

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

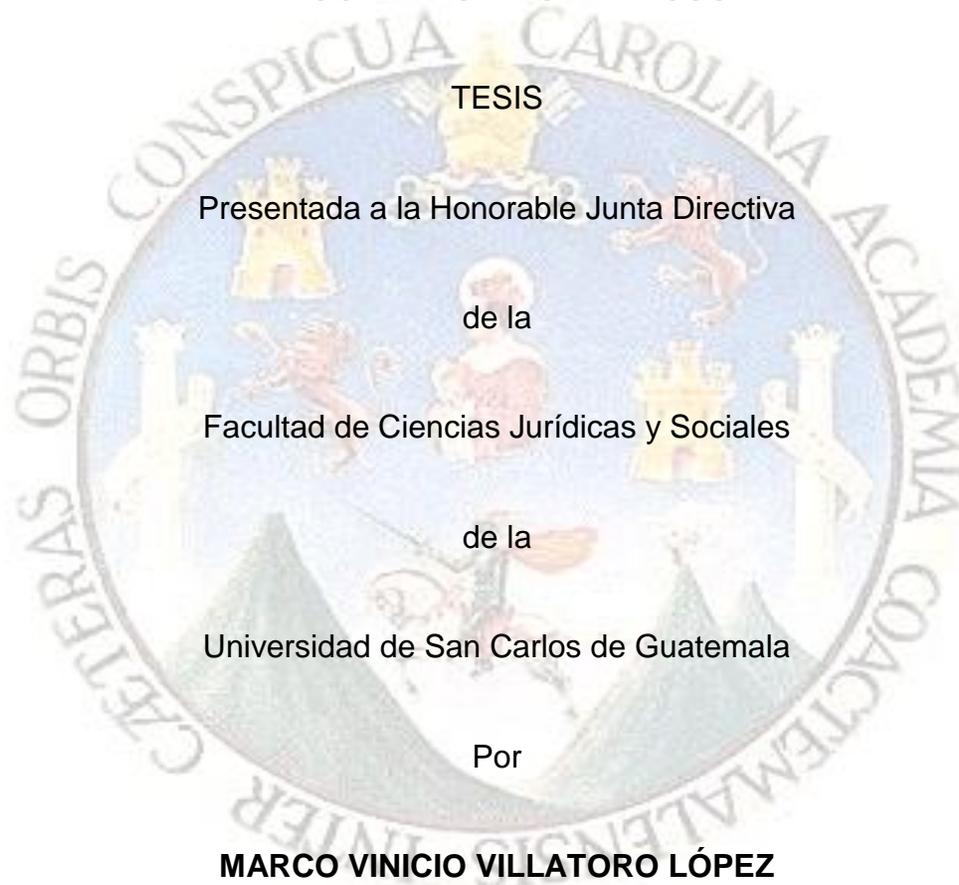
**LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA-PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE
A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR
PROGRAMAS INFORMÁTICOS**

MARCO VINICIO VILLATORO LÓPEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA-PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE
A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR
PROGRAMAS INFORMÁTICOS**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARCO VINICIO VILLATORO LÓPEZ

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:

Presidente: Lic. César Landelino Franco López
Vocal: Licda. Marisol Morales Chew
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Manfredo Maldonado
Vocal: Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Secretario: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

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).

Licenciado
Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario



Guatemala, 17 de febrero de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Como Asesor de tesis del bachiller Marco Vinicio Villatoro López, de conformidad con el nombramiento emitido de fecha cuatro de septiembre del año dos mil nueve, en la elaboración del trabajo titulado: **"LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA - PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR PROGRAMAS INFORMÁTICOS"**; me complace manifestarle que:

1. El trabajo analiza un contenido científico, donde establece los supuestos legales que permiten establecer la tipificación de los ilícitos penales de acuerdo a la evolución de la tecnología; además examina jurídica y doctrinariamente los elementos y características que debiera contener un delito relacionado con la tenencia, fabricación y puesta en circulación de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos.
2. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis fueron acordes y de utilidad para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, con el que se determinó como Guatemala avanza en la protección a los derechos de autor y en contra de la piratería; el sintético, se encargó de establecer la forma de perseguir penalmente a quienes fabriquen, tengan y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos; el inductivo, indicó la incidencia de la informática en la sociedad; y el deductivo, se utilizó para el análisis de la normativa vigente en el país relacionada con el tema.
3. Los objetivos se alcanzaron al establecer los elementos típicos, antijurídicos y culpables que debieren informar al ilícito de fabricación y distribución de programas dañinos a los softwares. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica

Licenciado
Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario



y documental, las cuales contribuyeron a obtener el material bibliográfico suficiente y actual para el desarrollo de la tesis.

4. Las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con el bachiller Marco Vinicio Villatoro López, le sugerí varias correcciones a los capítulos, introducción y bibliografía de su trabajo, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, y el sustentante estuvo de acuerdo en llevar a cabo las modificaciones.
5. De manera personal me encargue de guiar al estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación, aplicando para el efecto las técnicas y métodos apropiados y anteriormente anotados para la resolución de la problemática esbozada, con lo cual se comprueba la hipótesis, que determina la importancia del análisis con la tipificación de los ilícitos penales de acuerdo a la evolución de la tecnología.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Asesor de Tesis
Colegiado 3805
9ª. Ave. 13-39, zona 1 Guatemala, C. A.
Tel. 22384102

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, siete de abril de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR RENÉ GRANADOS FIGUEROA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARCO VINICIO VILLATORO LÓPEZ. Intitulado: "LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA-PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR PROGRAMAS INFORMÁTICOS".

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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh.



Licenciada
Méctor René Granados Figueroa

Guatemala, 13 de abril de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Conforme al nombramiento de fecha siete de abril del año dos mil diez, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller Marco Vinicio Villatoro López, Intitulado: **"LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA - PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR PROGRAMAS INFORMÁTICOS"**; después de la revisión encomendada, me es grato manifestarle que:

- a. El trabajo establece un desarrollo científico y técnico, donde determina el reconocimiento de patrones regulados encaminados a establecer que las autoridades guatemaltecas persigan penalmente a quienes fabriquen y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos.
- b. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció la importancia del derecho penal; el sintético, dio a conocer el delito y características; el inductivo, señaló su regulación legal y el deductivo, determinó lo fundamental de perseguir penalmente a los sujetos que fabriquen y circulen los medios electrónicos que afecten los programas informáticos. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.
- c. La redacción utilizada para el desarrollo del trabajo de tesis es muy clara, donde el ponente explica el desarrollo y aplicación de los avances y fenómenos informáticos, en el cual explica que es un hecho innegable que el progreso inaudito de la tecnología en materia informática y el desarrollo de las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación, han excedido con mucho las expectativas más ambiciosas; pero sobretodo y como consecuencia de ello, han propiciado una serie de conductas, actos y hechos que inciden de manera trascendente en la vida social, económica, familiar, comercial, laboral, profesional, política, científica, en fin, en todos los ámbitos de la existencia humana.

Licenciada
Héctor René Granados Figueroa



- d. Es de importancia la contribución científica del trabajo, además cuenta con la adecuada validez, debido a que el sustentante enfoca con propiedad durante todo el desarrollo de la investigación criterios objetivos, certeros y actuales relacionados con el tema.
- e. En las conclusiones el autor, de manera particular, se refiere a las personas que cuentan con habilidades para el manejo de sistemas informáticos, decididos y motivados a realizar delitos que lleven a cabo un elemento informático o telemático contra derechos y libertades de los ciudadanos; en lo relativo a las recomendaciones, comparto la posición del autor en que se debe a conocer a la población guatemalteca los principales medios electrónicos para afectar programas informáticos.
- f. La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis.

Con motivo de lo anotado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.



Licenciado Héctor René Granados Figueroa
Revisor de Tesis
Colegiado 5824
7 avenida 15-13 zona 1, oficina 61 número 6
Teléfono: 22209378
Héctor René Granados Figueroa
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Central Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de mayo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARCO VINICIO VILLATORO LÓPEZ, Titulado LA IMPORTANCIA LEGAL Y DOGMÁTICA - PENAL DE PERSEGUIR PENALMENTE A QUIENES FABRIQUEN Y CIRCULEN MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA AFECTAR PROGRAMAS INFORMÁTICOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/slh.



DEDICATORIA

A MIS ABUELOS:

Julio Enrique López Arévalo (Q.E.P.D.), María del Carmen Leiva.

A MI MADRE:

Olga Leticia López Leiva, porque gracias a sus consejos y enseñanzas me indicaron el camino del bien y del éxito, apoyándome en los momentos más difíciles de mi vida con amor y comprensión. Muchas gracias.

A MIS TÍOS:

Oscar Rene López Leiva y Ana Maria López Leiva.

A EL LICENCIADO:

Bonerge Amilcar Mejia Orellana, por el apoyo y la oportunidad que me brindó, por su confianza y por creer en mi. Por ser un ejemplo a seguir y permitirme ser parte de su proyecto. Mil gracias.

A MIS AMIGOS:

Compañeros de las aulas y a mis amigos del grupo PODER.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la cual estoy enamorado, gracias por enseñarme a ser una persona humilde

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios.

AL PUEBLO DE GUATEMALA.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Definición.....	3
1.2. Finalidad del derecho penal.....	4
1.3. Misión.....	11
1.4. Fuentes.....	12
1.5. Relación del derecho penal con otras ramas.....	15
CAPÍTULO II	
2. El delito.....	19
2.1. Noción formal y sustancial del delito.....	23
2.2. Evolución del concepto dogmático del delito.....	31
CAPÍTULO III	
3. Delito de reproducción ilegal de programas.....	37
3.1. Cifras.....	47
3.2. Derecho de copia privada.....	49
3.2. Piratería.....	51
3.3. Derecho de autor.....	53
3.4. Sistema Propio o Sui Generis.....	55
CAPÍTULO IV	
4. Los medios electrónicos para afectar programas informáticos.....	57

	Pág.
4.1. Delito informático.....	58
4.2. Delincuentes informáticos.....	62
4.3. Hacker.....	62
4.4. Craker.....	64
4.5. Phreaker.....	67
4.6. Virucker.....	69
4.7. Pirata informático.....	70
4.8. Delitos convencionales que pueden trasladarse al ciberespacio.....	70
4.9. Fabricación y circulación de medios electrónicos para afectar programas informáticos.....	71
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

La incidencia de la informática en la sociedad de nuestros días es enorme. Algunos autores han descrito esta circunstancia aludiendo al llamado fenómeno de la masificación informática, en referencia al cada vez más masivo uso de ordenadores y programas de ordenador.

La creciente relevancia social adquirida por estos últimos como vehículo de expresión de datos e información de la más diversa índole tiene su lógica correspondencia en una preocupación por la protección de los derechos de autor sobre ellos también cada vez mayor. Esta preocupación afecta, en primer lugar, a los propios fabricantes de programas de ordenador, que dotan a los programas de dispositivos técnicos destinados a evitar su reproducción ilícita.

Sin embargo, puesto que la realidad se encarga de demostrar día a día que los dispositivos de protección de los programas de ordenador, lejos de disuadir a los piratas informáticos, constituyen para ellos incluso un estímulo intelectual, las medidas de autoprotección adoptadas por los fabricantes informáticos devienen completamente insuficientes.

En este aspecto que se justifica llevar a cabo una investigación que analice los elementos y características que debiera contener un delito relacionado con la tenencia, fabricación y puesta en circulación de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos, con lo que Guatemala avanzaría en

la protección a los derechos de autor y en contra de la piratería.

Los objetivos generales determinaron los elementos típicos, antijurídicos y culpables que debieren informar al ilícito de fabricación y distribución de programas dañinos a los softwares y el objetivo específico, señala la importancia legal y dogmático-penal de perseguir a quienes fabriquen, tengan y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos. También, la hipótesis formulada se comprobó al indicar que tienen que ser estudiada la doctrina relacionada con la tipificación de los ilícitos penales de acuerdo a la evolución de la tecnología y los criterios legales de la Ley de Derechos de Autor.

El trabajo de investigación se dividió en cuatro capítulos: donde el primero, trata del derecho penal, finalidad, y la relación que tiene con otras ramas; el segundo, describe al delito, la noción formal y sustancial; el tercero, determina el delito de reproducción ilegal de programas, derecho de copia privada, y el cuarto, indica los medios electrónicos para afectar programas informáticos, el delito informático, la delincuencia informática y la fabricación y circulación de medios electrónicos para afectar programas informáticos.

La vulneración de los dispositivos técnicos de protección de los programas informáticos, no es una práctica que Guatemala realice, lamentablemente en el ámbito legislativo no se protege el crecimiento desmedido sobre los delincuentes que fabriquen y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

El derecho penal guatemalteco que es aplicado actualmente, es de corte culpabilista, estableciendo la responsabilidad del autor, sobreviene el castigo como resultado de la imputación directa que se hace sobre su actuación y la conciencia de ilicitud que maneja al momento del acto.

Hay dos elementos necesarios para endilgar la responsabilidad penal, que son la voluntad y razón.

El derecho penal necesita de otras disciplinas extrajurídicas para sustentarse, para hacerse suficiente y para constituirse como lo que es: una ciencia del comportamiento humano criminoso.

El autor Fontán Balestra, define al derecho penal como: “Conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen”.¹

El autor Ferrajoli, señala que: “El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en

¹ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**, pág. 49.

la vida social. Procura alcanzar sus fines declarando con ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable”.²

El autor Fernández Carrasquilla, sostiene que el derecho penal es: “Un instrumento de control social, formal, y tiene una fundamentación racional”.³

Cabe mencionar que con esta definición el autor Fernández, se establece que el derecho penal desde esta perspectiva cumple una función reparadora del equilibrio social perturbado por el delito.

El citado autor, afirma que: “El derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazado y castigado. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar”.⁴

El derecho penal forma parte del aparato de imposición necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad.

El citado autor establece que: “El derecho penal es un conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia”.⁵

² Ferrajoli, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del galantismo penal**, pág. 126.

³ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, pág. 16.

⁴ **Ibid**, pág. 17.

⁵ **Ibid**, pág. 18.

1.1. Definición

A continuación se transcriben algunas definiciones del derecho penal.

El autor Díaz Martínez, estipula que el derecho penal es el: "Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia".⁶

En esta definición el autor, indica que el derecho penal es regido por la normativa del Estado, y que toman al delito en todo el sentido como un hecho y sancionado con penas.

El autor Cuello Calón, define al derecho penal como: "La rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, y aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles".⁷

El citado autor determina que el derecho penal únicamente se dedica a castigar a los autores que se dedican a infringir la ley.

El autor Fontán Balestra, estipula que el derecho penal es el: "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así

⁶ Díaz Martínez, Marvin. **La instrucción en el proceso penal de menores**, pág. 79.

⁷ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, pág. 52.

como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora."⁸

El citado autor también define al derecho penal como la: "Rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción."⁹

De todas las definiciones anteriores se puede, establecer que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana.

1.2. Finalidad del derecho penal

La defensa del orden social se debe llevar a cabo a través de la prevención y posterior represión del delito. En este punto existen dos corrientes, al menos para entender al delito.

La primera, todo aquello que atente contra el orden social, y la segunda, lo que vaya contra la ética.

⁸ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal**, pág. 16.

⁹ **Ibid**, pág. 17.

Algunos bienes o cosas del Estado deben ser defendidos bajo amenaza de sanción. Esa defensa debe tener por finalidad custodiar el orden social y público.

La finalidad del derecho penal no es únicamente la sanción, sino también la protección bajo amenaza de sanción de los bienes jurídicos, que tienen como fundamento normas morales.

No obstante la ley penal no puede ser una protección absoluta de la moral.

La función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Se trata de la prevención de la lesión de bienes jurídicos.

El autor Cuello Calón determina que: “En primer lugar debe tenerse en cuenta solo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión de bienes jurídicos.

“En segundo lugar la protección de bienes puede comenzar donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico no haya corrido un peligro concreto. En este caso dependería de la dirección de la voluntad del autor”.¹⁰

El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.

¹⁰ Cuello. **Ob. Cit**; pág. 46.

Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.

El autor Florián, señala que: “El derecho penal tiene por misión la protección de bienes jurídicos determinados. Los bienes jurídicos son aquellos que la sociedad eleva al carácter de esencial.

Se discute si estos bienes jurídicos es posible establecer una enumeración amplia o bien no es posible enumeración alguna. Ninguna de las dos posturas deja definida la discusión, sin embargo se determina que los bienes jurídicos deben tener un carácter de taxativo para poder así determinar de mejor manera la lesión al bien jurídico; ya que si hay una acción pero que esta no produzca lesión al bien jurídico ni siquiera en su grado de tentativa se debe desechar como conducta disvaliosa. Ejemplo de bienes jurídicos son: la vida, la libertad sexual, la propiedad, la fe pública, etc.

Esta misión se cumple con la penalización de conductas que atenten o lesiones estos bienes jurídicos”.¹¹

El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.

¹¹ Florián, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**, pág. 19.

Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto.

Con ello se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos.

Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal.

El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales.

La misión central del derecho penal reside en asegurar la validez inviolable de esos valores mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.

Al mismo tiempo ampara los bienes jurídicos, sancionando el disvalor del acto correlativo. Sin embargo la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí donde llega generalmente demasiado tarde.

Por encima de los bienes jurídicos individuales concretos, esta la misión de asegurar la validez real observancia de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la Sociedad.

El mero amparo de bienes jurídicos solo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva. En cambio, el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-éticosocial: proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifestado de los valores fundamentales del pensamiento jurídico, el Estado exterioriza la validez inviolable de estos valores positivos de acto, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su sentimiento de permanente fidelidad al derecho.

Detrás de la prohibición de matar, está el pensamiento primario, que tiende a asegurar el respeto por la vida de los demás; es decir, el valor del acto; precisamente por eso, es también homicida quien mata arbitrariamente a alguien cuya vida carece socialmente de valor, como la de un criminal condenado a muerte.

Mediante la función ético-social del derecho penal, se garantiza en forma más comprensiva e intensa el amparo de los bienes jurídicos, que con la mera idea del amparo de esos bienes.

Los valores del acto de fidelidad, de obediencia, de respeto por la persona, etc. son de mayor aliento y llevan una mayor amplitud de miras que el mero amparo de bienes.

Hay también un sentir legal, consistente en la voluntad constante de cumplir los deberes jurídicos. Para este sentir jurídico, resulta indiferente que los motivos determinantes sean más bien los del interés del egoísta, o los de la conciencia del valor del cumplimiento del deber.

Despertar, crear y conservar ese sentir jurídico legal, constituye una de las misiones fundamentales del derecho, ante todo del derecho penal y del derecho público. De ello resulta que es misión del derecho penal es la protección de los valores éticosociales elementales del sentir de acción, y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales.

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, establece que: “Un bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente.

Es, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social”.¹²

Es misión del derecho penal la protección de los bienes jurídicos mediante el amparo de los elementales valores ético-sociales de la acción.

¹² Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 25.

El derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole.

El autor Jescheck, determina que: “El derecho penal es sólo un factor de entre el sinnúmero de fuerzas que constituyen el concepto moral de una época, pero entre ellas puede ser señalado como de importancia fundamental.

La seguridad del juicio ético-social de los particulares depende de la seguridad con que el Estado pronuncia e impone juicios de valor.

Por cierto que a esa seguridad del juicio estatal no la determina tanto la severidad, como la certeza en la aplicación de las penas, es decir, la continuidad permanente de su aplicación. Y donde la validez de los deberes sociales elementales va cediendo terreno a causa de una administración de justicia penal insegura de si misma”.¹³

El citado autor determina que: “El derecho penal se eleva por sobre sí mismo, toma su lugar en la raigambre de la cultura total de época. Pero ese papel solo lo cumple limitando sabiamente los medios de que dispone. El exceso empañaría su arma. Se debe limitar a sancionar los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales”.¹⁴

¹³ Jescheck, Hans. **Tratado de derecho penal**, pág. 56.

¹⁴ **Ibid**, pág. 57.

La grave intervención en la vida de las personas que la pena supone, implica que el Estado solo podrá ejercerla dentro del derecho penal

1.3. Misión

La misión del derecho penal no es la protección de los bienes jurídicos como sostienen algunos autores.

El autor García de Molina, indica que: “La misión primordial del derecho penal es fomentar el respeto a los bienes jurídicos, es decir, su función es de carácter ético – social”.¹⁵

El citado autor establece que: “El derecho no puede prohibir la causación de un resultado. Lo que hace es prohibir la realización de conductas dirigidas a lesionar o que lleven consigo la posibilidad poner en peligro, un bien jurídico y esta función la cumple mandando o prohibiendo determinadas acciones y no tratando de evitar la causación de determinados resultados.

Sin embargo, el disvalor de la acción por sí solo no es suficiente para configurar el injusto criminal, éste queda plenamente constituido cuando al disvalor de la acción se agrega el disvalor del resultado”.¹⁶

¹⁵ García de Molina. Pablo Antonio. **Derecho penal**, pág. 12.

¹⁶ **Ibid**, pág.13.

1.4. Fuentes

La fuente del derecho es aquéllo de donde emana el de derecho, de dónde y cómo se produce la norma jurídica.

El autor Cabanellas, define fuente en sentido figurado como: “La razón primitiva de cualquier idea o razón generatriz promotora de un hecho”.¹⁷

Las fuentes del derecho penal difieren de las otras áreas del ordenamiento jurídico por el principio de legalidad, que rige en todos los órdenes, pero muy especialmente en derecho penal.

El autor Fontán, reitera que la fuente del derecho es: “Aquello de donde el mismo emana, de dónde y cómo se produce la norma jurídica. Entonces, la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la Ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, sólo ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal”.¹⁸

- Costumbre: El autor Fontán define costumbre como: “La reiteración de actos con la convicción de que son obligatorios, no es solamente repetir un acto, o reiterar una conducta, hace falta que la persona que la realice tenga la convicción de que son

¹⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 95.

¹⁸ Fontán Balestra, **Ob. Cit.**, pág. 86.

obligatorias, la convicción de la obligatoriedad es la parte subjetiva de la costumbre, y la conducta es la parte objetiva, la costumbre es fuente de derecho mercantil”.¹⁹

“Por ejemplo en Inglaterra que necesitaba un derecho en constante evolución necesitaba que su derecho se mantuviera dinámico porque era un país marítimo, no podía esperar la creación de leyes para adecuarlas a su comercio y adoptó la costumbre como fuente del derecho.

Obviamente en derecho penal la costumbre no puede crear delitos y penas, por mas de que un acto parezca inmoral sin embargo, la costumbre no es fuente de derecho penal en el sentido de que no puede crear delitos ni penas, sin embargo, hay una institución dentro de la teoría del delito denominada la adecuación social, esto significa que en determinados casos una conducta que pareciera atípica, que pareciera calzar dentro del tipo penal, sin embargo por fuerza de la actividad social se considera permitida e inclusive beneficiosa para la sociedad, es decir, que el ámbito penal se restringe en base a la reiteración de determinada actividad social porque la sociedad la considera necesaria para su desarrollo, esto tampoco es estrictamente como fue explicada anteriormente pero tiene un parecido, porque la propia sociedad restringe el ámbito, literalmente pareciera calzar en el tipo penal sin embargo, procede de una conducta que la sociedad acepta, tiene que ver con la reiterada actividad social”.²⁰

¹⁹ **Ibid**, pág. 87.

²⁰ Ferrojili. **Ob. Cit**; pág. 36.

A través de la costumbre nunca pueden crearse delitos y penas pero esta figura tiene que ver con conductas aceptadas socialmente que parecen calzar dentro del tipo penal a pesar de que pueden ocasionarle perjuicios a la misma.

- Jurisprudencia: fuente clásica por excelencia del derecho anglosajón, de ahí viene el precedente judicial, la jurisprudencia significa:

“La reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso”.²¹

Sin embargo el autor Florián estipula que: “La jurisprudencia no es fuente del derecho penal en el sistema codificado, siendo dable recordar que se trata de la doctrina establecida, por vía de la interpretación, por los tribunales superiores de justicia a través de sentencias reiteradas y coincidentes”.²²

- Doctrina: es la fuente más débil del derecho en general, en cierta forma no es fuente, sólo lo es en derecho internacional público, hay áreas del derecho internacional público donde la opinión de los científicos es relevante, cuando no hay forma de solucionar algunos casos la opinión de estos científicos tiene relevancia, en el derecho penal no tiene ninguna relevancia, ahora bien, la doctrina tiene importancia en la interpretación porque trata de influir en la

²¹ Camargo Hernández, César. **Introducción al estudio del derecho penal**, pág. 43.

²² Fontán Balestra, **Ob. Cit.**, pág. 88.

jurisprudencia, para que aplique racionalmente la ley, todo es un círculo, la ley es una fuente pero por si sola hay que interpretarla y ésta es labor del juez a la hora de aplicarla pero quien le da las herramientas a éste es la ciencia, la doctrina, todo está vinculado.

- Principios generales del derecho: son un medio de interpretación, un mecanismo de interpretación, sirven de herramientas para interpretar la ley, para interpretar las normas jurídico-penales.

1.5. Relación del derecho penal con otras ramas

Si bien el derecho es un todo, en el cual es imposible escindir totalmente unas normas de otras, por cuestiones didácticas, pedagógicas, y también prácticas a la hora de su aplicación, se lo divide en diferentes ramas. Con cada una de ellas el derecho penal tiene vinculaciones.

- a. Derecho constitucional: Es la Constitución de cada Estado la que fija las bases, los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, con principios como el de que nadie es culpable hasta tanto no se lo declare como tal; nadie puede ser condenado sin juicio previo, etc.

El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estipula que: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son

inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

En primer lugar, al ser el Estado el único sujeto actualmente facultado para determinar y sancionar los delitos, guarda estrecha relación el derecho penal con éste, por estar justamente establecida en la Constitución la forma en que se organiza el Estado y las facultades de determinados órganos en la determinación de las acciones consideradas delitos y la forma de sancionar a los que cometieron dichas acciones. Igualmente al ser la Constitución la base de todo sistema jurídico actual, en ella se encuentran preceptos penales fundamentales.

- b. Derecho civil: Muchas de las nociones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil. Para que haya adulterio, por ejemplo, debe haber matrimonio, y este es un concepto civil; o para que haya robo, debe haber propiedad.

- c. Derecho mercantil: sucede lo mismo que en el caso anterior. Podemos ejemplificar con el delito de estafa con cheque, para lo cual es necesario tomar del derecho comercial el concepto de cheque.

- d. Derecho administrativo: No sólo hay conductas en la administración que tienen consecuencias penales, sino que también es a través del derecho administrativo donde se fijan, establecen y regulan diferentes organismos que hacen a la actividad judicial penal.

- e. Derecho internacional: El delito ha cobrado una importante vida internacional, hoy en día es incuestionable la estrecha relación que guardan los Estados, producto de la inmediatez de los medios de comunicación y de los intereses económicos que enlazan a todos los pueblos de la tierra; por lo que incluso se habla ya de la existencia de un derecho penal internacional, que tiene el mayor de sus frutos con la no poco discutida creación de la Corte Penal Internacional, producto de la voluntad de varios Estados que se obligan incluso a modificar sus legislaciones internas para ajustarse a los convenios pactados.

El derecho internacional es la colección de razones jurídicas internacionales que regulan las leyes de los estados y otros sujetos de derecho internacional, que son representados por sus cortes supremas.

La ONU tiene como una de sus funciones, según el Artículo 13, inciso a de la "Carta de las Naciones Unidas", "fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

- e. Derecho privado: Cuando el desconocimiento de las obligaciones civiles importa una perturbación del orden público, entra en función el derecho penal, pues el daño ya no es sólo sufrido por el particular, el daño causado es resentido por el interés general, por ejemplo, cuando se incumplen gravemente las obligaciones alimentarias con el cónyuge o con los hijos.

Pero no sólo de esta forma se relacionan el derecho penal y el civil o el mercantil, pues los delitos patrimoniales, por ejemplo, no podrían comprenderse sin acercarse a instituciones propias de estas ramas del derecho, como la quiebra fraudulenta.

CAPÍTULO II

2. El delito

Los autores De León Velasco y Francisco de Mata Vela han definido al delito como: “Una conducta, acción u omisión típica tipificada por la ley, antijurídica contraria a derecho, culpable y punible”.²³

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que para los efectos de este estudio no revisten mayor relevancia, por el momento. El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de ése, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es

²³ De León Velasco, Hector Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 59.

deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus Instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Un delito es una acción u omisión voluntaria o imprudente que se encuentra penada por la ley. Por lo tanto, el delito supone un quebrantamiento de las normas y acarrea un castigo para el responsable. Más allá de las leyes, se conoce como delito a las acciones reprobables desde un punto de vista ético o moral.

La definición del delito tiene significación dogmática, puesto que en ella se señalan todas las características de la acción amenazada con pena, cuyo estudio constituye el objeto de la teoría del delito. La tarea consiste en identificar el acto real que será juzgado y descrito en la síntesis abstracta contenida en los tipos penales de la ley,

como también la ausencia de algunas de las características fijadas al hecho humano por la definición.

El delito también es considerado como una conducta infraccional del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas.

Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir.

Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

El autor Jescheck, establece que: “Dado que el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, su propia naturaleza; pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres; de aquí deriva la

necesidad de normas o reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo²⁴.

“La teoría y existencia de este principio constituye el derecho, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas y la sociedad.

Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley. Ella y a los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito²⁵.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos factores; sin embargo, por lo pronto, se adelanta que esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido.

²⁴ Jescheck. **Ob. Cit**; pág. 86.

²⁵ **Ibid**, pág. 87.

El hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

En este sentido, es que el delito es una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

El autor Ferrajoli, establece que: “Se desarrolla el tema denominado el delito desde el punto de vista del derecho penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él. Por su parte, al delito se le define, se estudian los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, las circunstancias que inciden en su existencia”.²⁶

2.1. Noción formal y sustancial del delito

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, pero ciertos autores se han empeñado tercamente en formular aquel

²⁶ Ferrajoli. **Ob. Cit**; pág. 89.

concepto en los términos siguientes: "El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo: finalmente el delito es la negación del derecho objetivo".²⁷

La idea del delito es tomada de su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito.

El autor Von Liszt, determina que: "El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su propia voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a realizar, esperando el resultado de éste, o, en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito, no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente. Sin embargo, este sujeto será el

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**, pág. 57.

que realice la acción de la conducta o la omisión de la misma que están previstas y sancionadas por la ley penal”.²⁸

“En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses”.²⁹

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado.

Los delitos de lesión o daño y de peligro. Según el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus Instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza.

²⁸ Von Liszt, Franz. **Tratado de derecho penal**, pág. 49.

²⁹ **Ibid**, pág. 50.

Los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública por denuncia o de acción privada que es la querrela.

La teoría del delito a los fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica.

El autor Sanpedro, establece que: “En 1906, Ernest von Beling propone, en su obra *Lehre von Verbrechen*, un tercer elemento: la tipicidad. Desde entonces, el delito es concebido como un comportamiento humano (controlado por la voluntad), típico, ilícito y culpable. Por típico, se entiende de "conforme a la descripción contenida en la disposición penal (Tatbestand). Esta última, llamada entre humanidad tipo legal, fue considerada un descubrimiento revolucionario”.³⁰

La culpabilidad fue vista como el aspecto subjetivo del comportamiento como un evento físico exterior que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción.

El citado autor establece: “El carácter ilícito del acto fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador. El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando

³⁰ Sanpedro, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal; una propuesta desde la victimología**, pág. 86.

contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico la base de las investigaciones penales. Su esquema acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad ha sobrevivido hasta ahora”.³¹

El citado autor sostiene que: “Esta concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas.

El inicio del presente siglo fue marcado, en el dominio penal por la pérdida de crédito por parte de la concepción Liszt-Beling. El progresivo abandono de sus ideas fue consecuencia de las críticas formuladas, primero, desde la perspectiva filosófica. Esta fue obra de la corriente de ideas denominada teoría neokantiana del conocimiento”.³²

La noción de delito es, revisada de acuerdo a los fines axiológicos de derecho penal que no son contrariamente a lo admitido por el positivismo jurídico previsto completamente en la ley. La nueva definición del delito, denominada neoclásica o teológica, se funda en tres descubrimientos esenciales según el autor Jescheck:

- a. “Primero: En el dominio de la tipicidad, aquel de la identificación de los elementos normativos del tipo legal.

³¹ **ibid**, pág. 87.

³² **ibid**, pág. 88.

- b. Segundo: La constatación que la antijuricidad es tanto material o sea la violación de los bienes jurídicos como formal o violación de las normas.
- c. Tercero: El reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad que consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente, contra el orden jurídico”.³³

Las insuficiencias de la concepción neoclásica fueron criticadas por la teoría finalista. A la idea de distinguir, con nitidez, el mundo normativo y la realidad concreta, de un lado, la idea de las estructuras lógico-objetivas previas a toda regulación jurídica y, de otro lado, la idea de la naturaleza de las cosas.

El comportamiento humano debe ser comprendido desde una perspectiva ontológica. Este elemento fáctico no puede ser ignorado ni alterado por el legislador al elaborar las normas legales.

La base de la concepción del delito es el comportamiento humano, caracterizado, esencialmente, por su estructura finalista.

Esto presupone que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de estos fines.

³³ Jescheck. **Ob. Cit.**, pág. 153.

Su capacidad esta en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento que posee respecto a la causalidad.

La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción.

Debe comprender, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva.

En las infracciones intencionales, la finalidad de la acción que no es diferente del dolo o intención constituye el elemento central del tipo subjetivo.

Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción y que eran considerados extraños al tipo legal, se transforman en partes intrínsecas de la tipicidad.

Los cambios en el dominio de las infracciones culposas han sido también fundamentales.

La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas.

El carácter ilícito de estas últimas no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio. De esta manera, el

finalismo logra depurar a la culpabilidad de los elementos psicológicos conservados por la concepción neokantiana.

La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche dirigido contra el autor del acto típico. De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial. Así, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados tomando en cuenta este aspecto normativo que son las innovaciones del finalismo han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclasicismo.

En los últimos años, se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo del finalismo.

El autor Muñoz Conde, establece que: “Trata de innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema, penal racional y liberal. Con este objeto, recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología”.³⁴

³⁴ Muñoz Conde, Francisco. **Lecciones de derecho penal**, pág. 91.

El citado autor define al delito de acuerdo al principio de la legalidad, estableciendo que: “Nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito *lato sensu* y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. Las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable”.³⁵

2.2. Evolución del concepto dogmático del delito

Conforme a lo que hoy en día plantea la teoría dogmática, el delito es una conducta típica acción u omisión, antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible.

Sus elementos son, entonces:

- a. La tipicidad: que es la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal,
- b. La antijuricidad que es la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico; y

³⁵ **Ibid**, pág. 92.

c. La culpabilidad que es el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico esencialmente.

“El autor Von Liszt sentó las bases de la moderna teoría del delito que fue el primer autor que deslindó el problema de la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el derecho penal la idea de antijuricidad que previamente había sido formulada en el ámbito del derecho privado por Ihering en la segunda mitad del siglo XIX. Remató la teoría analítica del delito con una clara formulación del elemento tipicidad Beling, por ello se habla del sistema Liszt-Beling para expresar la moderna y analítica teoría del delito, y que, además, es el sistema denominado naturalista-causalista. Los dos autores aplicaron en su investigación del concepto de delito el método utilizado en las ciencias naturales, consecuentes con sus posturas positivistas.

El concepto superior que delimita el objeto de estudio que acota la parte de la realidad que va a ser objeto del estudio es la acción, que es la base del delito”.³⁶

La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano.

A este movimiento corporal se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamente objetiva no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad.

³⁶ Von Liszt. **Ob. Cit**; pág. 125.

La acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos juicio de antijuricidad; después, de una segunda valoración: se tiene en cuenta el contenido de voluntad culpabilidad. El sistema causalista-naturalista queda establecido de la siguiente manera, según el autor Von Liszt:

- “La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.
- Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad descriptivo no valorativo, y la antijuricidad descriptivo-valorativo.
- Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo”.³⁷

La acción se concibe como un fenómeno puramente causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza.

Lo que el sujeto haya querido con su acción o sea el contenido de su voluntad solo interesa en el ámbito de la culpabilidad.

La acción humana es siempre tendente a un fin, es finalista. Este carácter se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede acarrear y los quiere, conforme al plan que ha previsto. Este carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los

³⁷ **Ibid**, pág. 127.

causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis.

Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo esto trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito:

- La tipicidad tiene aspectos objetivos (tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos) y aspectos subjetivos (como el dolo y la culpa). La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos.
- La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme a derecho.

Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos de desarrollar un sistema racional-final o teleológico o funcional del derecho penal.

Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y la asunción de la idea de que el sistema única y exclusivamente pueda basarse en las finalidades del derecho penal.

Respecto del concepto de acción se considera que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer.

En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la situación concreta de la actuación.

Por tanto, el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo general. En el injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos de la respectiva situación.

En este tercer escalón del delito se desliga el hecho de la abstracta tipificación situando el hecho en el contexto social.

La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad, mediante la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El sistema funcionalista el autor Eugenio Raúl Zafraroni, tiene dos piezas fundamentales:

- “En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que para la concepción casualista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y

para el finalismo comprende el dolo, para la concepción funcionalista hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.

- En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. A la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal”.³⁸

³⁸ Zaffaroni. **Ob. Cit**; pág. 96.

CAPÍTULO III

3. Delito de reproducción ilegal de programas

El autor Córdoba Angulo, señala que: “Una infracción de copyright o violación de copyright es un uso no autorizado o prohibido de obras cubiertas por las leyes de copyright de forma que violen alguno de los derechos exclusivos del autor, como el derecho de reproducción o el de hacer obras derivadas”.³⁹

También es habitual el abuso del término piratería, a menudo de forma peyorativa, para referirse a las copias de obras sin el consentimiento del titular de los derechos de autor.

La forma en que debe tratar la legislación la realización de estas copias es un tema que genera polémica en muchos países del mundo.

En la mayoría de legislaciones se encuentra regulado el derecho de autor que en Guatemala es conocida como la Ley de Propiedad Intelectual, contempla como excepción la copia privada, es decir, autoriza a los particulares la copia o reproducción de una obra protegida para hacer un uso privado de la misma, sin olvidar que la constitución (jerárquicamente superior) dispone del *libre acceso* a la cultura.

³⁹ Córdoba Angulo, Miguel. **El principio de culpabilidad**, pág. 89.

Actualmente en Guatemala nuestra legislación penal sólo se trata de las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, y en el marco del derecho de autor, generalmente sólo se sancionan penalmente las conductas que supongan la copia o el plagio de las obras protegidas, donde concurren dos circunstancias: el ánimo de lucro y el perjuicio del tercero, donde el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.

El capítulo VII del Código Penal, decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, determina sobre los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos, en el Artículo 274, establece la violación a derechos de autor y derechos conexos, estableciendo que: “Salvo los casos contemplados expresamente en leyes o tratados sobre la materia de los que la República de Guatemala sea parte, será sancionado con prisión de uno a seis años y una multa de cincuenta mil a setecientos cincuenta mil quetzales quien realice cualquiera de los actos siguientes:

- a) “Identificar falsamente la calidad de titular de un derecho de autor, artista intérprete o ejecutante, productor de fonogramas o un organismo de radiodifusión;
- b) La deformación, mutilación, modificación u otro daño causado a la integridad de la obra o al honor y la reputación de su autor;

- c) La reproducción de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o difusión sin la autorización del autor o titular del derecho correspondiente;
- d) La adaptación, arreglo o transformación de todo o parte de una obra protegida sin la autorización del autor o del titular del derecho;
- e) La comunicación al público por cualquier medio o proceso, de una obra protegida o un fonograma sin la autorización del titular del derecho correspondiente;
- f) La distribución no autorizada de reproducciones de toda o parte de una obra o fonograma por medio de su venta, arrendamiento de largo plazo, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra, préstamo o cualquier otra modalidad;
- g) La fijación, reproducción o comunicación al público por cualquier medio o procedimiento, de una interpretación o ejecución artística sin la autorización del intérprete o ejecutante o del titular del derecho;
- h) La fijación, reproducción o retransmisión de una difusión transmitida por satélite, radio, hilo, cable, fibra óptica o cualquier otro medio sin la autorización del titular del derecho;
- i) La comunicación al público de una difusión o transmisión en un sitio al que el público pueda tener acceso pagando una cuota de admisión, o con el fin de

consumir o adquirir productos o servicios, sin la autorización del titular del derecho correspondiente;

j) La publicación de una obra protegida que tiene un título que se cambió o retiró, con o sin alteración de la obra;

k) Manufacture, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, arrende o de cualquier forma distribuya un dispositivo o sistema tangible o intangible, sabiendo o teniendo razón para saber que el dispositivo o sistema sirve o asiste principalmente para decodificar una señal de satélite codificada, que tenga un programa sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, o la recepción y distribución intencionada de una señal que lleva un programa que se originó como señal satelital codificada, sabiendo que fue decodificada, sin la autorización del distribuidor legal de la señal;

l) Con respecto a las medidas tecnológicas efectivas, la realización de lo siguiente:

l. 1. Acto que eluda o intente eludir una medida tecnológica efectiva que impida o controle el acceso o el uso no autorizado a toda obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido; o

- l .2. Fabrique, Importe, distribuya, ofrezca al público, provea, venda, ofrezca para la venta o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o brinde servicios que:
- I. 2 .1. Se promuevan, anuncien, o comercialicen con el propósito de eludir una medida tecnológica efectiva;
 - I.2. 2. Tengan únicamente un propósito o uso comercialmente significativo limitado que no sea eludir una medida tecnológica efectiva; o
 - I. 2.3. Estén diseñados, producidos, o interpretados o ejecutados principalmente con el propósito de permitir o facilitar la elusión de una medida tecnológica efectiva;
- m) La realización de todo acto que induzca, permita, facilite u oculte la infracción de cualquiera de los derechos exclusivos de autores, titulares de derecho de autor, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas u organismos de difusión;
- n) El retiro o alteración, sin autorización, de información de gestión de los derechos;

- o) La distribución o importación, para su distribución, de información de gestión de derechos, sabiendo que la información de gestión de derechos fue suprimida o alterada sin autorización para hacerlo;
- p) La distribución, comercialización, promoción, importación, difusión o comunicación o puesta a disposición del público, sin autorización, de copia de obras, interpretaciones ó ejecuciones, fonogramas o difusiones, sabiendo que la información de gestión de los derechos fue retirada o alterada sin autorización;
- q) La transportación, almacenamiento u ocultamiento de reproducciones o copias o cualquier tipo de medio tangible de obras, fonogramas, interpretaciones o ejecuciones o difusiones protegidas que se hayan hecho sin el consentimiento del autor o titular del derecho correspondiente;
- r) El cobro de utilidades del uso de obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o difusiones protegidas o la realización de cualquier otra actividad típica de una empresa de gestión colectiva sin autorización para ello;
- s) La divulgación de una obra nueva sin el consentimiento del autor o del titular del derecho correspondiente;
- t) La traducción de una obra total o parcialmente sin la autorización del autor o titular del derecho correspondiente;

- u) La distribución, sin autorización, de una obra o fonograma original protegido o de sus reproducciones legales, para su venta, arrendamiento de largo plazo, arrendamiento, arrendamiento con opción a compra, préstamo o cualquier otra modalidad; y
- v) La importación o exportación de una obra original protegida o sus reproducciones, para comercializarlas, en cualquier tipo de medio o fonograma sin la autorización del titular del derecho correspondiente.

Las disposiciones n), o) y p) no serán aplicables a actividades legalmente autorizadas, realizadas por empleados, funcionarios, o contratistas del gobierno, para la aplicación de la ley, así como la realización de actividades de inteligencia, defensa nacional, seguridad u otros propósitos gubernamentales similares.

Las excepciones contenidas en el artículo 133 sexties del Decreto Número 33-98 del Congreso de la República, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus reformas, también serán aplicables a la literal l) que antecede.

El diseño, o el diseño y selección, de piezas y componentes para productos electrónicos de consumo, telecomunicaciones o productos de computación no necesitan responder a una medida tecnológica específica si el producto no infringe la literal l) del presente artículo.

Se entenderá por información para la gestión de derechos, cuando lo descrito en las literales siguientes esté adherido a una copia de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, o aparezca en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución, o fonograma:

- 1) Información que identifique una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, al autor de la obra, al intérprete o ejecutante de la interpretación o ejecución o al productor del fonograma o a cualquier otro titular de un derecho protegido en la obra, interpretación o ejecución, o fonograma;
- 2) Información sobre los términos y condiciones de uso de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma; o
- 3) Cualquier número o código que represente dicha información.

Medida tecnológica efectiva: tecnología, dispositivo o componente que en el giro normal de su funcionamiento, controla el acceso a obras protegidas, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas protegidos o cualquier otro material protegido, o proteja un derecho de autor o un derecho relacionado con el derecho de autor.

Los supuestos contenidos en esta disposición se determinarán con base en las disposiciones aplicables de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos”.

En muchos casos, supone una actividad altamente especializada, que busca la comercialización de los productos copiados o plagiados, y se define en actos tales como la exposición de las copias en comercios, catálogos de venta, y otros.

Considerar estos derechos como una forma de propiedad y no como un derecho de uso facilita la criminalización de la copia no autorizada. Permite además a las grandes multinacionales que controlan estos derechos una equiparación con otros delitos de mayor gravedad como el robo.

En relación a la industria musical, para la mayoría de músicos su verdadera fuente de ingresos está en la actuación en vivo, no en la venta de discos. Por tanto, para algunos, la disponibilidad del material de los músicos favorece la afluencia de público a sus conciertos.

El autor García Zabala, determina que: “Uno de los medios que favorece esa disponibilidad del material hoy en día es el uso de software P2P que permite a sus usuarios compartir ficheros a través de Internet, si bien muchos esperan que los músicos comiencen a abandonar el concepto de disco grabado para ofrecer su material de formas alternativas (como, por ejemplo, descargas a través de FTP o similares),

pudiendo fijar precios por pieza/canción o grupo de piezas mucho más bajos que los actuales precios de CD”.⁴⁰

El citado autor determina que: “La piratería en el ámbito de la informática es el acto de generar copias de manera ilegal a programas de cómputo. Existen varios tipos de piratería, desde aquella en la que se instala en varias computadoras un programa con licencia para tan solo una de ellas, hasta la venta al mayoreo de copias ilegales de software. Esto afecta de manera muy importante a empresas que se dedican al desarrollo de estos”.⁴¹

A nivel internacional la Business Software Alliance (BSA) es una de las organizaciones dedicadas a cuidar por la reducción de este tipos de delitos, según esta organización y los datos recopilados por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) en Guatemala, durante el 2006 aproximadamente 6 de cada 10 programas instalados en equipos de computo eran ilegales.

Sin embargo, la mayoría de las grandes compañías, y asociaciones de autores, e intérpretes best-sellers, no están de acuerdo con este punto de vista y aluden a la pérdida de puestos de trabajos que se producirá en la industria del sector debido a esta actividad. Además defienden el derecho de los autores a recibir compensación económica por la utilización de su obra, por un tiempo indeterminado, criticando las actuales limitaciones temporales.

⁴⁰ García Zabala, Víctor Manuel. **Tipos de piratería**, pág. 4.

⁴¹ **Ibid**, pág. 5.

3.1. Cifras

Según el Estudio Mundial de Piratería de Software elaborado por IDC, bajo encargo de la Business Software Alliance (BSA), que reúne a los grandes fabricantes mundiales de programas, Guatemala está entre los 20 países con mayor tasa de piratería.

Según la consultora IDC, 8 de cada 10 programas de software que se instalan en Guatemala fueron obtenidos en forma ilegal.

Si bien el índice se mantiene en 81 por ciento respecto a 2005, las pérdidas para los fabricantes de software como Microsoft, Adobe, Apple, IBM e Intel, entre otros, aumentaron, debido al incremento en el parque de computadoras.

IDC estima que la piratería de software generó pérdidas por US\$26 millones en 2006, superando los US\$14 millones del año 2005, y casi triplica los US\$9 millones de 2003.

La tasa de piratería de software en Guatemala se ubica sobre el promedio latinoamericano (66 por ciento) y aumentó desde un 77 por ciento en 2003.

El país con el menor índice de de piratería del planeta es EE.UU., con una tasa de 21 por ciento. IDC evaluó a 102 países, y Guatemala se ubicó en el puesto 82 a nivel mundial.

Aunque Guatemala ya no se encuentra entre los 10 países con mayor índice de piratería de programas de computación, aún ocupa un lugar importante en la lista de las 20 naciones más infractoras, podría decirse que el descenso experimentado es un reflejo de la toma de conciencia que los usuarios finales han adquirido en los últimos años, debido a la información que diferentes organizaciones han lanzado acerca de los importantes beneficios a los que el país tiene acceso al respetar la Propiedad Intelectual, así como a la campañas informativas de la BSA sobre el tema específico del Derecho de Autor sobre las obras informáticas y los riesgos legales de utilizar copias reproducidas de forma ilegal.

Luego de que la International Data Corporation (IDC) denunció que el 81% de los programas de software en el país son ilegales, la Business Software Alliance (BSA) contactó a 200 empresas guatemaltecas para alertarlas acerca de los riesgos legales y económicos que conlleva el uso de los mismos. Durante los tres meses (que duró el proceso de información) la BSA también dio a conocer diferentes formas que permiten detectar situaciones de riesgo en materia de uso legal de los programas de software. De acuerdo con la organización estadounidense, con este trabajo buscan advertir, educar y hacer conciencia entre los usuarios acerca de las ventajas y beneficios que conlleva la utilización de programas de procedencia legítima para el país, las empresas y para el mismo usuario.

Aunque las cifras sobre copias no autorizadas son cuestionadas por su validez, conglomerados de empresas del sector han realizado estudios que afirman que la

media mundial de falsificación para el año 2008 se situaba en 40%, sin embargo, existen grandes variaciones de este guarismo dependiendo de la región. Vietnam es el país con las cifras más altas: el 97% del software comercializado es ilegal, mientras que en China se mantiene en un 94%.

3.2. Derecho de copia privada

La copia privada es un derecho que permite a una persona realizar la copia de una obra para uso privado sin ánimo de lucro.

El motivo de su existencia es permitir la salvaguardia de los derechos a la cultura y la información frente al derecho de propiedad especial que constituyen los derechos de autor. Es por ello que no incluye, al menos aun, los programas informáticos.

El derecho copia privado, es mal interpretado debido a que no es un derecho, es un límite al derecho de producción que ostentan los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones protegidas.

Este límite permite que determinadas obras divulgadas a la cual haya tenido acceso legal una persona física puede ser reproducida por esta, siempre que la copia que obtenga no sea utilizada de forma colectiva, ni lucrativa.

Este es un límite al de derecho de reproducción, para permitir que las personas físicas puedan mediante equipos, aparatos y soportes idóneos realizar copias de obras y prestaciones protegidas sin necesidad de tener que contar con la autorización de su titular.

Este derecho permite, entre otros usos, grabar obras como programas de radio o películas para disfrutar de su uso más tarde, pasar el contenido de discos compactos a un reproductor de audio portátil para escucharlo por la calle o hacer una copia de un DVD para dárselo a un amigo siempre y cuando no exista ánimo de lucro.

No se debe confundir la copia privada con copia de seguridad que se aplica solamente a programas informáticos ni tampoco tiene relación alguna con la copia ilegal de dichos programas, comúnmente denominada piratería.

Es común encontrar el término piratería aplicado indistintamente tanto a la copia privada como a la copia ilegal de programas informáticos.

El derecho a la copia privada supone una limitación a los derechos otorgados por la ley a los autores de creaciones intelectuales.

El derecho de autor protege la autoría de una obra intelectual pero éste no es un derecho absoluto y la ley determina los límites en el ejercicio del mismo. El límite de un derecho encuentra su frontera cuando choca o lesiona el ejercicio de otro derecho.

3.2. Piratería

Según Plaza explica que: “Existen varios tipos comunes de piratería de software, es necesario conocer cada uno de estos tipos de piratería, debido a que así se evitan los problemas asociados con el software ilegal”.⁴²

a. Piratería de usuario final: Tiene lugar cuando el empleado de una empresa reproduce copias de software sin autorización. La piratería de usuario final puede adoptar las siguientes formas:

- Utilizar una copia adquirida con licencia para instalar un programa en varios ordenadores;
- Copiar discos con fines de instalación y distribución;
- Aprovechar ofertas de actualizaciones sin tener una copia legal de la versión a actualizar;
- Adquirir software académico, restringido o no destinado a la venta minorista sin una licencia para uso comercial;
- Intercambiar discos en el lugar de trabajo o fuera de él.

⁴² Plaza Penadés, Javier. **El derecho de autor y su protección**, pág. 17.

- b. Uso excesivo del servidor por parte del cliente: Este tipo de piratería tiene lugar cuando demasiados empleados en una red utilizan simultáneamente una copia central de un programa. Si usted tiene una red de área local e instala programas en el servidor para que los utilicen varias personas, tiene que estar seguro de que la licencia lo habilite para actuar de esa manera. Si hay más usuarios de los que se permiten por la licencia, estamos frente a un caso de “uso excesivo”.
- c. Piratería de Internet: Tiene lugar cuando se descarga software de Internet. Las compras de software en línea deben regirse por las mismas normas de compra que se aplican a los métodos de adquisición tradicionales. La piratería de Internet puede adoptar las siguientes formas:
- Sitios web piratas que ofrecen software para hacer descargas gratuitas o a cambio de la carga de programas;
 - Sitios de subastas en Internet que ofrecen software infringiendo los derechos de reproducción, fuera de canal o falsificado;
 - Redes par a par que permiten la transferencia no autorizada de programas protegidos por derechos de autor.

- d. Carga de disco duro: Tiene lugar cuando una empresa que vende ordenadores nuevos carga copias ilegales de software en los discos duros para que la compra de las máquinas resulte más atractiva. Las mismas inquietudes y problemas se aplican a los Revendedores de valor agregado (VAR, por sus siglas en inglés) que venden o instalan software nuevo en los ordenadores en el lugar de trabajo.
- e. Falsificación de software: Este tipo de piratería consiste en la reproducción y la venta ilegal de material protegido por derechos de autor con la intención de imitar directamente dicho producto protegido. En el caso de los paquetes de software, es común encontrar copias falsificadas de CD o disquetes que incorporan los programas de software, así como todo el embalaje relacionado, manuales, acuerdos de licencia, etiquetas, tarjetas de registro y funciones de seguridad.

3.3. Derecho de autor

Derecho de autor es definido como: “Es un conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la ley concede a los autores (los derechos de autor), por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística, científica o didáctica, esté publicada o inédita”.⁴³

⁴³ **Ibid**, pág. 19.

En el derecho anglosajón se utiliza la noción de copyright traducido literalmente como derecho de copia, que por lo general comprende la parte patrimonial de los derechos de autor derechos patrimoniales.

La postura que sostiene la protección jurídica de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación a través del régimen de Derecho de Autor es ampliamente mayoritaria en el derecho comparado y, prácticamente no encuentra resistencias en el panorama mundial y ha sido la vía elegida por los países signatarios del "Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio" (ADPIC) –también conocido como TRIPS- celebrado en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.

Esta preferencia, encuentra su fundamento en variados motivos. Por un lado, los organismos administrativos de registro (donde los hay) no se oponen a ello e, incluso, hay países como el nuestro en que se han dictado normas relativas al procedimiento de registración del software bajo éste régimen; por otro porque la doctrina se inclina mayoritariamente, con mayor o menor entusiasmo por este sistema y, finalmente, porque existen numerosos pronunciamientos judiciales en los distintos países donde se ha sancionado pecuniariamente la reproducción no autorizada de programas de computación por aplicación de la legislación sobre derecho de autor.

No obstante el consenso que existe en el derecho comparado acerca del régimen aplicable, no sucede lo mismo en lo que respecta a la extensión del derecho de

propiedad intelectual del creador de un programa de computación y, por ende, en cuanto al límite del resguardo jurídico.

3.4. Sistema Propio o Sui Generis

Este sistema es un esquema teórico que no se ha visto plasmado en la realidad.

Numerosos proyectos han sido elaborados en distintos países y en organismos internacionales tendientes a imponer un sistema de protección de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación distinto al régimen de patentes y al del derecho de autor que contemple las particularísimas características que presentan los programas. Sin embargo, estos proyectos no han recibido hasta la fecha consagración legislativa.

El autor Zamora determina que: “En el terreno de las regulaciones "sui generis" existe un significativo aporte materializado en las disposiciones tipo para la protección del soporte lógico preparadas por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual”.⁴⁴

“Estas disposiciones fueron elaboradas por la citada Oficina luego de efectuar numerosas consultas con expertos gubernamentales y privados de los distintos países que adhirieron al proyecto, y consisten en una serie de normas elaboradas específicamente para lograr una eficaz protección de los derechos intelectuales de los

⁴⁴ Alberto Zamora, **El libro y los derechos de autor en la sociedad de la información**, pág. 189.

creadores de software. Se busca crear un sistema de protección que difiera de los dos sistemas tradicionales, los que se encuentran destinados no sólo a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación sino también de las obras científicas, artísticas y literarias (régimen del Derecho de Autor) y de los inventos patentables (Régimen de patentes). Se busca elaborar un régimen propio destinado exclusivamente a brindar resguardo jurídico a los programas través de una normativa específica que contemple aquellas características propias de los programas y que no se encuentran presentes en las otras obras que son objeto de protección por aquellos sistemas”⁴⁵.

⁴⁵ **Ibid**, pág. 190.

CAPÍTULO IV

4. Los medios electrónicos para afectar programas informáticos

En los albores del nuevo milenio, se puede decir que el siglo XXI ya ha comenzado con la llamada revolución digital, la cual ha tomado forma mediante un complejo y laberíntico entramado de cables, satélites, redes, computadoras, televisores e impulsos electrónicos que constituyen la infraestructura del ciberespacio. Esta revolución, que encuentra en Internet su máxima expresión, es posible gracias al fenómeno de la convergencia, es decir, en el uso combinado de las computadoras y las redes de comunicación.

La incidencia de la informática en la sociedad de nuestros días es enorme. Algunos autores han descrito esta circunstancia aludiendo al llamado fenómeno de la masificación informática, en referencia al masivo uso de ordenadores y programas de ordenador.

La creciente relevancia social adquirida por estos últimos como vehículo de expresión de datos e información de la más diversa índole tiene su lógica correspondencia en una preocupación por la protección de los derechos de autor sobre ellos también cada vez mayor.

Esta preocupación afecta, en primer lugar, a los propios fabricantes de programas de ordenador, que dotan a los programas de dispositivos técnicos destinados a evitar su reproducción ilícita.

Sin embargo, puesto que la realidad se encarga de demostrar día a día que los dispositivos de protección de los programas de ordenador, lejos de disuadir a los piratas informáticos, constituyen para ellos incluso un estímulo intelectual, las medidas de autoprotección adoptadas por los fabricantes informáticos devienen completamente insuficientes.

En la actualidad, puede decirse que prácticamente no existe dispositivo de protección de programas de ordenador que no tenga ya su correspondiente antídoto. Por este motivo, la inquietud por evitar las conductas consistentes en la vulneración de los dispositivos técnicos de protección de los programas informáticos, conocidas globalmente bajo la denominación cracking, empezó a alcanzar a principios de los años 90 al ámbito legislativo de la actual en Estados Unidos.

4.1. Delito informático

El autor Valdez, determina el delito informático es el que: “Generalmente se asocia con toda conducta ilícita que hace uso indebido de cualquier medio informático, susceptible de ser sancionada por el derecho penal”.⁴⁶

⁴⁶ Valdez, Esteban. **Introducción a los delitos informáticos, tipos y legislación**, pág. 5.

También el citado autor define al delito informático como: “Aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas”.⁴⁷

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, define al delito informático como: “El es llevado a cabo utilizando un elemento informático o telemático contra derechos y libertades de los ciudadanos”.⁴⁸

El delito informático es una conducta típica, antijurídica y culpable en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin.

Este delito está íntimamente ligado a la informática o a los bienes jurídicos que históricamente se han relacionado con las tecnologías de la información: datos, programas, documentos electrónicos, dinero electrónico, información, etc.

A pesar de que el concepto de delito informático engloba tanto los delitos cometidos contra el sistema como los delitos cometidos mediante el uso de sistemas informáticos, que son conductas realizadas a través del mundo virtual del ciberespacio, siendo éstas:

- a. Fraude informático: El fraude informático sólo está limitado por la imaginación del autor, su capacidad técnica y las medidas de seguridad de la instalación. Se pueden clasificar en cuatro grupos: 1.- Intervención en los datos de entrada al sistema; 2.- Incorporación de modificaciones no autorizadas en los programas;

⁴⁷ **Ibid**, pág. 6.

⁴⁸ Cabanellas, **Ob. Cit.**; pág. 58.

3.- Modificación fraudulenta de la información almacenada en el sistema. 4.- Intervención en las líneas de transmisión de datos.

- b. Acceso no autorizado: El uso ilegítimo de passwords y la entrada en un sistema informático sin la autorización del propietario debe quedar tipificado como un delito, puesto que el bien jurídico que acostumbra protegerse con la contraseña es lo suficientemente importante para que el daño producido sea grave.
- c. Destrucción de datos: Son daños causados en la red mediante la introducción de virus, bombas lógicas y demás actos de sabotaje informático.
- d. Infracción de los derechos de autor: Es la interpretación de los conceptos de copia, distribución, cesión y comunicación pública de los programas de ordenador utilizando la red.
- e. Infracción del Copyright de bases de datos; Aún no existe una protección uniforme de las bases de datos en los países que tienen acceso a Internet.
- f. Intercepción de E-Mail; Constituye una violación de correspondencia, y la intercepción de telecomunicaciones, de forma que la lectura de un mensaje electrónico ajeno revista la misma gravedad.

- f. Estafas electrónicas: La proliferación de las compras telemáticas permite que aumenten también los casos de estafa. Se trataría en este caso de una dinámica comisiva que cumpliría todos los requisitos del delito de estafa, ya que además del engaño y el animus defraudandi existiría un engaño a la persona que compra.

- h. Transferencia de fondos: Este es el típico caso en el que no se produce engaño a una persona determinada sino a un sistema informático.

La conducta que usa a las computadoras como mecanismo para obtener un fin ilícito, por ejemplo:

- Falsificación documenta como las tarjetas de crédito, cheques, chips, etc.

- Variación en la contabilidad de empresas.

- Lectura, copiado o borrado de información valiosa.

- Adulteración de datos.

- Espionaje industrial o comercial

Los sujetos del delito informático, son el sujeto Activo: Personas que cuentan con habilidades para el manejo de sistemas informáticos, decididos, motivados,

perseverantes y que aceptan retos tecnológicos y el sujeto pasivo que solo los individuos, instituciones crediticias, gubernamentales, partidarias que son perjudicadas con el ilícito.

4.2. Delincuentes informáticos

Con la era de la computación han surgido diversas nomenclaturas o apelativos que se emplean para designar a personas o grupos de ellas que se dedican a actividades ilícitas, haciendo uso de las computadoras.

A continuación se enumeran los medios electrónicos utilizados para afectar programas informáticos.

4.3. Hacker

Hacker es una expresión idiomática inglesa cuya traducción literal al español tiene varios significados, siendo el más popular el atribuido a una persona contratada para un trabajo rutinario y que por la naturaleza del mismo su trabajo es tedioso, entregado, hasta se podría maniático.

El apelativo de hacker se crea a fines del siglo pasado cuando los Estados Unidos de América empieza a recibir un masivo movimiento migratorio de personas de todos los

países del mundo que esperaban encontrar en el país de las oportunidades un bienestar económico y progreso.

La palabra hacker aplicada en la computación se refiere a las personas que se dedica a una tarea de investigación o desarrollo realizando esfuerzos más allá de los normales y convencionales, anteponiéndole un apasionamiento que supera su normal energía.

El hacker es alguien que se apasiona por las computadoras y se dedica a ellas más allá de los límites.

Los hackers tienen un saludable sentido de curiosidad: prueban todas las cerraduras de las puertas para averiguar si están cerradas. No sueltan un sistema que están investigando hasta que los problemas que se le presenten queden resueltos y así dolosamente intercepta un sistema informático para dañar, interferir, desviar, difundir, destruir información pública o privada que se almacena en computadoras.

La palabra hacker es destinada para calificar a toda persona involucrada en actos que atentan en contra la propiedad intelectual, seguridad en las redes, autores de virus, intrusos de servidores, interceptadores de mensaje de correo, vándalos del ciberespacio, etc.,

El término de hacker en castellano significa cortador. Las incursiones de los piratas son muy diferentes y responden a motivaciones dispares, desde el lucro económico a la simple diversión.

Los Hackers, son fanáticos de la informática, generalmente jóvenes, que tan sólo con un ordenador personal, un modem, gran paciencia e imaginación son capaces de acceder, a través de una red pública de transmisión de datos, al sistema informatizado de una empresa o entidad pública, saltándose todas las medidas de seguridad, y leer información, copiarla, modificarla, preparando las condiciones idóneas para realizar un fraude, o bien destruirla.

Se pueden considerar que hay dos tipos:

1. Los que sólo tratan de llamar la atención sobre la vulnerabilidad de los sistemas informáticos, o satisfacer su propia vanidad;
2. Los verdaderos delincuentes, que logran apoderarse por este sistema de grandes sumas de dinero o causar daños muy considerables.

4.4. Craker

Es más nocivo que el Hacker, tiene dos vertientes:

- El que se cuela en un sistema informático y hurta, destroza...

- El que se desprotege sitios web, programas, rompe anticopias.

Un crack informático es un parche, creado sin conocer el código fuente del programa, cuya finalidad es la de modificar el comportamiento del software original.

También se utiliza para impedir que un software instalado ilegalmente sea detectado como fraudulento, el principal ejemplo son los archivos de autenticación de Windows o WGA, los cuales detectan si el Windows es legal o ilegal y dan una alarma al usuario, estos archivos pueden reemplazarle por unos previamente alterados y dar el mensaje al servidor de Microsoft, de que todo está bien.

La distribución de cracks, números de serie (serials) y keygen se realiza tanto a través de redes P2P a nivel mundial, como por vía web (mediante descargas directas) o grupos de noticias. Algunos de estos cracks pueden ser en realidad malware con nombres falsos o contener troyanos camuflados, lo cual puede provocar serios daños a un computador.

Un hacker es un individuo que crea y modifica software y hardware de computadoras, para desarrollar nuevas funciones o adaptar las antiguas, sin que estas modificaciones sean dañinas para el usuario del mismo.

Los hackers y crackers son individuos de la sociedad moderna que poseen conocimientos avanzados en el área tecnológica e informática, pero la diferencia básica

entre ellos es que los hackers solamente construyen cosas para el bien y los crackers destruyen, y cuando crean algo es únicamente para fines personales.

El cracker, es considerado un vandálico virtual. Este utiliza sus conocimientos para invadir sistemas, descifrar claves y contraseñas de programas y algoritmos de encriptación, ya sea para poder correr juegos sin un CD-ROM, o generar una clave de registro falsa para un determinado programa, robar datos personales, etc. Algunos intentan ganar dinero vendiendo la información robada, otros sólo lo hacen por fama o diversión.

Cracker es el término que define a programadores maliciosos y ciberpiratas que actúan con el objetivo de violar ilegal o inmoralmente sistemas cibernéticos, siendo un término creado en 1985 por hackers en defensa del uso periodístico del término.

Algunos tipos de crackers:

- a. Crackers de sistemas: término designado a programadores y decoders que alteran el contenido de un determinado programa, por ejemplo, alterando fechas de expiración de un determinado programa para hacerlo funcionar como si se tratara de una copia legítima.
- b. Crackers de criptografía: término usado para aquellos que se dedican a la ruptura de criptografía (cracking codes).

- c. Phreaker: cracker especializado en telefonía. Tiene conocimiento para hacer conexiones gratuitas, reprogramar centrales telefónicas, grabar conversaciones de otros teléfonos para luego poder escuchar la conversación en su propio teléfono, etc.

- d. Cyberpunk: son los vándalos de páginas web o sistemas informatizados. Destruyen el trabajo ajeno.

Para las acciones nocivas existe la más contundente expresión, "Cracker" o "rompedor", sus acciones pueden ir desde simples destrucciones, como el borrado de información, hasta el robo de información sensible que se puede vender; es decir, presenta dos vertientes, el que se cuela en un sistema informático y roba información o produce destrozos en el mismo, y el que se dedica a desproteger todo tipo de programas, tanto de versiones shareware para hacerlas plenamente operativas como de programas completos comerciales que presentan protecciones anticopia.

4.5. Phreaker

El autor Valdez, determina el término Phreak como: "Una conjunción de las palabras phone (teléfono en inglés), hack y freak (monstruo en inglés). También se refiere al uso de varias frecuencias de audio para manipular un sistema telefónico, ya que la palabra *phreak* se pronuncia de forma similar a *frequency* (frecuencia)".⁴⁹

⁴⁹ Valdez. **Ob. Cit.**, pág. 9.

Este sistema ingresa al sistema telefónico con o sin computador para apoderarse, interferir, dañar, destruir, fignear, difundir, sabotear...

Este hace una actividad parecida a la anterior, aunque ésta se realiza mediante líneas telefónicas y con y/o sin el auxilio de un equipo de cómputo. Es el especialista en telefonía, empleando sus conocimientos para poder utilizar las telecomunicaciones gratuitamente.

También para afectar los sistemas de control, facturación y pago (Clonar tarjetas de prepago)

El phreaker es una persona que con amplios conocimientos de telefonía puede llegar a realizar actividades no autorizadas con los teléfonos, por lo general celulares. Construyen equipos electrónicos artesanales que pueden interceptar y hasta ejecutar llamadas de aparatos telefónicos celulares sin que el titular se percate de ello.

En Internet se distribuyen planos con las instrucciones y nomenclaturas de los componentes para construir diversos modelos de estos aparatos.

Originalmente, este término se refería a los usuarios de las conocidas blue boxes que son dispositivos electrónicos que permitían realizar llamadas gratuitamente.

Ahora bien, como en la actualidad las compañías telefónicas utilizan sistemas digitales en lugar de electromecánicos, los phreaks han pasado a utilizar muchas de las técnicas de los hackers.

Phreaking es un término acuñado en la subcultura informática para denominar la actividad de aquellos individuos que orientan sus estudios y ocio hacia el aprendizaje y comprensión del funcionamiento de teléfonos de diversa índole, tecnologías de telecomunicaciones, funcionamiento de compañías telefónicas, sistemas que componen una red telefónica y por último; electrónica aplicada a sistemas telefónicos.

La meta de los phreakers es generalmente superar retos intelectuales de complejidad creciente, relacionados con incidencias de seguridad o fallas en los sistemas telefónicos, que les permitan obtener privilegios no accesibles de forma legal.

4.6. Virucker

Consiste en el ingreso doloso de un tercero a un sistema informático ajeno, con el objetivo de introducir virus y destruir, alterar y/o inutilizar la información contenida. Existen dos tipos de virus, los benignos que molestan pero no dañan, y los malignos que destruyen información o impiden trabajar.

Suelen tener capacidad para instalarse en un sistema informático y contagiar otros programas e, inclusive, a otros ordenadores a través del intercambio de soportes magnéticos, como disquetes o por enlace entre ordenadores.

4.7. Pirata informático

Quien copia, reproduce, vende, dona programas de software que no le pertenece o que no tiene licencia para ello. Por extensión también quien adultera el programa informático, su instalación o su documentación.

Es quien reproduce, vende o utiliza en forma ilegítima un software que no le pertenece o que no tiene licencia de uso, conforme a las leyes de derecho de autor.

4.8. Delitos convencionales que pueden trasladarse al ciberespacio

El autor Valdez, define los delitos convencionales como: “Aquellos que tradicionalmente se han venido dando en la vida real, sin el empleo de medios informáticos y que con la irrupción de las autopistas de la información se ha producido también en el ciberespacio”.⁵⁰

Por mencionar algunos delitos, pueden ser el robo, el espionaje a través de un acceso no autorizado a sistemas informáticos gubernamentales e interceptación de correo

⁵⁰ Ibid, pág. 6.

electrónico del servicio secreto, o el espionaje industrial, el terrorismo mediante la existencia de hosts que ocultan la identidad del remitente, convirtiendo el mensaje en anónimo, siendo aprovechado por grupos terroristas para remitirse consignas y planes de actuación a nivel internacional, el propio narcotráfico ya que se ha utilizado a la red para la transmisión de fórmulas para la fabricación de estupefacientes, para el bloqueo de dinero y para la coordinación de entregas y recogidas; así como más delitos como tráfico de armas, proselitismo de sectas, propaganda de grupos extremistas, y cualquier otro delito que pueda ser trasladado de la vida real al ciberespacio o al revés.

4.9. Fabricación y circulación de medios electrónicos para afectar programas informáticos

Los efectos de semejante transformación ya se están haciendo sentir en la ciencia, economía, la política, la sociedad, la cultura, la educación y entretenimiento. La forma en que nos interrelacionamos con los demás está siendo socavada por nuevas prácticas (compras on-line, chats, e-mail, educación a distancia, foros de discusión, etcétera) y ya nadie puede ser capaz de predecir exactamente cuán profundos serán los cambios.

Lo que sí parece ser notorio es que el cambio debe ocurrir simultáneamente en todos los ámbitos a fin de lograr un proceso de transición armónico.

En esta era digital o de la informática, infinidad de instituciones, normas, leyes, costumbres, formas de pensar y de relacionarse resultan inadecuadas e inapropiadas y necesitan ser revisadas y actualizadas en forma urgente.

Además de todos los beneficios que la revolución digital conlleva, el ciberespacio puede ser también concebido como un ámbito propicio para la realización de conductas disvaliosas.

A partir de la existencia de nuevas formas de operar con la tecnología delitos que no son nuevos, y ya existían desde mucho antes de la aparición de la informática, han planteado serios interrogantes que nuestro derecho positivo parece no saber cómo resolver.

Cualquiera de nosotros puede ser víctima de delitos, tanto en el mundo "real", por llamarlo de alguna manera, como del "virtual". Sin embargo, parecería que las conductas disvaliosas realizadas en éste último ámbito gozan de cierta impunidad. Ciertas conductas como la destrucción de base de datos personales, el hurto o el fraude informático pueden resultar impunes en virtud de la falta de adecuación de la normativa vigente a las nuevas situaciones.

El principio de legalidad expresado en la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* el que establece que no hay delito ni pena sin ley penal anterior. En el orden penal la ley

debe contener la descripción precisa de las acciones delictuosas, únicas conductas susceptibles de ser penadas.

Caso contrario, se estaría sancionando como delitos hechos no descritos en la ley, con motivo de una extensión extralegal del ilícito penal y violando garantías constitucionales, como la que prescribe la analogía en materia penal, entendida ésta como la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto.

Así pues, la proliferación de conductas disvaliosas que no encuentran un castigo adecuado demanda una mayor y más rápida actividad por parte de los legisladores. Esta es la mejor solución si queremos contar con un sistema jurídico seguro, que no de lugar a soluciones injustas y castigos no previstos expresamente por la ley. Son precisos y urgentes acuerdos internacionales a fin de armonizar criterios y evitar incompatibilidades entre distintos sistemas legales. El anquilosado ordenamiento jurídico se nos presenta como un aparato demasiado pesado, lento y obsoleto, como para seguir el desenfrenado e imparable ritmo impuesto por el desarrollo de las tecnologías y hacer frente a los desafíos planteados por la revolución digital.

Entre los escasos penalistas que se han pronunciado sobre el delito de tenencia, fabricación y puesta en circulación de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos, circulan dos clases de ideas en lo que a naturaleza jurídica del delito se refiere: 1) todas o algunas de las conductas

típicas previstas en el Código Penal constituyen actos preparatorios de las conductas típicas que dan lugar a delitos de peligro abstracto.

El delito que nos ocupa ni es un delito contra bienes jurídicos supraindividuales con referente individual, ni puede ser considerado un delito contra bienes jurídicos intermedios espiritualizados o representativos. El bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa, los derechos de explotación sobre una obra intelectual (un programa de ordenador), no constituyen un bien jurídico colectivo, sino un interés de naturaleza individual.

En relación con este bien jurídico individual, no cabe duda de que la tipificación como delito de manera tenencia de un medio preordenado a su lesión representa un adelantamiento de la protección penal de la propiedad intelectual, castigando conductas que solo constituyen un peligro para el bien jurídico protegido. No obstante, ello no significa todavía que nos encontremos ante un delito de peligro abstracto. De lo contrario, sería obligado afirmar la presencia de un delito de esta clase en todos aquellos supuestos en que se ponga en peligro un bien jurídico individual sin que se produzca resultados de lesión o de peligro alguno. Y salta a la vista que esto último no puede ser, sin embargo, admitido ya que, entonces, la tentativa y los actos preparatorios punibles deberían ser considerados delitos de peligro abstracto, cuando parece evidente que esta clasificación no es correcta.

“La tesis de que los delitos de preparación no son delitos de peligro es definida por vives atón y – aunque según entiendo con argumentos discutibles – por la STC 105/1988, el 8 de Junio, que se pronunció sobre la naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 509 CP de 1973. Pese a construir una categoría cuya aceptación no se encuentra completamente exenta de controversia, un sector de la doctrina alemana y española han aludido a los delitos de emprendimiento (“Unternehmungsdelikte”), también conocidos como delitos de preparación (“Vorbereitungsdelikte”), para referirse a aquellos tipos que se caracterizan por que, en ellos, la realización de la conducta típica representa el inicio de un “*iter criminis*” global cuya fase ejecutiva tendría lugar con la realización de la conducta típica de otro tipo. O dicho de otro modo: la conducta típica del los delitos de preparación constituyen materialmente un acto preparatorio de la ejecución del ciclo total en que consisten algunos atentados contra ciertos bienes jurídicos”.⁵¹

La conducta típica de los delitos de emprendimiento o de preparación se encuentra preordenada o dirigida a la de otros tipos principales. La primera clase de tipos se distingue de la segunda en el grado de ejecución alcanzado en el *iter criminis* por la conducta típica.

Desde un punto de vista *formal*, la conducta típica de los delitos de emprendimiento constituye un *iter criminis* completo.

⁵¹ López Díaz Claudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Pág. 10

Desde el punto de vista fenomenológico, en los supuestos que consistan en la reproducción ilícita de un programa de ordenador dotado de un dispositivo de protección, la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección pueden ser contempladas como actos preparatorios de la reproducción ilegal.

“Es cierto como dice Zapeter que en derecho penal ni los <actos preparatorios> ni los actos de ejecución existen en si o en abstracto, sino solo en relación con tipos penales concretos. Por este motivo, las conductas típicas son actos ejecutivos a los efectos del tipo del que forman parte.

La realización de alguna de estas conductas dará lugar - en caso de que se produzca la concurrencia del os restantes elementos del tipo objetivo – a la consumación del delito. Pero no lo es menos que en muchas ocasiones, la tenencia de medios podrá ser contemplada no solo como un iter criminis en si mismo, sino como parte de un iter criminis mas amplio que se agotará con la reproducción ilícita del programa.”⁵²

Aunque resulta evidente que desde un punto de vista formal la consumación del delito no exige la reproducción ilícita del programa, sino solo la tenencia del medio idóneo para ello, también parece razonable considerar que, desde un mas amplia perspectiva material, dicha reproducción puede construir precisamente la culminación, el *agotamiento* del mismo ciclo o iter criminis global iniciado con la tenencia del precursor.

⁵² Saavedra, Edgar. **Constitucion derechos humanos y derecho penal.** Pág. 32

“No solo pertenecen a una fase del *iter criminis* global anterior a la consumación (reproducción ilegal del programa), sino a un estudio también previo a la tentativa inicio de la reproducción es algo que no cabe dudar a la vista de la teoría general de la tentativa. Ni desde el concepto más amplio de tentativa punible cabría entender razonablemente que con la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador ya se esta dando principio a la ejecución de la reproducción ilícita o el plagio de un programa de ordenador practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.”⁵³

De mayores consecuencias practicas que la discusión sobre si el delito previsto es, o no, un delito de emprendimiento o de preparación es la que tiene por objeto conocer la clase de relación concursal entre el delito de tenencia de medios y el delito de reproducción ilegal de programas de ordenador, o bien goza de autonomía con respecto a éste.

De entenderse que el delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador es dependiente del delito de reproducción ilegal, debería admitirse la existencia de un concurso de leyes entre ambos preceptos a resolver a favor del segundo en aplicación del principio de subsidiariedad táctica o del principio de consunción.

⁵³ Zaffaroni, **Ob. Cii**; pag. 45

Así, si un objeto fabricase, pusiera en circulación o tuviese en su poder algún medio específicamente destinado a la neutralización de dispositivos de protección de un programa de ordenador y, posteriormente, utilizase ese mismo medio para reproducir ilegalmente o plagiar un programa informático, debería ser castigado únicamente por esta segunda conducta, al ser el acto preparatorio subsidiario del acto ejecutivo (principio de subsidiariedad táctica), o entenderse que lo acompaña normalmente (principio de consunción).

A la vista de los indicadores de sustantividad elaborados por los autores que defienden la doctrina del *delictum sui generis*, el delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de precursores para neutralizar dispositivos de protección de programas de ordenador, debería ser calificado como un delito dependiente del delito de reproducción ilegal de programa de ordenador.

“Nomen *iuris delicti*” propio (1); se pena establece por remisión a la pena prevista para el delito del art. 270, Párr. 1º CP (2); no solo está recogido en un capítulo distinto, sino que ni siquiera se encuentra en un artículo distinto, ya que ambos delitos pertenecen al art. 270. CP (3); la ley no hace referencia a “tipo de autor” alguno (4); y, por último, tampoco representa la lesión de un bien jurídico distinto (5), ya que la “ratio legis” de aquel delito debe verse precisamente, en la voluntad de proteger en mayor medida los derechos de propiedad intelectual de los programas de ordenador”⁵⁴

⁵⁴ Córdoba. **Ob. Cit**; pag. 34

Algunos autores han reconocido a la doctrina de los delicta sui generis la virtud de haber elaborado criterios que ha contribuido a aumentar el grado de seguridad jurídica a torno a la determinación de la autonomía o dependencia de un tipo con respecto a otro. No obstante, en la actualidad ya nadie considera que aquella doctrina pueda constituir un instrumento idóneo para resolver de forma satisfactoria la cuestión concerniente a si el delito consiste en un delito autónomo del delito de reproducción ilegal de programas de ordenador o bien depende de este último.

“La doctrina penal moderna contempla la teoría del delictum sui generis como una construcción completamente insostenible. Autores como BLEI, ROXIN o JAKOBS, entre otros, se han pronunciado en este sentido. Así, BLEI considera que los conceptos de tipo básico, derivación típica dependiente y *delictum sui generis* son conceptos que poco a nada pueden aportar a la Dogmático – jurídico - penal. Ello se debe, según BLEI, a que aquellos conceptos se presentan como el resultado de argumentaciones que únicamente sirven para abreviar el proceso interpretativo de los tipos metodológicamente correcto y para elaborar deducciones arbitrarias con premisas igualmente arbitrarias que pretenden llegar a un resultado normalmente ya presupuesto a *priori*. 46. por su parte, ROXIN opina que la crítica al concepto de delito autónomo esta justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y delitos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin mas consecuencia jurídica determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que , cuando se trata de la relación de dos tipos entre si, siempre hay que volver a averiguar de nuevo, por medio de una interpretación orientada

teleològicamente, si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre si.
(...) .”⁵⁵

A mi juicio, la valoración negativa que se formula en relación con la doctrina del delictum sui generis es plenamente compatible. Ciertamente, resulta no solo lícito, sino incluso necesario a determinados efectos, preguntarse si el delito A es el mismo delito que el delito B con el que se encuentra emparentado, o bien es, por el contrario, un delito distinto. O dicho en otros términos: si el tipo de injusto del delito A es el mismo que el del delito B, o bien se trata de un tipo de injusto distinto. Sin embargo, la doctrina del Delictum sui generis no constituye un instrumento adecuado para resolver esta cuestión de modo satisfactorio. Aunque múltiples son las razones que pueden servir de base a esta afirmación, en lo que aquí interesa conviene profundizar únicamente en dos de ellas: 1) la doctrina del delictum sui generis emplea de la metodología lógico – formal propia de la jurisprudencia de conceptos.

Por lo anterior, se ha afirmado, con razón, que algunos de los autores alemanes que emplearon la expresión delictum sui generis confunden este concepto, en su sentido de delito *distinto*, con la de delito *autónomo*.

⁵⁵ Busto Ramírez, Juan. **Nuevo sistema de derecho penal**, pag. 102.

CONCLUSIONES

1. La protección de los Derechos de Autor en la sociedad de la información es un problema jurídico que con el tiempo va adquiriendo mayor relevancia. Son ya muchos los casos en los que se reproducen, distribuyen y comunican al público creaciones intelectuales sin el correspondiente consentimiento de la persona autora de las mismas y por tanto sin su correspondiente contraprestación económica.
2. Los tipos de inducción, cooperación y complicidad son destinados a delitos de autoría; pero los primeros dependen de los segundos, porque, según el principio de la accesoriadad de la participación, sólo pueden ser aplicados cuando existe un hecho principal constitutivo de autoría.
3. Los tipos de provocación, conspiración, y proposición para delinquir son delitos distintos, pero, al ser formas previas a la codelincuencia, devienen también tipos no átomos o dependientes de los tipos de autoría y participación de los que representan formas previas.
4. La Ley prohíbe específicamente el uso de obras protegidas por el derecho de autor, sin consentimiento de su titular o sin autorización de la Ley, con ánimo de lucro comercial y, en perjuicio de tercero generalmente el propio autor.

5. Según una de las críticas más generalizadas contra la doctrina de los delicta sui generis, esta construcción adolece del efecto de desarrollarse a partir de una metodología completamente superada: la metodología lógico-formal de la Jurisprudencia de conceptos.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público debe realizar investigaciones sobre los medios y actores que se dediquen a la fabricación y circulación de medios electrónicos para afectar programas informáticos, ya que debido al gran auge que la informática que ha adquirido, son innumerables los casos donde realizan este delito penal.
2. Establecer la importancia legal y dogmático–penal de perseguir penalmente a quienes fabriquen, tengan y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos donde se castigue a los tipos de inducción, cooperación y complicidad de los tipos de autoría.
3. Es importante establecer que los tipos de autoría y participación también son delitos ya que al fabricar, importar, poner en circulación o poseer un dispositivo para neutralizar sistemas anticopia de los programas de ordenador causan serios gastos y pérdidas a las industrias autoras de éstos.
4. Es necesario que en Guatemala exista el personal capacitado para realizar todo tipo de investigación que conlleve a detener a los que fabriquen y circulen medios electrónicos para afectar programas informáticos, juntamente con la estructura penal y la Ley de Derechos de Autor.

5. Que el Gobierno de Guatemala de a conocer la esencia de los delicta sui generis, ya que destaca que no protege los bienes jurídicos comunes individuales descritos, sino un interés supraindividual.

BIBLIOGRAFÍA

CÓRDOBA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad**. Madrid, España: Ed. Universitaria 1,993.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1989.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Editores, 2003.

FERRAJOLI, Luis. **Derecho y razón**. México, D.F.: Ed. Unión, 1989.

FLORIÁN, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1989.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1987.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho Penal liberal de hoy**. Ediciones Jurídicas Ibáñez 2002

GARCÍA DE MOLINA, Pablo Antonio. **Derecho penal**. España: Ed. Espasa Calpe, 1988.

GUTIÉRREZ PÁEZ, Estuardo. **Los derechos humanos y la medicina**. Temis. 1,989.

JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la Imputación Objetiva**. Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria. 1996.

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho público en el derecho privado; cual es el futuro del derecho penal italiano**. España: Ed. Fundación Universitaria de Boyacá. 2008.

REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación Objetiva**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis. 1,997.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Alemán, Parte General**. Madrid, España: Ed, Civitas 1,999

SAAVEDRA, Edgar. **Constitución derechos humanos y derecho penal**. México: Ed. Gustavo Ibáñez. 1998.

SALAZA, Ana Estela. **De la dignidad de la persona y la autodeterminación**. Madrid. Universidad de Extremadura. 1,995

SANPEDRO, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal, una propuesta desde la victomología**. Bogota, Colombia: Ed. Legis 2003

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Reus, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1986.

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.

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