) Las condiciones objetivas de punibilidad; y
- 7) La Punibilidad.

b. Elementos negativos

- 1) la falta de acción o conducta humana;
- 2) La atipicidad o ausencia de tipo;
- 3) Las causas de justificación;

- 4) Las causas de inculpabilidad;
- 5) Las causas de inimputabilidad;
- 6) La falta de condiciones objetivas de punibilidad; y
- 7) Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.”⁶

1.3.1.1. La acción o conducta humana

La acción o conducta humana es el primer elemento de la teoría del delito y durante muchos años fue el centro de una viva polémica en la doctrina en torno a su concepto. La división entre causalistas y finalistas magnificó una discusión que hipervaloró la importancia de este elemento. Actualmente, la mayoría de la doctrina ha relegado la discusión a un segundo plano, limitándose a estudiar las causas en las que desaparece el delito por no existir acción. La acción es prejurídica por cuanto es previo a la norma. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y le señala una pena. Tan sólo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada como delito y motivar una reacción penal. Por ello, no podrán constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la intención de delinquir, si éstos no se traducen en actos externos. Ello es así por cuanto el derecho penal juzga a las personas por lo que hacen y no por lo que son.

“La acción es todo comportamiento derivado de la voluntad, y la voluntad implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se

⁶ *Ibíd.*, pág. 136.

quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final. La acción se realiza en dos fases: la fase interna y la fase externa.”⁷

“La primera ocurre siempre en la esfera del pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin. Para llevar a cabo el fin selecciona los medios necesarios; la selección sólo ocurre a partir de la finalidad; cuando el autor está seguro de lo que quiere decide resolver el problema de cómo lo quiere. En esta fase toma en cuenta también los efectos concomitantes que van unidos a los medios para la realización del fin; y una vez los admite como de segura o probable producción los realiza, tales efectos pertenecen a la acción.

La segunda fase comienza después de la realización interna el autor realiza la actividad en el mundo externo, ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.”⁸

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estos puntos. Generalmente el derecho penal desaprobará el fin. La voluntad en la realización de la acción no debe confundirse con el deseo. Un individuo puede desear un resultado, y alegrarse de que ocurra y no por ello el resultado será penalmente relevante. La fase interna puede suceder en décimas de segundo, y en muchos casos apenas se pensarán medios o efectos concomitantes.

⁷ Ibid., pág. 140.

⁸ Ibid., pág. 140.

a. Teorías de la acción

“La teoría de la causalidad se subdivide fundamentalmente en dos grandes corrientes: la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada. La equivalencia obedece a una acción ciega y se le considera sin interferencia alguna de nociones valorativas o subjetivas”⁹. Serán estos los elementos normativos de delito la antijuricidad y la culpabilidad en sentido amplio, los encargados de circunscribir dentro de una plataforma puramente fáctica. “La causalidad adecuada en cambio atiende a la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la consecuencia dada. Si juntamos los elementos de argumentación de una y otra teoría, nos encontramos con lo siguiente: no hay acción ciega, en la acción va la voluntad; si el agente se propone un fin y lo logra es que en su conducta solo hubo dolo; la acción es ciega, sin interferencia de nociones valorativas o subjetivas.”¹⁰

b. Clases de acción

Lo indispensable para la creación formal de todas las figuras delictivas es la conducta humana que opera de dos modos: El obrar activo y el obrar pasivo y esto da origen a la clasificación de los delitos, de acuerdo a las formas de acción:

b.1. Delitos de acción por comisión

Consiste en la conducta humana en hacer algo (en la realización de un movimiento corporal), cuando infringe una ley que es prohibida. Es la acción corporal

⁹ Ibid., pág. 142.

¹⁰ Ibid., pág. 142.

externa dirigida por la voluntad hacia la finalidad, ejemplo: Cuando se comete un homicidio, se infringe la prohibición de no matar.

b.2. Delitos de pura omisión

También llamada omisión propia, aquí la conducta humana consiste en no hacer algo, infringiendo una ley preceptiva, que ordena algo, ejemplo: en la omisión de prestar auxilio a un menor de diez años que se encuentre amenazado de un inminente peligro, aquí se infringe la obligación de auxilio que está prescrito en la ley. Esta se divide en tres:

I) Delitos de pura omisión: En ellos se castiga la omisión del deber de actuar. Por ejemplo, el delito de omisión de auxilio.

II) Delitos de omisión con un resultado: En ellos la omisión se conecta a un resultado, por ejemplo: cuando la ley castiga a quien consintiere, entendiendo en tal caso por consentir la inactividad que falta al cumplimiento de un deber jurídico.

III) Delitos Impropios de omisión: Cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que se menciona concretamente en los tipos. En ellos la omisión se conecta a un resultado prohibido pero en el tipo penal no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva. En estos casos la omisión del deber jurídico produce un resultado como que si el sujeto en realidad hubiese actuado.”¹¹

¹¹ Ibíd., pág. 146.

b.3. Tiempo y lugar de comisión del delito

Tanto el tiempo como el lugar de comisión del delito, guardan estrecha relación con la conducta humana delictiva del sujeto activo llamada acción u omisión, porque depende de cuándo y donde se realizaron éstas, para identificar el tiempo y el lugar de la comisión del ilícito penal.

b.3.1. Cuando se cometió el delito

Según el Artículo 19 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: Tiempo de comisión del delito: el delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida. En el primer supuesto se considera ejecutada la acción en el preciso momento en que el sujeto activo exterioriza su conducta típicamente delictiva, y cuando se trate de un acto que proviene de la concurrencia de varias acciones, deberá entenderse que se refiere a la que esencialmente o en la última instancia haya sido causa directa del resultado. En el segundo supuesto, el delito se realiza en el preciso momento en que el sujeto activo, conscientemente y deliberadamente omitió realizar una conducta, que pudo y debió hacerla.

b.3.2. Donde se cometió el delito

Según el Artículo 20 del Código Penal: Lugar del delito: El delito se considera realizado: En el lugar donde se ejecuto la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar

donde debió cumplirse la acción omitida. Así se determina en cuanto a la delimitación de la competencia de los tribunales de justicia para juzgar los delitos cometidos, en este sentido el delito se considera cometido en primer lugar en el lugar donde se realizó la acción en todo o en parte y por cualquier razón no se pudiera establecer éste, se considera cometido en el lugar donde se produjo o debió realizarse la acción omitida.

c. El iter criminis

En derecho penal se conoce con el nombre de Iter Criminis a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación. El Iter Criminis o camino del crimen que se traduce en el vía crucis del delincuente, esta constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dichas etapas pueden tener o no repercusión penal y son:

c.1. La fase interna

“Esta conformada por las llamadas voliciones criminales que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva, no implican responsabilidad penal.”¹² No tendrán más importancia que desde el punto de vista criminológico pero no jurídico penal desde el punto de vista retributivo.

¹² *Ibíd.*, pág. 155.

c.2. La fase externa

“Esta fase comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido, a través de su resolución criminal manifiesta.”¹³

c.2.1. La exteriorización oral

Así en primer término la simple enunciación verbal de la resolución criminal, sólo será punible según nuestra legislación cuando se encuentre tipificada. De esta forma nuestra ley penal al expresar que solo se considerará delictivo aquellas manifestaciones que estén expresamente consagradas en la ley a contrario sensu nos esta diciendo que la no tipificadas no constituyen delito. La doctrina penal reconoce entre la fase de la exteriorización oral del delito y las fases de ejecución, a los denominados actos preparatorios, que son todas aquellas acciones que el sujeto activo realiza para la preparación del delito.

c.2.2. La tentativa

Debemos dejar claro que cuando un legislador elabora una figura delictiva, describe la misma en forma total, es decir plenamente realizada, agotada en todos sus elementos así cuando se describe el Homicidio, en el Artículo 123 se expresa “quien diere muerte a una persona” es decir que lo mato, o en el Hurto, “Quien tomare cosa mueble total o parcialmente ajena, sin la debida autorización “ este estipula de quien se apropiado de la cosa describe el hecho ya realizado, que a su vez es el hecho

¹³ *Ibíd.*, pág. 155.

prohibido. Pero puede suceder y de hecho sucede muy seguido en el mundo real, que a pesar de que el sujeto activo tome todas las prevenciones, elija correctamente los medios y realice todas las acciones para realizar su fin, por una causa ajena a su voluntad, el mismo no se realice y de esa cuenta no se consume.

c.2.3. La tentativa imposible

Contenida en el Artículo 15 del Código Penal, el cual preceptúa que: “Tentativa Imposible: “Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre de un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solo quedará sujeto a medidas de seguridad.”¹⁴ Con esta norma nuestra legislación engloba dos figuras distintas de la fase externa del delito, nos referimos a lo que en otras doctrinas se conoce como Delito Imposible y la Tentativa In Idónea. La primera se refiere a la acción que realiza el sujeto activo sobre un objeto que por su propia naturaleza no puede ser afectado por el delito, por ejemplo querer dar muerte a una persona que ya se encuentra muerta, o querer tener acceso carnal con una mujer muerta, en ambos casos, puede establecerse que existe en la capacidad intelectual del sujeto activo, signos de trastornos mentales, que por lo mismo no deben ser sujetos de penalidad sino de medidas de seguridad. La segunda de las instituciones, la Tentativa in idónea, se manifiesta cuando el sujeto utiliza medios totalmente inadecuados para alcanzar los objetivos tal el caso que un individuo quiera dar muerte a otra persona con una pistola de juguete o con un banano, o por la mujer que desea abortar con un te de pericón, elección del medio que

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 156.

en todos los casos haría suponer el estado mental del sujeto activo, como deficiente y por lo mismo ha proceder como con el delito imposible.

c.2.4. El desistimiento

Otra de las posibilidades que pueden darse cuando se inicia la fase de ejecución del delito, es la de que el sujeto activo, teniendo las posibilidades y la oportunidad de realizar todos los actos propios del delito, voluntariamente abandona el mismo, este arrepentimiento que puede darse en un momento dado sirve como fundamento para la exoneración de responsabilidad penal del sujeto, debiendo únicamente responder en relación a los actos ya realizados si estos constituyen por sí delitos autónomos. Este se fundamenta en el Artículo 16 del Código Penal, que establece: Cuando comenzada la ejecución de un delito el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos.

d. Falta de acción

Existencial que es la Falta o Ausencia de Acción, no pueden considerarse como un comportamiento voluntario y penalmente relevante, aquel que se produce en los siguientes casos:

d.1. Los actos reflejos

“Que son todos aquellos que realiza el ser humano de forma mecánica incontrolada o instintiva, tal el caso de la tos, los vómitos, movimientos epilépticos o los

movimientos de defensa, los cuales son somáticos, carentes de toda intervención de la voluntad y de finalidad.”¹⁵

d.2. Los estados de inconciencia

“En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente no pueden considerarse acciones penalmente relevantes, por ejemplo: el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. Se discute si la hipnosis puede dar lugar a estos estados, sobre todo por el hecho de que si el hipnotizado está totalmente en control del hipnotizador, pasaría a ser un instrumento y se convertiría en un caso de fuerza irresistible. La excepción a esta falta de acción es cuando el estado de inconciencia se ha buscado de propósito por el agente por que entonces estaríamos ante los llamados *actione liberae in causa*.”¹⁶

d.3. Fuerza irresistible

“El suceso realizado bajo la influencia de una fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre una persona tampoco puede ser considerada como una acción. El violentado carece de voluntad; en buena cuenta, es un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. El resultado causado no es producto de la actividad del violentado, en realidad la acción no le pertenece.”¹⁷

El código Penal no prevé el movimiento reflejo en forma expresa, por lo que a veces por lo que a veces podrá resultar difícil la aplicación de esta causa de exclusión

¹⁵ Jáuregui, Hugo Roberto. Apuntes de Teoría del Delito, Primera edición, Ingrafic, Guatemala 2003. Pág.27.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Hurtado del Pozo, José, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Lima 1987. Pág. 106.

de la acción. No obstante esto no tiene graves consecuencias prácticas por dos motivos. En primer lugar, estos supuestos son casi de laboratorio y de escasa aplicación práctica. En segundo lugar, aunque existiese acción desaparecería la tipicidad por no haber dolo ni culpa.

1.3.1.2. Tipicidad

La tipicidad y la antijuridicidad se hallan en estrecha relación, pero son conceptualmente distintas, solo la conducta típicamente antijurídica puede constituir un delito. Entendemos la tipicidad como la adecuación de una conducta con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal. Cuando hablamos de tipicidad queremos decir que la conducta esta tipificada, que es típica, esto es, que reúne las condiciones exigidas por un delito. No hay que confundir el tipo con la clase a tipificar, con clasificar, puesto que en estas el individuo no puede ocupar más de un lugar, mientras que en el tipo puede reunir diferentes formas de este.

La acción, la antijuridicidad y la culpabilidad deben de ser típicas es decir que deben estar descritas en una norma penal la cual define la conducta irregular como punible para que surja el delito al darse determinado comportamiento del hombre. De lo referido podemos indicar que el ordenamiento jurídico penal se carece de una norma descriptiva. La acción antijurídica debe de encajar en la figura delictiva creada por la norma penal positiva, ya que en caso contrario al no existir el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, dicha acción no constituirá delito. Sin embargo puede haber tipicidad sin que exista antijuridicidad, como el caso que se den

las circunstancias o causas de justificación, que el acto se considera arreglado a derecho existiendo juridicidad y por lo tanto no hay delito, ejemplo: La legítima defensa.

La conducta humana es configurada en forma hipotética por la norma penal, hipótesis que constituye el tipo. “La tipicidad es la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.”¹⁸ La abstracción hace referencia al contenido amplio y general de la conducta humana.

Por tipicidad se entiende entonces la cualidad de una acción de identificarse con la prevista en una figura delictiva o dicho en otras palabras, la exigencia de la conducta se adecue, se subsana en la totalidad de los requisitos en la previsión legislativa contenidos. Por lo tanto no hay que confundir la palabra tipicidad con el término tipo penal o tipo legal o simplemente tipo que la descripción concreta de la conducta prohibida, o sea el molde abstracto, la explicación básica de cada conducta, la definición que de ella se hace la ley penal en la parte especial del Código Penal.

La importancia de la tipicidad radica en que constituye un aporte innegable para entender mejor el delito como fenómeno jurídico. La tipicidad es una consecuencia inevitable del principio de legalidad, esto exige una determinación previa legal de los casos en lo que se puede y se debe aplicar la pena, supuesta desde luego, la culpabilidad.

¹⁸ De León Velasco, Ob. Cit; Pág. 159.

“Con respecto a su función, la tipicidad siempre ha sido un requisito formal previo a la antijuridicidad, es decir que, para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica en el Derecho Penal Sustantivo, ésta tiene que ser típica, lo cual quiere decir que sin la tipicidad, la antijuridicidad penal no existe. Pero, la tipicidad si puede existir aún sin antijuricidad, cuando en la comisión del hecho delictivo ha imperado una causa que legalmente lo justifique, como el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho, en estos casos la conducta no deja de ser típica desapareciendo únicamente la antijuridicidad.”¹⁹

a. Elementos del tipo

Los elementos que componen el tipo son de índole descriptiva o normativa, están formulados en forma positiva y negativa, incluyendo personas distintas a la del sujeto activo o bien restringen las personas que pueden ser autores del delito.

a.1. Elemento descriptivo

Están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos pueden pertenecer al mundo físico o al psíquico, se acostumbre a distinguir.

¹⁹ Ibíd. Pág. 161.

a.2. Elemento normativos

Son aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto algo radicado en el mundo físico.

a.3. Elementos negativos:

Constituyen polémica en la doctrina, sin embargo se acepta que el legislador se vale en ocasiones de expresiones negativas para circunscribir la conducta punible.

b. Funciones de la tipicidad

b.1. Función descriptiva

Es fundamental dentro del estudio sistemático del delito, porque determina o señala en abstracto una conducta que es considerada delictiva conforme la ley penal.

b.2. Función fundamentadora

Determina esta función que la tipicidad constituye en sí un presupuesto de la ilegalidad de la ilicitud, ya que determina la conducta humana no puede ser considerada delictiva en tanto el legislador no la haya descrito como delictiva y la haya conminado en una pena. La tipicidad nos permite diferenciar un delito de otro no solo por la descripción del comportamiento, sino también por el modo, tiempo, espacio que no permiten confusión entre las formas delictuales.

b.3. Función sistematizadora

Esta no permite unir la parte general con la parte especial del Derecho Penal, tradicionalmente separados, ya que nuestro derecho penal es un todo indivisible y por ello la correcta sistematización de los delitos sagrados en la parte especial del Código Penal no puede ser sino resultado de una Teoría General del Delito.

b.4. Función garantizadora

Es quizá la función más importante de la tipicidad, ya que constituye una garantía jurídica, política y social de las garantías constitucionales de la libertad y seguridad de las personas.

c. Tipicidad y tipo

“Los tipos penales tienen prevista la forma general en que un comportamiento puede estar sujeto a una sanción penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que ese hecho se hace en la ley penal, la tipicidad es una manifestación del principio constitucional de legalidad, pues solo los hechos descritos en la ley como delitos pueden considerarse como tales. El tipo es un concepto; describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena. Tipicidad es cualidad; es atribuir a un comportamiento determinado tipo; subsumirlo en el supuesto de la norma penal.”²⁰

²⁰ *Ibíd.* Pág. 162

d. Clases de tipos

“Conforme el concepto completo del tipo, el tipo doloso activo tiene dos aspectos uno objetivo y otro subjetivo. No es totalmente cierto que al hacer referencia a los elementos descriptivos, haya una limitación a la exterioridad.”²¹ En la primera se incluyen aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica y en la segunda el contenido de la voluntad que rige la acción. Es decir, en uno se analiza el aspecto externo de la acción y en el otro la voluntad y el conocimiento del que la realiza. El tipo subjetivo es mucho más difuso y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir. Dentro del aspecto subjetivo podemos distinguir los supuestos en los que el autor imprudente lo produjo. Los primeros originan tipos dolosos y los subjetivos los tipos culposos.

d.1. Concepto y elemento del dolo

“Frecuentemente es el único componente del tipo subjetivo. Dolo es el querer del resultado típico. La voluntad realizadora del tipo objetivo. Dolo es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado.”²²

“El dolo es el elemento nuclear del tipo subjetivo. Por dolo tenemos que entender la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito y puede ser definido como el conocer y querer la conducta y el resultado típico. Dentro del dolo se distinguen dos elementos:

²¹ Ibíd. Pág. 166

²² Ibíd. Pág. 167.

d.1.1. Elemento cognoscitivo

Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción como acción típica. Es decir, debe tener un conocimiento de los elementos del tipo objetivo. El que roba, debe saber que esta robando. Este conocimiento deberá tener las siguientes características:

1. El conocimiento ha de ser actúa, debe darse en el momento en que el sujeto realiza la acción.
2. El conocimiento debe ser extensivo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, es decir a las agravantes y atenuantes.
3. No es necesario que el sujeto tenga un conocimiento exacto de todos los elementos del tipo objetivo. No es necesario que el sujeto tenga un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos, de la valoración paralela en la esfera del profano.”²³

d.1.2. Elemento volitivo

Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo; es necesario, además, querer realizarlos. Este querer no debe confundirse con los móviles o deseos del sujeto. Así, cuando un ladrón mata para robar, puede ser que no tenga deseos homicidas, tan sólo lucrativos, pero no por ello ha dejado de cometer un homicidio doloso. De igual manera, el que mata a otro en legítima defensa actúa con dolo, por cuanto quiere producir este resultado, aunque ello sea totalmente opuesto a su deseo. En efecto cuando alguien recurre a la legítima

²³ González Cauhape-Cazaux, Eduardo. Apuntes de Derecho Penal Guatemalteco, Pág. 55.

defensa quiere matar al agresor por cuanto es la única forma de salvar la vida, pero nunca deseó tener que matar a un ser humano.

A partir del elemento volitivo, es decir de la voluntad del autor, la doctrina distingue distintos tipos de dolo.

d.2. Clases de dolo

Existen dos clases de dolo: Dolo Directo y Dolo Eventual.

d.2.1. El dolo directo

El sujeto quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo. El autor quería matar y mata; en este caso aparece el llamado dolo directo en primer grado. También existe el dolo en que el autor no quiere una de las consecuencias pero la admite como unidad al resultado final; es decir, prevé una consecuencia accesorio, la acepta como necesaria y la incluye en su voluntad, en este caso en que es obvia la existencia del dolo, se diferencia al definirlo como directo de segundo grado; en ambos casos hay voluntad de matar; solo que en el primero se tiene la voluntad sin más, y en el segundo se considera como consecuencia unida a la principal de matar.

d.2.2. El dolo eventual

Es una categoría entre el dolo y la imprudencia. Cualquier error sobre los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto excluye el dolo. El error sobre los elemento del tipo excluye el dolo, ello es distinto de un error sobre la antijuricidad, que

será error de prohibición. El dolo eventual se da cuando el autor considera como meramente posible que la realización de la acción produzca otro resultado delictivo. Aquí se encuentra el límite entre la imprudencia consciente y el dolo eventual.

d.3. El delito culposo o delito imprudente

“Hasta hace poco hablábamos del doloso y relegándolo a un lugar secundario. Sin embargo, la vida actual, en que se aumentan los riesgos para la vida, la salud, la integridad física; tal es el caso del tráfico automovilístico; en estos casos, las imprudencias de las personas juegan un papel importante.”²⁴

e. La atipicidad

“El elemento negativo de la tipicidad es la falta o ausencia de la misma, y esto es una derivación directa del principio de legalidad, pues “no existe delito sin ley anterior”, entonces si una conducta no esta regulada como delito en nuestro ordenamiento, esta conducta es atípica y por lo tanto no es delictiva.”²⁵

También llamada ausencia de tipo, es el fenómeno en virtud del cual una determinada conducta humana no se adecua a ningún tipo legal por lo mismo no es posible sancionarla en el campo penal, porque no se encuentra previamente calificada como delito, el acto ejecutado no coincide con ninguna de las conductas descritas en la ley penal.

²⁴ De León Velasco, Ob. Cit; Pág. 170.

²⁵ Jáuregui, Hugo Roberto; Ob. Cit. Pág. 33.

e.1. Clases de atipicidad

Existen dos clases, la atipicidad relativa y la atipicidad absoluta. La primera se caracteriza porque la conducta realizada no se adecua o no subsume plenamente a un tipo penal determinado por la ausencia de alguno de los elementos constitutivos descritos en el Código Penal o leyes penales especiales; y el segundo supuesto implica realmente la inexistencia de un tipo penal que describa la conducta en examen y se designa como ausencia de tipicidad.

e.2. Error de tipo

“El error constituye una falsa representación de la realidad o su ignorancia. Tradicionalmente, en la legislación y en la doctrina se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se habla de error de hecho (error facti) y error de derecho (error juris). Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo y de error de prohibición (Verbotsirrtum).”²⁶

“El error de tipo se presenta cuando el agente tiene una equivocada representación de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo legal mediante los denominados “elementos descriptivos o normativos”. Se trata, como consecuencia, de una circunstancia que afecta el aspecto intelectual del dolo: la conciencia. El agente no está consciente de todos los elementos del tipo legal objetivo. De esta manera no sabe que su comportamiento puede adecuarse a un tipo legal. Conciencia o conocimiento de los elementos del tipo no significa certeza, ni que el

²⁶ *Ibíd.* Pág. 34

agente haya reflexionado sobre las circunstancias típicas, basta con que el agente, por ejemplo, crea que tira con un fusil sobre una persona para que se considere que tuvo conciencia de los elementos del tipo legal.”²⁷

El error de tipo puede tener dos características:

- a) Ser vencible.
- b) Ser invencible.

“La doctrina considera que el error de tipo vencible existe cuando el autor hubiera podido superar el error aplicando la diligencia debida. Por ello, el error vencible produce que se castigue el delito en forma imprudente, siempre y cuando se encuentre penalizado.

El error de tipo cuando se invencible produce la impunidad. En este caso se entiende que la persona no tubo la intención de realizar el hecho, pero además, que no infringió el deber de diligencia por lo que era imposible de superar el error.”²⁸ Dentro de las muchas carencias que el Código Penal posee, se destaca el desarrollo de la regulación referente a los distintos tipos de error, incluyendo al de tipo, aunque si se legislo en lo referente a al error en persona y el error en el golpe, tratándolos simultáneamente en una sola norma. Como el error de tipo recae sobre distintos elementos de acción suelen distinguirse los siguientes casos:

²⁷ *Ibíd.* Pág. 34.

²⁸ *Ibíd.* Pág. 34.

e.2.1. El error sobre el objeto de la acción (error in persona vel in Objeto)

Su tratamiento depende de si la valoración jurídico-penal variara en el caso de haber sido correcta la representación del autor. Si el objeto de la acción típico imaginado equivale al real, el error será irrelevante, por tratarse de un puro error en los motivos.

1.3.1.3. La antijuricidad o antijuricidad

Desde el punto de vista formal se dice que “es la relación de oposición entre la conducta humana y la normal penal o bien la conducta concreta y un concreto orden jurídico penal establecido previamente por el Estado. Materialmente se dice que es “la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.”²⁹

Desde del punto de vista en sentido positivo, se sostiene que es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda. Y en sentido negativo, se establece que es un juicio desvalorativo, que un juez penal hace sobre una acción típica, en la medida que esta lesiona o pone en peligro, sin que exista una causa de justificación, el interés o el bien jurídico tutelado.

El termino antijuricidad expresa la contradicción, entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del

²⁹ De León Velasco, Ob. Cit; Pág. 176.

derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo. El derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico, pero esta presunción puede ser desvirtuada por una causa de justificación excluyente de la antijuricidad y el siguiente paso es, entonces, la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

a. Naturaleza jurídica de la antijuricidad

A este respecto se ha establecido diferentes teorías, entre ellas encontramos la formal y la material, así como la subjetiva y la objetiva.

a.1. Teoría formal

Según esta teoría, la antijuricidad es formal porque se manifiesta en la sola contradicción que se da entre la conducta delictiva del agente y el mandato que forma parte de la norma humana como precepto legal.

a.2. Teoría material

Indica que la teoría formal es insuficiente porque reduce al alcance del juicio de desvalor que este elemento del delito implica, a una comprobación de la contradicción entre el hecho ilegal y la norma jurídica, no tomando en consideración que la norma o precepto legal también conlleva principio de orden social, económico y político, por

eso, indica que la antijuridicidad es material, porque no es suficiente para explicar la simple contradicción entre conducta humano y norma jurídica sino que se requiere que con el hecho, se lesionen intereses sociales que están protegidos legal y culturalmente. Se critica esta teoría por preocuparse por aspectos extrajurídicos como lo son los políticos, morales, económicos, quitándole importancia a la lesión jurídica que la conducta humana ocasiona.

a.3. Teoría subjetiva

Indica que la antijuridicidad debe comprenderse en función del delincuente y del mismo lo único que interesa al derecho penal es el aspecto subjetivo de su conducta. Por lo consiguiente, solo la acción culpable, ya sea titulo de dolo o culpa, resulta antijurídica dando por lo consiguiente relevancia al elemento subjetivo del delito, y solo en los casos en que la conducta humana es culpable deviene antijurídica o ilegal. Se critica esta teoría por ser unilateral y confundir dos elementos o caracteres del delito como lo son la culpabilidad y la antijuridicidad.

a.4. Teoría objetiva

Afirma que toda conducta humana que objetivamente lesiona con el orden jurídico es antijurídica. La naturaleza objetiva de esta teoría presupone que el juicio de desvalor de la acción humana, se basa exclusivamente en su aspecto objetivo-material. Se le critica a esta teoría lo mismo que a la subjetiva que únicamente se refiere a una parte del problema y es insuficiente para explicar el problema y además esta teoría nos llevaría a calificar como antijurídico los actos reflejos, los actos

inconscientes, que como ya hemos visto al estudiar la acción, se encuentra fuera del derecho penal.

a.5. Las causas de justificación como elemento negativo del delito

Son circunstancias que transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria a derecho, es decir excluyen la antijuridicidad de una acción típica, justificando comportamientos aparentemente injustos. Tiene la virtud de eliminar la antijuridicidad de un hecho a pesar que este se encuadra dentro de un tipo penal determinado y no obstante que dicho hecho lesiona un bien jurídicamente tutelado. Nuestra legislación considera como causas de justificación la legítima defensa, e estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho.

a.5.1. La legítima defensa

Contenida en el Artículo 24 inciso primero del Código Penal, es una de las más conocidas causas de justificación, su fundamento reside en que el ser humano tiene el derecho de defensa personal, y en ese sentido puede legítimamente incurrir en ciertas actitudes ilícitas cuando lo hace para preservar su vida o la de un tercero, su integridad o su patrimonio. Es la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de terceros que se encuentran jurídicamente protegidos y que son víctimas de un ataque ilegítimo. Es una reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual e injusta.

a.5.1.1. Requisitos para la legítima defensa

En el Código Penal en el Artículo 24 lo establece la legítima defensa son:

a.5.1.1.1. Agresión ilegítima

La agresión, violencia ataque u ofensa puede ser leve o grave, debe ser actual y debe ser injusta, antijurídica y contraria a derecho, lo que significa que de por sí, misma deba de constituir delito, basta que sea contraria a un interés legítimo, a un derecho legalmente reconocido, puede provenir la agresión de cualquier persona, inclusive de un ininmutable o de quienes gozan de inmunidad. La defensa puede hacer por cualquier persona independientemente de su edad y de su criterio y de su estado mental.

a.5.1.1.2. Necesidad del medio racional empleado para repelerla

Los medios empleados para impedir la agresión injusta (agresión inminente) o para repelerla (agresión inconclusa) deben ser necesarios y usados sin exceso. No hay que confundir la racionalidad del medio empleado con la proporcionalidad del medio empleado, pretendiendo equiparar los medios que el agente utilizará en la defensa. Así se ha interpretado erróneamente que una agresión con arma de fuego, solamente con cuchillo. La doctrina y las legislaciones, reconocen que el requisito de la legítima defensa, de la necesidad de emplear medios necesarios e idóneos, es preciso, y no caer con excesos para repelar o impedir la acción. Por lo consiguiente no puede alegar legítima defensa quien es atacado con una piedra contundente, que

además de su idoneidad para causarle severas lesiones o aun la muerte, le produce una fuerte impresión el ánimo que le hace presumir un daño inminente.

a.5.1.1.3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor

La persona que se defiende no debe haber principiado la agresión y al ser acometido debe haber tratado de evitar el enfrentamiento con el agresor. Este requisito es difícil de precisar cuando se trata de tipificar este eximente. Algunas legislaciones lo han suprimido, pero nuestra legislación lo contempla y excepcionalmente lo dispensa en el caso de la legítima defensa, de los parientes dentro de los grados de ley, del cónyuge concubinario, de los padres o de los hijos adoptivos siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación debe existir en todo caso inevitabilidad y moderación.

Al hacer un análisis del inciso primero del Artículo 24 del Código Penal podemos distinguir: a) la legítima defensa personal; b) la legítima defensa de los parientes dentro de los grados de ley; c) la legítima defensa de los conyugues o concubinarios; d) legítima defensa de los hijos adoptivos y e) legítima defensa privilegiada. Esta última se da cuando se rechaza al que pretende entrar o ha entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. En este caso no es necesario que concurren ninguno de los requisitos legales o doctrinarios señalados para la legítima defensa.

a.5.1.1.4. La legítima defensa putativa

Técnicamente es un error de hecho, porque se rechaza una agresión inexistente, la cual únicamente ha existido en la mente del agresor; ejemplo la persona que se encuentra accidentalmente con un enemigo y observa que éste se lleva la mano a la bolsa del pecho del saco y creyendo que va a sacar una arma para atacarlo la persona que se cree agredida le dispara y mata a su enemigo. En el plano real, el enemigo únicamente trataba de sacar un lápiz, pero indujo a equivocación al agresor, más que una de la causa de justificación, nuestro código lo regula como una circunstancia eximente de culpabilidad.

a.5.2. El estado de necesidad

Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otros, jurídicamente protegidos, otros autores sostienen que es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.

En cuanto a su naturaleza jurídica hay discrepancia, algunos lo consideran como causa justificante y por lo tanto los actos ejecutados en tal circunstancia son lícitos, y otros lo consideran como causa de exclusión de la pena y otros como exclusión de la culpabilidad.

El estado de necesidad se presenta como una situación individual jurídicamente reconocida por la cual el que se encuentra en ella se haya determinado, sin estar coartado absolutamente, a violar una norma penal en propia o ajena salvaguarda, y que tiene como efecto hacer impune el delito, cuando la causa de aquella situación no pueda atribuirse al agente.

Debe tomarse en consideración como se presenta la situación de necesidad:

a) los casos en que los bienes o derechos en conflicto son de –diversas clases y distinto valor ejemplo conflicto de bienes y vidas- el capitán de un buque arroja mercadería al mar por salvar la vida de los pasajeros, un hambriento se apodera de alimentos. Se puede dar también en bienes de igual naturaleza pero de diferente valor, la defensa del sacrificado no puede considerarse legítima.

b) cuando los bienes en conflicto son de igual valor, especialmente la vida, ejemplo dos naufragos en un madero, uno fuerza a otro a abandonar el madero para salvar su vida.

En todo caso el estado de necesidad plantea un conflicto de intereses entre quien se enfrenta y un peligro que debe evitar y quien sufre las consecuencias del enfrentamiento.

En cuanto a las teorías de su fundamento, algunos consideran que no es contraria a derecho, sino algo fuera de él, ejemplo el tratar de salvar su vida. La más

aceptable indica que atendiendo a la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos en conflicto, si el bien sacrificado es menor que el amenazado, el hecho es legítimo, por ausencia, de antijuricidad, si son de igual valor, el hecho siendo ilícito no es punible por falta de culpabilidad. Según lo estipula el Artículo 24 inciso 2º. Del Código Penal contempla los requisitos para que sea un estado de necesidad.

a.5.3. Legítimo ejercicio de un derecho

Comprende dos significados, el deber y el derecho consignado en la ley debe entenderse por ley, no sólo lo precedente del poder legislativo sino también administrativo que tenga fuerza de obligar. También se incluye la obediencia jerárquica siempre cuando se obedezcan órdenes legales. Para que se confíe esta justificación, es necesario que deberes y derechos estén consignados en la ley no comprendiendo los derechos y deberes de naturaleza moral o religiosa. La persona que cumple con un deber impuesto por la ley, realizado por autoridad, cargo y realiza un cargo conforme a la ley no lo ligue, ejemplo el agente de policía que detiene a un delincuente. La corrección de los hijos, ya sea que esa conducta se encuentra realizada dentro del marco de un derecho.

En el ejercicio de los cargos públicos los profesionales y los agentes de autoridad tienen deberes y derechos que cumplir y pueden en ejercicio de los mismos causar lesiones a bienes o personas ajenas, pero si estas lesiones se dan dentro de lo permitido por la ley, desaparece la antijuricidad, ejemplo las lesiones de un médico

en una operación o curación, las actitudes del abogado en sus alegatos, señalamientos de vicios en la administración.

En conclusión la legítima defensa en una reacción, el estado de necesidad una acción el ejercicio legítimo de un derecho es obrar conforme lo permitido por la ley. En la legítima defensa se afecta un solo derecho, en el estado de necesidad coinciden dos derechos que tienen iguales razones jurídicas para protegerse, se sacrifica sin embargo una por otra. En el estado de necesidad hay una situación de peligro sin ser provocado la situación y es obligado a destruir el sujeto un derecho ajeno para que no parezca el suyo.

1.3.1.4. La culpabilidad

Es un comportamiento consciente 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.

La culpabilidad además de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción, tiene como característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, es decir que su función está íntimamente relacionada con el protagonista del crimen, toda vez que se refiere a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo; de ahí que para poder juzgar una conducta humana, como ilícita en el campo penal, es menester que además, de ser típica y antijurídica, sea culpable. La culpabilidad, radica pues, en la manifestación de voluntad del sujeto

activo de la infracción penal que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención deliberada de cometer el delito, o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.

En la actualidad, este aspecto es de vital importancia, si tomamos en cuenta que en un principio se castigaba al delito en la relación al daño causado, imputándolo ingenuamente, muchas veces a los animales y hasta los objetos inanimados; posición que fue totalmente abandonada desde la edad media, cuando con un sentido más lógico se principio a castigar el delito en base a la intención que su autor tenía para realizarlo, por lo que nos atreveríamos a afirmar que desde ésa época, la culpabilidad principia a tomar auge como el aspecto subjetivo del delito alcanzando su mayor perfección en la técnica alemana, en la primera mitad del presente siglo.

Las doctrinas y las legislaciones penales modernas no titubean hoy día en analizar la conducta humana para determinar la culpabilidad del delincuente, como presupuesto de la punibilidad, entrando a discutir únicamente la naturaleza de la culpabilidad en la constitución del delito.

La culpabilidad, como expusimos, está concentrada en la conducta que puede asumir el sujeto activo del delito; con relación a su naturaleza siempre se ha discutido, si la relación entre el sujeto y el acto es de índole psicológica, o bien tiene una naturaleza normativa. La primera sostiene que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad del entre el autor y el acto o bien entre el autor y el resultado; es decir,

que el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico. Su fundamento radica, “según Carrancá y Trujillo en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica y de atacarla o nó, de aquí la reprochabilidad de su conducta, o sea, su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme a derecho.”³⁰ La segunda teoría sostiene que no basta la relación de causalidad psíquica entre el autor y el acto o bien entre el autor y el resultado, sino es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haber realizado la conducta de con el deber jurídico exigible a su autor. Consecuentemente podemos decir que los aspectos fundamentales de esta teoría son:

- “1. La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.
2. La Culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
3. La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.
4. La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia la reprochabilidad y la exigibilidad.”³¹

La contradicción existente entre estas dos teorías, consideramos ha sido superada, al sostener que una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. Hay pues en la culpabilidad, a más de una relación de causalidad

³⁰ De León Velasco, Ob. Cit; Pág. pág. 167.

³¹ *Ibíd.* Pág. 169.

psicológica entre el agente y la acción un juicio de reprobación de la conducta de éste motivado por su comportamiento contrario a la ley pues ejecutar un hecho que ésta prohíbe, ha quebrantado su deber de obedecerla, el reproche de la culpabilidad recae únicamente sobre la relación de causalidad psíquica, entre el agente y el hecho delictivo; mientras que el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado.

a. Causas de inculpabilidad

Al igual que las causas de ininputabilidad y las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, existe o esta justificada; en ese sentido las causas de inculpabilidad son el elemento negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito, y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo no existe: dolo, culpa o preterintención; la legislación penal guatemalteca en el Artículo 25 describe cinco causas de en la siguiente forma:

a.1. Miedo invencible

El Artículo 25 inciso primero del Código Penal establece: Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.” Para que exista jurídicamente la comisión de un delito, y que este pueda ser imputado a determinado sujeto es imprescindible que el agente actúe libre y voluntariamente en la ejecución del mismo, lo cual no sucede cuando el sujeto activo actúa con miedo que le es invencible, porque le esta coartada la voluntad de actuar

libremente: en este caso se trata de una Vis compulsiva”, es decir, de un tipo de violencia psicológica o moral que influye directa y objetivamente en el ánimo del sujeto, que se ve amenazado de sufrir un daño igual o mayor al que se pretende que cause. “En la violencia moral, aun queda al sujeto la alternativa entre cometer el delito o sufrir el mal con el cual se amenaza; más como el derecho penal no pretende crear héroes, se sitúa en plano humano y no obliga al sacrificio; en cambio en la violencia física, ni de héroe puede hacer el obligado.”³²

La ley exige para su conformación que el miedo sea invencible, lo cual significa que no lo pueda vencer el sujeto activo o que no le sea posible sobreponerse al mismo. En cuanto al mal con que se ve amenazado requiere la ley que éste sea real y que sea injusto, puesto que el miedo de una detención legal, o el miedo de ser lanzado de una casa de habitación por falta de pago de la renta, de tal manera que la invencibilidad y el mal, han de interpretarse objetivamente y debe influir poderosamente en la mente del autor, anulando aunque sea parcialmente la voluntad de actuar.

a.2. Fuerza exterior

El Artículo 25 inciso segundo del Código Penal establece: Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él. En este caso se trata de una Vis Absoluta, es decir, un tipo de violencia física o material que se torna en irresistible ejercida directamente sobre la humanidad del sujeto activo,

³² Hurtado Aguilar, Hernán. Op. Cit. Pág. 55.

que anula total y absolutamente su voluntad de acción, y si actúa lo hace como un autómeta, manipulado violentado por un tercero que lo hace obrar como mero instrumento, no solo privado de su voluntad, sino en contra de ella misma, de tal manera que si se comete el delito, existe falta de acción por parte del sujeto activo y por lo tanto está exento de responsabilidad penal. Lo que es importante subrayar es que la fuerza física irresistible se emplee directamente sobre el sujeto activo, de otra manera no operaría la exención.

a.3. Error

El Artículo 25 inciso primero del Código Penal establece: Ejecutar el hecho en la creencia racional de que exista una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto. Desde el punto de vista amplio, el error es un conocimiento equivocado, un juicio falso que se tiene sobre algo, es la falta de correspondencia entre lo que existe en nuestra conciencia y lo que es en el mundo exterior, es en síntesis una concepción errónea de la realidad.

La importancia del error en la teoría general del delito, y específicamente en la valoración de la conducta humana delictiva, se desprende de la necesidad de que para actuar culpablemente el sujeto tenga que saber y querer hacer lo que hace (dolo), o que de no hacerlo sabido y querido, hubiera tenido al menos la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por él realizada (culpa).

El error que para nuestra legislación penal es una eximente por causas de inculpabilidad, se conoce en la doctrina como legítima defensa putativa, que es un error de hecho, un error en el acto (*Aberratio Ictus*) que en la doctrina también se le conoce como error propio y consiste en que el sujeto activo, rechaza una supuesta agresión contra su persona, al creerse realmente atacado; sin embargo, esa agresión contra su persona, al creerse realmente atacado; sin embargo esa agresión solamente ha existido en la mente del agente. Además de la creencia racional de que efectivamente existe una agresión contra su persona, la ley exige que la reacción del sujeto activo sea en proporción al riesgo supuesto, lo cual quiere decir que debe existir una conexión lógica entre el peligro que supuestamente corra el sujeto activo y la acción que éste realice para defenderse.

Es importante advertir la diferencia entre lo que llamamos error de hecho (*Aberratio Ictus*), que ya explicamos; el denominado error de derecho, que consiste en la equivocación que versa sobre la existencia de la ley que describe una conducta como delictiva, y lo que nuestra ley llama ignorancia y la considera como una atenuante de la responsabilidad penal según el artículo 26 numeral 9: la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución. Aparte de ello existe también el llamado error impropio, que se da en la ejecución del acto, el sujeto activo equivoca lo que se había propuesto realizar; los alemanes le denominan error en el golpe, no es más que la desviación entre lo imaginado por el sujeto y lo efectivamente ocurrido. Cuando el golpe dirigido a una persona causa

impacto en otra; y nuestra legislación penal lo contempla, existiendo responsabilidad penal para el sujeto activo.

a.4. Obediencia debida

El Artículo 25 inciso cuarto del Código Penal establece: Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones: a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto; b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite y esté revestida de las formalidades legales; c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta. Generalmente se conceptúa la obediencia debida como un actuar en cumplimiento de un deber jurídicamente fundado de obedecer a otra persona. Si de la conducta del sujeto activo que actúa en legítima obediencia debida, apareciera la comisión de un delito, operará la eximente de responsabilidad penal para el sujeto ejecutor, y la consecuente responsabilidad del mismo será imputable a quien ordenó el acto. Es importante enfatizar en el tercer presupuesto que precisa que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta, quiere decir que no son obligatorios aquellos mandatos en que a pesar de ser de la competencia del superior jerárquico y estando revestidos de las formalidades, legales constituyan una infracción clara, manifiesta y terminante a la ley. Se establece así que el mandato antijurídico, desde el punto de vista penal, no es obligatorio, cuando es notoria su ilicitud. Debe expresarse también que si en un mandato emanado de autoridad superior no se infringe clara, manifiesta y terminantemente la ley, debe ser obedecida para no incurrir en desobediencia; y si del

mismo naciera la comisión de un determinado delito el responsable penalmente será quien dio el mandato.

a.5. Omisión justificada

El Artículo 25 inciso quinto del Código Penal establece: Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable. Sabemos que la omisión es una conducta pasiva que adopta el sujeto activo del delito infringiendo el deber jurídico de actuar que imponen algunas normas; empero, cuando el sujeto se encuentra materialmente imposibilitado para hacerlo, queda exento de responsabilidad penal por una causa de inculpabilidad. La ley exige que la causa sea legítima, e insuperable que le impida actuar en un momento determinado.

1.3.1.5. La imputabilidad

Es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente, es la capacidad que se reconoce a todo hombre por ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad.

Es imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad.

a. Teorías sobre su naturaleza jurídica

“La Escuela Clásica, sostenía que la imputabilidad se basaba en la responsabilidad moral y el libre albedrío del delincuente, concibiendo así dos clases de sujetos, unos imputables y otros inimputables. La Escuela Positiva, basaba la imputabilidad en la responsabilidad social del delincuente, decían que el hombre era responsable no por haber obrado malsano porque vive en sociedad. Consideraban que todos los sujetos son imputables y responsables socialmente, excluían la inimputabilidad.”³³

Actualmente ha reinado la teoría de la voluntad, que manifiesta que basta con que la conducta humana sea voluntaria, es decir, que para que un sujeto sea responsable penalmente, basta que haya ejecutado el delito con voluntad, esta determinada por un conjunto de factores o es producto del libre albedrío.

b. Las causas de inimputabilidad

De acuerdo a nuestra ley, en Guatemala, no son imputables y por ende tampoco responsables penalmente, los menores de edad, y los que en el momento de la acción u omisión, no posean, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo cuando el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente.

³³ De León Velasco, Ob. Cit; Pág. 176.

“Con respecto a los menores de edad, ha quedado definido desde mucho tiempo que el menor infractor de normas penales es sujeto de una disciplina jurídica diversa del Derecho Penal, que ha alcanzado en nuestra época autonomía científica, didáctica y legal, llegándose a estudiar como una rama más del derecho conocida como el Derecho de Menores o Derecho Tutelar. Hay unidad de criterio pues entre los tratadistas, en cuanto a que los menores de edad están fuera del Derecho Penal, varios tratadistas comparten a todas luces ese criterio, la formula legalista no es muy exacta pues menores hay que tienen un sentido pleno de sus actos y otros que incluso, van por debajo de la edad.”³⁴

En todo caso el límite de la mayoría de edad fijado en nuestra legislación obedece a un concepto de medio de discernimiento y los problemas que causan por su desasosiego social deben ser encarados por ciencias sociales y nunca mediante la imposición de sanciones. Hasta hace pocos años en Guatemala se tenía la inimputabilidad a los menores de quince años y a los mayores comprendidos entre esa edad y los dieciocho años, con responsabilidad atenuada. En la actualidad la inimputabilidad de los menores de edad, también tiene rango de constitucional, toda vez que la Constitución Política en su Artículo 20 establece que los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores cuya conducta viole la ley penal serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por

³⁴ *Ibíd.* Pág. 186.

ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia.

Con respecto a la inimputabilidad por enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto, retardo o trastorno mental transitorio del sujeto activo, “se trata de situaciones en que la inteligencia y la voluntad se hallan abolidas o perturbadas en grado apreciable, que no permiten al sujeto conocer y comprender la ilicitud del acto que realizan y que lo convierten en inimputable ante la ley penal del Estado, esto puede deberse a casos de sonambulismo, estados hipnóticos, locura, psicosis, neurosis, así como también como otras complicaciones devenidas de enfermedades comunes como fiebres, gripes, trastornos menstruales, embarazo, parto, puerperio, menopausia, etc.”³⁵ Es importante tener en cuenta que el Código Penal en el Artículo 23 inciso segundo, al referirse a estos casos estipula: “salvo cuando el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente. Es decir que no opera esta causa cuando el sujeto activo con el fin de cometer el acto delictivo dispuso embriagarse o drogarse deliberadamente, en este caso, su conducta se convierte en agravante de su responsabilidad penal.

1.3.1.6. La Punibilidad

Es la situación que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor de un castigo. Sin embargo, existen circunstancias en que,

³⁵ *Ibíd.* Pág. 188.

aun existiendo la infracción penal y el autor de la misma, este no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.

Existe en nuestro tiempo discordancia, en quienes consideran que la punibilidad es un elemento del delito y en los que afirman que esta es una consecuencia del delito. Ante lo cual se ha llegado a concluir que el problema puede resolverse dependiendo del lugar donde se estudie la punibilidad, es decir que si se estudia dentro de la teoría general del delito, debe hacerse como elemento positivo del delito; ahora bien si se estudia propiamente dentro del campo de la penología, indiscutiblemente habrá que hacerlo como consecuencia de la infracción penal.

a. Las condiciones objetivas de punibilidad

Son los eximentes de responsabilidad penal por razones de parentesco o por causa de política criminal del Estado. En la doctrina se dice que las excusas absolutorias son verdaderos delitos sin pena, porque a pesar de que existe una conducta humana típicamente antijurídica, culpable, imputable a un sujeto responsable, ésta no se castiga atendiendo a cuestiones de política criminal que se ha trazado el Estado, en atención a conservar íntegros e indivisibles ciertos valores dentro de una sociedad, de tal manera que cuando habiendo cometido un delito aparece una excusa absolutoria; libera de responsabilidad penal al sujeto activo.

1.4 Sujetos, objetos y bien jurídico tutelado en el delito

1.4.1. Los sujetos

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es quien surge las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo ofendido paciente o inmediato.

1.4.1.1. Sujeto activo

Es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida, ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución; el que lo comete es activo primario; el que participa es activo secundario; el que participa es activo secundario.

1.4.1.2. El sujeto pasivo del delito

Es el titular 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 en el tipo.

1.4.2. El objeto del delito

Esta determinado por las personas o cosas, sobre las que recae la acción delictiva; es todo ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo

penal y en la cual se refiere la conducta del sujeto activo. El objeto material de la infracción penal puede estar constituido por las personas individuales vivas o muertas; por las personas jurídicas o colectivas como entes reales que funcionan en una sociedad y que puedan ser objetos de una infracción penal; por los animales y a un por los objetos o cosas inanimadas.

1.4.3. El bien jurídico tutelado en el delito

Es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro de la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal.

1.5. La participación en el delito

Según la legislación nacional vigente, en Artículo 35 del Código Penal la responsabilidad de los sujetos en las infracciones penales esta determinada en dos categorías de participación, las cuales son: la autoría y complicidad.

1.5.1. Autoría directa y autoría mediata

La autoría directa, se da cuando un sujeto tiene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa. Se contrapone a la autoría indirecta o mediata. Esta la realiza quien se vale de otro que no comete injusto.

1.5.2. Diferencias entre autoría y participación

Ciertamente en la doctrina esta distinción conceptual entre autoría y participación no siempre es aceptada, existiendo penalistas que defienden el concepto unitario de autor, en donde todos los intervinientes tienen la calidad de autores, y tesis diferenciadoras, en donde si bien se distingue entre autores y partícipes, los fundamentos de tal distinción parten de diferentes postulados teóricos.

El primero, llamado sistema unitario, consiste en considerar como autores a todos los que, de una y otra manera, contribuyen a la ejecución del delito. Lo esencial es que la intervención de cada uno sea causa del resultado. Distinguir la importancia de cada una de estas intervenciones sólo es determinante para fijar la pena.

El segundo sistema denominado sistema diferenciador, consiste en distinguir las diversas formas de intervención de las personas que cometen un hecho delictuoso. Esta es la orientación tradicional y preponderante, en la doctrina y en la legislación. Sus defensores si bien están de acuerdo en la necesidad y factibilidad de distinguir entre los partícipes, no son contestes sobre el criterio a ser utilizado con tal objeto.

Los problemas dogmáticos y políticos criminales de las teorías precedentes llevaron a la doctrina a buscar una solución al problema que no basara la distinción en elementos puramente objetivos, ni en elementos puramente subjetivos. De esta manera se construye la teoría del dominio del hecho que es, esencialmente, iniciada por Welzel, para posteriormente ser desarrollada en su forma actual por Claus Roxin.

Esta teoría podría decirse que es, hoy, la doctrina más adecuada. Por tanto, en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. A partir de este criterio, la teoría objetiva material considera que en los delitos dolosos existen básicamente cuatro supuestos de realización de la acción típica, tomando como base la persona que posea el control sobre el suceso típico:

El dominio directo, en este caso, el dominio del hecho está en poder de una sola persona, quien lo realiza directamente. Se refiere a la realización directa del tipo doloso es decir, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo.

El dominio funcional del hecho, en este caso, diversos sujetos se dividen la realización de la acción típica, a partir de una planificación previa. Este es el caso de los supuestos de coautoría, en donde cada uno de los sujetos realiza una porción de la acción típica.

El dominio de la voluntad ajena, en los casos de autoría mediata una persona tiene el dominio del hecho, de un determinado curso causal, en la medida en que puede utilizar a un tercero, quien tiene el carácter de instrumento, a partir del dominio de la voluntad. Autor mediato es el que realiza el tipo aunque no lo ejecuta directamente, sino que se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad.

El dominio de un aparato de poder organizado, en estos casos se entiende que el jefe o jefes de una organización poseen el dominio del hecho, en la medida que saben que sus órdenes van a ser cumplidas aún cuando desconozcan con precisión quien será el autor material concreto. Los autores materiales son fungibles, es decir intercambiables, y si uno de ellos se niega a realizar la acción típica se cuenta con otros que estarán dispuestos a ejecutar el acto.

1.5.3. La complicidad

Esta integrada por un conjunto de actos, que no son necesarios, ni determinantes directamente, para la ejecución de un delito, es decir, que incluso se puede prescindir de ellos para cometer un determinado delito.

CAPÍTULO II

2. Aspectos técnicos del espectro radioeléctrico

2.1. Antecedentes

El origen del estudio del espectro radioeléctrico, “surge desde el mismo cuestionamiento de la naturaleza física de la luz, es así como desde la antigua Grecia se consideraba la luz como algo de naturaleza corpuscular, pues eran corpúsculos que formaban el rayo luminoso. Isaac Newton en el siglo XVIII defendió en su Tratado de Óptica esta teoría suponiendo que los corpúsculos eran lanzados a gran velocidad por los cuerpos emisores de luz.”³⁶

“La solución del problema la dio en 1861 el físico matemático James Clerk Maxwell elaborando las “Ecuaciones Matemáticas de Maxwell” las cuales son la piedra angular de la teoría electromagnética y concluyó que una onda electromagnética se produce por la variación en algún lugar del espacio de las propiedades eléctricas y magnéticas de la materia sin necesidad de un medio para propagarse.”³⁷

El científico alemán Heinrich Hertz “mostró que una corriente eléctrica podía ser la fuente de esas ondas (ondas de radio), la corriente produce un campo magnético que disminuye rápidamente al recorrer la distancia. Hertz fue el primero en enviar una

³⁶ Naturaleza de la luz; Internet: <http://www.thales.cica.es/rd/recursos/rd99/ed99-0504-01/nat-luz.html> pagina consultada el 04/03/2008.

³⁷ Ondas Electromagnéticas; Internet: <http://www-spf.nasa.gov/education/education/menwaves.html>.
Página consultada el 04/03/2008.

señal de radio a través de su laboratorio.”³⁸

“Posteriormente el Italiano Guillermo Marconi amplió el alcance de recepción de la radio y en 1903 transmitió la primera señal de radio desde Europa a Estados Unidos de América.”³⁹

2.2. Conceptos básicos de las ondas

En líneas generales, “una onda es toda perturbación que se propaga por un medio, este fenómeno es particularmente visible en el caso de las ondas materiales (4) las cuales requieren de un medio elástico para propagarse, dicho medio se deforma y se recupera vibrando al paso de la onda. La perturbación causada comunica una agitación a la primera partícula con la que impacta y se extiende en todas direcciones por el medio afectando a las demás partículas del mismo medio en que impacta y esta propagación se realiza a una velocidad constante. El ejemplo más sencillo de una onda material se encuentra al lanzar una piedra sobre el agua en reposo, inmediatamente se observa que alrededor del impacto el agua experimenta ondulaciones (perturbaciones) que se extienden en todas direcciones hasta debilitarse y desaparecer. Del ejemplo de la onda se evidencian tres aspectos:

1. Las ondas parten del foco o punto de impacto a partir del cual transmite energía y no materia.

³⁸ Ondas Electromagnéticas; Internet: <http://www-spof.nasa.gov/education/education/menwaves.html>.
Página consultada el 04/03/2008.

³⁹ Naturaleza de la luz; Internet: <http://www.thales.cica.es/rd/recursos/rd99/ed99-0504-01/nat-luz.html>
pagina consultada el 04/03/2008.

2. Las ondas se desplazan en todas direcciones a velocidad constante.
3. La onda como tal es la foto instantánea de la perturbación propagándose por un medio elástico (el agua), no es el medio elástico el que se transporta sino la vibración.”⁴⁰

2.2.1. Formación de la onda electromagnética

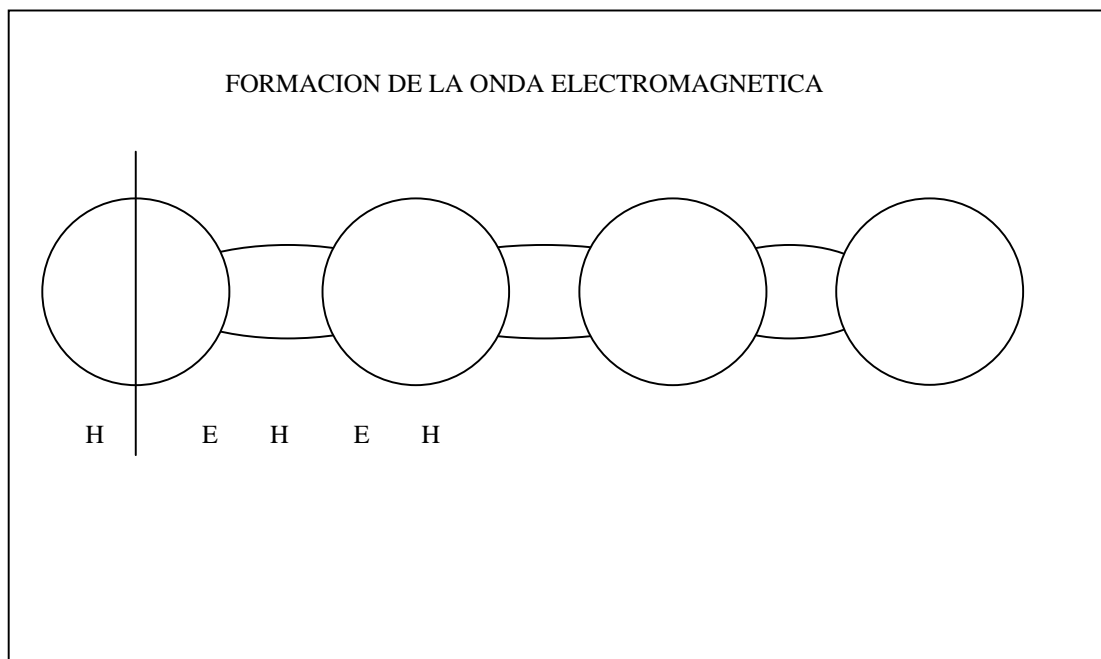
Para explicar la formación de una onda electromagnética se requiere apoyar la investigación en aspectos puramente técnicos y de manera simple “por lo cual es necesario suponer que en un lugar de libre espacio se genera intencionalmente un corto impulso eléctrico, que es equiparado a una chispa de descarga eléctrica, técnicamente esa descarga eléctrica se desarrolla como una corriente elemental que dura un tiempo breve. En ese instante se forma en torno a tal corriente, un campo magnético, el cual es variable puesto que está en formación; sus líneas de fuerza son círculos concéntricos, pero ubicados en un campo perpendicular al del campo magnético. Como el campo eléctrico es también variable por estar en formación dará origen a un nuevo campo, que a su vez genera otro campo eléctrico y así sucesivamente.

Técnicamente esa descarga eléctrica es explicada e identificada en la grafica número uno como una corriente elemental que dura un tiempo breve. En ese instante se forma en torno de tal corriente, un campo magnético denominado en la gráfica como H, el cual es variable puesto que está en formación; sus líneas de fuerza, son

⁴⁰ Las ondas y sus características; Internet: http://www.members.es.tripod.de/pefeco/ondas0_indice.htm. página consultada 04/03/2008.

círculos concéntricos, pero ubicados en un campo perpendicular al del campo magnético. Como el campo eléctrico es también variable por estar en formación dará origen a un nuevo campo que es el segundo H que a su vez genera otro campo eléctrico, el segundo E y así sucesivamente. Cada E y cada H tienen sentidos alternados (Gráfica 1), según lo determinan las reglas prácticas conocidas de la inducción. La Programación del fenómeno sucede a una velocidad igual a la de la luz, la onda electromagnética viaja a 300,000 kilómetros por segundo, la corriente elemental (o chispa) desaparecerá inmediatamente pero la propagación se realizará indefinidamente, ésta característica elemental es la que hace posible el desplazamiento de las comunicaciones.

Gráfica 1.⁴¹



⁴¹ Las ondas y sus características; Internet: http://www.members.es.tripod.de/pefeco/ondas0_indice.htm. página consultada 04/03/2008.

2.2.2. Emisión de la onda electromagnética

Las ondas electromagnéticas necesitan ser uniformes para transportar información de manera permanente. Para esto es necesario dar continuidad a la emisión y propagación de ondas electromagnéticas; por lo tanto la fuente de irradiación (explicada anteriormente como corriente elemental debe ser una corriente alterna, o sea una corriente que cambia de dirección en forma alternada desde un lado al otro de un conductor y luego en el sentido inverso. Los cambios en la dirección en forma alternada desde un lado al otro de un conductor y luego en el sentido inverso.

Los cambios en la dirección de la corriente emiten fuertes inducciones magnéticas y eléctricas sucesivas que se propagan en el curso de la distancia durante el tiempo en que permanezca activa la corriente alterna. La velocidad con que se producen los cambios en la dirección de la corriente determina la frecuencia de la onda electromagnética. De esta forma, una variación de 60 veces por segundo dará una frecuencia de 60 Hertz, la voz de una persona al hablar transformada en corriente alterna produce variaciones que por lo general se encuentran entre los 300 y 4000 Hertz. Para emitir ondas electromagnéticas se necesita de un elemento emisor de ondas que al situarse en un punto del globo terráqueo emite ondas en todas direcciones. A este elemento emisor se le conoce como antena. En materia de telecomunicaciones existe una gran cantidad de antenas atendiendo al tipo de comunicaciones y tecnología que se utilice. Para efectos de la presente investigación basta con explicar que la propagación de las ondas electromagnéticas se desarrolla a través de elementos transmisores conocidos como antenas.

2.3. Definición

El Espectro radioeléctrico es, pues una parte del espectro electromagnético cuyas bandas de frecuencia poseen características especiales que las convierten en idóneas para el transporte de señales que contienen las comunicaciones.

El espectro radioeléctrico esta compuesto por el conjunto de bandas de frecuencias disponibles para los distintos tipos de comunicación tales como radio AM y FM, televisión, VHF, y UHF, telefonía satelital, inalámbrica, móvil, etc. La utilización y distribución de las bandas de frecuencias en el espectro radioeléctrico por el tipo de servicio asignado se encuentra normada internacionalmente y se resume en la “Gráfica 2”.⁴²

SIGLA	DENOMINACION	LONGITUD DE ONDA	GAMA DE FRECUENCIA	CARACTERISTICAS	USO TIPICO
VLF	VERY LOW FRECUENCIAS Frecuencias muy bajas	30,000 m a 10,000 m	10 KHz a 30 KHz	Propagación por onda de tierra, atenuación débil. Características estables.	ENLACES DE RADIO A GRAN DISTANCIA
LF	LOW FRECUENCIAS Frecuencias bajas	10,000 m a 1,000 m	30 KHz a 300 KHz	Similar a la anterior, pero de características menos estables.	Enlaces de radio a gran distancia, ayuda a la navegación aérea y marítima
MF	MEDIUM FRECUENCIAS Frecuencias medias	1,000 m a 100 m	300 KHz a 3 MHz	Similar a la precedente pero con una absorción elevada durante el día. Propagación prevalentemente ionosférica durante la noche.	RADIODIFUSION
HF	HIGH FRECUENCIAS Frecuencias altas	100 m a 10 m	3 MHz a 30 MHz	Propagación prevalentemente ionosférica con fuertes variaciones estacionales y en las diferentes horas del día y de la noche	Comunicaciones de todo tipo a media y larga distancia
VHF	VERY HIGH FRECUENCIAS Frecuencias muy altas	10 m a 1 m	30 MHz a 300 MHz	Prevalentemente propagación directa, esporádicamente propagación ionosférica o troposférica.	Enlaces de radio a corta distancia, Televisión, Frecuencia Modulada.
UHF	ULTRA HIGH FRECUENCIAS Frecuencias ultra altas	1 m a 10 cm.	300 MHz a 3 GHz	Exclusivamente propagación directa, posibilidad de enlaces por reflexión o a través de satélites artificiales.	Enlaces de Radio, Radar, Ayuda a la navegación aérea, Televisión
SHF	SUPER HIGH FRECUENCIAS Frecuencias superaltas	10 cm. a 1 cm.	3 GHz a 30 GHz	COMO LA PRECEDENTE	RADAR, ENLACES DE RADIO
EHF	EXTRA HIGH FRECUENCIAS Frecuencias extra-altas	1 cm. a 1 mm.	30 GHz a 300 GHz	COMO LA PRECEDENTE	COMO LA PRECEDENTE
EHF	EXTRA HIGH FRECUENCIAS Frecuencias extra-altas	1 mm. a 0,1 mm.	300 GHz a 3,000 GHz	COMO LA PRECEDENTE	COMO LA PRECEDENTE

⁴² Las ondas y sus características; Internet: http://www.members.es.tripod.de/pefeco/ondas0_indice.htm, página consultada 04/03/2008.

El Artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones, lo define como: Espectro radioeléctrico también se le conoce con los nombres de Ondas Electromagnéticas, Ondas de Radio o Hertzianas y Frecuencias Radioeléctricas. Su uso, aprovechamiento y explotación únicamente podrá realizarse de acuerdo con lo prescrito en esta ley.

Esta norma no contiene propiamente una definición del espectro radioeléctrico, pues realiza una equiparación errada de conceptos técnicos que por naturaleza son diferentes.

En conclusión, la legislación guatemalteca erró al no definir propiamente el espectro radioeléctrico y en su lugar equipararlo con las características de los elementos contenidos en el mismo. Sin embargo es necesario considerar que la inexactitud de los términos técnicos empleados inicia desde la misma Constitución Política de la República de Guatemala que define en su artículo 121 literal h): “Bienes del Estado. Son bienes del Estado: ...h) Las frecuencias radioeléctricas.”

Como se puede apreciar, los constituyentes incluyeron en la clasificación de bienes del Estado las frecuencias radioeléctricas de forma abierta y general, de lo cual se infiere que son todas y al hablar de todo el universo de frecuencias radioeléctricas estamos hablando del espectro radioeléctrico. Volviendo al tema de la definición del espectro radioeléctrico en la Ley General de Telecomunicaciones, podemos concluir que el legislador tomó en cuenta que el ordenamiento jurídico interno guatemalteco se

han utilizado los términos de manera indistinta y haciendo referencia al mismo concepto de espectro radioeléctrico, por lo que optó por equiparar conceptos en lugar de definir propiamente el espectro radioeléctrico.

2.4. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de las frecuencias radioeléctricas es de derecho publico; por consiguiente como un derecho que se rige en gran parte por los principios del derecho constitucional ya que según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 121 literal h), que las frecuencias radioeléctricas son propiedad del Estado y del derecho internacional de telecomunicaciones, de hecho las entidades gubernamentales encargadas de su aplicación forman parte de la administración pública.

Analizando sus elementos podemos determinar que la frecuencias radioeléctricas tienen una ponderación económica, que son medibles, que son registrables, que son intangibles pero son aparatos especiales pueden ser susceptibles de utilizar y operar, es así como se logra establecer que las frecuencias radioeléctricas son bienes muebles los cuales según el artículo 451 del Código Civil.

Puede afirmarse que no es un derecho autónomo por que los interesados pueden impugnar resoluciones de la autoridad administrativa y judicial del país independientemente de las resoluciones de los entes jurisdiccionales.

2.5. Clasificación de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico

En base a lo que regula la Ley General de Telecomunicaciones en su Artículo 51 las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifican en la siguiente manera:

- 1) Bandas de Frecuencias para Radioaficionados;
- 2) Bandas de Frecuencias Reservadas; y
- 3) Bandas de Frecuencias Reguladas.

2.5.1. Bandas de frecuencias para radioaficionados

Son bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que pueden ser utilizadas, sin necesidad de obtener derechos de usufructo.

2.5.2. Bandas de frecuencias reservadas

Son bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico destinadas para uso de los organismos y entidades estatales.

2.5.3. Bandas de frecuencias reguladas

Son las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que no se contempla en esta ley como bandas para radioaficionados o reservadas, solo podrán utilizarse adquiriendo previamente los derechos de usufructo ya sea adquiriendo los derechos de un usufructuario o adquirir el usufructo en subasta pública.

2.6. Características del espectro radioeléctrico

- 1 “Se encuentra contenido dentro del espectro electromagnético.
- 2 Abarca las bandas de frecuencias comprendidas de los 3 kilohertz, a los 300 Gigahertz, las cuales son utilizadas para la comunicación.
- 3 Sobre la base de la potencia asignada a las bandas de frecuencias es posible determinar la cobertura geográfica de las mismas. Esto hace permisible y viable que cada país administre el espectro radioeléctrico dentro de sus fronteras territoriales con la salvedad que determinadas bandas de frecuencia deben ser operadas en concordancia a los convenios internacionales en materia de telecomunicaciones, en particular con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.
- 4 El espectro radioeléctrico, por ser una fracción determinada del espectro electromagnético posee una posibilidad de fragmentación o separación limitada. Al llegar al punto de saturación el espectro se agota, de lo cual deviene que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado.”⁴³

2.7. Elementos de las ondas radioeléctricas

La onda radioeléctrica está compuesta de tres elementos que son: amplitud máxima, longitud de onda, y fase o período.

La longitud de onda es la distancia entre un punto de la onda hasta donde se repite nuevamente; por ejemplo la distancia entre una cresta y la siguiente. Por ser una

⁴³ Ortiz Rímola, David Alfonso. Consideraciones Generales del Título de Usufructo de Frecuencia. (tesis) Universidad Rafael Landívar. 2004. Pág. 09.

distancia su unidad de medida es el metro y cuando las distancias son muy pequeñas se utilizan los submúltiplos del metro.

El período o fase, es el tiempo que le toma a una onda completar un ciclo y se mide en segundos; por ejemplo: el tiempo que tarda en pasar de una cresta a la siguiente.

2.8. Sistemas de explotación de las bandas de frecuencias

En la legislación guatemalteca se han utilizado dos sistemas para la explotación del espectro radioeléctrico:

- a) El de concesión administrativa, el cual estuvo vigente hasta el año 1996.
- b) El sistema de explotación mediante el usufructo de frecuencia, que empieza a funcionar con la entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones.

2.8.1. Sistema de concesión administrativa

Guillermo Cabanellas define la concesión administrativa como: “Otorgamiento administrativo, ante una oferta privada o por ofrecimiento público, que se hace a particulares o empresas, para la apropiación o aprovechamiento de bienes de dominio público o para explotar servicios generales o locales”⁴⁴. Las concesiones se dan por contratación directa o, con mayor frecuencia mediante licitación o subasta al mejor postor, que habrá que sujetarse al pliego de condiciones. “El concesionario deberá ajustarse al presupuesto y plan de la obra, cuando se trate de una construcción o

⁴⁴ Cabanellas, Guillermo, Op. Cit. Pág.448.

reparación; y entonces obtiene la parte de beneficios permitida; por ejemplo un 15 o 20 por ciento. En otro caso se encuentra en el deber de abandonar la cuota señalada o el tanto por ciento determinado por la explotación de alguna fuente de riqueza o de servicio público; en cuyo caso obtiene como ganancia el rendimiento que logre.”⁴⁵

La legislación guatemalteca contempla el sistema de concesión administrativa, en el Decreto Ley 433, que contiene la Ley de Radiocomunicaciones, que fue derogada parcialmente por la Ley General de Telecomunicaciones. De las normas contenidas en dicho cuerpo legal se pueden extraer las siguientes características para la concesión de bandas de frecuencias:

- 1 Era una concesión otorgada exclusivamente por el Estado.
- 2 El otorgamiento de la concesión y la determinación del valor de la misma, quedaba a discreción del Estado;
- 3 Las concesiones no eran cedibles ni transmisibles, pero si se podían transmitir por sucesión mortis causa;
- 4 Se establecían determinados requisitos que debían reunir los concesionarios, entre los que estaban: ser guatemaltecos, tener buenos antecedentes y en el caso de ser personas jurídicas, las acciones de la misma debían ser nominativas y además tenía la obligación de presentar anualmente un listado de los accionistas de la sociedad;
- 5 La concesión se otorgaba por un plazo máximo de 25 años, prorrogable por un

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 448.

plazo igual;

- 6 Se Prohibía otorgar a una misma persona individual o jurídica la concesión sobre más de una banda de frecuencia;
- 7 Se establecía la obligación del concesionario de constituir y mantener vigente durante el plazo de la concesión, una fianza a favor del Estado;
- 8 Se incluían como causales de caducidad de la concesión las siguientes:
 - Por no construirse las instalaciones en el plazo establecido por la ley;
 - Por no iniciarse las transmisiones dentro del plazo estipulado por la ley;
 - Por no otorgarse o prorrogarse la fianza correspondiente.
- 9 Se establecían como causas de revocación de la concesión, las siguientes:
 - Por cambiar la ubicación del equipo de transmisión o cambiar la frecuencia asignada sin autorización;
 - Por enajenar la concesión, los derechos derivados de ella o el equipo emisor sin autorización;
 - Por gravar o arrendar total o parcialmente el equipo emisor sin autorización;
 - Por admitir como socios directos o indirectos a extranjeros;
 - Por que el monto de capital correspondiente a socios guatemaltecos llegare a ser inferior al cincuenta y uno por ciento;

2.8.2. El sistema de usufructo de bandas de frecuencia

Con la entrada en vigencia de la Ley General de Telecomunicaciones se introdujo a Guatemala el sistema de usufructo de frecuencia. La finalidad de este

sistema es promover la inversión en telecomunicaciones, atraer a grandes operadores internacionales e incentivarlos a introducir tecnología de punta, crear mecanismos ágiles que permitan el crecimiento de mercado y evitar la intromisión del Estado en las negociaciones entre particulares. A la fecha puede decirse que la Ley General de Telecomunicaciones ha cumplido sus propósitos; sin embargo, en ese afán de evitar que el Estado tuviera participación alguna en las negociaciones de las bandas de frecuencia entre particulares, se dejó la puerta abierta a situaciones que puedan resultar perjudiciales al momento que el espectro radioeléctrico se agote totalmente.

En ese sentido, resulta delicado pensar que las bandas de frecuencias asignadas en los últimos ocho años, que son la mayoría, no volverán al Estado sino a partir del año 2046. Cabe preguntarse entonces ¿Cómo se pensará satisfacer la demanda de bandas de frecuencias del futuro?, a sabiendas que existen algunas atenuantes, como lo son:

- 1) El avance de la tecnología ha contribuido a la mejora constante de los equipos de telecomunicaciones, que a su vez optimizan el escaso recurso: El espectro radioeléctrico. Esto permite suponer que esta innovación tecnológica hará factible, que en un futuro, se envíe la misma cantidad de información utilizando bandas de frecuencias cada vez más pequeñas.
- 2) Otra atenuante a la situación planteada, sería que se introdujeran modificaciones a la Ley General de Telecomunicaciones, en virtud de la cual se normaran todos aquellos aspectos que fueron omitidos, tales como: Establecer

limites en cuanto al plazo, a la cantidad máxima de bandas de frecuencias que cada persona puede obtener, al derecho del Estado de percibir una remuneración económica por cada prórroga de usufructo que conceda.

3) En cuanto al agotamiento del espectro radioeléctrico, podría pensarse que la ley si previo este tipo de problema y que para el efecto conservó algunas bandas de frecuencia con carácter reservado, según se observa en el Artículo 64 de Ley General de Telecomunicaciones; sin embargo al tenor de la presente investigación se pueden determinar los siguiente aspectos:

- El Artículo 68 de la Ley General de Telecomunicaciones, establece que las bandas de frecuencias reservadas, son para uso exclusivo del Estado y de los organismos estatales.
- A nivel nacional e internacional existe una clasificación de bandas de frecuencias atendiendo al uso de las mismas; por consiguiente la demanda de bandas de frecuencias a futuro puede predecirse que estará en los rangos de telefonía y transmisión de datos, bandas de frecuencias comprendidas entre los 3 Gigahertz y 3000 Gigahertz, de la lectura del Artículo 64, resalta que esas bandas que se han reservado para uso del Estado, están comprendidas entre los 3 Kilohertz y los 3.4 Gigahertz. Esto provocaría que aún cuando se convirtieran esas bandas reservadas en bandas reguladas, exista en el futuro un déficit en los rangos de bandas de frecuencias reguladas, que tendrán mayor demanda como consecuencia del avance tecnológico.

Una de las diferencias sustanciales entre el sistema de concesión administrativa y el sistema de usufructo de bandas de frecuencia, radica que, en el primer caso, se contemplan causales de revocación precisamente por que ese sistema está conformado únicamente por actos administrativos, que por su naturaleza son esenciales revocables en forma unilateral por el Estado. En cuanto, el sistema de usufructo de bandas de frecuencias contemplado en la Ley General de Telecomunicaciones, es en si un usufructo, al que se le aplica supletoriamente la normativa de carácter civil, según la cual el usufructo no es revocable y la terminación del mismo sólo procede en los casos contemplados como causales de terminación.

2.9. Geográficamente Como se encuentra distribuida las frecuencias radioeléctricas dadas en usufructo.

En el territorio de la República de Guatemala la Superintendencia de Telecomunicaciones ha distribuido las frecuencias radioelectricas en dos categorías:

- a. Frecuencias radioelectricas departamentales.
- b. Frecuencias radioelectricas municipales.

Para el presente estudio se detalla, como se encuentran distribuidas las frecuencias radioelectricas departamentales y municipales: “Grafica 3.”⁴⁶

⁴⁶ Frecuencias otorgadas para toda la República en Frecuencia Modulada, fuente Superintendencia de Telecomunicaciones, Guatemala, 08/05/2008.

ORDEN	DEPARTAMENTOS	FRECUENCIAS DEPARTAMENTALES	FRECUENCIAS MUNICIPALES
1	Guatemala	50	0
2	Sacatepequez	50	0
3	Chimaltenango	12	4
4	El Progreso	8	0
5	Escuintla	25	17
6	Santa Rosa	17	4
7	Solola	10	21
8	Huehuetenango	36	8
9	Quetzaltenango	26	9
10	Suchitepequez	12	0
11	Retalhuleu	8	0
12	San Marcos	14	3
13	Izabal	10	0
14	Totonicapán	8	6
15	Alta Verapaz	14	20
16	Baja Verapaz	1	8
17	Peten	38	11
18	Quiche	12	21
19	Zacapa	13	2
20	Chiquimula	19	4

21	Jalapa	10	0
22	Jutiapa	8	4

CAPÍTULO III

3. La radiodifusión y la forma en que se administra en Guatemala

Para cualquier nación, especialmente latinoamericana, la radiodifusión constituye uno de los elementos fundamentales para el desarrollo, dado que es en ella donde se sustenta gran parte del poder de información de carácter masivo.

Guatemala no está ajena a lo mencionado antes. Es por ello que la Superintendencia de Telecomunicaciones desde su creación, ha considerado la radiodifusión una de sus prioridades. Ha formado el crecimiento del número de radios a todo lo largo y ancho del territorio nacional haciendo uso de las herramientas que la ley pone a su alcance.

La actual Ley de Telecomunicaciones, brindó a todos aquellos operadores de radiodifusoras existentes previo a su promulgación, la certeza jurídica que protege sus derechos convirtiéndolos automáticamente y sin costo alguno en usufructuarios de las o las bandas de frecuencia en las cuales venían operando previo a la promulgación de la misma, con la figura legal de la concesión.

3.1. Antecedentes

“Se sabe que antes de los terremotos de 1917-1918, Guatemala tenía una estación radiotelegráfica donada por el gobierno mexicano, sin embargo fue hasta 1929 cuando el señor Julio Caballeros, hijo, experto en radio transmisión, aprovechando los sobrantes de la radiotelegrafía y adquiriendo él por su cuenta lo que

faltaba, había armado una radiodifusora. Armada, significa que fue instalada rudimentariamente, sin la tecnología del momento.”⁴⁷

En esa época la radiodifusión era conocida por unas pocas familias capitalinas y alguna que otra persona de las cabeceras departamentales, las primeras, por lo general con radorreceptores adquiridos en el extranjero, y las segundas que lo compraron en algún almacén capitalino y sólo podían escuchar radios del exterior en la onda corta. Jurídicamente es importante resaltar que la Constitución de la República vigente era la decretada el 11 de diciembre de 1879, que no regulaba nada sobre los bienes de propiedad del estatal y en consecuencia no se regulaba nada con respecto a las ondas hertzianas dado que a esta fecha no habían sido descubiertas. De ahí que la radiodifusora construida artesanalmente por el señor Julio Caballeros se inscribía dentro del contexto del Artículo 20 de aquella Constitución: “la industria es libre. El autor o inventor goza de la propiedad de su obra o invento por un tiempo que no exceda de quince años. El ejecutivo podrá otorgar concesiones por un tiempo que no pase de diez años a los que introduzcan o establezcan industrias nuevas en la república.”⁴⁸

Un medio de comunicación masiva había aparecido en el país. Ante ello en sus postrimerías instaló aquí una emisora con la asesoría de un técnico norteamericano traído especialmente para el efecto. Esa emisora radiodifusora es TGW La Voz de Guatemala, que inició sus labores el 16 de septiembre de 1930; hasta el día de hoy es

⁴⁷ Ortiz Rímola, David Alfonso. Consideraciones Generales del Titulo de Usufructo de Frecuencias. (Tesis) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landivar, Guatemala, 2004. Pág. 30.

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 31.

la radio oficial del Estado y con esa calidad brinda servicios noticiosos. Luego surgen dos radioemisoras comerciales. El locutor Mejicano Novales funda TGX y la firma Castillo Hermanos fundó TGC-Vidaris. En febrero de 1931 asume el poder del Estado el General Jorge Ubico Castañeda y no se permitió la existencia de otros medios de radiodifusión más. Así lo había decidido el personalísimo control gubernamental, ya que el Estado sabía que podía tener mejor controlada a la población si no estaban comunicados y mucho menos informados.

El 27 de abril de 1935 la Asamblea Legislativa emitió el Decreto 2080 Código de Comunicaciones Eléctricas en el que jurídicamente se modernizaron los servicios públicos preexistentes ya regulados por la ley consistentes en servicios telegráficos, radioeléctricos y cablegráficos, y así también se aprovechó a incorporar los servicios radiofónicos al ordenamiento jurídico. Las disposiciones fundamentales consistentes en 11 artículos, en lo relativo a la radiodifusión estipulaban en el Artículo 2 que dicho servicio quedaba adscrito a la Dirección General de Telégrafos y en el Artículo 11 se le otorgaba al gobierno la suprema vigilancia sobre las estaciones de radio particulares establecidas o que se establecieran. El libro tercero de dicho Código titulado: Del servicio de Radiocomunicaciones; establecía en sus Artículos 441 al 510, constituyó la primera ley radiofónica de Guatemala. Los Artículos 448 y 458 estipulaban que las radiodifusoras o estaciones de radio necesitaban la autorización del gobierno para poder utilizar el espectro radioeléctrico. En esa misma ley, en el Artículo 445 se reguló que la estación que interfiriera otra debía de suspender sus funciones; en el Artículo 448 establecía que el gobierno se reservaba el derecho de censura sobre la

programación; en el Artículo 449 establecía que en caso de guerra el gobierno podía incluso desmontar las radiodifusoras particulares; en el Artículo 464 establecía que el gobierno las vigilaba permanentemente; en el Artículo 465 estipulaba que las instalaciones ilegales caían en comiso. Estando vigente este decreto la dictadura ubiquista sólo permitió la Radio Morse que funcionó en el edificio que ocupó la desaparecida Dirección General de Correos y que se identificó con las siglas TG1 y TG2 y de dos radios en el departamento de Quetzaltenango TGO y TGQ que transmitían en las ondas larga y corta respectivamente.

Otra etapa importante de la radiodifusión en comenzando el 20 de octubre del 1944 dentro del marco de democracia y libertad que proclamo la revolución, el Congreso de la República emitió el 27 de abril de 1945 el Decreto Número 93 Ley del Organismo Ejecutivo, la que en el Artículo 12 numeral romano II estableció como función del Ministerio de Comunicaciones y Obras Públicas, entre otras funciones, la de administrar los servicios de correos, telégrafos teléfonos, cables, radio, electricidad y la radiodifusión oficial y comercial. Con ello se derogó la draconiana disposición ubiquista que había trasladado esos servicios al ramo de la guerra.

Durante esa época surgieron varias radios algunas de la cuales aún subsisten como Radio Nuevo Mundo, funda por Humberto González Molina fundó la Radio Continental en 1945, en 1946 surge Radio Fabulosa (actualmente propiedad de Emisoras Unidas) donde se transmitió durante décadas el Radioperiódico Guatemala Flash, estas radios fueron objeto de interferencias en las postrimerías de la época

revolucionaria.”⁴⁹

El 31 de marzo de 1955 se emite el Decreto Presidencial Número 260 que contiene la Ley de Radiodifusión con características de ley especial al derogar los artículos del 458 al 502 del Código de Comunicaciones Eléctricas, Decreto 2080. Este decreto se emitió para respetar y cumplir varios convenios internacionales que en este campo han sido obligatorios para Guatemala, para regular el control y buen funcionamiento de las estaciones de radio. Esta ley establecía que todas las frecuencias o canales utilizables en las radiocomunicaciones, asignados a Guatemala son propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, así también se indica que el gobierno de la República a través de la Dirección General de Radiodifusión ejerce el control y vigilancia sobre las estaciones de radio, así también todas las radioemisoras debían identificarse por lo menos cada hora con sus siglas distintivas, la frecuencia en kilociclos y lugar desde donde transmitía; esta ley perdió su vigencia el 1 de enero de 1966 cuando entro en vigencia la actual Ley de Radiodifusión Decreto Ley 433.

3.2. Procedimiento administrativo para la adquisición de las frecuencias radioeléctricas

En el año de 1996, mediante Decreto Número 94-96, el Congreso de la República de Guatemala, creó la Ley General de Telecomunicaciones, a la que quedó sujeto todo lo relativo a la forma de explotación de las frecuencias radioeléctricas.

⁴⁹ Dirección General de Radio y Televisión Nacional TGW. Historia de la Radiodifusión en Guatemala; Guatemala, 2000, Pág. 3.

Sin lugar a dudas, dicha ley, novedosa en países como el nuestro, ha permitido el desarrollo de las telecomunicaciones en el país, lo que no puede ser negado por nadie.

Si bien, no se puede negar la transparencia del procedimiento por medio del cual son otorgadas para su explotación de las frecuencias radioeléctricas como instrumento que propicie el desarrollo intelectual, científico, de promoción de valores cívicos, espirituales, democráticos.

Es cierto, la ley no niega a ningún sector social el acceso a la explotación de las frecuencias, pero si el procedimiento que establece es la subasta pública, serán los empresarios con poder económico los que tendrán acceso a ellas. Lógico, su fin es el lucro, y lo importante para ellos es el entretenimiento, con lo cual obtendrán ganancia, es decir no importa el contenido que va a ser transmitido a través de las ondas electromagnéticas.

El Decreto 94-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley General de Telecomunicaciones, establece en sus Artículos 61 y 62 la forma en que se va a adjudicar títulos de usufructo de las frecuencias radioeléctricas. En el Artículo 61 de la ley citada establece el concurso público para la adjudicación de títulos de usufructo de frecuencias, cualquier persona interesada, individual o jurídica, nacional o extranjera, o cualquier entidad estatal, presentará ante la Superintendencia de Telecomunicaciones una solicitud detallando en ella las bandas de frecuencia y las características indicadas

en la literal a del Artículo 57 de la misma ley citada, las cuales son:

- Horario de operación;
- Área geográfica de influencia;
- Potencia máxima efectiva de radiación;
- Máxima intensidad de campo eléctrico o potencia máxima admisible en el contorno del área de cobertura.

La Superintendencia de Telecomunicaciones emitirá una resolución admitiendo o no para su trámite la solicitud. Dicha resolución deberá ser emitida y notificada en un plazo no mayor de tres días, contados a partir del día en que la solicitud haya sido presentada.

La Superintendencia de Telecomunicaciones únicamente podrá denegar el trámite a las solicitudes de las bandas de frecuencia que de conformidad con los avances tecnológicos del momento, sean imposibles de definir en las condiciones sugeridas por el solicitante, aquellas cuya admisión vulneraría los acuerdos, tratados y convenios internacionales sobre la materia ratificados por el Gobierno de Guatemala, o aquellas que se refieran a bandas de frecuencia que hayan sido previamente otorgadas a otros, bandas de frecuencia reservadas o bandas de frecuencias para radioaficionados.

Podrán oponerse al otorgamiento del título de usufructo sobre las bandas de frecuencia solicitadas aquellas personas individuales o jurídicas que tengan un interés

fundado y legítimo y que puedan resultar perjudicadas si el otorgamiento se realiza. Asimismo otras personas podrán manifestar su interés por adquirir parcial o totalmente la misma banda o bandas de frecuencia solicitadas.

Cualquier oposición o interés de terceros deberá ser planteado ante Superintendencia de Telecomunicaciones dentro de los cinco días siguientes de vencerse el periodo de publicaciones de conformidad con el Artículo 21 de la Ley General de Telecomunicaciones, en caso de que no exista oposición ni terceros interesados la Superintendencia de Telecomunicaciones otorgará directamente el derecho de usufructo de la banda solicitada, ordenando su inscripción en el Registro de Telecomunicaciones. Si hubiera oposición la Superintendencia de Telecomunicaciones tendrá diez días para resolverla. Si se declara con lugar la oposición, se dará por concluido el proceso de concurso público. Por el contrario si declara sin lugar la oposición y no existen otros interesados se le otorgará al interesado, sin más trámite, el derecho de usufructo sobre la banda solicitada. Si hubiera otros interesados, transcurridos 15 días a partir de la fecha de vencimiento del plazo de oposición o de rechazada cualquier oposición planteada, la Superintendencia de Telecomunicaciones invitará a los interesados a participar en una subasta pública de la banda solicitada, pudiendo fraccionarla, siempre que considere que lo mismo es necesario para promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones. La subasta deberá realizarse dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que se hizo la invitación a participar en la misma, de conformidad con el párrafo anterior, salvo cuando la banda solicitada haya sido fraccionada, en cuyo caso, dicho plazo podrá

prorrogarse hasta por un máximo de 20 días.

3.3. Usufructo de bandas de frecuencias

3.3.1. Elementos de Usufructo de Bandas de Frecuencia

Los elementos del usufructo de bandas de frecuencias son: Elemento subjetivo y el elemento objetivo.

a. El elemento subjetivo

a.1. El usufructuario

Es el Titular del Título de Usufructo de Frecuencia debidamente inscrito en el Registro de Telecomunicaciones.

a.2. El nudo propietario

Es el Estado, como propietario del espectro radioeléctrico, en base al Artículo 121 Literal h), de la Constitución Política de la República de Guatemala.

b. Elemento objetivo

Las bandas de frecuencia, son susceptibles de explotación y consideradas como un bien propiedad del Estado de Guatemala, de conformidad con el Artículo 121 literal h) de la Constitución Política de la República de Guatemala. Siendo un bien del Estado, queda enmarcado por el numeral uno del Artículo 459 del Código Civil, como

un bien nacional de uso no común. Aunque el referido Artículo no especifica a las bandas de frecuencias como bienes del Estado, se entiende que las mismas están incluidas dentro de dicho listado, ya que la norma deja la salvedad que, en la misma clasificación se encuentran todos los bienes del Estado; lo que significa que esta clasificación legal que contiene el Código Civil es meramente enumerativa y no limitativa.

En cuanto a la forma de explotación, el mismo Código Civil establece en su Artículo 462: Los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de los municipios y de las entidades descentralizadas están sujetos a las leyes especiales subsidiariamente a lo dispuesto en este Código. La cita legal viabilizó el nacimiento de la Ley General de Telecomunicaciones, que como ley especializada en la materia, regula el Usufructo de Bandas de Frecuencias, la forma de administración del espectro radioeléctrico y todas las frecuencias contenido en el mismo. La Ley General de Telecomunicaciones establece en el Artículo 54: Título de Usufructo: El aprovechamiento de las bandas de frecuencias reguladas será asignado, mediante títulos que representen el derecho de usufructo. En referencia al tema queda claro que el objeto del Usufructo de bandas de frecuencia es la explotación del espectro radioeléctrico nacional mediante el Título de Usufructo de Frecuencia regulados por la Ley General de Telecomunicaciones.

3.3.2. Constitución del usufructo de bandas de frecuencia

Como quedo indicado, el usufructo en la legislación guatemalteca sólo puede

constituirse por contrato o por acto de última voluntad. En el caso de usufructo de las bandas de frecuencias el mismo se establece por contrato. Dicho contrato no posee formalismos sino que emana del acuerdo de voluntades entre el Estado y los particulares. La voluntad de ambas partes queda manifiesta en el trámite administrativo que culmina con el pago del valor de la subasta por parte de los particulares y la entrega del Título de Usufructo de Frecuencia por parte del Estado. El Título de Usufructo de Frecuencia como documento representa la consumación del acuerdo de voluntades entre particulares y el Estado. El Título de Usufructo de Frecuencia, como documento representa la consumación del acuerdo de voluntades entre particulares por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones; dichos actos quedan contenidos en resoluciones de carácter administrativo. Dada la naturaleza de esas resoluciones, las mismas son susceptibles de impugnación a través de los recursos contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, debe quedar muy claro que al momento de estar firme, la resolución administrativa que otorga el Título de Usufructo de Frecuencia a un particular, esta relación jurídica se traslada del ámbito del derecho administrativo hacia la esfera de la normativa que regulan el usufructo civil. En consecuencia, una vez extendido el título, el Estado no puede, de manera unilateral, revocar el usufructo otorgado; debiéndose únicamente circunscribirse a las causales de terminación del usufructo civil que sean aplicables.

3.3.3. Plazo de usufructo de bandas de frecuencia

El Artículo 705 del Código Civil establece que el usufructo puede constituirse

por tiempo fijo, vitalicio, puramente o bajo condición, pero no a perpetuidad, y sobre toda especie de bienes muebles e inmuebles. Asimismo puede constituirse a favor de personas jurídicas, o de una o varias personas individuales, simultáneamente o sucesivamente. Por aparte la Ley General de Telecomunicaciones establece en el Artículo 58 que el plazo del usufructo es de 15 años. Dicho plazo podrá prorrogarse por plazos iguales (la ley no establece el límite de plazos por el cual se pueda prorrogar). El Artículo 59 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones está obligada a prorrogar el plazo del Título de Usufructo de Frecuencia a menos que tenga evidencia proporcionada por una entidad acreditada para la supervisión del espectro radioeléctrico, de que el mismo no fue utilizado en absoluto, durante el periodo que el titular ejerció el derecho de usufructo.

3.3.4. Enajenación y arrendamiento del usufructo de bandas de frecuencias

El Código Civil en su Artículo 716, faculta al usufructuario a arrendar y enajenar su derecho de usufructo, de misma forma los Artículos 55 y 56 de la Ley General de Telecomunicaciones otorgan amplias facultades al usufructuario pudiendo enajenar y/o arrendar total o parcialmente el Título de Usufructo de Frecuencia. La transmisión del Título de Usufructo de Frecuencia debe realizarse mediante endoso e inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Esta facultad de arrendar total o parcialmente que la Ley General de Telecomunicaciones le concede al titular del Título de Usufructo de Frecuencia debe

ser interpretada integrando para el efecto los artículos 60 y 23 del mismo cuerpo legal de la siguiente manera:

1. El Artículo 60 establece que el titular inscrito en el Registro de Telecomunicaciones es el único responsable de cualquier acto derivado del ejercicio de su derecho;
2. El Artículo 23 exige que antes de iniciar operaciones, los titulares deben estar inscritos en el Registro de Telecomunicaciones.

En virtud de lo anterior, resultaría que en caso de arrendamiento el arrendante deberá realizar cualquier gestión administrativa o judicial en nombre del arrendatario, de forma que el titular del Título de Usufructo de Frecuencia nunca pueda delegar su responsabilidad en el arrendatario, por ser aquél el único inscrito en el Registro de Telecomunicaciones.

En cuanto a la enajenación del Título de Usufructo de Frecuencia, la Ley General de Telecomunicaciones no contempla restricción alguna; sin embargo, tomando en consideración la aplicabilidad de la normativa mercantil al Título de Usufructo de Frecuencia, la enajenación se verifica mediante endoso y entrega del Título de Usufructo de Frecuencia u la operación del cambio de titular en el Registro de Telecomunicaciones.

En materia fiscal, la transmisión por compraventa o cesión del Título de

Usufructo de Frecuencia queda exenta de cualquier obligación impositiva, pues como quedó indicado, el Título de Usufructo de Frecuencia en cuanto a su forma es un título de crédito y por lo tanto y al tenor del Artículo 7 numeral 6 de la Ley del Impuesto Sobre el Valor Agregado, Decreto 27-92 del Congreso de la República se encuentra exento del pago de dicho impuesto. De la misma forma, se encuentra exento del Impuesto del Timbre Fiscal al tenor del Artículo 11 numeral 9 de la ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial par Protocolo, Decreto 37-92 del Congreso de la República.

3.3.5. Modo de extinguirse el usufructo de bandas de frecuencias

En virtud que la Ley General de Telecomunicaciones no regula específicamente las causales de terminación, las mismas se pueden verificar integrando el usufructo civil al usufructo de bandas de frecuencias, en consecuencias el usufructo de bandas de frecuencias puede extinguirse en los siguientes casos:

- a) Al vencimiento del plazo de 15 años por el cual fue otorgado conforme al Artículo 58 de la Ley General de Telecomunicaciones, siempre que no se hubiera solicitado la prórroga como lo ordena el Artículo 59 de la referida ley;
- b) En caso que el usufructuario devuelva voluntariamente al Estado la banda de frecuencia y por lo tanto el usufructo se extinga;
- c) Por Prescripción: En el supuesto que el usufructuario no hubiera hecho uso de la banda de frecuencia en absoluto durante el período que le fue otorgada;
- d) Por muerte del usufructuario, esta causal puede darse en dos supuestos:

d.1) Que el titular sea una persona individual y falleciera;

d.2) Que el titular sea una persona jurídica y la misma se disolviera.

En el primer supuesto la causal se aplicaría al igual que cualquier usufructo civil, pues el usufructo terminaría al momento de extinguirse la vida humana. En cuanto al segundo caso, por tratarse de una ficción jurídica de la misma puede planearse o proveerse de tal manera, que antes de llegar a la disolución, puede enajenarse el Título de Usufructo de Frecuencia y recuperar el valor económico que tenga la banda de frecuencia en el mercado.

3.4. Instituciones encargadas de su administración

3.4.1. Superintendencia de Telecomunicaciones

La Superintendencia de Telecomunicaciones fue creada en noviembre de 1996 como un organismo eminentemente técnico del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 5 del Decreto 94-96 del Congreso de la República, Ley General de Telecomunicaciones, siendo creada como un organismo con independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y funciones. Entre dichas funciones se encuentran las siguientes, según lo estipula el Artículo 7 de la misma ley:

a) Crear, emitir, reformar y derogar sus disposiciones internas;

b) Administrar y supervisar la explotación del espectro radioeléctrico;

c) Administrar el registro de telecomunicaciones;

- d) Dirimir las controversias entre los operadores surgidas por el acceso a recursos esenciales
- e) Elaborar y administrar el plan nacional de numeración;
- f) Aplicar cuando sea procedente, las sanciones por incumplimiento a la Ley General de Telecomunicaciones;
- g) Participar como el órgano técnico representativo del país, en coordinación con los órganos competentes, en las reuniones de los organismos internacionales de telecomunicaciones y en las negociaciones de tratados, acuerdos y convenios internacionales en materia de telecomunicaciones;
- h) Velar por el cumplimiento de la ley;
- i) Velar por los intereses de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

3.4.2. Dirección General de Radiodifusión y Televisión Nacional

La Dirección General de Radiodifusión y Televisión Nacional fue creada en marzo del 1966 por medio del Decreto-Ley Número 433, Ley de Radiocomunicaciones, dependiente del Ministerio de Comunicaciones y Obras Públicas, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 5 del Decreto antes mencionado, esta entidad fue creada con el objeto de la administración técnica y administrativa de las frecuencias radioeléctricas hasta que fue creada la Ley General de Telecomunicaciones la cual crea la Superintendencia de Telecomunicaciones, la cual le quita atribuciones a la Dirección General de Radiodifusión y Televisión Nacional, como la administración de las frecuencias radioeléctricas, así como la de otorgar, denegar y revocar las concesiones para explotar comercialmente los servicios radioeléctricos.

3.5. Unión Internacional de Telecomunicaciones

3.5.1. Antecedentes Históricos de la UIT

“Según se explica en la página Web de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, el 24 de mayo de 1844, Samuel Morse realizó la primera comunicación telegráfica. Diez años después, la telegrafía se extendió a nivel internacional; sin embargo, los sistemas entre los países eran diferentes por lo que debían transcribirse y traducirse en las fronteras antes de reenviarse a la red telegráfica del país vecino. En virtud de la lentitud y problemática de las comunicaciones telegráficas internacionales, se inició un largo proceso de negociaciones internacionales con el objeto de unificar criterios, el proceso concluyó el 17 de mayo de 1865 al suscribir por veinte Estados fundadores, el primer Convenio Telegráfico Internacional, creando la Unión Telegráfica Internacional.”⁵⁰

“La invención del teléfono en 1876 y su expansión mundial provocó la actualización de las normas de la Unión Telegráfica Internacional.

En 1896 se inventó la telegrafía sin hilos (por medio de bandas de frecuencias radioeléctricas. Esto motivó la celebración de la primera Conferencia Radiotelegráfica Internacional y la suscripción del Convenio Internacional de Radiotelegrafía en 1906.

En 1920 inició la radiodifusión sonora, por lo cual se constituyó en 1927 el

⁵⁰ Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008.

Comité Consultivo Internacional de Radiocomunicaciones.

En el año de 1932 en la ciudad de Madrid, España se suscribió el Convenio Internacional de Telecomunicaciones en el cual se unificó el Convenio Telegráfico Internacional de 1865 y el Convenio Internacional de Radiotelegrafía de 1906. También se acordó cambiar el nombre a Unión Internacional de Telecomunicaciones y las siglas UIT.

Luego de la Segunda Guerra Mundial se creó la Organización de las Naciones Unidas y el 15 de octubre de 1947 la Unión Internacional de Telecomunicaciones pasó a formar parte de dicha organización como un ente especializado.”⁵¹

“La expansión masiva de los medios de comunicación y su complejidad provocó en 1992 la celebración de una Conferencia de Plenipotenciarios en Ginebra, Suiza. En dicha Conferencia se aprobó la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, reestructurando la organización en tres sectores atendiendo a la actividad principal:

- 1 Sector de Normalización de las Telecomunicaciones.
- 2 Sector de las Radiocomunicaciones.
- 3 Sector del Desarrollo de las Telecomunicaciones.”⁵²

⁵¹ Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008.

⁵² Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008

3.5.2. Fines de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

De conformidad con el Convenio de Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sus fines son:

- 1 Mantener y ampliar la cooperación internacional entre todos sus Estados Miembros para el mejoramiento y el empleo racional de toda clase de telecomunicaciones.
- 2 Alentar y mejorar la participación de entidades y organizaciones en las actividades de la Unión y favorecer la cooperación fructífera y la asociación entre ellas y los Estados Miembros para la consecución de los fines de la Unión.
- 3 Promover y proporcionar asistencia técnica a los países en desarrollo en el campo de las telecomunicaciones y promover, asimismo, la movilización de recursos materiales, humanos y financieros necesarios para dicha asistencia, así como el acceso a la información.
- 4 Impulsar el desarrollo de los medios técnicos y su más eficaz explotación, a fin de aumentar el rendimiento de los servicios de telecomunicación, acrecentar su empleo y generalizar lo más posible su utilización por el público.
- 5 Promover la extensión de los beneficios de las nuevas tecnologías de telecomunicaciones a todos los habitantes del planeta.
- 6 Promover la utilización de los servicios de telecomunicaciones con el fin de facilitar las relaciones pacíficas.
- 7 Armonizar los esfuerzos de los Estados miembros y favorecer una cooperación y una asociación fructíferas y constructivas entre los Estados miembros y de los miembros de los sectores para la consecución de estos fines.

- 8 Promover a nivel internacional la adopción de un enfoque más amplio de las cuestiones de las telecomunicaciones a causa de la mundialización de la economía y la sociedad de la información; cooperando a tal fin con otras organizaciones intergubernamentales mundiales y regionales y con las organizaciones no gubernamentales interesadas en las telecomunicaciones.

Debido a la diversidad de legislaciones que existen a nivel mundial en materia de telecomunicaciones, las cuales son específicas para cada país, subyace la necesidad de que exista un ente superior de orden internacionales en el cual se logren los consensos necesarios para unificar criterios en torno a problemas técnicos en la operación de redes de telecomunicación, y ese ente es necesariamente la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Es importante mencionar, que la Unión Internacional de Telecomunicaciones respeta las legislaciones nacionales en materia de telecomunicaciones, y por lo tanto, no emite normas de carácter obligatorio, sino recomendaciones que emanan del consenso de los Estados Miembros. En consecuencia, cualquiera de esos Estados puede apartarse de dichas recomendaciones sin que eso genere ninguna sanción por parte de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. En el preámbulo de su constitución el respeto a la soberanía de cada país en cuanto a su propia legislación de telecomunicaciones, por lo tanto, se limita únicamente a emitir recomendaciones para mejorar las propias leyes de cada país, pero ninguna forma pretende unificar las legislaciones de todos los países del mundo. Las recomendaciones se forman por

consenso, eso implica, que algún país puede quedarse al margen de una recomendación emitida por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, y eso puede significar, que en determinado momento, ese país se quede al margen de un servicio específico; sin embargo queda abierta la puerta para que el país excluido se incorpore a la recomendación emitida siguiendo los pasos legales correspondientes.

3.5.3. Organización interna de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

La Unión Internacional de Telecomunicaciones es una organización que se basa en el principio de cooperación entre gobiernos y sector privado. Sus miembros son Estados, organizaciones privadas, organizaciones de reglamentación en telecomunicaciones, operadores de redes, fabricantes de equipo, realizadores de equipos y programas informáticos, organizaciones regionales de normalización e instituciones de financiación, en conclusión la Unión Internacional de Telecomunicaciones está conformada por los mismos miembros a los cuales sirve.

El máximo órgano de decisión en la Unión Internacional de Telecomunicaciones es la Asamblea General de Plenipotenciarios, la que se integra únicamente por los Estados reconocidos por las Naciones Unidas.

Guatemala es miembro de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en virtud de haberse adherido a la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, mediante la ratificación del mismo por el Decreto 88-98 del Congreso de la República, publicado en el Diario Oficial el veintitrés de diciembre de

1998. En tal virtud, la legislación guatemalteca de telecomunicaciones se encuentra en sintonía con las regulaciones a nivel mundial en la materia, lo cual permitirá la adaptación de nuevas tecnologías que surjan en la era de las telecomunicaciones.

Así también en el Artículo 44 de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, establece que “la utilización de bandas de frecuencias para los servicios de radiocomunicaciones, los Estados miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y las orbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites geoestacionarios, son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el reglamento de radiocomunicaciones...”⁵³

3.5.4. Otras instituciones internacionales

“La Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicaciones (AHCJET), tiene como objetivo fundamental el servir al desarrollo de las telecomunicaciones. El mayor beneficio de esta relación ha sido la actualización de técnicos y profesionales de la institución, lo que se traduce en la realización de una adecuada gestión reguladora.”⁵⁴

“Foro Latinoamericano de Entes Reguladores de Telecomunicaciones,”⁵⁵ es una institución flexible y burocrática. Está conformada por todos los entes reguladores de

⁵³ Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Acuerdo Número 88-98 del Congreso De La República de Guatemala. Sancionado el 17/12/1998, publicado el 23/12/1998...

⁵⁴ Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008

⁵⁵ Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008

Latinoamérica y está basada en las infraestructuras nacionales existentes que, en un marco de reflexión y análisis, permite abordar temas de política y estrategias en la regulación de las telecomunicaciones. Uno de los objetivos principales es promover la armonización de la regulación de las telecomunicaciones para contribuir a la integración de la región, en el marco de un ambiente de globalización. Guatemala participa en el foro con el ánimo de intercambiar información con los miembros sobre la gestión y marco regulador, los servicios y el mercado de telecomunicaciones.

“Entre otras instituciones encontramos la Organización Mundial de Comercio,”⁵⁶ la cual es un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, encargado de garantizar el cumplimiento de los compromisos de sus miembros tendientes a la anulación progresiva de barreras regulatorias al comercio de los servicios en general entre ellos las telecomunicaciones, en pro de la consolidación de un modelo liberalizado con mercados abiertos a la competencia. Guatemala es miembro de la Organización Mundial de Comercio, lo que obliga a cumplir con los compromisos emanados de ella. En 1999, después de un proceso de certificación, adquirió compromisos adicionales en materia de telecomunicaciones, estando estos casi a nivel de los establecidos en el IV Protocolo, anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

⁵⁶ Historia de la UIT; Internet: <http://www.itu.\aboutitu\overview\history-es.html>. página consultada 04/03/2008

CAPÍTULO IV

4. Marco jurídico de la radiodifusión en Guatemala

4.1. Antecedentes

Como todo país civilizado que se desenvuelve dentro de un Estado democrático y social de derecho, Guatemala tiene un orden jurídico vigente que regula la radiodifusión como fenómeno humano que a través de la correspondiente tecnología hace uso de las ondas hertzianas.

Como un comienzo empezaré desarrollando lo relacionado con las disposiciones constitucionales que son de carácter general que se desarrollan en leyes ordinarias. En este orden de ideas, las frecuencias radioeléctricas u ondas hertzianas por desplazarse en el espacio aéreo, para su uso y explotación existen leyes ordinarias nacionales e internacionales.

En 1929 inició la radiodifusión en Guatemala, aún no se había legislado nada sobre la misma ya que era algo recién descubierto, para la comercialización del espectro Radioeléctrico, los que en su momento lo explotaban, se basaban a lo que establecía el Artículo 20 de de la constitución de la República vigente la que era la decretada 11 de diciembre de 1879 la que establecía: “La industria es libre. El autor o inventor goza de la propiedad de su obra o invento por un tiempo que no exceda de 15 años. El ejecutivo podrá otorgar concesiones por un tiempo que no pase de 10 años a los que introduzcan o establezcan industrias nuevas en la república.”

Fue hasta 1935 que se creó el Decreto 2080 Código de Comunicaciones Eléctricas, ya que para el General Jorge Ubico Castañeda la comunicación era una arma muy importante y esta no podía ser usada en su contra. En dicho Código se estableció lo relativo a la radiodifusión estipulando que las radiodifusoras o estaciones de radio necesitaban autorización del gobierno.

El 27 de abril de 1945 el Congreso de la República de Guatemala creó el Decreto Número 93 de la Ley del Organismo Ejecutivo en la que establecía como función del Ministerio de Comunicaciones y Obras Públicas la administración de los servicios de radiocomunicación.

El 31 de marzo de 1955 se emite el Decreto Presidencial Número 260 que contenía la ley de Radiodifusión derogando lo estipulado en el Código de Comunicaciones Eléctricas lo relacionado a la radiodifusión.

El 1 de mayo de 1966 entra en vigencia la actual Ley de Radiocomunicaciones Decreto Ley 433 derogando todas las leyes anteriores, en materia de Radiodifusión.

En diciembre de 1996 el Congreso de la República aprueba la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96, la cual entra en vigencia el 18 de enero de 1997. Esta nueva ley viene a sustituir el Decreto 433 Ley de Radiodifusión, en lo que a otorgamiento de frecuencias radioeléctricas, sanciones y autorizaciones en ese campo se refiere.

Con la firma de los Acuerdos de Paz el 29 de diciembre de 1996, se plantean diferentes compromisos de ambas partes para la para la transición hacia la paz, entre uno de ellos, el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas en su literal H), incluye a Medios de Comunicación Masiva, en este compromiso las partes plantean que los medios de comunicación tienen un papel primordial en la defensa, desarrollo y transmisión de valores y conocimientos, reconocen que corresponde al Gobierno, pero también a todos los que trabajan e intervienen en el sector de la comunicación, promover el respeto y difusión de las culturas indígenas, erradicar cualquier forma de discriminación y contribuir a la apropiación de los guatemaltecos del patrimonio pluricultural. También acordaron que con el fin de favorecer el más amplio acceso a los medios de comunicación por parte de las comunidades e instituciones de los pueblos indígenas y para la más amplia difusión de los idiomas indígenas de la cultura y del patrimonio cultural universal, el gobierno tomará en partido las siguientes medidas:

“I) Abrir espacios en los medios de comunicación oficiales para la divulgación de las expresiones culturales indígenas y propiciar similar apertura en los medios privados;

II) Promover ante el Congreso de la República las reformas que sean necesarias en la actual Ley de Radiocomunicaciones con el objeto de facilitar frecuencias para proyectos indígenas y asegurar la observancia del principio de no-discriminación en el uso de los medios de comunicación. Promover así mismo la derogación de toda disposición del ordenamiento jurídico que

obstaculice el derecho de los pueblos indígenas a disponer de medios de comunicación para el desarrollo de su identidad y;

III) Reglamentar y apoyar un sistema de programas informativos, científicos, artísticos y educativos de las culturas indígenas en sus idiomas, por medio de la radio, televisión y los medios escritos nacionales.”⁵⁷

Mediante el Acuerdo Gubernativo 316-2002 del Presidente de la República de Guatemala, se creó una comisión de adjudicación de frecuencias radioeléctricas a la sociedad civil integrada por el Superintendente de Telecomunicaciones como coordinador, un representante del Ministerio de Cultura y Deportes, un representante de la Dirección General de Radiodifusión, un representante de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala y un representante del Presidente de la República, el objetivo de esta comisión consiste en calificar las solicitudes de adjudicación de frecuencias radioeléctricas, otorgar el uso de las mismas a entidades de la sociedad civil sin fines de lucro, que cumplan con los fines y condiciones de uso y verificar el cumplimiento de la misma.

4.2. Definición

Técnicamente el espectro radioeléctrico puede definirse bajo dos puntos de vista. El primero de carácter técnico expone que el espectro radioeléctrico está compuesto por el conjunto de bandas de frecuencias disponibles para los distintos tipos de comunicación tales como radio de Amplitud Modulada (AM) y de Frecuencia

⁵⁷ Acuerdos de Paz, Asamblea de la Sociedad Civil. Guatemala.1996.

Modulada (FM), televisión Very High frecuencias (VHF) y Ultra High Frecuencias (UHF), telefonía satelital, inalámbrica, móvil. El segundo punto de vista es de carácter estrictamente legal y se encuentra contenida en el Artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones que dice: Espectro radioeléctrico también se le conoce con los nombres de ondas electromagnéticas, onda de radio o hertzianas y frecuencias radioeléctrica.

4.3. Legislación internacional multilateral universal

- Convenio Internacional de Telecomunicaciones. Buenos Aires Argentina, suscrito el 22 de diciembre de 1952. Aprobado por el Congreso de la República de Guatemala por Decreto 1158;
- Convenio Internacional de Telecomunicaciones, el Reglamento General Protocolos Adicionales. Suscrito en Montreux, Suiza el 12 de noviembre de 1965. Aprobado por Decreto 54-72 del Congreso de la República;
- Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1973, sus tres anexos relativos a la lista de países, a definiciones de términos y el acuerdo entre las Naciones Unidas para que puedan aplicar el convenio según el régimen de Administración Fiduciaria; Protocolo Adicional IV, que trata de las medidas destinadas a proteger los derechos de Papúa Nueva Guinea; Protocolo Adicional V, sobre la fecha en que el Secretario General y Vicesecretario General tomará posesión de su cargo; y Protocolo adicional VI, relativo a disposiciones transitorias. Málaga, Torremolinos, del 25 de octubre de mil novecientos setenta y tres. Aprobada por Decreto Ley 60-83;

4.4. Tratados internacionales

El Tratado de libre comercio entre Centro América y Estados Unidos, en el capítulo de telecomunicaciones. Este tratado implica grandes ajustes en la legislación actual en materia de telecomunicaciones y en las negociaciones de tratados, acuerdos y convenios internacionales en materia de telecomunicaciones, introduce temas como: desagregación de redes, reventas, salvaguardas a la competencia, regularidad asimétrica y abstinencia regulatoria, de preparación de empresas proveedoras de servicios públicos de telecomunicaciones y del ente regulador, lo constituye el requerimiento de orientación a costos de los cargos de interconexión, del aprovisionamiento de circuitos arrendados y de la coubicación. Este tratado compromete a las partes signatarias, la obligación de dotar a la entidad reguladora de los recursos, facultades y fuerza coercitiva necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

El área de Libre Comercio de las Américas; tiene el objetivo de unificar y liberalizar las economías del hemisferio occidental. Este esfuerzo fue iniciado en las cumbres de las Américas celebradas, aunque dicha concretización se encuentra en impase, se cuenta con un comité especial de comercio electrónico en el que es importante la participación de las entidades de telecomunicaciones.

El Plan Puebla Panamá ha sido desarrollado por los presidentes de México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Belice. Está dividido en ocho iniciativas: Desarrollo integral vial, interconexión eléctrica, desarrollo

sostenible, prevención y mitigación de desastres, desarrollo humano, turismo, facilitación comercial e integración de servicios de telecomunicaciones. La Superintendencia de Telecomunicaciones coordina a nivel nacional la iniciativa de integración de servicios de telecomunicaciones. Los proyectos que forman parte de esta iniciativa son: Armonización del marco regulatorio, que busca realizar una armonización regulatoria regional que permita atraer inversiones a los diferentes países integrantes del Plan Puebla Panamá, de una moderna red de fibra óptica, que sirva de infraestructura básica para el transporte de información de alta velocidad, a fin de contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región.

4.5. Protección constitucional de las frecuencias radioeléctricas en otros Estados

Las ondas hertzianas son bienes de dominio público en todos los países y por lo mismo de propiedad estatal, como he manifestado anteriormente, la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 121 literal h) establece que las frecuencias radioeléctricas son propiedad del Estado.

En la constitución Política del Estado de Bolivia de 1967, reformada en 1994 establece en el Artículo 136 que “son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las concesión y adjudicación a los particulares”. Demás está indicar que las

ondas hertzianas son elementos o fuerzas físicas que explican los fenómenos relativos a la materia y energía.

Por su parte la Constitución de la República Federativa del Brasil establece: Artículo 233. Compete al poder ejecutivo otorgar y renovar concesión, permiso y autorización para el servicio de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes, observando el principio complementario de los sistemas privado y estatal.

Por su parte la Constitución Chilena, vigente desde el 21 de octubre de 1980, en el Artículo 19 numeral 12, séptimo párrafo establece: Habrá un consejo nacional de radio y televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de estos medios de comunicación, una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido consejo.

En la Constitución de la Nación Argentina no se dice nada al respecto debido a que la misma data de 1853 cuando aún no se habían descubierto las ondas electromagnéticas o hertzianas y en consecuencia no se habían inventado aparatos indispensables para la radiodifusión.

En el caso de España, la prueba de que el Estado español es el propietario de las ondas hertzianas lo prueban varias disposiciones legales. En 1977 se promulgaba el decreto de Libertad Informativa para la concesión de nuevas licencias y explotación

de las ondas hertzianas.

En los Estados Unidos las ondas electromagnéticas también son propiedad del Estado de conformidad con la constitución del 21 de junio de 1788, la cual, en el numeral ocho de la sección ocho del Artículo 1 confiere poderes al congreso “para promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando a los autores e inventores, por tiempo limitado, el derecho exclusivo al usufructo de sus respectivos escritos y documentos, con esta redacción los constituyentes norteamericanos se anticiparon a muchos descubrimientos e inventos, por lo que al amparo de este Artículo se emitió la primera ley radiofónica del mundo en Washington en 1927, también esa disposición constitucional es la que protege la propiedad intelectual sobre fotografía y películas, y a su amparo se regula el funcionamiento del servicio de Internet. Por ello, en función de la política liberal en boga en 1996 se aprobó una Ley de Telecomunicaciones que promueve e incentiva a las empresas de ese país al ingreso de nuevos mercados y de empresas extranjeras.

En el caso de Perú, la Constitución vigente, en el Artículo 54 último párrafo establece que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre el territorio sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional de conformidad con la ley. También establece que los bienes del Estado pueden otorgarse a los particulares de acuerdo a la ley para su aprovechamiento económico.

CAPÍTULO V

5. Protección administrativa, penal y constitucional de las telecomunicaciones en Guatemala

5.1. Definición

Técnicamente el espectro radioeléctrico no es considerado como un sistema de fluidos. No obstante, dadas sus características físicas y jurídicas, el espectro radioeléctrico puede ser aprovechado por cualquier persona que tenga el equipo necesario para transmitir

El Artículo 3 de la Ley de General de Telecomunicaciones este es con relación a los términos técnicos, los cuales establece que para los efectos de interpretación y aplicación de la presente ley, los términos técnicos en materia de telecomunicaciones tendrán los significados reconocidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Conforme al Artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones, el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico únicamente podrá realizarse de acuerdo con lo prescrito en dicha ley; dentro de la misma el artículo 54 establece que el aprovechamiento de las bandas reguladas, dentro de las que se encuentran las destinadas a radiodifusión, será asignadas mediante títulos de usufructo obtenidos, ya sea mediante el procedimiento de concurso público establecidos en los artículos 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones o, en el caso de concesiones anteriores

a la ley, mediante la transformación de la concesión a usufructo conforme al Artículo 96. Una vez obtenido el derecho de usufructo, los usufructuarios deben inscribirse en el Registro de Telecomunicaciones antes de iniciar operaciones o ejercer sus respectivos derechos, como lo establece el Artículo 23 de Ley General de Telecomunicaciones. Posteriormente debe solicitar a la Dirección General de Radiodifusión el dictamen técnico para proceder a la instalación y operación de la radio emisora conforme lo que establece el Artículo 7 del Decreto Ley de Radiocomunicaciones.

5.2. Consecuencias

Como principio fundamental y básico hay que partir del principio físico que dos cuerpos no pueden ocupar simultáneamente el mismo lugar en el espacio. Al ocurrir esta situación, ambas transmisiones se ven afectadas. Este problema ha sido tratado legalmente a nivel nacional e internacional, como se explica a continuación:

5.2.1. Jurídicas

5.2.1.1. Marco Constitucional

La Radiodifusión tiene relación con el derecho constitucional en virtud de ser la Constitución Política de la República de Guatemala, la que establece en su Artículo 121.- Son bienes del Estado literal: ... h) las frecuencias radioeléctricas.

Como se ha mencionado el espectro radioeléctrico es un recurso natural, de

carácter limitado que constituye un bien mueble, propiedad del Estado. Aunado al Artículo anterior el Estado esta obligado a la protección y conservación de dichos recursos, su mala administración y control en la utilización, provocaría saturación en el espectro radioeléctrico, si es necesaria la explotación y utilidad pero racionada y controlada por lo cual deben ser protegidas de manera pública con forme lo normado en el Artículo 125 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

5.2.1.2. Marco Penal

En la actualidad existen “380 denuncias contra radios ilegales en toda la República de Guatemala, las cuales están divididas de la siguiente forma:

1. Denuncias por el Delito de Hurto: 266
2. Denuncias por el Delito de Entorpecimiento de Comunicaciones: 14”⁵⁸.

Cuando se relaciona las sanciones penales por la utilización ilegal del espectro radioeléctrico ya sea por una persona individual o jurídica se puede encuadrar esta acción en la figura delictiva tipificada en nuestro ordenamiento legal sustantivo, por los siguientes supuestos:

1. Si se utiliza la frecuencia radioeléctrica sin la autorización legal que el Estado otorga, mediante el titulo de usufructo emitido por la Superintendencia de Telecomunicaciones, dentro de las frecuencias que se

⁵⁸ Información recabada en la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos, Agencia tres Unidad de Delitos contra Periodistas y Sindicalistas, del Ministerio Público, Guatemala, 18 de julio del 2008.

encuentran comprendidas del 88 a 108 mega hertz, este tipo de sanción encuadra dentro de la figura delictiva de hurto, como establece el Artículo 246 del Código Penal, el delito de Hurto, establece: Quien tomare, sin la debida autorización, cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de uno a seis años. Al hacer un análisis del anterior párrafo establecemos que al tomar una frecuencia Radioeléctrica sin la debida autorización emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones y como anteriormente se ha establecido que las frecuencias Radioeléctricas son un bien mueble, propiedad del Estado según lo establece el Artículo 121 literal h) de la Constitución Política de la República, siendo esta total o parcialmente ajena, establecemos primero que tomar o apropiarse de una cosa mueble, el cual es sustraído por medios mecánicos, esta sustracción se comete, “con medios mecánicos que gracias a estos se le puede dar maniobrabilidad y disponibilidad, colocando al hurto en un delito instantáneo y se consuma apenas el agente le sustrae la cosa al que la posee”,⁵⁹ no obstante la enseñanza común de que el hurto es un delito formal, hemos de considerarlo como delito material, pues se consuma por medio de la sustracción. Esta consiste en separar de la esfera patrimonial una cosa para trasladarla a la del culpable, sin la sustracción no hay consumación del delito.

“La sustracción puede cometerse, pues, con medio manuales, mediante

⁵⁹ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. Introducción al Derecho Penal Guatemalteco. Guatemala. Primera Edición, 1980. Impresiones Gardisa, Pág. 122.

fuerzas humanas ajenas, o mediante fuerzas animales, o por medios mecánicos, como trampas, uso ilícito de aparatos automáticos, alteración de conductos mecánicos, alteración de conductos de agua, de gas, de electricidad. Tratándose de sustracción por medios mecánicos, la sustracción debe efectuarse antes que la cosa haya pasado a través del aparato medidor, o sea antes que el poseedor le haya hecho entrega de ella al usuario. En efecto, el apoderamiento supone que la cosa cuyo despojo se efectúa, esté aún bajo el dominio del poseedor; y esto no sucede cuando la energía, el agua, etc., han salido de la disponibilidad de hecho del poseedor, y esto no sucede, cuando en el aparato que las mide. En sentido jurídico podemos llamar cosas todos los objetos corporales u otras entidades naturales, que tengan valor económico y sean susceptibles de apropiación o utilización.”⁶⁰

2. Así también, la utilización del espectro radioeléctrico sin la autorización del Estado encuadra en la de figura delictiva de Entorpecimiento de Comunicaciones, tipificado en el Artículo 295 del Código Penal. Este tipo penal se consuma, al establecer, por medio de monitoreo que realiza la Superintendencia de Telecomunicaciones, si la frecuencia que está siendo sustraída ilegalmente, se encuentra interfiriendo alguna frecuencia, que si se encuentra legalmente otorgada en usufructo.

⁶⁰ Ibíd. Pág. 126.

5.2.1.3. Marco Administrativo

Como marco legal administrativo tenemos la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Radiocomunicaciones.

“El Decreto-Ley número 433 que contiene la Ley de Radiocomunicaciones, emitido durante el mandato de Enrique Peralta Azurdia, establece de forma tajante que el dominio del Estado sobre frecuencias y canales utilizables en las radiocomunicaciones del país, es inalienable e imprescriptible, y puede explotarlos por sí o ceder el uso a particulares de acuerdo con las prescripciones de la presente ley. La Ley General de Telecomunicaciones Decreto 94-96 del Congreso de la República establece el objeto de la ley, es establecer un marco legal para desarrollar actividades de telecomunicaciones y normar el aprovechamiento y la explotación del espectro radioeléctrico, con la finalidad de apoyar y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones, estimular las inversiones en el sector de las telecomunicaciones, fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones; proteger los derechos de los usuarios y de las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones, y apoyar el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico, sienta las bases de un marco regulatorio, de carácter técnico.”⁶¹ Estas leyes regulan lo relativo a la administración y utilización general de las frecuencias radioeléctricas, ya que la Ley General de Telecomunicaciones regula lo relativo a establecer un marco legal para desarrollar las actividades de telecomunicaciones y normar el aprovechamiento y explotación del espectro

⁶¹ Mendoza G. Lissette Beatriz, Ricardo Mendoza Orantes. Constitución Explicada, Artículo por Artículo, 2da. Edición. San Salvador, El Salvador. Editorial Jurídica Salvadoreña, 2008. Pág. 164.

radioeléctrico, con la finalidad entre otras de apoyar el uso racional y eficiente de las mismas, estableciendo una normativa específica así como la forma en que el Estado de Guatemala, a través del derecho de usufructo, regula el aprovechamiento por parte de los particulares, de las bandas de frecuencias reguladas.

5.2.1.4. Marco Civil

Como se menciona anteriormente las Frecuencias Radioeléctricas son bienes del Estado, para lo cual en el Derecho Civil se establece lo que son los bienes:

“Las cosas son el objeto del derecho y toman el nombre de bienes cuando son susceptibles de apropiación de ingresar al patrimonio de una persona.”⁶²

“las cosas se consideran como bienes, jurídicamente, no solo cuando son útiles al hombre, sino cuando son susceptibles de apropiación. El mar, el aire atmosférico, el sol, son cosas indispensables para la vida terrestre; sin embargo; no son bienes, porque no pueden ser objeto de apropiación en provecho de un particular, de una ciudad o de una nación. Por el contrario los campos cultivados las casas, un estanque, las maquinas o los muebles usuales, si son bienes. Bien, se comprende todo lo que es un elemento de fortuna o de riqueza, susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares, los bienes representan el activo de sus patrimonios.”⁶³

⁶² Arturo Puente y Octavio Calvo. Derecho Mercantil. México: Editorial Banca y Comercio. p.149.

⁶³ Rafael Rojina Villegas, citando a Ripert y Plianol. Derecho Civil. p.269 y 270.

Los bienes se clasifican en: bienes muebles y bienes inmuebles. En los primeros “el que por si propio o mediante una fuerza externa es movable o transportable de un lado a otro, siempre que el ordenamiento jurídico no le haya conferido carácter de inmueble por accesión.”⁶⁴ El segundo, se reputan bienes inmuebles para los efectos legales, los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran. Es parte de un bien inmueble lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el mismo bien.

La frecuencias radioeléctricas tiene relación con el Derecho Civil, ya dentro de los institutos que esta regula, están los bienes, los cuales con relación a las personas a quienes pertenecen se clasifican en bienes de propiedad privada y bienes del dominio del poder público, estos últimos a su vez se dividen en bienes nacionales de uso común y bienes nacionales de uso no común. Dentro de los primeros (bienes nacionales de uso común), el Artículo 458 numeral 4º. Del Código Civil incluye el espacio aéreo y la estratosfera en la extensión y la forma que determine la ley, y es el caso que las ondas hertzianas se desplazan dentro de dicho espacio formando parte de dicha área el territorio nacional, por lo que dichas ondas caen dentro de esta clasificación. Al establecer a quien corresponde dichos bienes tocaría establecer que tipo de bien se clasifica; según el Artículo 442 del Código Civil: Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles; este mismo cuerpo legal en su Artículo 451 Son bienes muebles: numeral 3º Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Al tratar de los bienes en relación a las

⁶⁴ Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 113.

personas a quien pertenecen, el Código Civil dispone en su Artículo 456, “Los bienes son del dominio público o de propiedad de particulares”. Nótese que este criterio clasificatorio es independiente del anterior y que, por lo tanto, la titularidad del dominio en nada afecta que.

Como es evidente las ondas radioeléctricas están desprovistas de materialidad física, es decir, no son perceptibles directamente e inmediatamente por nuestros sentidos. Ello las hace difícilmente encajables en la noción de bien, que en el lenguaje vulgar se entiende en los términos de corporeidad y tangibilidad.

“Tradicionalmente se establece una gran división entre los bienes: unos son cosas y se les llama bienes corpóreos; los otros son derechos y se les llama incorpóreos. Son cosas corporales, las que se pueden apreciar por los sentidos, o sea, las que tienen existencia física tales como las casas, las fábricas, los ferrocarriles, los vehículos, etcétera; son cosas incorpóreas las inmateriales, las que solo se conciben mentalmente, tales como los derechos, las patentes.”⁶⁵

Para el derecho civil toda realidad, corpórea o incorpórea, que pueda ser materia de relación jurídica y susceptible de prestar utilidad se denomina bien, incluso se considera corpórea una cosa, aunque no sea tangible materialmente, si se deja dominar o utilizar para la satisfacción de necesidad humana, es decir si tiene una existencia concreta en la naturaleza, frente a las incorpóreas que sólo existen

⁶⁵ Arturo Puente y Octavio Calvo. Derecho Mercantil. México: Editorial Banca y Comercio. p. 149.

intelectual y jurídicamente.

No es cierto que bienes como la electricidad o las ondas hertzianas estén desprovistas de mensurabilidad en términos de apropiabilidad, pues la electricidad puede ser acumulada medida y enajenada; por su parte las ondas hertzianas tienen las cualidades físicas determinadas, se miden por su longitud y frecuencia y se inscriben en el Registro Internacional de Frecuencias de la Unión Internacional de Telecomunicaciones; en lo que concierne a la apropiabilidad de este tipo de bienes hay que recordar que el derecho civil contemporáneo, afirmando un concepto amplio de dicha cualidad, considera que un bien es apropiable si tiene aptitud plena para ser objeto de relaciones jurídicas, si se deja dominar y utilizar para satisfacer necesidades humanas.

Las ondas hertzianas reúnen las cualidades de utilidad, sustantividad o individualización y apropiabilidad, notas todas ellas que se consideran por la doctrina como características de la cosa en sentido jurídico. Primero, son útiles por formar parte de la infraestructura de la actividad de radiodifusión, entre otras, siendo por tanto un medio para satisfacer necesidades humanas. Segundo, son individualizables por tener una existencia separada en la naturaleza; por sus características físicas, longitud y frecuencia, son mensurables e inscribibles, una vez que han sido asignadas, en el registro Internacional de Frecuencias de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

5.2.2. Económicas

Las responsabilidades administrativas y civiles que incurre una persona por la utilización ilegal del espectro radioeléctrico, están establecidas según sea, administrativa en la Ley General de Telecomunicaciones en el Título VII, Infracciones y Sanciones, Capítulo Único, Artículo 79 al 84, los cuales establece, que las sanciones se impondrán mediante resolución debidamente fundamentada y razonada por la Superintendencia de Telecomunicaciones. Estas multas se fijarán en unidades de multa determinadas por la Superintendencia de Telecomunicaciones, en la resolución respectiva. El valor de cada unidad de multa será equivalente a un dólar de los Estados Unidos de América. Para la determinación de la equivalencia del quetzal, moneda de curso legal en la república de Guatemala, frente al dólar, se aplicara la tasa de cambio promedio ponderado al tipo vendedor de dicha moneda, que rija en el mercado bancario guatemalteco el día en que se emita la resolución que imponga la sanción respectiva.

5.2.3. Sociales

En base a la investigación realizada se determino, que el uso ilegal del espectro radioeléctrico en la mayoría de comunidades del área rural en las que el Ministerio Público ha realizado allanamientos con el fin de determinar, si se esta utilizando de forma ilegal alguna frecuencia radioeléctrica, ha causado en los pobladores, a pesar que esta acción es constitutiva de delito, el consentimiento e incluso la defensa de los propietarios de las radios ilegales, mismas que se han llegado a concretar incluso en conatos de linchamientos a miembros del Ministerio Público y la Policía Nacional Civil,

estableciendo un irrespeto al Estado de derecho que es impuesto por la misma Constitución Política de República de Guatemala.

Tal consentimiento es otorgado por la población en virtud que estas comunidades han sido olvidadas y alcanzan cierto beneficio al obtener de manera gratuita, información, entretenimiento y actividades de beneficio social, por lo que cuando se realizan las diligencias de allanamiento, inspección y registro, estas comunidades se oponen como sucedió en el municipio de Santa Maria de Jesús del departamento de sacatepequez en el que las comunidades al enterarse de dicha diligencia arremetieron contra los miembros del Ministerio Público los cuales pudieron salir de dicho lugar con el excitador de frecuencia, pero no corrieron con la misma suerte los Agentes de la Policía Nacional Civil, ya que los agentes que estaban designados a dicha diligencia fueron secuestrados y llevados a la subestación de policía la cual al transcurrir varias horas y a la negativa del personal del Ministerio Público de devolver el equipo de transmisión secuestrado, la población enardecida destruyo en su totalidad dicha subestación, así también en el municipio de Patzun del departamento de Chimaltenango, se realizó una diligencia de allanamiento, inspección y registro donde, pobladores de la comunidad retuvieron al personal, por varias horas, exigiendo que no se desmantelara la radio ya que era propiedad de la población, logrando su cometido a base del uso de amenazas, golpes y empujones.

CONCLUSIONES:

1. El espectro radioeléctrico es el conjunto de bandas de frecuencias que van desde los tres Kilo hertz hasta los 300 Giga hertz. La propiedad esta atribuida con exclusividad al Estado, su uso y explotación, se rige por la Ley General de Telecomunicaciones y los Convenios Internacionales en materia de Telecomunicaciones ratificados por Guatemala. Cuerpos legales cuya observancia reviste interés en la explotación racional que del espectro radioeléctrico se pueda obtener.
2. La Superintendencia de Telecomunicaciones, es la máxima institución nacional que supervisa y administra el espectro radioeléctrico. A nivel mundial, la máxima autoridad es la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la que como órgano especializado de las Naciones Unidas, emite recomendaciones técnicas para unificar criterios a nivel mundial. Vale la pena relacionar que siendo el espectro radioeléctrico un recurso natural limitado Naciones Unidas, constantemente promueve y supervisa el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado.
3. La disposición y el uso de una frecuencia radioeléctrica es otorgada por el Estado a través del Título de Usufructo de frecuencia, es en si mismo un título valor que representa el derecho real de usufructo sobre una banda de frecuencia, ya que por sus características físicas son mensurables, inscribibles, susceptibles de apropiación, son objeto de sumisión jurídica y dadas las características

mencionadas garantizan a su poseedor el derecho que el título de usufructo en sí brinda, circunstancia derivada de la conveniencia de inscripción y legitimidad.

4. La utilización del espectro radioeléctrico sin la debida autorización del Estado puede conllevar a consecuencias administrativas, civiles y penales, y perjudique tanto a personas individuales como a jurídicas, ya que sin el debido control técnico estas pueden provocar interferencias a una o varias frecuencias.

5. Las Frecuencias radioeléctricas están definidas como un recurso natural limitado, y por sus características se considera un bien mueble por lo que puede ser objeto de apropiación y esta se da por medios mecánicos, por lo que al utilizarlas sin la debida autorización del Estado, se conjugan todos los elementos positivos del delito de Hurto.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado, por medio de la Superintendencia de Telecomunicaciones, realice los estudios técnicos necesarios para la autorización de espacios suficientes en el espectro radioeléctrico, y así sean otorgadas en frecuencias municipales, pero que el derecho de usufructo sea dado a la Sociedad Civil de las comunidades y así, sea para beneficio de la sociedad.
2. Crear políticas de concientización, por medio del organismo ejecutivo, en conjunto con la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Dirección General de Radiodifusión y Televisión Nacional, utilizando los medios de comunicación escritos, radiales y televisivos para informar las formas legales de adquirir frecuencias radioeléctricas, respetando el marco jurídico establecido.
3. Desarrollar políticas administrativas de monitoreos de frecuencias radioeléctricas, por lo menos dos veces por año, por medio de la Superintendencia de Telecomunicaciones y la Dirección General de Radiodifusión y Televisión Nacional.
4. Proponer una iniciativa de ley, por parte del Organismo Ejecutivo, al Congreso de la República, en el cual se tipifique la creación de un delito específico, por la sustracción ilegal del espectro radioeléctrico, denominándolo HURTO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Romero Miguel. **Teoría general del derecho administrativo**. Ed. Textos Universitarios, UNAM, Mexico, D.F. 1975.

ARTURO Puente y Octavio Calvo. **Derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio. p.149.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomos I al IV; 12ª ed.; Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1976.

CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo. **Derecho administrativo I**. Ciudad de Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix, 2002.

CÁRDENAS GIL, José Antonio. **El uso ilegal de las frecuencias radioeléctricas propiedad del Estado de Guatemala por radios ilegales**. (Tesis) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Usac; 2006.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y de Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal Guatemalteco**. Décimo séptima edición, 2006. Ed. Estudiantil Fénix. Guatemala. 2006.

FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. **Los derechos reales**. Ciudad de Guatemala, Ed. Praxis, 2001.

GODINES BOLAÑOS, Rafael. **El Estado y la propiedad**. Colección Juritex 2t., Guatemala, 2003.

GONZÁLEZ CAUHAPE-CAZAU, Eduardo. **Apuntes de derecho penal Guatemalteco**. 1ª. Ed.; Guatemala: (s.e.) 1998.

HURTADO AGUILAR, Hernán. **Derecho penal compendiado**. Comentarios a la Parte General del Código Penal, 2da. Edición, Editorial Landivar, Guatemala, 1984.

HURTADO DEL POZO, José. **Manual de derecho penal, parte general**. 2ª. Ed., Lima 1987.

JAUREGUI, Hugo Roberto. **Apuntes de teoría del delito**. Primera Edición, Ingrafic, Guatemala 2005.

Las ondas y sus características. Internet: http://www.members.es.tripod.de/pefeco/ondas0_indice.htm. página consultada 04/03/2008.

MENDOZA G. Lissette Beatriz, Ricardo Mendoza Orantes. **Constitución explicada, Artículo por Artículo**. 2da. Edición. San Salvador, El Salvador. Editorial Jurídica Salvadoreña, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Bosch, Casa Editorial, S. A., Urgel 51 bis, Barcelona. 192 Pág. 1975.

Naturaleza de la luz. Internet: <http://www.thales.cica.es/rd/recursos/rd99/ed99-0504-01/nat-luz.html> pagina consultada el 04/03/2008.

Ondas Electromagnéticas. Internet: <http://www.spof.nasa.gov/education/education/menwaves.html>. Página consultada el 04/03/2008.

ORTIZ RIMOLA, David Alfonso. **Consideraciones generales del título de usufructo de frecuencia.** (Tesis) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar; 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta S. R. L. Buenos Aires, Argentina, 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mexicano.** Tercera Ed. 3t.; 2vols.; Ed. Jus, S. A. ; México, 1954. citando a Ripert y Plianol. Derecho Civil. p.269 y 270.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua Española** 22ª ed., Ed. Española Calpe, S. A. Madrid, 2001.

SANDOVAL ALFARO, Juan Francisco. **El usufructo de frecuencias radioeléctricas.** (Tesis) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Usac; 2006.

Superintendencia de Telecomunicaciones de Guatemala. **Regulación de las Telefonías en Guatemala 2003.** Ed. Impresos y Formas. Guatemala, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Derecho Penal, Parte General.** Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988. 557 Pág.

Legislación:

Acuerdos de Paz, Asamblea de la Sociedad Civil. Guatemala. 1996.

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

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1965. (Derogada).

Convenio Internacional de Telecomunicaciones. Unión Internacional de Telecomunicaciones, 1965.

Código Civil. Decreto-Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

Código Penal. Asamblea Legislativa, Decreto 2164. (Derogado)

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto Número 2-89, 1989.

Código de Comunicaciones Eléctricas. Asamblea Nacional Constituyente, Decreto 1-86.

Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Acuerdo Número 88-98 del Congreso De La República de Guatemala. Sancionado el 17/12/1998, publicado el 23/12/1998.

Ley Fundamental de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 11 de diciembre de 1879. (Derogada)

Ley General de Telecomunicaciones. Decreto 94-96 del Congreso de la República.

Ley de Radiocomunicaciones. Decreto-Ley 433. Enrique Peralta Azurdia, 1966.

Ley de Radiodifusión. Decreto-Ley 260, Carlos Castillo Armas, Presidente de la República, 1965. (Derogada).

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

Ley Preventiva Penal Contra el Comunismo. Junta de Gobierno de la República, Decreto Número 59, 1954. (Derogada)