

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



**ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA
DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRANSACCIONES
BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA
EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

JULIO RENÉ AIFÁN PÉREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL DELITO
DE TRANSACCIONES BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA
EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JULIO RENÉ AIFÁN PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Junio de 2010

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Carlos Urbina Mejia
Secretaria: Licda. Vilma Esperanza Perdomo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval Amado
Vocal: Lic. Sandro Matias
Secretario: Lic. Jorge Estuardo Reyes

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).

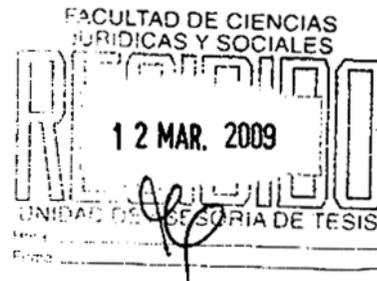
Jorge Estuardo Reyes del Cid
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 26 de enero de 2009



Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:



Tengo el agrado de dirigirme a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha ocho de septiembre del año dos mil ocho, asesoré el trabajo de tesis presentado por el Bachiller: JULIO RENÉ AIFÁN PÉREZ, quien se identifica con el carné estudiantil 198111166 y elaboró el trabajo de tesis intitulado: **"ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRANSACCIONES BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA"**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me complace hacer de su conocimiento que:

Contiene un amplio contenido jurídico del derecho penal y de la importancia de tipificar en el mismo el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada; señalando a su vez lo fundamental de analizarlo.

El procedimiento para la elaboración de la investigación incluyó la técnica de fichas bibliográficas y documental, así como también los siguientes métodos de investigación: sintético, que estableció la importancia del derecho penal guatemalteco; analítico, el cual determinó la problemática existente relacionada en el país con el delito de transacciones bursátiles; el inductivo señaló los elementos típicos, antijurídicos y culpables del delito y el deductivo señaló que se tiene que tipificar el delito anotado.

La redacción empleada en el desarrollo de la tesis cumple con los requisitos necesarios, además de que la misma contribuye científicamente al estudio del derecho penal guatemalteco, recolectando la información actualizada y suficiente; apoyándose en bibliografía acorde y relacionada con el tema investigado.



Jorge Estuardo Reyes del Cid

ABOGADO Y NOTARIO

La bibliografía utilizada es la adecuada, siendo las conclusiones y recomendaciones relacionadas con el contenido de los capítulos de la tesis. Al desarrollar el trabajo de investigación, le indiqué al Bachiller Julio René Aifán Pérez diversas modificaciones a la introducción, índice y capítulos, al considerar que eran necesarias y el sustentante estuvo conforme en su realización.

Personalmente me encargué de orientar al Bachiller Aifán Pérez durante las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, haciendo uso de la metodología correcta, la cual comprueba la hipótesis relacionada con la importancia de tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada en el Código Penal guatemalteco.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



JORGE ESTUARDO REYES DEL CID
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciado Jorge Estuardo Reyes del Cid
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado 4470

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, doce de marzo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS GIOVANNI MELGAR GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JULIO RENÉ AIFÁN PÉREZ, Intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRANSACCIONES BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para 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



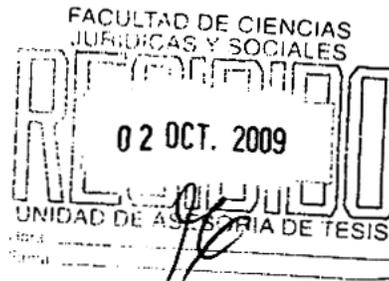
cc. Unidad de Tesis
CMCM/slh

**LICENCIADO
CARLOS GIOVANNI MELGAR GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala, 28 de septiembre de 2009

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



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha doce de marzo del año dos mil nueve, fui designado por su despacho para proceder a la revisión de la tesis del estudiante Julio René Aifán Pérez, que se intitula: **"ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRANSACCIONES BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA"**, para lo cual manifiesto lo siguiente:

Procedí a revisar el trabajo de tesis señalado, el cual contiene un contenido doctrinario y legal del derecho penal, dando a conocer la problemática existente derivada de que existen delitos que no se encuentran tipificados en la legislación penal del país.

Al desarrollar la tesis se utilizó el método sintético para dar a conocer la legislación penal de Guatemala; el analítico sirvió, para establecer la problemática derivada de la falta de un análisis al Código Penal para determinar delitos que tienen que tipificarse; el inductivo, mostró las consecuencias negativas de que no se encuentren tipificados y el deductivo, fue empleado para establecer la importancia de que se tipifique en la legislación penal del país el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada.

Las técnicas que se utilizaron fueron la documental y la de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información jurídica y doctrinaria pertinente para el adecuado desarrollo de la tesis. También, es fundamental anotar que la redacción empleada fue la adecuada.



**LICENCIADO
CARLOS GIOVANNI MELGAR GARCÍA
ABOGADO Y NOTARIO**

Considero que el aporte que se tiene que resaltar en el actual trabajo de tesis es su contribución científica a la sociedad guatemalteca, ya que contiene las etapas del conocimiento científico, señalando que es fundamental tipificar el delito anotado en la legislación penal guatemalteca.

El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas citadas de los capítulos. Al Bachiller Aifán Pérez, le sugerí modificar y ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo.

El trabajo demuestra esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiar al sustentante durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos anotados; con lo cual se comprobó la hipótesis que determina la importancia de tipificar el delito anotado para sancionar a los responsables del mismo.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe con el trámite que corresponde, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.

Lic. Carlos Giovanni Melgar García
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Giovanni Melgar García
Revisor de Tesis
Colegiado 5912

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, veintidós de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JULIO RENÉ AIFÁN PÉREZ, Titulado ESTUDIO JURÍDICO DE LA IMPORTANCIA DE TIPIFICAR EL DELITO DE TRANSACCIONES BURSÁTILES CON INFORMACIÓN PRIVILEGIADA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público -

MTCL/slh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Sobre todas las cosas por permitirme superar las dificultades y llegar a la culminación de mi carrera.
- A MIS PADRES:** Felipe Aifán Morales (Q.E.P.D.), y Eleodora Pérez Vda. de Recinos, por el ejemplo de superación que siempre me han brindado.
- A MI ESPOSA:** Juanita Dávila Estrada (Q.E.P.D.) con el mismo amor de siempre.
- A MI HERMANO:** José Jairo Recinos Pérez, señora e hijos, con fraternal cariño.
- A MIS HIJOS:** Erika Lorena, Julio René, Martha Alejandra y Andrea Regina, con mucho cariño y aprecio.
- A MI TÍA:** Lorenza Pérez, por los sabios consejos que siempre me da.
- A:** Rose Mary Monzón Paniagua, con mucho cariño por la amistad y apoyo incondicional que siempre me ha brindado.
- A MIS AMIGOS:** Víctor Portillo y familia, Oscar Enrique García López, Oscar Mario Mazariegos Trejo y familia, René Guillermo Tomoé Paz y familia, Beatriz Pérez, Juan Pablo Estrada Sagastume y familia, por la amistad y apoyo incondicional que siempre me han brindado.



A LOS LICENCIADOS:

Napoleón Gilberto Orozco Monzón, Juan
Francisco Escobar Morales y Familia, Juan
Enrique Ruch Molina, con respeto y aprecio.

**A MIS PADRINOS DE
GRADUACIÓN:**

Licda. Floridalma Carrillo Cabrera, Licda. Erika
Lorena Aifán Dávila, Lic. Otto Eduardo Irain
Consuegra, con respeto y cariño.

A MI ASESOR:

Lic. Jorge Estuardo Reyes del Cid, mis sinceros
agradecimientos por su valiosa orientación en la
elaboración de esta investigación.

A MI REVISOR:

Lic. Carlos Giovanni Melgar García, mis sinceros
agradecimientos por su valiosa orientación en la
elaboración de esta investigación.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por
los conocimientos que en sus aulas obtuve.

A:

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Y:

A mi patria.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición y naturaleza jurídica.....	1
1.2. Denominaciones.....	5
1.3. Breve evolución histórica del derecho penal.....	6
1.4. Escuelas del Derecho Penal.....	11
1.5. Ramas, partes y características.....	14
1.6. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas.....	20
1.7. Derecho penal guatemalteco.....	21

CAPÍTULO II

2. El delito.....	25
2.1. Definición y naturaleza jurídica.....	26
2.2. Diversos criterios para definir el delito	28
2.3. Acción y omisión.....	32
2.4. La tipicidad del delito.....	41
2.5. Antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad.....	49



2.6. Elementos negativos del delito.....	57
--	----

CAPÍTULO III

3. El delito de transacciones bursátiles con información privilegiada.....	59
3.1. Breve reseña histórica de las transacciones bursátiles.....	61
3.2. Atribuciones de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías.....	63
3.3. La bolsa de valores frente a los riesgos en el manejo de la información privilegiada	66
3.4. Las empresas emisoras y el mercado organizado de las instituciones bursátiles	72
3.5. Información privilegiada.....	78
3.6. El sujeto activo del delito	80
3.7. Importancia de tipificar el delito	85
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	99



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó debido a la importancia de analizar el deber de los inversionistas de otorgarle validez a los actos comerciales que llevan a cabo, para la cual toman como fundamento el principio de igualdad material. Por ello, quienes tienen conocimiento de información privilegiada tienen la obligación de abstenerse de actuar.

El análisis de la tipificación del delito de transacciones bursátiles en la legislación penal de Guatemala es primordial, en su estudio deben considerarse las distintas categorizaciones desarrolladas doctrinariamente para una debida comprensión de la política criminal empresarial en nuestro país. Por eso dentro de los objetivos de este estudio están abordar aspectos que hacen idóneo al sujeto activo del delito, la extensión del objeto del delito, los comportamientos que deben ser criminalizados, la determinación del resultado material y la necesidad de sancionar tales conductas.

En Guatemala, no se ha abordado el tema desde el punto de vista penal, solamente desde el ámbito mercantil, de acuerdo los artículos 94 y 95 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, los cuales definen lo que debe entenderse por información privilegiada y una multa como sanción, a diferencia de otros países como Inglaterra, Suiza, Estados Unidos, Argentina, Perú, Alemania, entre otros, que han avanzado en el tratamiento de este problema y lo han incluido en sus respectivas legislaciones.

La hipótesis formulada relacionada con la importancia de sancionar penalmente el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, se comprobó al determinar la



necesidad de que se tipifique en el Código Penal guatemalteco el referido delito, para proteger el mercado de valores y evitar el enriquecimiento indebido de quienes hagan mal uso de la información privilegiada.

Para ello se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, dividiendo el tema en sus distintas partes para poder interpretar doctrinaria y jurídicamente el ámbito penal en que debiera desarrollarse el uso de la información privilegiada; el sintético, utilizado para determinar lo primordial de tipificar las acciones transgresoras; el inductivo, porque se partió del análisis de la problemática y condiciones en el país derivada de las transacciones bursátiles para poder hacer propuestas.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en tres capítulos. El primer capítulo trata acerca del derecho penal; el segundo se refiere al delito y el tercero a la necesidad de tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada en la legislación penal de Guatemala.

Las técnicas empleadas durante el desarrollo de la tesis fueron las siguientes: fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recabó ordenadamente la información doctrinaria relacionada con el tema en investigación.

El estudio y análisis del tema de la tesis es fundamental debido a que la tipificación del delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, permite sancionar a los responsables del mismo así como también garantizar la correcta utilización de los productos financieros y de la bolsa de valores.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

De las diversas ramas del conocer humano, el derecho es constitutivo de una de las más antiguas, siendo su misión la encargada de la conducta llevada a cabo por los hombres a través del devenir histórico de la sociedad, buscando alcanzar la justicia, equidad y el bien común como valores fundamentales elevados a los cuales aspira el derecho y las ciencias jurídicas.

Indudablemente, el derecho penal es el más antiguo y el encargado de brindar protección a los valores fundamentales del hombre como lo son su patrimonio, dignidad, honra, seguridad, libertad y la vida como presupuesto indispensable para gozar de todos los demás.

El derecho penal es indudablemente la ciencia de las leyes que debido a sus relaciones morales, políticas de progreso, consiste en un beneficio para la humanidad, debido a que economiza sufrimientos y secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento en la sociedad.

1.1. Definición y naturaleza jurídica

El derecho penal guatemalteco generalmente se define desde dos puntos de vista:



subjetivo y objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho penal consiste en el conjunto de normas jurídicas mediante las cuales el Estado determina los ilícitos penales consistentes en delitos y faltas, así como también las consecuencias jurídicas para las personas que cometan penas y a quienes se les pueda aplicar una medida de seguridad.

Los autores guatemaltecos Héctor de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan: “El derecho penal desde el punto de vista subjetivo es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso”.¹

La cita anterior determina que la potestad de penar no consiste en un derecho exclusivo, sino que en un atributo de la soberanía estatal, debido a que es al Estado exclusivamente a quien le corresponde dicha labor, y ninguna persona individual o jurídica, se puede abrogar esa actividad, la cual viene a ser el monopolio de la soberanía de los Estados.

El derecho penal subjetivo es definido por el autor del actual trabajo de tesis de la siguiente forma: consiste en la facultad que tiene el Estado para la determinación de

¹ De León Velasco y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 113



ilícitos penales y para la imposición de sus respectivas consecuencias jurídicas consistentes en penas y medidas de seguridad a las personas que los cometan.

Derecho penal objetivo: es fundamental el estudio del derecho penal objetivo, debido a que con el mismo se determina la actividad punitiva del Estado guatemalteco mediante el principio de legalidad.

Enrique Bacigalupo señala que: “El derecho penal objetivo consiste en el conjunto de normas jurídico-penales que se encargan de la regulación de la actividad punitiva del Estado, que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez, como dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal guatemalteco”.²

El autor Miguel Bajo Fernández, define al derecho penal señalando que: “Es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva”.³

También, por su parte el autor Eugenio Cuello Calón define que el derecho penal: “Es el conjunto de normas jurídicas que se encargan de la determinación de los delitos, las

² Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, pág. 56.

³ Bajo Fernández, Miguel. **Delitos patrimoniales y económicos**, pág. 45.



penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”.⁴

Por su parte, el autor Raúl Carrancá y Trujillo define al derecho penal de la siguiente forma: “El derecho penal es el consistente en el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado se encarga de la definición de los delitos, de la determinación de las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.⁵

El autor del presente trabajo de tesis define al derecho penal objetivamente señalando que consiste en el conjunto de normas jurídicas por medio de las cuales el Estado se encarga de determinar los ilícitos penales consistentes en delitos y faltas, así como también las consecuencias jurídicas para las personas que los cometan.

Al inquirir lo relacionado con la naturaleza jurídica del derecho penal, lo importante es establecer el lugar en donde el mismo nace y la ubicación con la cual cuenta dentro de las diversas disciplinas jurídicas.

La doctrina guatemalteca es unánime al determinar que el derecho penal es de naturaleza pública, debido a que únicamente el Estado cuenta con la facultad de la

⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 26.

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**, pág. 29.



determinación de los ilícitos penales, así como también de la determinación de las correspondientes consecuencias jurídicas.

1.2. Denominaciones

A través de la evolución histórica de las ideas penales y producto de dicha discordancia que ha existido entre los distintos tratadistas de la materia en todos los tiempos, consiste en la multiplicidad de denominaciones que se le han dado al derecho penal, encontrándose las siguientes: derecho penal, derecho criminal, derecho a castigar, derecho represivo, derecho sancionador, derecho determinador, derecho reformador, derecho de prevención, derecho protector de los criminales, derecho de defensa social.

Muchas de las denominaciones anotadas se han descartado debido a que las mismas no responden a la concepción actual del derecho que denominan, ya que lo que se busca es reformar y reeducar al delincuente, muchas otras ni siquiera se han utilizado debido a que si bien es cierto reflejan en parte el fin de la disciplina, suelen ser imprecisas.

Los autores guatemaltecos Héctor Anibal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “En Guatemala fue propuesto el nombre de derecho de defensa contra el delito y luego el de derecho de defensa social contra el delito, por considerarlo



menos confuso que el anterior, sin embargo ninguno de los dos tuvo el éxito deseado

Las denominaciones que han tenido mayor aceptación han sido las de derecho criminal y la de derecho penal. Actualmente la disciplina jurídica en estudio no tiene como único fin castigar, sino reeducar, regenerar, o rehabilitar al delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

1.3. Breve evolución histórica del derecho penal

El derecho penal es tan antiguo como la humanidad misma, debido a que los seres humanos son los únicos protagonistas de dicha disciplina, de forma que las ideas penales han evolucionado al lado de la sociedad.

Todas las expresiones del hombre con significado social aparecen dentro de la vida de relación, en la convivencia humana, en el trato diario de unos con otros y es mediante la manifestación de sus conducta que el hombre lleva a cabo acciones u omisiones que le permiten expresarse, o sea, actúa o se abstiene de actuar de conformidad con su voluntad, siendo dichas acciones u omisiones cuando son ofensivas no so socialmente importantes, aceptadas y permitidas por el Estado en lo que respecta a que no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico tutelado, pero, cuando dañan o ponen en riesgo un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y a su vez reprimidas por el derecho penal, en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada.

⁶ De León Velasco y de Mata Vela. Ob.Cit., pág. 24.



El derecho penal funciona, en general como un sistema tutelar de los valores más elevados, o sea se encarga de la intervención de la vulneración de los valores que una sociedad, en un momento determinado reputa fundamentales.

Dentro del devenir histórico de las ideas de tipo penal, la función de sancionar ha contado con diversos fundamentos en distintas épocas, siendo las mismas las que a continuación se explican:

a) Época de la venganza privada: durante los primeros grupos de hombres, cuando el poder del Estado o poder público no existía o bien no contaba con el vigor suficiente y necesario para la imposición a los particulares, la función de carácter penal revestía el aspecto de una venganza, la venganza particular entonces era el inicio de la retribución penal, a pesar de que no se trataba de un sistema penal en sí, sino que de una manera de manifestación individual.

La época de la venganza privada es la época bárbara, debido a que en la mismas se accede al impulso de un instinto de defensa, frente a la reacción provocada a consecuencia de un ataque que se considera injusto.

Debido a que en la época anotada no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad, o sea no estaba organizado el Estado, los seres humanos que se sentían ofendidos en sus derechos buscaban una defensa individual y cada quien hacía justicia por sus propias manos, originándose con ello graves males y sangrientas guerras



privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias, debido a que los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían la existencia de limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible.

Los autores guatemaltecos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “Las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, fueron atenuadas por la Ley de Talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima y el sistema adoptado era el de ojo por ojo diente por diente, reconociendo así el grupo o la colectividad que el ofendido sólo tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido; de tal manera que no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, y sólo tiene relevancia como equivalente de la pena actual la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma mediante la ayuda material y el respaldo moral”.⁷

b) Época de la venganza divina: en la misma se sustituye la voluntad de tipo individual del vengador por una voluntad divina a la cual le es correspondiente la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito.

La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, además los jueces se encargan de juzgar en su nombre y las penas impuestas a los delincuentes. Consiste en el espíritu del derecho penal antiquísimo.

⁷ De León Velasco y José Francisco Mata Vela. **Ob. Cit.**, pág. 15.



c) Época de la venganza pública: en el poder público se deposita la representación de la vida social en relación a la comisión de un delito. El poder público representado mediante el Estado, ejerce la venganza en nombre de la colectividad o de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro.

La pretensión penal que pretendía mantener a toda costa la tranquilidad pública, se transformó en una auténtica venganza pública que llegó a límites, los cuales caracterizan el procedimiento punitivo de la Edad Media con la aplicación de penas inhumanas y totalmente desproporcionadas con relación al daño ocasionado, siendo la pena sinónimo de tormento y además se castigaba con severidad, crueldad y rigor inhumano.

Para luchar contra la criminalidad desbordante de la época en mención, el poder público no dudo en la aplicación de las penas más crueles. La pena para determinados delitos trascendía a los descendientes del reo y no se respetaba ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, debido a que los cadáveres eran desenterrados y se les procesaba, además en la administración de justicia era imperante una total desigualdad, mientras a los poderosos y nobles se les imponían las penas de menor severidad y eran a su vez objeto de una protección eficaz.

Para los plebeyos y siervos eran reservados los castigos más duros y su protección era en la mayoría de ocasiones solamente ficción. También, dominaba una total arbitrariedad, siendo los jueces y tribunales los facultados para la imposición de las



penas no previstas legalmente, e inclusive podían incriminar hechos que no se encontraban penados como delitos.

d) Período humanitario: la crueldad excesiva de la época de la venganza pública originó un movimiento en beneficio de la humanización no solamente de las penas sino también del procedimiento penal, debido a que en la época de la venganza pública se comenzaron las torturas, los calabozos y toda clase de tormentos con la finalidad de castigar y de la obtención de confesiones.

El autor José Cerezo Mir señala que: “La etapa humanitaria del derecho penal comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del Iluminismo y los escritos de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue Bonnesana, quien pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos”.⁸

Durante el período humanitario la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre; es mayormente justa debido a que evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que aumenta con el vigor de la imaginación y la propia flaqueza, y es de mayor utilidad ya que cuando es menor la distancia de tiempo que pasa entre la pena y el delito, es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de las ideas, de forma que funciona el uno como causa del otro como efecto consiguiente y necesario.

⁸ Cerezo Mir, José. **Derecho penal**, pág. 24.



e) Etapa científica: es la que subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el apareamiento de la escuela positivista. El derecho penal se llegó a considerar como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo consistía en el estudio del delito y de la pena desde el punto de vista jurídico.

Después de la escuela clásica surge la escuela positiva del derecho penal, con ideas completamente opuestas, al extremo de que se consideró que el derecho penal tenía que desaparecer por completo como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose para su estudio, del método positivista o experimental, contrapuesto al lógico abstracto de la escuela clásica.

En el período en mención el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales.

f) Época moderna: en la actualidad existe unidad de criterio en lo relacionado a que el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica para tratar la problemática relacionada al delito, delincuente, pena y medidas de seguridad, mientras que las ciencias penales y criminológicas, las cuales cuentan con el mismo objeto de estudio, tienen que hacerlo desde el punto de vista antropológico y sociológico.

1.4. Escuelas del derecho penal

Las escuelas del derecho penal consisten en un conjunto de doctrinas y de principios,



con un método particular de estudio, que tienen por objeto estudiar al delito, las penas y las medidas de seguridad, al delincuente y a la víctima.

A continuación se explican de forma breve las escuelas del derecho penal, siendo las mismas:

a) Escuela clásica del derecho penal: consiste en la escuela que marcó de manera definitiva el carácter científico del derecho penal. Aparece a principios del siglo XIX, siendo su principal exponente Francesco Carrara. Sus postulados fundamentales son los siguientes: el delito consiste en un ente esencialmente jurídico, el ius puniendi tiene como objetivo alcanzar la justicia, el derecho penal es una ciencia eminentemente jurídica, su objeto de estudio es el delito, la pena y el juicio penal, su método es racionalista y especulativo, mediante el análisis lógico, la pena es considerada un mal necesario y la única consecuencia del delito, las medidas de seguridad no existieron para la escuela anotada, el delincuente no se profundiza en su estudio, más que como un autor del delito, el fundamento de la responsabilidad penal consiste en la imputabilidad oral como consecuencia del libre albedrío.

b) Escuela positiva del derecho penal: se encargó de plantear una serie de investigaciones antropológicas, psíquicas, sociales y estadísticas, las cuales apartaron a la disciplina penal del carácter puramente jurídico que había tenido, transformándola en una disciplina experimental que formaba parte de las ciencias de la naturaleza.



Se inició a mediados del siglo XIX en Italia, y sus principales exponentes son César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri. Sus principales postulados son los siguientes: el delito es considerado como un fenómeno natural y social, el fundamento del ius puniendi es la defensa del orden social, el derecho penal es considerado parte de las ciencias naturales, y pierde su autonomía y es tomado en cuenta como una parte de la sociología, su objeto de estudio es el delito, la pena, las medidas de seguridad, el delincuente y el juicio, su método es científico y se denomina positivo, la pena es considerada un medio de defensa social, pero no es la única consecuencia del delito, las medidas de seguridad se crean como una forma de prevenir el delito.

El delincuente es considerado como un ser anormal, el cual delinque no solamente por sus características, sino por su entorno social, su fundamento de la responsabilidad penal se asienta en la responsabilidad social, y las personas son responsables no solo por ser libres, sino sencillamente por vivir en sociedad.

c) Escuela intermedia del derecho penal: debido a la profunda crisis que apareció como consecuencia de las contradicciones entre la escuela clásica, la positivista y la etapa crítica por la cual atravesó posteriormente el derecho penal, surgieron nuevas corrientes, que con el fin de conciliar los postulados de las dos grandes escuelas, fueron adoptando posiciones eclécticas. Fundamentalmente se encargaban de afirmar la autonomía de la ciencia penal, como una ciencia jurídica, y de esa forma consideraban la existencia de la criminología como una ciencia del delito y del delincuente, o sea, como una ciencia natural.



Derecho penal contemporáneo: aparece debido a la profunda crisis en la cual se encontraba el derecho penal. Se limita al estudio científico del derecho penal, mediante el método lógico, abstracto o dogmático excluyendo de forma definitiva cualquier método positivista o experimental, el cual se considera que tiene que ser empleado en otras ciencias penales.

Además, toma en cuenta la labor del derecho penal como una construcción de las instituciones y demás sistemas jurídicos, dentro de un orden legal previamente establecido, distinguiéndolo de las disciplinas fenomenológicas, reduciendo para el efecto su estudio al conocimiento del delito y de las penas bajo el aspecto eminentemente jurídico. Se encarga de estudiar al delito y las medidas de seguridad, con el método denominado dogmático jurídico penal, el cual parte de las normas penales positivas, considerándolas como dogmas, o sea, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general para solucionar los problemas sociales. El movimiento en mención aparece a inicios del siglo XIX.

1.5. Ramas, partes y características

El derecho penal se divide en tres grandes ramas siendo las mismas las que a continuación se explican:

a) Derecho penal sustantivo o material: consiste en la parte del derecho penal en la cual se determina la substancia o esencia del mismo, o sea es una rama en la cual se



definen los ilícitos penales y se establecen las consecuencias jurídicas para las personas que cometan dichos ilícitos.

Los autores guatemaltecos Héctor de León Velasco y José de Mata Vela señalan: “El derecho penal material o sustantivo se refiere a la sustancia misma que conforma el objeto estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad; y legalmente se manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala”.⁹

b) Derecho penal adjetivo o procesal: regula el proceso penal como una serie de etapas mediante las cuales un órgano jurisdiccional competente determina la comisión de un hecho delictivo, de las personas que participaron en la realización del mismo y a través del pronunciamiento de una sentencia se encarga de establecer las consecuencias jurídicas del mismo; así como también su ejecución.

Los autores citados también señalan que: “El derecho penal procesal o adjetivo busca la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o medida de seguridad y ordenando su ejecución. Se refiere pues, al conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y

⁹ *Ibid*, pág. 30.



aplicar el derecho penal sustantivo o material, y que legalmente se manifiesta a través del Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala”.¹⁰

c) Derecho penal ejecutivo: también se le denomina penitenciario, y consiste en el conjunto de normas y doctrinas tendientes a la regulación de la ejecución de la pena dentro de los centros penales o penitenciarios destinados para dicho efecto.

Consiste en la rama del derecho penal que se encarga de la regulación del cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad, para garantizar que las mismas cumplan con los fines que se encuentran llamadas a llevar a cabo.

Para el estudio del contenido del derecho penal consiste en el estudio, delincuente, pena y medidas de seguridad, el mismo de forma tradicional se ha dividido en dos partes; siendo las mismas:

a) Parte general: se ocupa de las diversas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relacionadas con el delito, delincuente, penas y medidas de seguridad, y su regulación se encuentra en el libro primero del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

b) Parte especial: es la que se encarga de los ilícitos penales propiamente dichos consistentes en delitos, faltas, penas y medidas de seguridad que tienen que aplicarse

¹⁰ *Ibid*, pág. 32.



a quienes los cometen, y su regulación se encuentra en el libro segundo y tercero del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

El derecho penal tiene determinadas características, siendo las mismas las que a continuación se explican:

a) Es una ciencia social: el derecho penal es una ciencia social, ya que regula conductas en atención a un fin tomado en cuenta como valioso, o sea consiste en una ciencia del deber ser.

b) Es de carácter positivo: debido a que es primordialmente jurídico, debido a que el derecho penal vigente únicamente es aquél que el Estado promulga con dicho carácter.

c) Es normativo: ya que el derecho penal, al igual que cualquier rama del derecho, se encuentra integrado mediante normas jurídico-legales, las cuales son preceptos que contienen prohibiciones y mandatos que buscan la regulación del deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente organizada.

d) Es perteneciente al derecho público: debido a que siendo el Estado el exclusivo titular del derecho penal, al mismo es a quien le corresponde la facultad del establecimiento de las penas, delitos y medidas de seguridad respectivas. El derecho penal es indudablemente el derecho público interno, debido a que la determinación de sus normas y su aplicación, se encuentran confiadas exclusivamente al Estado



guatemalteco; el cual se encuentra investido de poder público. La represión de carácter privado solamente puede ser considerada en la actualidad como una situación ya superada.

e) Es valorativo: ya que cualquier norma presupone una valoración y el derecho penal es eminentemente valorativo, siendo dicha cualidad una de las manifestadas por las leyes penales, debido a que carecería de cualquier sentido la existencias de amenazas penales si no se entendiera que a través de ellas cuentan con protección determinados bienes e intereses jurídicamente apreciados.

O sea, que el derecho penal se encuentra subordinado a un orden valorativo en lo relacionado a que califica los actos humanos con arreglo a una valoración.

f) Es finalista: debido a que el derecho penal al ser una ciencia teleológica, su finalidad primordial consiste en el resguardo del orden jurídico establecido; mediante la protección contra el crimen.

La ley penal regula la conducta que los seres humanos tienen que observar en lo relativo a la valoración de los hechos.

g) Es sancionador: el derecho penal siempre se ha caracterizado, tal y como su nombre lo indica a castigar, reprimir y a imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito.



h) Tiene que ser preventivo y rehabilitador: ya que al aparecer las medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser sancionador y da paso a una nueva característica consistente en ser preventivo y rehabilitador, así como también reeducador y reformador del delincuente. O sea, que además de sancionar, también tiene que buscar la pretensión del delito y la rehabilitación del delincuente.

1.6. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas

El derecho penal se relaciona con otras ramas jurídicas, siendo las de mayor importancia las siguientes:

a) Derecho constitucional: el derecho penal al igual que cualquier institución dentro de un Estado de derecho tiene que encontrar su fundamento en la Constitución Política de la República, señalando las bases y estableciendo las garantías a las cuales tiene que sujetarse el derecho y éste tiene que ajustar sus preceptos al marco constitucional del Estado, y en dicho orden de ideas, la abrogación, la derogación y la creación de normas penales, es la respuesta de la organización y de la filosofía de un Estado en un determinado momento.

Los autores guatemaltecos Héctor de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “El gran cambio en el derecho constitucional contemporáneo a sido en la mayoría de países la constitucionalización de todas las ramas del derecho, entre ellas



el derecho penal. Todas las ramas del derecho deben verse a partir de la óptica constitucional”.¹¹

b) Derecho civil: tanto el derecho penal como el derecho civil son tendientes a la regulación de las relaciones de los seres humanos en la vida social y en la protección de sus intereses, determinando sanciones para el aseguramiento de su respeto. Las establecidas mediante el derecho civil son de carácter reparatorio, y lo que aspiran es la destrucción del estado antijurídico creado, o sea la anulación de los actos de ese tipo y la reparación de los daños ocasionados por estos actos. La sanción penal es de carácter retributivo tomando en consideración la magnitud del daño ocasionado y la peligrosidad social del sujeto activo.

Prueba de la íntima relación que existe entre ambos derechos consiste en los hechos librados en la mayoría de ocasiones con el criterio de los juzgadores, quienes fluctúan entre ambos campos, considerados en la mayoría de ocasiones como delitos y otras veces como infracciones de tipo civil.

c) Derecho internacional: dentro de la época contemporánea la facilidad de comunicación entre los distintos países y las crecientes relaciones de carácter internacional, son propicias para la comisión de delitos, los cuales revisten características de tipo internacional, lo cual hace necesaria una acción mancomunada de diversos Estados para la efectiva prevención y el castigo de estos delitos,

¹¹ *Ibid*, pág. 34.



apareciendo así una legislación penal, formada por acuerdos y por tratados internacionales, cuyos preceptos cuentan con características comunes en las diversas legislaciones, dando paso a lo que se denomina derecho penal internacional, el cual cuenta con una relación bien estrecha con el derecho penal interno de cada país, en temas y problemas que les son auténticos como lo son el conflicto de leyes en el espacio, la extradición y la reincidencia internacional.

d) Legislación comparada: consiste en el estudio, análisis y comparación de las distintas legislaciones de los diversos países que se ha convertido en un medio de importancia para la reforma de la legislación penal de otros países adoptando las normas e instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad.

1.7. Derecho penal guatemalteco

El derecho penal guatemalteco es producto de la crisis del derecho penal contemporáneo, pero, en principio es consecuencia de situaciones jurídicas propias que se han resuelto de forma inadecuada y que en la mayoría de ocasiones ni siquiera se han intentado resolver.

Los autores guatemaltecos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “En la historia jurídica de Guatemala, se puede contar la promulgación de cinco códigos penales hasta la presente fecha: el primero se promulgó



en el año 1837 durante el gobierno del Dr. Mariano Gálvez; el segundo en el año 1877 durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios; el tercero en el año 1889 durante el gobierno del general Manuel Lissandro Barrillas, el cuarto en el año 1936 durante el gobierno del general Jorge Ubico; y el quinto que es el que actualmente rige, entró en vigencia el día 1 de enero de 1974 durante el gobierno del general Carlos Arana Osorio”.¹²

Al analizar los últimos cuerpos penales de Guatemala, es fácil evidenciar en el Código Penal anterior al emitido durante el año 1973, que si bien es cierto se introdujeron algunos avances técnicos como el principio de legalidad y el principio de retroactividad de la ley penal favorable al reo, también es cierto que se reflejan las influencias de la corriente clásica del derecho penal.

El Código Penal actualmente vigente, representa indiscutiblemente una estructura institucional y delictiva, pero no se ha hecho más que introducir postulados de la escuela positiva, la mayoría de las ocasiones sobre bases y principios de la escuela clásica que todavía se conservan en la legislación penal del país.

Entre los más sobresalientes indicios que revelan crisis en el ordenamiento penal guatemalteco, es de importancia anotar la falta de conceptualización sistemática relacionada con los institutos más importantes como son el delito y la pena, justificados en que es difícil asentar una buena definición con validez general.

¹² *Ibid*, pág. 36.



Es incomprensible la existencia de distintas clases de pena, sin la existencia previa de una explicación relacionada a lo que tiene que entenderse por ella, o por lo menos expresar los elementos esenciales de sus fundamentos dogmáticos, y además se tiene que comprender que dentro de la dogmática jurídica los conceptos relacionados con el reconocimiento y respeto de los derechos humanos; son fundamentales.

La legislación penal guatemalteca enumera una serie de medidas reeducadoras y curativas principalmente que solamente sirven de ornamento, debido a que por lo general nunca son aplicadas, ya que por un lado no existen establecimientos adecuados para ello, y por otro lado ya que la práctica criminológica se encuentra ausente, debiéndose determinar la duración de las mismas.

En lo relacionado con la parte especial, presenta numerosas figuras delictivas, que si bien es cierto cuentan con vigencia, no tienen carácter positivo por cuanto su tipificación es totalmente contraria a la realidad social, y además existe un incongruente sistema de penas mixtas consistentes en prisión y multa para determinados delitos, los cuales desde ningún punto de vista pueden ser de conformidad con los fines asignados modernamente a la pena, como consecuencia del delito.

La crisis del derecho penal guatemalteco se encuentra determinada por la desmedida importación que por lo general se ha llevado a cabo en lo que se relaciona con la dogmática jurídico-penal, que no es correspondiente en la mayoría de ocasiones a la interpretación, sistematización y aplicación del derecho penal positivo, debido a que



siendo propia de legislaciones que regulan la idiosincrasia de países más o menos avanzados, no existe la posibilidad que se ajuste al ordenamiento penal guatemalteco. También es evidente, la falta de estudios criminológicos que auxilien el derecho penal en la lucha contra el delito.

Existe en la legislación penal guatemalteca escasez de valores humanos en la investigación relacionada con las ciencias penales. Es urgente la construcción de un sistema penal basado en los principios de justicia para de esa forma otorgar el debido valor a la existencia humana.



CAPÍTULO II

2. El delito

Diversas son las denominaciones que ha recibido el delito mediante la evolución histórica de las ideas penales, tomando en consideración que siempre han sido valoraciones jurídicas, sujetas a las mutaciones que de forma necesaria conlleva la evolución de la sociedad.

Originalmente se consideró la valoración objetiva del delito, castigándolo en relación con el daño ocasionado, o sea, tomando en cuenta el resultado dañoso producido, juzgando de forma ingenua hasta las cosas inanimadas como las piedras. Posteriormente en la Edad Media aun se juzgaba a los animales.

El autor Franz Von Liszt señala que: “En la culta Roma es donde aparece por primera vez la valoración subjetiva del delito, es decir, juzgando la conducta antijurídica atendiendo a la intención dolosa o culposa del agente, como se regula actualmente en las legislaciones penales modernas”.¹³

También el citado autor indica lo siguiente: “Refiriéndose al delito, en la primigenia Roma se habló de noxa o noxia que significa daño, apareciendo después en la culta Roma para identificar a la acción penal, los términos de: flagitium, scelus, facinus,

¹³ Von Liszt, Franz. **Tratado de derecho penal**, pág. 24.



crimen, delictum, fraus y otros, teniendo mayor aceptación hasta la Edad Media los términos siguientes: crimen y delictum. El primero expresamente para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena, y el segundo para señalar una infracción leve, con menos penalidad”.¹⁴

En la actualidad, el derecho penal moderno y muy especialmente en la legislación guatemalteca de cultura jurídica se hace referencia de: delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravenciones o faltas.

En relación a la terminología empleada en la técnica moderna es de importancia anotar que: el sistema bipartito se refiere a las transgresiones a la ley penal graves o menos graves, empleándose la expresión delito.

2.1. Definición y naturaleza jurídica

Es fundamental la determinación de la naturaleza jurídica del delito, para con ello establecer su validez universal y permanente.

El autor Eugenio Cuello Calón señala lo siguiente: “Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no

¹⁴ **Ibid**, pág. 28.



delictivo. Tales tentativas han sido inútiles, pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa”.¹⁵

Es necesaria la existencia de un sistema abierto a las necesidades y fines de la sociedad, o sea un sistema que sea susceptible de modificaciones cuando se presenten problemas nuevos que no puedan resolverse con los esquemas tradicionales. El punto óptimo al cual debe aspirar un penalista consiste en un equilibrio dialéctico entre el pensamiento problemático y el pensamiento sistemático.

El autor Luis Jiménez de Asúa define al delito al señalar que: “El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.¹⁶

Raúl Carrancá y Trujillo define que delito es: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹⁷

¹⁵ Cuello Calón. **Ob. Cit.**, pág. 30.

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**, pág. 23.

¹⁷ Carranca y Trujillo, **Derecho penal**, pág. 60.



El autor Eusebio Gómez define al delito de la siguiente forma: “El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una determinada pena”.¹⁸

2.2. Diversos criterios para definir el delito

En la actualidad existen diversos criterios para definir al delito, los cuales van desde los de mayor sencillez hasta los criterios complejos, atendiendo cada uno a distintas corrientes del pensamiento.

a) Criterio legalista: desde la denominada Edad de Oro del derecho penal, en los comienzos del siglo XIX, se puede observar un criterio legalista encargado de la definición del delito. Para el mismo el delito consiste en lo prohibido por la ley, el cual es un concepto que debido a su simplismo se torna indeterminado y es demasiado amplio en la actualidad, debido a la existencia de un elevado número de actos que son prohibidos legalmente. El autor anteriormente citado señala que: “El criterio legalista consiste en la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, dentro del movimiento de la construcción técnica jurídica de la infracción”.¹⁹

¹⁸ Gómez, Eusebio. **Tratado de derecho penal**, pág. 45.

¹⁹ **Ibid**, pág. 48.



b) Criterio filosófico: debido a la inexistencia del legalismo, los estudiosos del crimen se encaminaron hacia senderos de tipo filosófico, tomándolos desde distintos aspectos: primeramente se hace referencia al aspecto moral, ya que identificaban al delito con el pecado y se definía al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, enfocándolo como violación o quebrantamiento del deber.

En la actualidad el criterio filosófico carece de validez debido a que el pecado, sin lugar a dudas tiene una orientación divina, y no tiene nada que ver con la orientación jurídica y segundo, ya que las infracciones al deber atienden a normas de conducta moral y no a normas de conducta jurídica. Las dos persiguen de alguna forma, la regulación humana, pero las primeras no cuentan con una sanción del Estado, mientras que las segundas al referirse al delito, su característica básica consiste en la amenaza de la sanción del Estado.

Al no prosperar la concepción del delito, relacionando al criterio en mención con la moral y con el deber, entonces se define como una infracción del derecho, siendo el delito una violación al derecho, siendo dichos criterios un fracaso ante el derecho penal contemporáneo, debido a que existen tantas violaciones al orden jurídico establecido, que no de forma necesaria son constitutivas de delitos. No se tiene que hablar de violación del derecho, debido a que al realizarse el derecho y cometer delito se actúa de conformidad con el mismo, al adecuar su conducta a lo que establece la norma.



c) Criterio natural sociológico: el mismo puede ser analizado dentro de los criterios filosóficos, debido a que se encarga de la representación de una corriente del pensamiento distinta, como es el de la escuela positiva del derecho penal.

El delito es el presupuesto para que exista el delincuente. El autor Franz Von Liszt señala lo siguiente: “Acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media en un momento determinado”.²⁰

Es de importancia la autonomía del derecho penal y su estudio de forma independiente a las disciplinas fenomenalistas. Debido a ello, el criterio natural sociológico no cuenta con mayor importancia jurídico penal. El criterio anotado es adversado por casi todos los sectores del derecho penal. La teoría del derecho natural es arbitraria, inútil y falsa frente a la historia.

d) Criterio técnico jurídico: después de superada la crisis por la cual atravesó el derecho penal en la segunda mitad del siglo XIX, posteriormente a encontrarse bajo el sometimiento a las más exageradas especulaciones del positivismo, comienza a renacer la noción jurídica del delito, con el movimiento denominado técnico jurídico. El movimiento en estudio, se aparta por completo de los extremos positivistas, para dedicarse por completo al examen lógico del delito, surgiendo lo que doctrinariamente se denomina construcción técnico jurídica de la infracción que se

²⁰ Von Liszt. **Ob. Cit**, pág. 29.



sintetiza dentro del derecho penal hasta el extremo de que casi ha venido a resumirse en ella.

El comienzo de la corriente anotada, se desarrolla en diversas etapas, las cuales se cuentan desde las aportaciones sobre el delito, las cuales son construidas llenando los vacíos filosóficos de la época.

Para la misma la tipicidad consiste en uno de los caracteres principales del delito. La construcción del delito tiene que tomar sus elementos de la legislación positiva, o sea del concepto formal que por abstracción lleva a cabo el legislador de los distintos hechos que son objeto de la parte especial del Código Penal.

El autor Eusebio Gómez señala que: “Es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad”.²¹

Los principales aportes del criterio técnico jurídico son los siguientes: a pesar de que la tipicidad había sido introducida con anterioridad, con el criterio anotado es introducida como elemento esencial del delito, tomándolo como concepto formal; considera además la antijuridicidad como una característica sustantiva e independiente a la noción del delito, separada por completo de la tipicidad, debido a que existen acciones típicas que no son antijurídicas, sin que por ello dejen de ser típicas,

²¹ Gómez, Eusebio. **Ob. Cit.** pág. 32.



sosteniendo la tesis de que todo lo subjetivo es perteneciente a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva; considera a la punibilidad como un elemento del delito, debido a que éste tiene que ser sancionado con una pena adecuada; no considera constituido el delito, si no quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad.

2.3. Acción y omisión

Consiste en todo comportamiento que se deriva de la voluntad, y la voluntad implica una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que busca alcanzarse, o sea, un fin. La acción es el ejercicio de una voluntad final.

La dirección final de la acción se lleva a cabo en dos fases, una interna y otra externa, siendo ambas fases de la acción lo que se conoce como *iter criminis*, o sea el camino del crimen hasta llegar a su realización final.

La fase interna ocurre siempre en la esfera del pensamiento del autor, en donde lo que el mismo se propone es la realización de un fin. Para llevar a cabo dicha finalidad selecciona los medios necesarios y dicha selección solamente ocurre a partir de la finalidad cuando el autor se encuentra seguro de cómo decide resolver el problema y de cómo lo quiere. En dicha fase se toman también en cuenta los efectos concomitantes que se encuentran unidos a los medios para la realización del fin, y una vez los admite como de segura o probable producción los realiza.



La fase externa de la acción es aquella en la cual después de la realización interna el autor realiza la actividad en el mundo externo, y allí se pone en marcha el fin de conformidad con sus actividades; lo relativo a su proceso de ejecución del acto.

El autor Fernando Castellanos Tena señala que: “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”.²²

En sentido amplio los elementos normativos del delito son la antijuricidad y la culpabilidad, y son los encargados de la circunscripción dentro del cuadro puramente fáctico. Además, es de importancia anotar que existe un definido límite a esa amplitud: los factores que pueden originar el suceso quedan fuera de toda consideración jurídico penal, si no es posible conectarlos como resultado producido.

La causalidad adecuada en cambio se encarga de atender a la eficacia intrínseca de la condición necesaria para producir en abstracto la consecuencia dada. No existe acción ciega, en la acción va la voluntad, si el agente se propone un fin y lo logra es que en su conducta sólo existió dolo o finalismo, y si el agente se propone una finalidad y lo alcanza es que en su conducta solamente hubo dolo.

²² Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales del derecho penal**, pág. 29.



Cuando no existe voluntad, entonces falta la acción penalmente relevante, tal y como ocurre en la fuerza irresistible, en los movimientos reflejos y en los estados inconsciencia, como veremos a continuación:

a) Fuerza irresistible: la legislación penal vigente en Guatemala, la cual sigue la teoría causalista señala que la fuerza irresistible consiste en una causa de inculpabilidad, o sea que este caso es tomado como ausencia de voluntad, ya que para el derecho penal no tiene validez alguna la acción llevada a cabo, y consecuentemente no es válido el examen de la voluntad, debido a que no existe acción, por haber sido violentado por fuerza material exterior irresistible directamente empleada sobre él.

La fuerza exterior consiste en un hecho que se lleva a cabo de manera que no deja al que sufre alternativa alguna, o sea, su voluntad no tiene nada que ver. La persona que actúa violentando por la fuerza irresistible no realiza acciones relevantes para el derecho, en cambio quien realiza la fuerza sobre otro, es quien responde como autor directo del delito que se comete.

b) Movimientos reflejos: los movimientos instintivos y los reflejos físicos no constituyen acción, debido a que dichos movimientos no se encuentran controlados por la voluntad.

c) Estados de inconsciencia: es cuando se puede llegar a realizar actos que no dependen de la voluntad y consecuentemente no existe acción penalmente relevante.



Pero, es de importancia anotar que algunos estados de inconsciencia pueden considerarse como acciones cuando las mismas sean buscadas de propósito, y en dichos casos lo penalmente importante consiste en el actuar precedente.

Al llevar a cabo una acción penalmente relevante, por lo general se modifica una situación en el mundo exterior. De esa forma, la acción se convierte en una manifestación de voluntad, productora de un resultado en el mundo externo. Siempre existe una conexidad entre la acción y el resultado. Si el resultado no se produce, a pesar de la voluntad y de los medios puestos en ello, se da solamente la tentativa. De manera que la acción y el resultado son distintos.

Dicha distinción es bien importante ya que la acción es una simple manifestación de voluntad, es el resultado de una consecuencia externa que se deriva de la manifestación de voluntad. En los delitos de acción o bien de sencilla actividad no cuenta con ninguna importancia la relación de causalidad.

En los delitos de resultado siempre existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado, o sea, una relación que permite dentro del ámbito objetivo, la imputación del resultado producido, al autor de la conducta que lo ocasiona. O sea que la relación entre la acción y el resultado se denomina imputación objetiva del resultado.

Tiene que existir una relación de causalidad, en los delitos de resultado, la cual permita la imputación del autor. La relación de causalidad entre acción y resultado consiste en



la imputación objetiva, y es el presupuesto mínimo para exigir responsabilidad, y es por ello un elemento del tipo, especialmente de resultado.

Los autores guatemaltecos Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “Para resolver los problemas de la causalidad existen dos teorías:

- a) Equivalencia de condiciones: todas las condiciones de un resultado son equivalentes.
- b) Adecuación: sólo es condición aquella generalmente adecuada para producir el resultado”.

El ordenamiento jurídico ordena la normativa penal, pero existen determinadas normas que ordenan acciones, y la omisión de las mismas puede producir resultados. O sea, el ordenamiento penal se encarga de sancionar la omisión de acciones.

El autor de una omisión, tiene que encontrarse en condiciones de llevarla a cabo, o sea, la omisión no consiste en un sencillo no hacer nada. Tanto la acción como la omisión son subclases del comportamiento humano son susceptibles de regulación por la voluntad final.

La omisión penalmente importante consiste en la omisión de la acción jurídicamente esperada. La omisión que le interesa al derecho penal es la que un sujeto tuvo que llevar a cabo. El delito de omisión es el consistente en la infracción de un deber impuesto por la norma en función de la protección de bienes jurídicos.



El deber jurídico se incumple al omitir el sujeto la acción correspondiente al deber jurídico, y no existe una omisión en sí, o sea no es un simple no hacer nada, sino la omisión de una acción determinada, o sea, la de una acción que el sujeto se encuentra en posibilidades de llevar a cabo.

Al orden jurídico penal lo que le interesa es aquella que el sujeto tiene un deber jurídico en general, o bien un deber jurídico en particular. El delito de omisión consiste en la infracción de un deber jurídico. Lo fundamental del delito de omisión es la infracción de la acción esperada por el orden jurídico.

Existen diversas clases de omisión penalmente importantes, siendo las mismas las siguientes:

- a) Propia: consiste en la simple infracción de un deber. En dichos delitos se sanciona la omisión del deber de actuar.
- b) Delitos de omisión con un resultado: en los mismos la omisión conecta a un determinado resultado.
- c) Delitos impropios de omisión: también se les denomina de comisión por omisión y ocurre cuando la forma omisiva puede ser equiparada a la activa que se determina de manera concreta en los tipos. En los mismos la omisión se conecta a un resultado no permitido, pero en el tipo legal no se anota de forma expresa la forma de comisión omisiva. La omisión del deber jurídico produce un resultado igual a que el sujeto en realidad hubiera actuado, lo cual genera problemas de interpretación prácticos al tratar de arreglar la forma omisiva.



En los delitos de impropia omisión lo que le interesa al derecho penal es la posibilidad con la cual contó el sujeto de evitar un resultado, o sea, que si el sujeto hubiera llevado a cabo la acción esperada, entonces el resultado no se hubiera producido.

Para la resolución de dichos problemas son de utilidad la teoría de la adecuación y del incremento del riesgo.

No es suficiente que el resultado sea producido, ya que también es necesario que el sujeto cuente con la obligación de tratar de impedir la producción del resultado o posición garante como también se le denomina, y la cual convierte al sujeto en garante de que el resultado no sea producido.

Solamente los sujetos que cuenten con una especial vinculación con el bien jurídico en protección, pueden considerarse garantes de la integridad del mismo.

En los delitos impropios de omisión lo que ocurre es que se ha verificado con anterioridad la comisión de un resultado por la omisión de un deber jurídico determinado a una persona que se encontraba como garante de que aquel resultado no se producirá.

La relación de causalidad se encuentra regulada en el Artículo número 10 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, y señala que: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando



fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

La conducta humana como presupuesto necesario para la creación formal de todas las figuras delictivas, acostumbra operar de dos maneras, siendo las mismas: obrar activo y obrar pasivo, dando con ello origen a la clasificación de los delitos tomando en consideración la acción que consisten en:

- a) Delitos de acción o comisión: en los mismos la conducta humana es consistente en llevar a cabo algo que infringe una norma prohibida.
- b) Delitos de pura omisión: también se les denomina de omisión propia, y en los mismos la conducta humana es consistente en no hacer algo, infringiendo una norma preceptiva, que ordena llevar a cabo algo.
- c) Delitos de comisión por omisión: se les llama de omisión impropia y en los mismos la conducta humana infringe una ley prohibitiva, a través de la infracción de una ley preceptiva, o sea, son delitos de acción cometidos a través de una norma preceptiva, o sea son delitos de acción cometidos a través de una omisión.
- d) Delitos de pura actividad: son aquellos que no requieren de un cambio efectivo dentro del mundo exterior, siendo suficiente la simple conducta humana.

El tiempo y el lugar de la comisión del delito, guardan una estrecha relación con la conducta humana de orden delictivo del sujeto activo denominada acción u omisión,



debido a que depende de cuándo y dónde se llevaron a cabo éstas para la identificación del tiempo y lugar de la comisión del ilícito penal.

El artículo número 19 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "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".

El artículo número 20 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula que: "El delito se considera realizado: en el lugar donde se ejecutó 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".

La completa determinación del lugar de la comisión del delito tiene un papel relevante en lo relacionado a la delimitación de la competencia de los tribunales de justicia para juzgar los delitos que se han cometido.

En dicho sentido, el delito es considerado cometido en el lugar en el cual se llevó a cabo la acción en todo o en parte, y si por cualquier motivo no se puede establecer el mismo, se considera cometido en el lugar en el cual se produjo o debió producirse el resultado esperado.



La legislación penal del país adopta la teoría mixta, la cual también se denomina del conjunto o de la ubicuidad y de conformidad con la cual se tiene que tomar en cuenta tanto el lugar donde se llevó a cabo la acción, como también el lugar en el cual se produce el resultado, y es la de mayor aceptación, debido a que el mismo se entiende como cometido en los lugares en los cuales se haya llevado a cabo cualquiera de los elementos de la acción.

2.4. La tipicidad del delito

En la legislación penal guatemalteca, al señalar la tipicidad se establece que la misma se refiere al elemento delito, y tipificar cuando se busca la adecuación de la conducta del ser humano a la norma legal.

El autor Franz Von Liszt señala que tipicidad es: “La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible, lo cual se considera como apartado de la técnica, por cuanto eso sería una definición de lo que es tipo penal o tipo legal. Es muy importante saber diferenciar la tipicidad del tipo, éste se encuentra en las normas penales, mientras la tipicidad del tipo, se encuentra en las normas penales, mientras que aquella es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley”.²³

²³ Von Liszt. **Ob. Cit.**, pág. 42.



El tipo es la acción injusta descrita de forma concreta por la ley en sus distintos elementos y cuya realización va unida a la sanción penal. El tipo legal consiste en la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando para el efecto los detalles no necesarios para la realización del hecho catalogado como delito. La tipicidad en cambio, consiste en la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

En lo relacionado a la naturaleza y función de la tipicidad, de forma tradicional se ha aceptado que la tipicidad consiste en un elemento de carácter positivo del delito, y el mismo como tal tiene que estudiarse dentro de la teoría general del delito.

El autor Franz Von Liszt señala que: “Con respecto a su función, la tipicidad siempre ha sido un requisito formal previo a la antijuricidad, es decir que, para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica 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 en el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho”.²⁴

La tipicidad cuenta con diversas funciones, siendo las mismas las que se dan a conocer a continuación y se explican brevemente:

²⁴ **Ibid**, pág. 44



a) Función fundamentadora: la misma es constitutiva en sí de un presupuesto de legalidad, el cual se encarga de fundamentar la actitud del juzgador para la conminación de una pena o de una medida de seguridad de la conducta delictiva del agente siempre que no exista una causa que lo libere de cualquier responsabilidad penal.

b) Función sistematizadora: ya que por su medio se tiene a relacionar de manera formal la parte general con la parte especial del derecho penal.

c) Función garantizadora: debido a que la tipicidad resulta ser una consecuencia de carácter inevitable del principio de legalidad o de reserva mediante el cual no puede existir crimen, ni pena si no se encuentra regulado en una ley penal.

Los tipos penales tienen prevista la forma general en la cual un comportamiento tiene que encontrarse bajo la sujeción de una sanción penal. La tipicidad consiste en la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que ese hecho hace en la ley penal.

La tipicidad consiste en una manifestación del principio constitucional de legalidad, debido a que solo los hechos descritos en ley como delitos puedan considerarse como tales. El tipo consiste en un concepto, y describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena. La tipicidad es una cualidad, la cual es consistente en atribuir a un comportamiento determinado tipo.



Cualquier acción u omisión consiste en delito cuando infringe el ordenamiento jurídico en las formas previstas por los tipos penales y además puede ser atribuida a su respectivo autor.

La tipicidad consiste en la adecuación de un hecho a la descripción que se hace legalmente. Es de importancia el principio de intervención mínima debido a que se buscan imágenes conceptuales que sean abstractas y que engloben los comportamientos con características comunes.

La antijuricidad consiste en un juicio de valor negativo, el cual recae encima de una conducta y señala que la misma es contraria al ordenamiento jurídico. La tipicidad es indicio de antijuricidad.

No es posible la identificación de tipo y de antijuricidad, ya que la identificación conduce a la teoría de los elementos negativos del delito, según la cual, las causas de justificación son elementos negativos del tipo.

La relación entre tipo y antijuricidad es estrecha, debido a que por lo general los elementos del tipo incluyen las características de la acción prohibida, pero existen tipos en los cuales solamente se describe una parte de dichas características.

La relación entre tipo y antijuricidad es bien estrecha. Existen tipos que la norma describe características de la acción prohibida o parte de la misma. En dichos caso de



lo que menciona son tipos abiertos y cerrados. Los últimos ocurren en los delitos de comisión por omisión y en los delitos culposos. También, son abiertos lo que tienen que acudir a determinadas características de la antijuricidad.

El tipo tiene que encontrarse redactado de manera que de su mismo texto se pueda deducir claramente la conducta que es prohibida. Existen elementos normativos, los cuales implican una valoración del juzgador.

Los elementos descriptivos son aquellos que describen en su totalidad la conducta y señalan un determinado comportamiento, un resultado y la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado.

Los elementos exteriores antes anotados tienen que alcanzarse con la voluntad del autor, y se denominan tipo objetivo, encontrándose este último compuesto por elementos derivados de la conciencia del autor quien constituye la infracción de la norma.

El tipo cuenta con las siguientes funciones: seleccionadora de comportamientos que son penalmente importantes, de garantía y motivadora ya que con la conminación lo que se espera es que la ciudadanía se limite a la realización de determinadas conductas delictivas.



Existen determinadas acciones típicas que no cuentan con relevancia jurídica.

adecuación social consiste en un criterio que permite la interpretación restrictiva de determinados tipos penales.

El autor Eusebio Gómez señala: “Conforme el concepto completo del tipo, el tipo doloso activo tiene dos aspectos, uno objetivo y uno subjetivo. No es totalmente cierto que al hacer referencia a los elementos descriptivos, haya una limitación a la exterioridad. Cuando se describe una conducta no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos”.²⁵

Cualquier conducta cuenta con una manifestación dentro del mundo físico. Antes de dicha conducta las cosas se encontraban en un estado distinto al que se hallan posteriormente de la conducta. El resultado consiste en un ineludible fenómeno físico que acompaña a cualquier conducta. No existe conducta sin resultado.

Al individualizar la conducta el legislador con bastante frecuencia se vale del requerimiento de un resultado, pero en muchas ocasiones se limita a la descripción de la conducta, admitiendo con ello que el resultado sea cualquiera con tal que lesione el bien jurídico.

²⁵ Gómez. **Ob. Cit.**, pág. 26.



La causalidad tiene que ser admitida en el tipo, con un punto de vista realista. La relevancia penal de la causalidad se encuentra limitada, dentro de la teoría del tipo, o sea por el tipo subjetivo que busca un resultado.

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

Existen tipos que solamente pueden ser cometidos por una persona como los unisubjetivos, mientras que también hay otros que se cometen necesariamente por varios tipos. También, hay tipos que individualizan acciones que pueden ser cometidas en cualquier contexto circunstancial y con ello aluden a circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Hay tipos subjetivos que se agotan en el dolo y otros que reconocen otros elementos. Todos los tipos dolosos exigen la existencia de una determinada congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo. También, existen otros que necesitan solamente que su aspecto subjetivo cuente con el querer la realización del tipo objetivo.

El dolo es con frecuencia el único componente del tipo subjetivo. Consiste en el querer del resultado típico. La voluntad realizadora del tipo objetivo. Es el conocimiento que supone este querer, o sea de los elementos del tipo objetivo.



El dolo necesita del conocimiento efectivo, de la sola posibilidad de conocimiento no perteneciente al dolo. Además, requiere siempre de determinado grado de actualización del conocimiento.

Dicho grado de actualización que el mismo busca no exige siempre de un pensar en ello.

El autor Eusebio Gómez señala lo siguiente: “La comprensión de la criminalidad del hecho implica el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y el conocimiento de la antijuricidad. Hay dolo tanto cuando el sujeto conoce la antijuricidad como cuando no le importas si su conducta es antijurídica. Es dolosa tanto la conducta del que sabe que está prohibido algo como del que lo sospecha y no pone interés en averiguarlo”.²⁶

En el dolo directo el sujeto lo que busca es realizar el resultado que se encuentra prohibido en el tipo.

También, existe el dolo en el cual el autor no quiere una de las consecuencias pero la admite como unidad al resultado final, o sea, prevé una consecuencia accesorio, la acepta como fundamental y la incluye en su voluntad. También, existe el dolo eventual que consiste en que el sujeto se representa el resultado como probable producción. El dolo eventual consiste en una categoría entre el dolo y la imprudencia.

²⁶ **Ibid**, pág. 28.



La existencia de cualquier error relativo a los elementos objetivos integrantes del tipo es injusto y excluye el dolo, siendo ello distinto de un error sobre la antijuricidad que consiste en error de prohibición.

2.5. Antijuricidad, culpabilidad, imputabilidad y punibilidad

Originalmente, la construcción técnica-jurídica de la infracción presentaba al delito como constituido por una multiplicidad de elementos como: la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad; los cuales si bien es cierto actualmente tienen plena vigencia para la construcción del derecho, la doctrina dominante del derecho penal moderno, con bastante certeza jurídica ha simplificado en un sistema tricotómico del delito, y de ahí que actualmente se señale la existencia de la infracción penal como la conducta típicamente antijurídica culpable y punible, reuniendo de dicha forma la antijuricidad en una conducta antijurídica, al tipicidad como su delimitación y las condiciones objetivas de punibilidad, como aquellos elementos condicionantes del tipo y en la culpabilidad el estudio de la imputabilidad.

Al partir de la disyuntiva que presenta la antijuricidad, por un lado como elemento del delito y por otro como esencia del mismo, es presumible el cuestionamiento al cual se ha sometido el contenido de la antijuricidad con la finalidad del establecimiento de su auténtica naturaleza jurídica.



La antijuricidad refleja la idea de una contradicción al orden jurídico, ya que no todo lo contrario al derecho cuenta con existencia dentro del ámbito penal para la construcción del delito, y pueden existir conductas típicamente antijurídicas sin mayor trascendencia penal, debido a que siempre han existido las denominadas causas de justificación.

El autor Luis Jiménez de Asúa señala que: “La antijuricidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Es la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido previamente por el Estado”.²⁷

La antijuricidad presupone la existencia de un juicio de oposición entre la conducta humana y la norma penal, el cual solamente recae sobre la acción realizada, incluyendo cualquier valoración de índole subjetiva, por lo que se puede establecer que su naturaleza funcional es de carácter objetivo, pero, se sostiene que existen hechos delictivos que presentan un marcado carácter subjetivo encaminado a un fin específico y establecido con anterioridad.

Para la imposición de una pena no es suficiente que el hecho sea constitutivo de un injusto típico, o sea que sea típico y antijurídico. Es fundamental la presencia de una tercera categoría, la cual tiene que encontrarse en todo hecho delictivo, que es la culpabilidad.

²⁷ Jiménez de Asúa. **Ob. Cit.**, pág. 30.



Luis Jiménez de Asúa señala que: “Quien actúa antijurídicamente realiza la figura del tipo atacando un bien jurídico penalmente protegido. Quien actúa culpablemente comete un acto antijurídico pudiendo actuar de otro modo”.²⁸

La culpabilidad no consiste en un fenómeno individual, aislado, tiene que verse con referencia a la sociedad, no solamente en lo relacionado con el autor del hecho típico y antijurídico sino como una culpabilidad con referencia a los demás.

De ello surge que la culpabilidad consiste en un fenómeno social. Dentro del Estado, como representante de la sociedad, el encargado de definir lo que es culpable o inculpable.

La misma tiene un fundamento sociológico, y no psicológico como se determina entre los partidarios del causalismo. La correlación que existe entre culpabilidad y prevención general o sea la conminación a la sociedad es evidente.

El autor José Cerezo Mir señala que: “Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios posibles, lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.²⁹

²⁸ **Ibid**, pág. 34.

²⁹ Cerezo Mir. **Ob. Cit.**, pág. 44.



La capacidad con la cual cuenta el ser humano para reaccionar ante las exigencias normativas, derivadas de la prevención general, es lo primordial y permite a su vez la atribución de una acción a un sujeto, y por ende, determina su responsabilidad por la acción llevada a cabo, o sea la culpabilidad.

Los autores guatemaltecos Héctor de León Velasco y José Francisco de Mata Vela señalan que: “Para que una persona sea culpable son necesarios ciertos requisitos:

- a) Imputabilidad, o capacidad de culpabilidad; capacidad de ser sujeto del derecho penal esto es, madurez tanto física como psíquica para poder motivarse conforme la norma penal; sin ellas no puede hablarse de culpabilidad.
- b) Conocimiento de la antijuricidad, si el individuo puede conocer aunque sea a grandes rasgos el contenido de las prohibiciones, el individuo imputable puede motivarse. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, tampoco puede motivarse conforme la norma.
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto. Hay determinados ámbitos de exigencia fuera de los cuales no puede exigirse responsabilidad alguna”.³⁰

La imputabilidad consiste en un concepto psicológico, el cual cobra vida en el delincuente. Es un elemento positivo de la infracción, por lo que se tiene que estudiar dentro de la teoría general del delito. La misma cuenta con elementos psicológicos, físicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales que le limitan su conceptualización.

³⁰ De León Velasco y de Mata Vela. **Ob. Cit.**, pág. 52.



La imputabilidad juega un papel decisivo en la construcción del delito, debido a que no tiene objeto una conducta típicamente antijurídica, si no existe un sujeto al cual se le pueda imputar.

El autor Francisco Muñoz Conde señala que: “La imputabilidad asume el papel de un elemento positivo del delito, como una marcada tendencia subjetiva por cuanto es el elemento previo más relevante de la culpabilidad ya que el sujeto activo del delito, antes de ser culpable tendrá necesariamente que ser imputable”.³¹

El fundamento de la imputabilidad radica en la concurrencia de determinadas condiciones de orden psíquico, biológico y moral, las cuales en última instancia señalan la salud mental y la madurez biológica, la cual de forma constante exigen las legislaciones penales, para que el agente pueda dar respuesta de los hechos cometidos, o sea, que la imputabilidad se encuentra condicionada por determinados límites que la ley propone.

Mientras que la imputabilidad consiste en una posibilidad, la responsabilidad es una realidad. Todas las personas son imputables, pero solamente son responsables, cuando habiendo ejecutado un acto, se encuentren obligados a dar cuenta del mismo, o sea, que el estado de imputable es anterior al delito, mientras que la responsabilidad nace en el momento de su comisión, de ahí que la culpabilidad viene a ser la declaración que hace un individuo que responde de sus actos y tiene que ser

³¹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 25.



merecedor de una sanción. Mientras que la imputabilidad consiste en una situación psíquica en abstracto, la cual es declarable jurisdiccionalmente debido a no existir motivo legal de exclusión en lo relacionado con el hecho cometido.

El autor Raúl Carrancá y Trujillo señala que: “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”.³²

Dentro del derecho penal moderno ha quedado abandonada la naturaleza de la imputabilidad y su consecuente responsabilidad penal. En la actualidad es imperante la teoría de la voluntad, debido a que los penalistas modernos han decidido rechazar el antiguo problema relacionado con el libre albedrío y el determinismo, debido a considerar que dicha problemática no responde al campo jurídico sino al moral y religioso. Además, aseguran que en el derecho penal no tiene que discutirse si la conducta humana actúa de forma libre o se encuentra predeterminada, ya que basta con que la conducta humana sea voluntaria, o sea, que para que un sujeto sea responsable penalmente, solamente es necesario que haya ejecutado el delito con voluntad, consciente y libre.

³² Carrancá y Trujillo. **Ob. Cit.**, pág. 32.



El estudio de la punibilidad dentro de la teoría general del delito se circunscribe a la resolución de averiguar si la pena consiste en un elemento característico del delito o si bien es una consecuencia del mismo.

Existen dos distintas corrientes, siendo las mismas: una que considera la punibilidad como elemento del delito y la otra que lo considera como su consecuencia.

Quienes sostienen el criterio de la punibilidad como elemento del delito, creen que la conducta humana típicamente antijurídica y culpable para que se constituya delito se requiere que se encuentre sancionada con una pena, y de dicha forma la punibilidad resulta ser un elemento esencial del delito.

El delito consiste en una acción punible y la punibilidad es uno de sus caracteres más destacados, y en dicho sentido, para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, tiene que reunir el de punibilidad.

Para quienes comparten el criterio de la corriente señalada en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, la punibilidad consiste en la característica diferencial del delito, o sea que el delito es sencillamente cualquier acto señalado con una pena.

Quienes sostienen el criterio de la punibilidad como consecuencia del delito lo definen al señalar que el mismo consiste en una acción típicamente antijurídica y culpable, incluyendo la mención de la penalidad debido a considerar que es una consecuencia y



no un elemento característico del delito. A pesar de que en su definición incluye las penas y las medidas de seguridad, se acoge al criterio que considera a la sanción penal como una consecuencia y no como un elemento del delito.

Para éste segundo criterio, el delito consiste en un hecho al cual el ordenamiento jurídico asocia una pena como lógica consecuencia, y no hay delito sino en virtud de que una acción haya sido referida a una pena en la norma, pero la pena es solamente una consecuencia de la concurrencia conjunta de los elementos necesarios para que a una acción corresponda una sanción.

La norma establece la pena como una consecuencia de la acción que reúna los elementos esenciales para encontrarse en presencia de un delito. La pena desde el punto de vista estático, es sencillamente la consecuencia primaria del delito, o sea, que el delito es el presupuesto indispensable de la pena.

Para la corriente en mención, la tipicidad es el elemento característico que diferencia al delito de cualquier acción antijurídica y no la pena, o sea, que para quienes eliminan la punibilidad de la definición del delito, la tipicidad no reemplaza como elemento diferenciador.

La punibilidad juega un papel imparcial y ecléctico, ya que cuenta con el papel de elemento positivo del delito, debido a que en la constitución del mismo no se puede prescindir de la penalidad que generalmente lo caracteriza, pero tampoco se puede



aceptar que sea el elemento de mayor relevancia de la infracción como se ha pretendido debido a que su función se encuentra en total dependencia del resto de elementos.

2.6. Elementos negativos del delito

Los elementos negativos del delito, son tendientes a la destrucción de la configuración técnica jurídica del mismo y como consecuencia suelen eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo.

Los mismos se encuentran regulados en el Artículo número 23 del Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “No es imputable:

- 1°. El menor de edad.
- 2°. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, 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 de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

De conformidad con la legislación penal guatemalteca, no son imputables y por ende tampoco responsables penalmente, los menores de edad y quienes 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 conformidad



con esa comprensión, a excepción de que el trastorno mental transitorio se buscara de propósito”.

La inimputabilidad de los menores de edad cuenta con rango constitucional, y la misma regula en el Artículo número 20: “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 de edad, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos. Una ley específica regulará esta materia.

El análisis y estudio del delito que hemos abordado en este capítulo, es de vital importancia para comprender que la divulgación de información privilegiada en las transacciones bursátiles, es una conducta antijurídica porque encierra en si misma un juicio de valor negativo, que afecta las negociaciones mercantiles que se generan en el mercado de valores. Es un tipo penal generado por una acción meramente dolosa, que debe ser punible en nuestro ordenamiento penal vigente.



CAPÍTULO III

3. El delito de transacciones bursátiles con información privilegiada

La integración de todas las instituciones, empresas o individuos que llevan a cabo transacciones de productos financieros, entre los cuales se encuentra la bolsa de valores, las casas de corredores de bolsa de valores, los emisores, los inversionistas y las instituciones son reguladoras de las transacciones que se llevan a cabo.

Un mercado bursátil cuenta con una serie de elementos necesarios para que sea llamado mercado, con un local consistente en las oficinas o bien en el edificio en el cual se encuentra la bolsa de valores, con los demandantes quienes son los inversionistas o los compradores, con los oferentes que pueden ser los emisores directos de la casa de corredores de bolsa y con una institución reguladora. Cada uno de los elementos anotados es de importancia imprescindible para llevar a cabo una transacción bursátil.

El Artículo número 1 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Objeto. La presente ley establece normas para el desarrollo transparente, eficiente y dinámico del mercado de valores. En particular, establece el marco jurídico.

- a. Del mercado de valores, bursátil y extrabursátil;
- b. De la oferta pública en bolsa de comercio de valores, de mercancías, de contratos sobre estas, y contratos singulares o uniformes;



- c. De las personas que en tales mercados actúan;
- d. De la calificación de valores y de las empresas dedicadas a esta actividad”.

El artículo número 2 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala regula definiciones de importancia: “Valores, mercancías, contratos y calificaciones de riesgo.

a. Valores: Se entiende por valores todos aquellos documentos, títulos o certificados, acciones, títulos de crédito típicos o atípicos, que incorporen o representen según sea el caso, derechos de propiedad, de crédito o de participación. Los valores podrán crearse o emitirse y negociarse mediante anotaciones en cuenta;

b. Mercancías: Son mercancías todos aquellos bienes que no estén excluidos del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley;

c. Contratos: A los efectos de esta ley, se entiende por contrato todo negocio jurídico de características uniformes por cuya virtud se crean, modifican, extinguen o transmiten obligaciones dentro del mercado bursátil;

d. Calificación de riesgo: Es una opinión emitida por una entidad calificadora de riesgo, en cuanto a la situación financiera de un emisor, todo ello con arreglo a las prescripciones técnicas reconocidas a nivel internacional. Las calificadoras de riesgo se inscribirán en el registro del mercado de valores y mercancías, cumpliendo con los mismos requisitos aplicables a los agentes de valores”.

La Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo número 3 regula: “Oferta pública. La oferta



pública, a los efectos de esta ley, es la invitación que el emisor hace abiertamente al público, por si o por intermedio de tercero, mediante un bolsa de comercio o cualquier medio de comunicación masiva o difusión social, para la negociación de valores, mercancías o contratos. La utilización de los medios antes relacionados no implica la existencia de una oferta pública, si la invitación se dirige exclusivamente a quienes ya son socios o accionistas de la emisora y las acciones por ésta emitidas no estuvieren inscritas para oferta pública.

Los actos y negocios jurídicos cuyo contenido sea el resultado de ofertas privadas de valores, mercancías o contratos, inscritos o no para oferta pública, quedan excluidos de la presente ley”.

La oferta de valores del Estado, de las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, del Banco de Guatemala, de las municipalidades y de las instituciones fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, se regirá por sus propias leyes.

3.1. Breve reseña histórica de las transacciones bursátiles

En el devenir histórico ha resultado interesante el estudio de la bolsa de valores, por las distintas etapas que ha pasado, hasta constituirse actualmente en un mercado organizado, para la debida práctica de las transacciones de títulos, bienes y de valores comerciales, movilizandando millonarias cantidades de capitales alrededor del mundo, en virtud de lo cual considero de suma importancia este trabajo de investigación.



El autor Lorenzo Benito señala que: “El origen de la bolsa de valores como institución surgió al final del siglo XV en las ferias medievales, en donde se inició la práctica de las transacciones de valores mobiliarios y títulos”.³³

El citado autor señala que: “El término bolsa apareció en la ciudad de Brujas en Bélgica al final del siglo XVI, en donde los comerciantes solían reunirse, para llevar a cabo sus negocios, en un recinto. De allí derivaría la denominación de bolsa que se mantiene vigente en la actualidad. La bolsa de valores es un mercado de capitales organizado, institucionalizado, oficialmente regulado, con unos intermediarios y formas de contratación específicas”.³⁴

La bolsa de valores consiste en un mercado financiero en el cual se llevan a cabo operaciones tanto de compra como de venta de acciones y obligaciones. La misma lo que persigue es la transacción financiera, dejando en evidencia la presencia de todos los elementos necesarios y requeridos para llevarlos a cabo.

Consiste en una institución donde se encuentran los demandantes y los oferentes de valores negociando mediante sus casas de corredores de bolsa. Las bolsas de valores propician las negociaciones de acciones, de obligaciones, bonos, certificados de inversión y del resto de títulos-valores inscritos en bolsa, proporcionando a su vez a los

³³ Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**, pág. 30.

³⁴ **Ibid**, pág. 34.



tenedores de títulos e inversionistas, el marco de legalidad operativo y tecnológico para llevar a cabo el intercambio entre la oferta y la demanda.

La bolsa de valores es un mercado, debido a que existen demandantes y oferentes, además la misma requiere de la existencia de productos de orden financiero aparte de las acciones.

La bolsa de valores no tiene fines de lucro y su objetivo es brindar a sus miembros las casas de valores, más allá de las transacciones bursátiles, y en las mismas deben existir principios morales que rijan estos movimientos.

3.2. Atribuciones de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías

Las atribuciones de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, se encuentran reguladas en el Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo número 16: Atribuciones.

Al registro corresponde, dentro del ámbito de su competencia, cumplir y hacer que se cumplan las disposiciones establecidas en esta ley y en disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general. Sus atribuciones, sin perjuicio de otras establecidas en esta ley, son las siguientes:



- a. Someter por conducto del Ministerio de Economía a la aprobación del presidente de la República los proyectos de reglamentos que deban dictarse por disposición de esta ley, o las reformas que sean del caso.
- b. Nombrar y remover a los funcionarios, asesores internos o externos y empleados que integren el personal del registro, sin perjuicio de los que se establece en la presente ley para el nombramiento del subregistrador.
- c. Elaborar y remitir a donde corresponda su presupuesto de funcionamiento.
- d. Someter por conducto del Ministerio de Economía a la aprobación del Presidente de la República los proyectos de aranceles que deba aplicar en sus operaciones observando el procedimiento establecido en el inciso a) de este artículo. En todo caso, el arancel nunca será mayor del cero punto cero cero uno por ciento (0.001%), calculado sobre el valor nominal de la emisión de valores.
- e. Inscribir a las bolsas de comercio.
- f. Tomar razón, compilar y ordenar la publicación en el diario oficial, a costa de los interesados, de las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general emitidas por las bolsas de comercio para la negociación de valores, mercancías o contratos en el mercado bursátil.
- g. Inscribir las ofertas públicas de valores.
- h. Tomar razón de las ofertas públicas de valores efectuadas por el Estado, el Banco de Guatemala, las municipalidades y demás entidades descentralizadas o autónomas así como de las efectuadas por instituciones fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos, con base en la información que tales entes le proporcionen al registro.



- i. Inscribir a los agentes regulados por esta ley.
- j. Dictar de oficio, o a solicitud de parte, en forma razonada y con el fundamento legal que corresponda, las resoluciones que sean necesarias para que las bolsas de comercio, los agentes, los emisores de valores y los oferentes de mercancías o contratos en el mercado bursátil, ajusten sus actuaciones a las disposiciones de la presente ley y las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general correspondientes.
- k. Determinar la juridicidad de los actos y contratos que se sometan a su consideración, de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y de acuerdo a las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general dictadas de conformidad con la misma.
- l. Suspender o cancelar, previo los trámites que establece la presente ley, la inscripción registral de las bolsas de comercio y de los agentes.
- m. Suspender o cancelar, previo los trámites que establece la presente ley, la inscripción registral de ofertas públicas de valores, así como de las mercancías y contratos negociados en el mercado bursátil.
- n. Remitir, para su publicación en el diario oficial, así como en cualquier otro medio de difusión social, lo relativo a la inscripción, suspensión, modificación o cancelación de los actos, personas o contratos, cuando a criterio del registro dicha publicación tienda a salvaguardar los intereses del público.
- o. Aplicar las sanciones que corresponda de conformidad con la presente ley.



p. Solicitar al Ministerio Público la investigación de actos u omisiones que infringieren esta ley, que en opinión del registro, pudieren ser constitutivos de delito o falta

3.3. La bolsa de valores frente a los riesgos en el manejo de la información privilegiada

Para comprender los riesgos dentro del ámbito del mercado bursátil y el tratamiento que debe dársele al comportamiento delictuoso, es necesario describir que este mercado se caracteriza por su alto grado de organización y evolución constante para adaptarse a las necesidades de los corredores, inversores y emisores de valores.

La bolsa de valores ha sido definida como un acuerdo con un criterio funcional que supone una infraestructura técnica para el comercio, donde la protección de los inversionistas esta orientada a establecer medidas de protección contra los riesgos que podrían ser causados por corredores, emisores de títulos u otros inversores, siendo que los perjuicios pueden provenir de la explotación abusiva de conocimiento de hechos confidenciales o de la manipulación del curso de los títulos, que es el tema que ocupa el presente trabajo de investigación.

La protección a que se hace referencia va dirigida a asegurar la confianza de los inversionistas en el mercado, protegiendo intereses difusos, ya que va encaminada



tanto a quienes ya invirtieron como a quienes estarían dispuestos a invertir, debe promover y consolidar la confianza del conjunto de inversionistas.

Todo ello requiere además de las condiciones técnicas y personales de gestión y organización, la transparencia del curso de los títulos objeto de negociación, así como del comportamiento de los inversionistas, lo que trae consigo la eficacia de la formación de los precios, la seguridad y confianza en la bolsa y mejora directamente la liquidez.

Siendo que una casa de corredores de bolsa o empresa es representativa de la intermediación que tiene que existir entre el demandante y el oferente. Consiste en el eslabón que permite las transacciones entre los sujetos que desean comprar acciones y aquellos quienes las ofrecen. Un corredor de bolsa puede ser una persona natural o jurídica que se encuentre legalmente autorizada para llevar a cabo actividades de compraventa de valores llevadas a cabo en la bolsa de valores en beneficio de terceros, y para desempeñarse como tal tiene que cumplir con la importante función relacionada con llevar a cabo la práctica de las transacciones y además pueden prestar labores relacionadas con asesorías a sus clientes que se lanzarán posteriormente al mercado y actuar a su vez como depositarios de las acciones u otros instrumentos de sus clientes.

Es ahí donde obtienen información relevante para el mercado bursátil, pudiendo la explotación abusiva de conocimiento de hechos confidenciales influenciar notablemente el curso de los títulos valores, debido a esto es que muchos especialistas han destacado que la bolsa de valores no sólo es un mercado de títulos valores, sino



también una bolsa de rumores, donde las relaciones sociales y políticas permiten estar debida y seriamente informado sobre los diferentes aspectos de la vida de las empresas y de la economía del mercado, percibiéndose así plenamente el carácter reprehensible de la explotación del conocimiento de hechos confidenciales³⁵.

Nuestra legislación establece algunos parámetros para la protección del mercado bursátil y específicamente, las actividades de las bolsas de comercio se encuentran reguladas en el Artículo número 18 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96: “Actividades

Las bolsas de comercio podrán realizar las actividades siguientes:

- a. Adecuar locales e instalaciones y establecer mecanismos que faciliten las relaciones y operaciones entre oferentes y demandantes de valores, mercancías o contratos y la realización de cualquier negocio de naturaleza bursátil.
- b. Inscribir las ofertas públicas de valores que hubieren sido registradas en el registro y cumplan con los requisitos de las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general de las bolsas de comercio en que habrá de realizar la oferta pública.
- c. Proporcionar y mantener a disposición del público, información sobre las emisiones de valores y la negociación de mercancías y contratos que hayan inscrito o autorizado, así como sobre los emisores de valores y sobre otras operaciones que en ellas se realicen, inclusive, en su caso, sobre la calificación

³⁵ Reaño Reschiera, José Leandro. **La criminalización de las transacciones bursátiles con información privilegiada: El delito de insider trading.** Pág. 2.



de riesgo obtenida por un emisor o por una emisión de valores en alguna de las empresas calificadoras de riesgo, inscritas para operar en el país.

- d. Poner a disposición del público, publicaciones periódicas sobre los asuntos indicados en el inciso anterior.
- e. Velar porque las actuaciones de sus agentes y emisores se ajusten a sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general.
- f. Expedir, a solicitud de parte interesada y conforme sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general, certificaciones de las cotizaciones de valores o de las negociaciones de mercancías o contratos en ellas realizadas.
- g. Proporcionar por sí, o a través de terceros, servicios de depósito de valores conforme a la presente ley.
- h. Pedir a juez competente de Primera Instancia de Ramo Civil, en la vía incidental, la intervención de sociedades emisoras y agentes de bolsa, o casas de bolsa, que hubiesen transgredido disposiciones legales, disposiciones normativas o reglamentarias de carácter general, de la bolsa de comercio respectiva, cuando a su juicio amerite dicha medida. La intervención surtirá los efectos previstos en el Artículo 661 del Código de Comercio de Guatemala y a partir de la fecha de la notificación de la resolución que decreta dicha medida, la enajenación de aquellos activos que no constituyan el giro ordinario de la empresa sólo podrá efectuarse con autorización judicial. La intervención podrá decretarse sin audiencia previa a la parte afectada, en vista de circunstancias graves que lo justifiquen, a juicio del juez.



- i. Realizar cualesquiera otros actos y contratos necesarios para el desarrollo de la actividad bursátil, que no les estuvieren vedados por la ley”.

El trámite de la autorización de bolsas de comercio se encuentra regulado en el Artículo número 22 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala: “Trámite. Las personas interesadas en obtener la autorización correspondiente para operar una bolsa de comercio, deberá dirigir su solicitud al registro, cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a. Acompañar el proyecto de escritura constitutiva de sociedad o de sus estatutos, si fuere el caso, con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala. Dicho proyecto deberá estipular que cada accionista puede ser titular únicamente de una acción.
- b. Indicar el monto y la forma en que se aportará el capital pagado inicial de la sociedad a constituirse, así como la manera en que se efectuará la capitalización que se proyecta llevar a cabo dentro de los próximos cinco años, contados a partir de la inscripción definitiva en el Registro Mercantil.
- c. Acompañar el proyecto de reglamento interno que regule cuando menos los aspectos siguientes:
 1. La admisión, suspensión y exclusión de sus miembros o de sus administradores, funcionarios o empleados.
 2. Los derechos y obligaciones de sus miembros.
 3. Lo relativo a la inscripción de oferta pública de valores, la suspensión y cancelación de la inscripción.



4. Las normas generales sobre la celebración, cotización y negociación de contratos uniformes.
5. Las normas correspondientes a la negociación de mercancías, si fuere el caso.
6. Los derechos y obligaciones de los emisores de valores, en relación a la bolsa de comercio respectiva.
7. La forma en que deberán efectuarse y registrarse las operaciones bursátiles.
8. Los efectos derivados de la suspensión de la inscripción de cualquiera de sus miembros, como agente de bolsa o casa de bolsa.
9. La estructura administrativa y funcional de la bolsa de comercio respectiva.
10. Lo relativo a los mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los miembros de la bolsa de comercio, frente a ésta última o los demás miembros.
11. Lo relativo a las prácticas prohibidas, a las infracciones, a las sanciones y los procedimientos para su aplicación.
12. Las normas mínimas tendientes a evitar actividades que desvirtúen o distorsionen, en determinado momento, la correcta realización de las operaciones bursátiles y el buen funcionamiento del mercado bursátil.

Las bolsas de comercio deberán remitir al registro, para su conocimiento, las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general aplicables a sus operaciones.



d. Indicar los nombres, datos de identificación personal, así como la experiencia en las materias financiera y bursátil, de los promotores y de los futuros administradores y gerentes de la entidad.

El registro, dentro de los 15 días siguientes a su recepción, deberá calificar si la solicitud y los documentos e información proporcionados llenan los requisitos exigidos por esta ley. En caso contrario, deberá indicar dentro del mismo plazo, la totalidad de los requisitos que se hubieren omitido o no se hubiesen satisfecho adecuadamente. El solicitante, dentro de un plazo de quince días siguientes a la fecha en que hubiere sido notificado, deberá cumplir con presentar la documentación e información que conforme a esta ley corresponda”.

3.4. Las empresas emisoras y el mercado organizado de las instituciones bursátiles

El autor Manuel Broseta señala: “Las empresas emisoras son empresas que bajo el cumplimiento de las disposiciones normativas correspondientes, ofrecen al mercado de valores los títulos representativos de su capital social o de valores que amparan un crédito colectivo a su cargo”.³⁶

Para el debido resguardo de los inversionistas, las empresas emisoras se encargan de proporcionar de forma periódica la información tanto administrativa como financiera que

³⁶ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, pág. 50.



permita estimar sus probables rendimientos; así como la solidez de sus títulos.

emisor consiste en una empresa que pone a disposición del mercado bursátil sus valores como empresa legalmente establecida y con finalidades de lucro.

Se encuentra organizado por las instituciones bursátiles supervisadas mediante comisiones de supervisión independientes. La participación en las transacciones solamente es posible mediante los agentes de bolsa. En la compraventa pueden participar los inversores institucionales como las personas físicas. Para las empresas, la emisión de las acciones consiste en una de las fuentes del capital necesario para su desarrollo.

Los agentes del mercado bursátil deben ser discrecionales y a su vez deben buscar que sean aplicadas las sanciones correspondientes a aquellos comportamientos criminalizados.

Los mercados bursátiles cuentan con carácter organizado y se someten a regulaciones precisas, siendo las mismas centralizadas. De la fase organizativa dentro del proceso de compraventa, se ocupa la institución de la bolsa, la cual tiene por finalidad garantizar las condiciones formales y técnicas acordes para recibir y llevar a cabo órdenes de compra y de venta de los instrumentos de tipo financiero aprobados para la compraventa pública.



Las bolsas se definen debido a las siguientes características: condiciones que se encuentran definidas en la negociación, la falta de necesidad de contar con conocimiento de la otra parte de la transacción, del tiempo y lugar determinado para realizar las transacciones, así como también la estandarización de los instrumentos en venta, y las reglas para llevar a cabo transacciones y ajustes.

Las actividades de los agentes se encuentran reguladas en el Artículo número 43 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala: “Actividades. Las personas jurídicas que se inscriban como agentes están autorizadas para realizar las actividades siguientes:

- a. Actuar por cuenta propia o como intermediarios por cuenta ajena, en operaciones con valores que se encuentran en oferta pública, mercancías o contratos a ser negociados en la bolsa, con sujeción a la presente ley y a sus disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general, así como a las que emitan las bolsas de comercio en que se encuentren inscritos como miembros
- b. Recibir fondos para realizar las operaciones con valores, mercancías o contratos que se les encomienden
- c. Prestar asesoría en materia de operaciones con valores, mercancías o contratos, sujetos a oferta pública
- d. Solicitar, por cuenta de los emisores, la inscripción de una oferta pública.
- e. Recibir o conceder préstamos o créditos para la realización de las actividades que le son propias
- f. Proporcionar servicios de custodia de valores



- g. Administrar carteras de valores propiedad de terceros
- h. Realizar operaciones conexas o complementarias de las anteriores, o cualesquiera otras necesarias o convenientes para un adecuado servicio de intermediación, siempre que no estén prohibidas por la ley

Dentro de esta organización también encontramos a los inversionistas intermediarios, que son los inversores que quieran llevar a cabo transacciones bursátiles, los cuales tienen que disponer de un agente financiero autorizado denominado intermediario financiero. Estos últimos llevan a cabo transacciones en su cuenta y a su nombre, o bien en nombre y a favor del inversor cuyas órdenes ejecutan.

El servicio principal que los intermediarios financieros bursátiles prestan consiste en posibilitar la realización de las transacciones de compraventa de valores o de instrumentos derivados y por ese servicio cobran una comisión cuyo valor depende del volumen de la transacción. La mayoría de los intermediarios financieros prestan también servicios adicionales relacionados con el asesoramiento a los inversores.

a) Inversores institucionales: Son los actores de mayor importancia en el mercado bursátil. Dicho grupo engloba: los fondos de inversión, fondos de pensiones, de aseguradoras y de bancos de inversión. Consisten en las instituciones de carácter no financiero que actúan como integrantes en el mercado público de valores. El grupo de inversores institucionales es el más numeroso entre los que participan en las transacciones bursátiles.



b) Inversores individuales: La renta disponible puede ser destinada a gastos corrientes o bien a una inversión que permita cubrir gastos futuros. Para los inversores individuales, invertir en bolsa consiste en una acción arriesgada pero también lucrativa. Los inversores individuales participan en las transacciones bursátiles desde que existen los mercados.

El autor Edmundo Vásquez señala que: “Las cotizaciones en tiempo real, los gráficos generados en el tiempo real, los gráficos generados en el tiempo real, las exigencias en cuanto al capital relativamente poco estrictas y la ejecución inmediata de las órdenes, crean un ambiente equilibrado para invertir en los mercados mundiales con garantías”.³⁷

Es así como la gestión del riesgo dentro del proceso de inversión tiene que llevar como finalidad a la estabilización de la dinámica del crecimiento del valor de la cartera en el momento de la obtención de los beneficios planeados.

La gestión anotada, quiere decir la aceptación y la aplicación en la práctica diaria de un conjunto de reglas relacionadas al volumen de las posiciones abiertas, al riesgo o riesgos aceptados, sobre los cuales existe un compromiso.

La apropiada gestión del riesgo consiste en el factor decisorio de mayor importancia del éxito de la inversión. El nivel de compromiso dentro de un mercado dado y la magnitud de la exposición global al establecer los límites tiene que tener en cuenta la capacidad

³⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**, pág. 50.



de cambio del mercado, así como también la correlación entre los tipos de interés, el volumen de capital invertido y la situación de mercado.

La utilización de las transacciones en la actividad práctica de inversión de las órdenes consiste en una herramienta de gestión determinante de la versatilidad del mercado que permite la adaptación del nivel de defensa a las condiciones de mercado mediante el uso del indicador de cambio adecuado, dentro de la particular organización y funcionamiento de los mercados bursátiles.

Para el efecto en nuestro medio, la negociación bursátil de mercancías o contratos, se encuentra regulada en el Artículo número 37 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96:

“Negociación Bursátil de mercancías o contratos

Para la negociación bursátil de mercancías o contratos, las bolsas de comercio deberán dictar las disposiciones normativas y reglamentarias de carácter general que establezcan los requisitos y condiciones necesarios para acceder, permanecer y salir de los respectivos mercados, de modo que tales normas procuren el funcionamiento transparente, seguro y eficiente de los mismos.

Los reglamentos o normativas correspondientes, deberán remitirse al Registro para su toma de razón, compilación y publicación en el diario oficial, por una sola vez, a costa de la bolsa de que se trate”.



3.5 Información Privilegiada

En el contexto del mercado bursátil, la información privilegiada es aquella a la que solo tienen acceso determinadas personas dentro de una empresa u organización por la posición que ocupa en ella. Suele tratarse de información importante que puede aportar ventajas a sus conocedores.

También se ha dicho que es aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, esta sujeta a reserva que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero³⁸.

Al respecto nuestra legislación vigente en el Artículo número 29 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, Decreto número 34-96 regula: “Información. Toda oferta pública de valores, bursátil o extrabursátil, deberá contener información veraz sobre los valores objeto de la misma y la situación financiera del emisor. En aquellos casos en que, por disposición de un emisor, se haya emitido una calificación de riesgo sobre su situación financiera, la bolsa en que se realice la emisión tendrá la obligación de divulgar dicha calificación y sus actualizaciones.

³⁸ Reaño Peschiera, José Leandro. **Ob. Cit.**, pág. 6.



Las sociedades mercantiles emisoras de valores que a los efectos de esta ley ejerzan o deban considerarse sujetas a control directo, indirecto o efectivo, de otra u otras sociedades, quedan obligadas, sin perjuicio de la observancia de lo establecido en el párrafo anterior, a poner en conocimiento del registro y del público tal circunstancia, así como los extremos siguientes:

- a. La integración e identidad del órgano de administración, la gerencia general y mandatarios de las sociedades, controladora y controlada.
- b. Si los recursos a obtenerse mediante la negociación de los valores se destinarán exclusivamente para la financiación de actividades de la sociedad emisora, o bien, si por el contrario serán empleados parcial o totalmente para financiar directamente actividades de otra u otras sociedades o personas.
- c. Si la sociedad emisora fuese una sociedad controlada, deberá indicarse si la sociedad controladora responderá por las obligaciones de la sociedad controlada o no, y en caso afirmativo, exactamente en qué forma y bajo qué condiciones.
- d. Si la sociedad emisora fuese una sociedad controladora, deberá indicarse si una o más sociedades controladas responderán por su obligaciones o no, y en caso afirmativo, señalar exactamente en qué forma y bajo qué condiciones.

La sociedad que ejerce el control se denomina controladora y la que lo soporta se denomina controlada. Existe control directo cuando una sociedad es titular de la mitad más una o más de las acciones emitidas y con derecho a voto por otra sociedad, existe control indirecto, cuando dicha proporción se adquiere por conducto de otras



sociedades que, a su vez, son controladas por otra, y existe control efectivo, cuando una sociedad ejerce por derecho propio facultades de decisión sustancial, en relación a la sociedad controlada.

3.6 Los sujetos del delito de transacciones bursátiles con información privilegiada

El delito estudiado en este trabajo debe su nomen iuris al sujeto activo del mismo, que es el iniciado o insider, cuya trascendental importancia ha sido destacada por Terradillos al afirmar que “constituye el elemento clave de la incriminación, ya que se discute poco acerca de la necesidad del castigo de estas conductas, y mucho sobre los sujetos que deben caer bajo el manto de la prohibición y sanción”³⁹

Por ello su estudio conviene abordarlo desde las diversas categorizaciones que la doctrina y legislación comparada han desarrollado, con el fin de entender la opción político criminal que existe y que determinará su definición en nuestro ordenamiento penal vigente.

Partiendo de la más elemental definición contenida en el Diccionario de la Lengua Española que nos dice que el iniciado es “aquel que comparte el conocimiento de una cosa secreta”⁴⁰.

³⁹ Terradillos Basoco, Juan. **Protección penal del mercado financiero**. Pág. 170.

⁴⁰ **Diccionario de Real Academia Española**, XXI edición, pág. 1168.



En el Derecho Norteamericano la distinción entre insider y outsider se ensayó a partir de tres teorías:

a) Teoría del acceso igualitario o the equal access theory: según esta teoría todos los intervinientes en el mercado de valores tienen un deber de veracidad para con el resto de inversionistas, asentado sobre la base de un pretendido principio de igualdad material, por ello, todos los que poseen información privilegiada están obligados, alternativamente a revelar el secreto o a abstenerse de actuar, pues utilizar dicha información en una transacción bursátil implica una actuación inequitativa. De acuerdo a esta teoría el deber general de abstención o divulgación no alcanza a todos los inversionistas bursátiles, sino solo a aquellos vinculados con el emisor, y la pretendida igualdad material en el acceso a la información no es característica ínsita del mercado de valores, pues la asimetría informativa es consustancial a este mecanismo alternativo de financiación.

b) La teoría del deber de confianza o the fiduciary duty theory: esta teoría se circunscribe a las operaciones cara a cara en las que los inversionistas están en relación directa, exentos de agentes de intermediación bursátil. Se afirma que en esta clase de operaciones existe un mutuo deber de confianza y fidelidad, por lo que cada parte debe revelar a su contraria la información privilegiada que posee. Un ejemplo lo constituye el caso Chiarella versus United States, en el cual Vincent Chiarella se desempeñó como empleado en la imprenta Pandick Press que tenía a su cargo el diseño de prospectos informativos y folletos con datos financieros. Pese a que por medidas de seguridad en caso de anuncios de ofertas de adquisición de acciones la



identidad de las empresas emisoras se ocultaba bajo nombres distorsionados o dejando dicho espacio en blanco, Chiarella fue capaz de descubrir los nombres de dichas empresas, adquiriendo acciones de las sociedades objeto de oferta y transfiriéndolas después de que las ofertas se hicieran públicas, por lo que obtuvo beneficios del orden de US \$30,000.00 en 14 meses. Fue condenado en las primeras dos instancias a un año de prisión efectiva y 5 años de libertad condicional por haber abusado de información privilegiada. Sin embargo el Tribunal Supremo revocó la sentencia condenatoria al considerar que Chiarellano estaba vinculado a ninguna relación de confianza o fidelidad respecto a los accionistas de la sociedad emisora, de modo que no tenía la obligación de revelar la información que poseía antes de realizar sus transacciones, como puede verse el Tribunal Supremo de Estados Unidos de Norteamérica, hizo aplicación de la teoría del deber de confianza⁴¹.

c) Teoría de la apropiación indebida o the misappropriation theory: Esta teoría impone a los inversionista la obligación de revelar la información privilegiada o abstenerse de utilizarla cuando haya sido obtenida ilegalmente por hurto o mediante el quebrantamiento del deber de confidencialidad. Esta construcción fundamenta la delimitación del iniciado en la forma de acceso a la información, la cual necesariamente ha de ser ilegal o implicar la trasgresión de un deber de fidelidad en la obtención, de modo que quedan fuera del espectro de la prohibición aquellos que accediendo de modo lícito a la información privilegiada, la utilizan indebidamente, sea utilizándola en beneficio propio o suministrándola a terceros. Esto es, al poner el énfasis en el acceso

⁴¹ Cotrell, J. Vid. **Insider Dealing in the United States-The Law**. En New Law Journal No. 136.



a la información, descuida la salida de la misma. Por lo demás, el acceso indebido a una información privilegiada no convierte automáticamente al receptor en hincado, pues puede ocurrir que dicha información nunca sea utilizada ni divulgada.

Por su parte el derecho europeo identifica tres clases de infractores a saber:

- a) Los miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor;
- b) los accionistas;
- c) aquellos que por su trabajo, profesión o función tengan acceso a información privilegiada.

En esta legislación es requisito sine qua non que exista conocimiento de causa al utilizar indebidamente la información, ya que con ello se excluyen los casos de utilización de información privilegiada proveniente del azar o de sujetos no vinculados al emisor. Y además hace una clasificación en dos categorías:

- a) Iniciados primarios: son definidos por su condición de miembros de los órganos de administración, de dirección o de control del emisor; por su participación en el capital del emisor, o por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones, dispongan de una información privilegiada. Su principal característica es que tienen acceso directo a la información privilegiada, prescindiendo de intermediarios para tal fin.

A su vez esta categoría ha sido subdividida en dos clases de iniciados:



- 1) Iniciados primarios institucionales: que comprende a los directores y miembros del órgano administrador de la sociedad emisora, y a los accionistas mayoritarios;
- 2) Iniciados primarios internos (no institucionales) y externos, que involucra a todos aquellos sujetos que tienen acceso a la información privilegiada por razón de su trabajo, profesión o función. En esta clasificación encontramos a los empleados del emisor y aquellos que mantienen una relación profesional con la sociedad emisora, o que por sus funciones se relacionan con ella, sin pertenecer a su plantilla.

b) Iniciados secundarios: también denominados tippees, porque reciben un dato de primera mano (tipp), se definen como aquellos sujetos que con conocimiento de causa poseen una información privilegiada proveniente directa o indirectamente de un iniciado primario.

Según el tratadista Luigi Foffani existen dos posibles modelos alternativos de penalización:

- a) Modelo amplio: que incluye como iniciado a cualquiera que se encuentre en posesión de información privilegiada;
- b) Modelo restrictivo: que otorga esta calidad sólo a determinados sujetos que tienen capacidad de abusar de su posición, función, profesión o cargo.⁴²

En síntesis podríamos decir que el sujeto activo del delito de transacciones bursátiles con información privilegiada se caracteriza por:

⁴² Foffani, Luigi. **Tutela del mercado y abuso de información privilegiada, la experiencia italiana.** Pág. 505.



- a) Llevar a cabo comportamientos criminalizados.
- b) Exigir un resultado material expresado en la obtención de beneficios económicos.
- c) Busca alcanzar el objeto material del delito.
- d) Fija un umbral cuantitativo como criterio político-criminal que delimite la intervención penal de la administrativa.

Se considera como sujeto pasivo toda aquella persona individual o colectiva que sufra las consecuencias pecuniarias producidas con ocasión de la vulneración del principio de igualdad por la comisión del delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, en los que como personas van incluidos el Estado, instituciones sociales y los empresarios tanto individuales como colectivos.

3.7. Importancia de tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada en la legislación penal

Todo agente que deposita sus ahorros en una entidad bancaria lo hace con la seguridad que éstos no se desvanecerán, aunque el interés que se genere sea de limitada entidad y depositados en un fondo de inversiones. Mientras que el mercado bursátil por la misma naturaleza dinámica de sus actividades implica mayores riesgos y consecuentemente mayores acciones para evitar o controlar esos riesgos.

El uso de información privilegiada es un tipo penal relativamente nuevo que pretende el buen funcionamiento del mercado de valores, para coadyuvar a mantener la estabilidad



el mercado bursátil. Sin embargo, fue hasta cuando estalló el escándalo de Enron (la quiebra más grande en la historia empresarial estadounidense) que se volvió a abrir el debate sobre el uso y abuso de la información privilegiada. Ejecutivos de la compañía de energía vendieron la mayor parte de sus acciones tras darse cuenta de que Enron estaba en serios problemas. Los datos obtenidos por estos ejecutivos eran invaluable, pues les proporcionaron una perspectiva precisa de las posibilidades de éxito en las operaciones en los mercados de valores. La Comisión de Valores de la Bolsa de Estados Unidos determinó que se habían violado las normas que impiden el uso de información confidencial en operaciones bursátiles. Cabe preguntarnos en este punto ¿cuál es el bien jurídico tutelado?

Al respecto en la doctrina se ha discutido ampliamente durante mucho tiempo cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, el cual afirman que debe ser de naturaleza patrimonial, llegando los diversos autores a consenso en que debe protegerse:

- a) El interés de las empresas económicas que recurren públicamente al ahorro;
- b) El sistema bancario en cuanto a conservar y desarrollar sus relaciones con el extranjero; y
- c) El mercado bursátil.

Todo ello a través de garantizar la igualdad de los inversores respecto a las posibilidades de participar en el mercado de valores, con lo que busca evitar que algunos inversores, privilegiados por detentar cierta información se enriquezcan fácilmente en detrimento de los inversores que no poseen el mismo tipo de información.



El deber general de abstención o divulgación de información privilegiada no alcanza a todos los inversionistas bursátiles, sino que solamente a aquellos vinculados con el emisor, y la pretendida igualdad material en el acceso a la información no es característica del mercado de valores, debido a que la asimetría informativa es consustancial a este mecanismo alternativo de financiación.

El deber de confianza se circunscribe a las operaciones en las cuales los inversionistas se encuentran en relación directa, exentos de agentes de intermediación bursátil. En esta clase de operaciones existe un mutuo deber de confianza y fidelidad.

El autor Miguel Bajo Fernández señala que: “Es ilegal que cualquier persona, directa o indirectamente, empleando cualesquiera medios de comercio interestatal o el correo, o mediante el uso de cualquier bolsa de valores, emplee cualquier medio, proyecto o artificio para defraudar, haga cualquier declaración falsa acerca de un hecho relevante necesario para que sus declaraciones no resulten engañosas a la luz de las circunstancias en que fueron hechas”.⁴³

Tienen responsabilidad penal por la comisión del delito los accionistas, directores, administradores y miembros del órgano social de control del emisor, esto es, todos aquellos sujetos que tienen injerencia en la marcha societaria del emisor y quienes por su trabajo, profesión u oficio tengan acceso a informaciones privilegiadas y la utilicen siendo conscientes de tal hecho. También, se tiene que incluir a los responsables de la

⁴³ Bajo Fernández. **Ob. Cit.**, pág. 29



gestión de las empresas emisoras, o sea a los accionistas, directores, administradores y toda persona con poder de decidir la política societaria. Para que los accionistas de una empresa emisora de títulos representativos de capital que cotizan en bolsa ostenten la calidad de iniciados societarios es suficiente que posean una acción, pero es necesario que estén presente o representados, como lo hemos acotado anteriormente.

La percepción del mercado de valores y de las transacciones bursátiles como un espacio altamente criminógeno determina que el público inversionista recurra mayoritariamente al sistema bancario en busca de recursos, a pesar de las elevadas tasas de interés activo que lesionan a los créditos y a la rentabilidad escasa que ofrece, en relación a las posibilidades de maximización de recursos que presenta el mercado bursátil.

Aunque en Guatemala no se haya discutido profundamente el tema de aprovechar información privilegiada, debido a que son pocas las empresas que transan en bolsa, es fundamental que el ordenamiento jurídico penal guatemalteco incorpore al Código Penal vigente el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada para así sancionar a quienes de forma directa o a través de terceros, obtienen beneficios económicos mediante el uso de información privilegiada y que además se agrave la pena de prisión en los casos en los cuales el comportamiento típico sea ejecutado por sujetos que tienen una participación activa en el mercado de valores, como lo son los directores, funcionarios o empleados de una bolsa de valores, de un agente de



intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificaciones de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, de las empresas bancarias, financieras o de seguros, todo ello con el fin de preparar el camino para cuando la cultura bursátil se haya desarrollado, como lo han hecho otros países

Tal es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se ha mantenido una política de intervención constante tendiendo al reconocimiento judicial de la ilegalidad del insider trading, pudiendo observarse al respecto, una pronunciada evolución en la doctrina, siendo opinión mayoritaria en la actualidad, que el ocultamiento de información reservada por los directores constituye una violación de las fiduciary obligations que les cabe frente a todos los accionistas. La primera regla estadounidense en materia de abuso de información reservada se basa, fundamentalmente, aún hoy, aunque fue modificada en sucesivas oportunidades en la sección 16 del security Exchange act del 1934, donde define tres figuras de insiders (los administradores, los funcionarios y los accionistas con más del 10% del capital) y dispone que toda ganancia obtenida por tales personas en virtud de una adquisición o venta, o de la venta o adquisición de títulos de la sociedad de la cual son directores o accionistas con más del 10% realizada en el término de 6 meses puede ser repetida por la sociedad emisora.



El núcleo de las investigaciones sobre el insider trading se ha profundizado en la doctrina y praxis judicial de los Estados Unidos, a partir del caso Enron que ya hemos comentado.

En Alemania la represión del insider trading se basa en códigos de autodisciplina, en los que no existe una intervención directa del Estado en el asunto y no se han sancionado leyes en sentido formal, y consideran informaciones reservadas aquellas que no fueron aún difundidas y que pueden influir en el mercado bursátil.

La normativa inglesa por su parte, sobre el insider trading se basa en las companies securities insider dealing act de 1985, en donde las sanciones penales se refieren a cuatro categorías de sujetos:

- a) personas que poseen una conexión con la sociedad existente al momento o en los seis meses precedentes y que son conscientes de tal conexión;
- b) empleados y funcionarios públicos;
- c) aquellos que están por lanzar una oferta pública de compra de acciones, o lo hayan ya hecho,
- d) los tippees cuya punibilidad está condicionada por su conocimiento del carácter confidencial de la información y de la conducta ilícita del insider que le comunicó a ellos tal información.

La legislación italiana no contempla ningún tipo de disposición legal que expresamente prohíba el comportamiento de los insiders societarios en operaciones de títulos de la



sociedad con una intención marcadamente especulativa. La única norma que puede ser considerada como anticipadora de la disciplina sobre el insider trading es el artículo 17 de la ley 216/174, misma que no constituye una disciplina completa reguladora de la oferta pública de títulos.

La cooperación internacional prefiere recurrir a elásticos acuerdos administrativos, más que a tratados internacionales, los cuales son directamente resueltos por las autoridades nacionales de control. La cooperación judicial en materia de insider trading está principalmente basada en acuerdos de carácter general, que no se refieren específicamente a la lucha contra el insider trading. El único acuerdo internacional multilateral específicamente estipulado para la lucha contra el insider trading es la Convención sobre Insider Trading del consejo de Europa, abierta a la firma el 20m de abril de 1989 y hasta la fecha ha sido ratificada por apenas 6 Estados.

Se puede concluir que en el ámbito internacional no hay un sistema normativo que se ocupe en forma eficaz de la lucha contra el insider trading. La globalización de los mercados hace necesario que adopte un sistema coordinado de regulación y cooperación internacional, por lo menos a parámetros reconocidos por la comunidad internacional para facilitar la prevención de ilícitos en el mercado de capitales.

En Guatemala la información privilegiada se encuentra regulada en los artículos 94 y 95 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala. Está definida en el artículo 95 de la citada ley, que nos dice:



“Información privilegiada. A los efectos de esta ley, es toda información de carácter concreto referente a valores, mercancías y contratos que no haya sido dada a conocer al público y que de haberse hecho pública, hubiere podido influir de modo relevante en su cotización.

Tanto los administradores como los gerentes y representantes legales de las bolsas de comercio, de los agentes, de los emisores, así como cualquier persona que por su posición, tenga acceso a información privilegiada, debe abstenerse de efectuar, por si o por interpósita persona, operaciones con cualquier tipo de valores, mercancía o contratos, en beneficio propio o de terceros, mientras la citada información no sea divulgada entre el público inversionista.

La información deja de ser privilegiada desde el momento en que se ponga por escrito en conocimiento del registro, o de la bolsa de comercio correspondiente.

Las personas que contravengan lo dispuesto en el segundo párrafo del presente artículo, serán sancionadas con multas de cinco mil (5,000.00) a cincuenta mil (50,000) unidades”.

Mientras que el artículo 94 de la referida ley contempla la sanción que corresponde en el caso de la divulgación de la información privilegiada, de la siguiente manera: “Multa a funcionarios y empleados del registro. Los funcionarios y empleados del Registro que divulguen o suministren información confidencial de la que por razón de sus funciones



tenga conocimiento, o que lo aprovechen para su beneficio personal o en daño o perjuicio de terceros, serán sancionados en forma personal con multa de cinco mil (5,000.00) a cincuenta mil (50,000.00) unidades de multa sin perjuicio de que sean responsables como consecuencia de los actos a que se refiere el presente artículo”.

Es de hacer notar que en nuestra legislación vigente, únicamente se contempla la sanción que hemos mencionado ut supra, la cual como podemos observar no es de tipo penal, y además de esto va dirigida específicamente a funcionarios y empleados públicos, no así a otro tipo de iniciados que intervienen en los movimientos bursátiles de los mercados de valores⁴⁴.

De ahí que la importancia de tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada en la legislación penal, radica en que el artículo 94 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías solo estipula una sanción pecuniaria, misma que para muchos iniciados al analizar el costo beneficio de la misma, es decir, al considerar frente a las cantidades millonarias de dinero que se manejan en la bolsa de valores y que les representan jugosas ganancias, podrían resultarles risibles las multas estipuladas, porque no les costaría hacerlas efectivas, haciendo que pierda efectividad esa norma jurídica, por lo que resulta necesario tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, con la imposición de una pena de prisión, tal y como lo han regulado en otros países de Latinoamérica y Europa. También es necesario establecer concretamente quienes pueden ser sujetos activos del

⁴⁴ Reaño Peschiera, José Leandro. **Ob. Cit.** Págs. 78-91.



mencionado delito, para que pueda abarcar todos los tipos de indiciados a que hemos
hecho referencia.



CONCLUSIONES

1. Por la poca confianza que se tiene en el mercado de valores, las personas en el país prefieren depositar su dinero en instituciones bancarias reconocidas, aunque los intereses que devengan sean mucho más bajos en relación con las ganancias que ofrece el mercado de valores, por considerar este último bastante riesgoso.
2. En el ámbito internacional no hay todavía un sistema normativo eficaz que regule la lucha contra el insider trading, la Convención sobre el Insider Trading del Consejo de Europa, abierta a la firma el 20 de abril de 1989, fue el primer paso para Europa y Latinoamérica, mismo que se va consolidando con la inclusión de esta figura penal en varios países latinoamericanos y europeos.
3. En la legislación guatemalteca se sanciona con pena de multa la divulgación de la información privilegiada, caracterizada por comportamientos no reconducibles a los abusos de esa información, como manipulación fraudulenta del curso de valores, ocultamiento para la correcta formación de precios y difusión de informaciones falsas que incidan en la cotización de los valores.
4. En el ordenamiento jurídico guatemalteco no se ha tipificado el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, por lo tanto no se encuentra eficazmente protegido el mercado de valores, como se ha dado en



Estados Unidos de Norteamérica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Argentina, Perú y otros países.

5. Los aspectos que generan controversia dogmática en torno al tema, son las cualidades especiales que hacen idóneo al sujeto activo de la infracción penal, la determinación de los alcances del objeto material del delito, el elenco de comportamientos criminalizados y la exigencia del resultado material, que construyen la tipificación penal del delito en referencia.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala por medio del Ministerio de Economía, debe obligar a todos los oferentes que participen en las transacciones bursátiles con información privilegiada, a garantizar el secreto comercial, evitando así el mal uso de la información privilegiada y el enriquecimiento ilícito, creando además confianza en la participación de los ciudadanos.
2. El Estado de Guatemala a través del Congreso de la República, debe adoptar políticas que conduzcan a la adaptación del mercado bursátil guatemalteco con los mercados internacionales, mediante la suscripción y la ratificación de los Convenios Internacionales relativos al mercado de valores.
3. El Gobierno de Guatemala por medio del Congreso de la República, debe derogar la sanción de multa que se encuentra contemplada en la Ley de Mercado de Valores y Mercancías por ser ineficaz para la protección del mercado de valores, al ser inoperante en el ámbito mercantil, por ser ínfima en comparación con las ganancias millonarias que su trasgresión puede generar.
4. El Gobierno de Guatemala mediante el Congreso de la República debe tipificar el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, imponiéndole a tal delito, una pena de prisión y multa, basado en la magnitud de las



negociaciones que se operan en el mercado de valores, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que pudiera generar.

5. El Congreso de la República de Guatemala, debe legislar, creando un cuerpo normativo relacionado con el delito de transacciones bursátiles con información privilegiada, que establezca las cualidades especiales del sujeto activo del delito y su clasificación, el alcance del objeto material del delito, el límite de la exigencia del resultado material.



BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Barcelona, España: Ed. Juricentro, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **Delitos patrimoniales y económicos.** Barcelona España: Ed. Bosch, 1989.

BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. REUS, 1989.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1971.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1980.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales del derecho penal.** México D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.

COTRELL, J. **Insider Dealigin the United States-The law** En: New Law Journal No. 136, 1986.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Editores S.A., 2001.



FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis. **Tipificación**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1999.

FOFFANI, Luigi. **Tutela del mercado y abuso de información privilegiada. La experiencia Italiana**. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Universidad Autónoma de Madrid, 1995.

GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Editores, 1979.

HURTADO POZO, José. **El delito de explotación de información privilegiada**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1989.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1980.

MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos. **Derecho penal económico**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1984.

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Madrid: Ed. Espasa, 1992.

REAÑO PESCHIERA, JOSE LEANDRO. **La criminalización de las transacciones bursátiles con información privilegiada: El delito de insider trading**. Perú, 2009

TERRADILLOS BASOCO, Juan. **Protección penal del mercado financiero**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1983.



VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa, 1988.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Reus, S.A., 1981.

Legislación:

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

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

Ley de Mercado de Valores y Mercancías. Decreto número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.