

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



**EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA
DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS
Y SU ADECUACION AL TIPO PENAL
DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO
PÚBLICO**

ALBA MARIELA DE LEÓN CASTELLANOS

GUATEMALA, FEBRERO DE 2011

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

**EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS
Y SU ADECUACION AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL
MINISTERIO PÚBLICO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALBA MARIELA DE LEÓN CASTELLANOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2011



**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

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

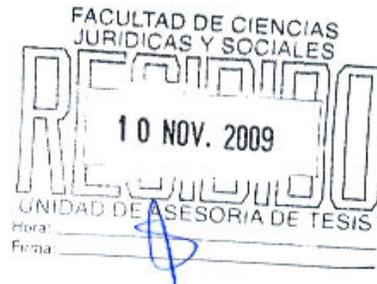


Lic. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez, MSc.
Abogado y Notario.
4ta. Calle 3-14 Resid. Colinas del Paraíso 1
San Miguel Petapa, Guatemala
Tel. 58269608.



Guatemala, 28 de octubre de 2009.

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



Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la designación que me fuera encomendada como asesor, mediante el oficio de fecha veintiuno de octubre de dos mil nueve, me permito informar del trabajo de tesis elaborado por la bachiller **Alba Mariela De León Castellanos**, quien se identifica con carné 200015805, quien elaboró bajo mi dirección la investigación intitulada: **"EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SU ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO"**, de lo anterior, emito la siguiente disposición:

DICTAMEN

Al evaluar el propósito del la bachiller con la investigación que pretende desarrollar, en el cual refería el análisis jurídico del tipo penal de hurto y otros delitos contra la propiedad, la estudiante hace distinciones de los tipos jurídicos referidos a tal bien jurídico tutelado y el análisis de cómo el Ministerio Público ha encuadrado el uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas, al considerar estos bienes del Estado de conformidad con la Constitución Política de la República haciendo relación al concepto de bienes muebles de la legislación civil, en donde se indica como tales "las fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación"; es decir, dicho ente investigador ha establecido que las frecuencias radioeléctricas pueden ser sujetas de apropiación con ánimo de lucro. Sin embargo, en el decurso de esta investigación se establece por la estudiante que la figura del desplazamiento de la cosa no se da explícitamente, por ser las frecuencias radioeléctricas bienes intangibles o incorpóreos, por lo que los elementos objetivos del tipo penal de hurto no quedan plenamente establecidos.

También se analizó lo pertinente al tipo penal de "interrupción o entorpecimiento de comunicaciones", el cual a pesar de ser más específico en cuanto a la afectación de medios de comunicación, no especifica que esa afectación opera sobre titulares de derechos de usufructo sobre frecuencias radioeléctricas, y que los que transmiten ilegalmente muchas veces no provocan interrupción o entorpecimiento de la emisión que ilegítimamente usan pero que se aprovechan indebidamente de la comercialización

de la misma en detrimento del propietario (El Estado) o usufructuario legalmente constituido.



Por último, la estudiante considera que en el ámbito penal y a fin de no transgredir los principios penales de legalidad, debido proceso e intervención mínima del Derecho Penal se debe crear un tipo penal propio que regule tales hechos; y que se deben aplicar eficazmente las medidas sancionatorias de carácter administrativo reguladas en la Ley General de Telecomunicaciones contra los que operen ilegalmente una radio, aunque se autodenominen radios comunitarias.

Es indudable que este aporte investigativo de la bachiller constituye un tema apreciado en nuestra casa de estudios, dado que existe muy poca aportación del tema seleccionado, que puede resultar un punto de partida para ahondar sobre un derecho enmarcado en el ámbito penal y el derecho de telecomunicaciones.

Por estas razones, me permito emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE** ya que el trabajo revisado reúne todos los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por último, en cuanto a la bibliografía consultada, puedo afirmar que la misma es suficiente y adecuada para la elaboración de la presente investigación ya que ésta incluye un listado de autores nacionales y extranjeros cada uno de los cuales se ha destacado dentro del área del derecho penal y de telecomunicaciones.

A handwritten signature in blue ink, which appears to read 'Luis Ernesto Cáceres Rodríguez'.

MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.
Abogado y Notario.
Maestro en Derecho Constitucional.
Colegiado No. 6,895.

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ALBA MARIELA DE LEÓN CASTELLANOS, Intitulado: "EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SU ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO".

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


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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla.





Lic. César Landelino Franco López
Abogado y Notario.
Edificio Torre Azul Zona 9 Nivel 5
Ciudad de Guatemala
Tel. 23610015



Guatemala, 3 Septiembre de 2009.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la designación que recayera en mi persona, me permito informar que porcedí a revisar el trabajo de tesis elaborado por la bachiller: **Alba Mariela De León Castellanos, cuya investigación se intitula:** "EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SU ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de la revisión practicada, me permito concluir que el trabajo resulta de suma importancia en el ámbito penal, el cual busca hacer un análisis jurídico del tipo penal de hurto y otros delitos contra la propiedad, para lo cual recurre a hacer las debidas distinciones de los tipos jurídicos referidos a tal bien jurídico tutelado y el analisis de como en la practica el Ministerio Público ha encuadrado el uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas. Por lo mismo la delimitación de reglas claras en cuanto al tema del el uso ilegal y la interferencia de frecuencias radioeléctricas y su adecuación al tipo penal supone un avance en materia del derecho penal, al cual podría aportar la investigación de la postulante.

Asimismo, me permito manifestar que el trabajo revisado presenta un lenguaje técnico adecuado propio de los profesionales del derecho. Del análisis del trabajo en mención se desprende que la autora sigue una línea de pensamiento bien definida que se manifiesta mediante una construcción teórica coherente que le permite concluir atinadamente en relación al tema. Finalmente el trabajo presenta un alto contenido jurídico-doctrinario marcado por la idea de modernizar el derecho penal a modo de determinar la importancia que tiene la adecuación al tipo penal del uso ilegal y la interferencia de frecuencias radioeléctricas y sostener que este delito no se encuentra debidamente tipificado en el código penal.

De las conclusiones, las mismas me parecen meritorias de discusión en el ámbito jurídico y en relación a las recomendaciones me permito indicar que éstas plantean posibles soluciones para la modernización de Organismos especialmente el Sector Judicial, a mediano y a largo plazo.

Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO



Por último, en cuanto a la bibliografía consultada, estimo que la misma es suficiente y adecuada para la elaboración de la presente investigación ya que ésta incluye un listado de autores nacionales y extranjeros cada uno de los cuales se ha destacado dentro del área del derecho penal, civil, y en materia informática y la redacción es la adecuada.

Por estas razones, y porque considero que el trabajo revisado reúne todos los requisitos enumerados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, a fin de que el mismo pueda continuar con el trámite de ley y pueda ser discutido en el correspondiente exámen público de tesis.

Agradeciendo su atención, atentamente.

Lic. Cesar Landelino Franco López
Abogado y Notario.
Colegiado No. 4596.

Lic. Cesar Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de agosto del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ALBA MARIELA DE LEÓN CASTELLANOS, Titulado EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS Y SU ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. 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/sllh.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi poder superior, por estar en cada segundo de mi vida, gracias por brindarme diariamente la fuerza, la paz, la confianza y el conocimiento, elementos que hoy me permiten alcanzar uno de mis más grandes anhelos y llenar mi vida de bendiciones .

A MIS ABUELITOS:

Porque sé que desde el cielo comparten esta alegría que embarga hoy mi corazón; en especial a Francisca Aguilar de Castellanos (+).

José Eliseo Castellanos (+).

Lidia Maldonado (+).

A MI PADRE:

Edgar De León Maldonado, por todos tus esfuerzos y sacrificios constantes que no podría pagarte ni con todas las riquezas del mundo, por tus sabios consejos, por el apoyo que me has brindado para que yo pudiera lograr este sueño tan anhelado. Porque la vida no pudo premiarme con un mejor padre. Solo quiero que sepas que este logro mío también es logro tuyo y que para mi constituye el



legado más grande que yo pudiera recibir y por lo cual te viviré eternamente agradecida, te admiro y te respeto.

A MI MADRE:

Alba Esthela Castellanos Aguilar de De León, Una mujer íntegra, que me ha brindado amor, cariño y comprensión. Por tu paciencia y sabiduría para poder guiarme en los momentos más difíciles de mi vida, mil gracias por todos los sacrificios que has hecho por mí que jamás en la vida podré compensar. Te quiero y estoy orgullosa de ser tu hija.

A MIS HERMANOS:

Edgar Alexander por brindarme consejos a pesar de mi testarudez, y que a pesar de la distancia siento tu cariño cerca de mí y a Mónica Gabriela, por todas las risas, travesuras y secretos que compartimos porque siendo la menor ha demostrado que en la vida hay que luchar por lo que uno quiere. Gracias a los dos por contribuir para que yo pudiera realizar esta meta; los quiero mucho.

A MIS TÍOS Y TÍAS:

Gracias por el cariño demostrado, por su apoyo Incondicional, por sus palabras de aliento Raúl, José Eliseo, Milton; y en especial



Velia Luz que es como mi tercera mamá la amo, Elvia y Thelma como mis dos grandes amigas, a Magdalena De Azañón e Higinio Azañón (+) por saberme escuchar y brindarme ayuda cuando la necesite, por los estímulos brindados con infinito amor y confianza. Sinceramente.

A MIS PRIMOS

En especial a Mildred Soemia de Letona, por compartir tristezas y alegrías, que son parte de los tesoros que guardo en mi corazón. Te quiero muchísimo.

A MI SOBRINO:

Adrian Alfonso Bernal de León, con todo mi amor gracias por tu dulzura y sagacidad.

A MI AMIGA:

Luisa Fernanda Barrios, gracias por apoyarme incondicionalmente y brindarme tu amistad sincera.

A MIS AMIGOS:

En especial a Sergio Xivir, Javier Franco porque su amistad representa un valor incalculable en mi vida.



A Mi Asesor:

Luis Ernesto Cáceres, una de las personas que admiro por su inteligencia y sus conocimientos a quien le debo que esta tesis tenga los errores menos posibles.

A LOS LICENCIADOS:

Brenda Anabella Quiñones Donis, Dany Escobar Heredia, Lester Ortega, Manuel Ortiz, Eduardo Vardales, porque tuve la fortuna de conocerlos. Que Dios derrame muchas bendiciones en su hogar. Gracias de corazón por todos los favores recibidos.

MENCION ESPECIAL:

Al doctor César Landelino Franco López, por ser referente en la institución del derecho, tanto dentro como fuera de la Facultad, por guiarme y por apoyarme en el recorrido de mi carrera universitaria. Infinitamente Gracias. Y al distinguido representante del Departamento de Escuintla Diputado José Domingo Trejo de la Roca, por su valioso e incondicional apoyo. Atributos que sólo los hombres de su conformación ostentan.

A Escuintla:

Mi tierra natal "...Ciudad de palmeras y Golondrinas"



A MÍ:

Alma Máter, Universidad San Carlos de Guatemala;
en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales, gracias por albergarme estos años y
brindarme la oportunidad de pertenecer a esta casa
de estudios.

A Mí Novio:

No por ser el último sea el de menor importancia,
infinitas gracias por su apoyo, respeto y amor solo sé
que este camino es solo el comienzo de una gran
historia, mi historia.



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	i

CAPÍTULO I

1. Frecuencia radioeléctrica	1
1.1. Antecedentes	1
1.2. Conceptuación.....	3
1.3. El espacio nacional.....	4
1.4. Naturaleza de las frecuencias radieléctricas.....	7
1.5. Espectro radioeléctrico.....	8
1.5.1. Conceptuación.....	8
1.5.2. Definición.....	9
1.5.3. Características.....	9
1.6. Régimen jurídico de las frecuencias radioeléctricas.....	11
1.7. Derecho de usufructo de las frecuencias radioeléctricas.....	11
1.7.1. Definición de usufructo.....	11
1.7.2. Elementos constitutivos del usufructo.....	12
1.8. Derecho de usufructo de frecuencias radioeléctricas reguladas.....	12
1.9. Procedimiento de adjudicación de frecuencia radioeléctricas.....	13
1.10. Subasta pública.....	15

CAPÍTULO II

2. Nociones generales del delito.....	17
2.1. Teoría del delito y de la resolución de casos.....	17
2.2. El delito es creación del derecho.....	21
2.3. El delito como injusto social.....	22



2.4. Definicion del delito	23
2.5. Elementos positivos del delito.....	25
2.5.1. Accion punible	25
2.5.2. Tipo penal.....	26
2.5.3.Culpabilidad	27
2.5.4.Antijuridicidad.....	29
2.5. La pena.....	32

CAPÍTULO III

3. Los delito contra la propiedad casos especificos del hurto y el robo.....	41
3.1. La propiedad.....	41
3.2. Conceptos legales.....	43
3.3. Función social de la propiedad.....	44
3.4. Delito contra la propiedad.....	51
3.5. El delito de hurto.....	53
3.5.1.Antecedentes.....	53
3.5.2. Elementos objetivos del delito	56
3.5.3. Elementos subjetivos del delito.....	61
3.5.4. Consumación del delito.....	63
3.5.5. Responsabilidad penal.....	64
3.5.6. Diferencia con otros delitos.....	66
3.6.Hurto agravado.....	68
3.7. Hurto de fluidos.....	70
3.8. El robo.....	70
3.8.1. Bien juridico tutelado.....	71
3.8.2. Elementos objetivos del delito.....	71
3.8.3. Elemento subjetivo del delito.....	73
3.9. Robo agravado.....	74
3.10.Robo de fluidos.....	75



CAPÍTULO IV

Pág.

4.	Analisis del uso ilegal e interferencias.....	77
4.1.	Contexto situacional.....	77
4.2.	Esencia de la problemática sujeta a estudio.....	78
4.3.	Definición del concepto interferencia.....	81
4.3.1.	Tipos de interferencias.....	81
4.4.	Tipificación penal de la interferencia perjudicial.....	82
4.5.	Principios constitucionales a considerar en virtud de la tipificación por parte del Ministerio Público del delito de hurto en los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas.....	84
	CONCLUSIONES.....	91
	RECOMENDACIONES.....	93
	BIBLIOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

En Guatemala en los últimos años ha venido en aumento el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, las que utilizan algunas personas individuales o jurídicas sin la obtención del título de usufructo respectivo que extiende la Superintendencia de Telecomunicaciones de conformidad con el procedimiento establecido con la Ley General de Telecomunicaciones y sus reformas. En este problema confluyen sectores o entidades de los medios de comunicación social aglutinados a las personas y organizaciones que interfieren frecuencias radioeléctricas de los legítimos usufructuarios, con el fin de que aquellos sean sancionados penal, administrativa y civilmente por los actos y daños ocasionados.

No obstante el Ministerio Público ha logrado confirmar su tesis de tipificar el uso de frecuencias ilegales como delito de hurto, como en el caso de la sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Municipio de San Benito, El Petén de fecha veintidós de agosto de dos mil seis, en la cual se condeno por delito de hurto al señor Abraham Martínez Pineda. También a través del procedimiento abreviado el Ministerio Público ha logrado la aplicación de siete sentencias condenatoria entre los años dos mil cinco y dos mil siete y en base a esto, se hace necesario indagar si el Ministerio Público al momento de tipificar como delito de hurto el uso ilegal y la interferencia de frecuencias radioeléctricas, cumple con los principios de legalidad, objetividad y debido proceso penal ya que en nuestra sociedad resulta controversial el tema



del **uso ilegal y la interferencia de frecuencias radioeléctricas**, pues el Ministerio Público ha iniciado investigaciones, persecuciones y acciones penales por el delito de hurto contra personas que usan y explotan de forma ilegal dichas frecuencia; sin embargo estas personas aducen que dicha tipificación es incorrecta, en el sentido que las frecuencias radioeléctricas, por ser bienes intangibles no pueden ser sujetas de apropiación y desplazamiento de la cosa, elementos objetivos de tipo penal de hurto. El Ministerio Público ha sustentado su tesis con base a que la Constitución Política de Guatemala establecen que se consideran como bienes del Estado las **“FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS”** (Art. 121 literal h de la Constitución Política de Guatemala), y además por que el Código Civil define como bienes muebles, entre otros, “Las fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación”.

En virtud de lo anterior, con esta investigación se pretende fundamentar y demostrar teórica y doctrinariamente si es correcto que el Ministerio Público tipifique como delito de hurto el uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas en base a que nuestra legislación no ha logrado definir propiamente el espectro radioeléctrico.

Los métodos utilizados para el desarrollo de este trabajo fueron: científico, analítico o sintético, inductivo y deductivo, empleando las técnicas de investigación como la bibliografía, recolección de material, organización y análisis del material.



Este trabajo de tesis quedo contenido en cuatro capítulos, en el primer capítulo se analiza las frecuencias radioeléctricas, en el segundo capítulo se abordan las nociones generales del delito; en el tercer capítulo se refiere a los delitos contra la propiedad casos específicos del hurto y el robo; y el cuarto y último capítulo profundiza el análisis del uso ilegal e interferencias radioeléctricas.



CAPÍTULO I

1. Frecuencia radioeléctricas

1.1. Antecedentes

Con respecto a la historia de la evolución de la naturaleza de la utilidad y valor de las frecuencias radioeléctricas como recurso artificial, finito y escaso, se indica una cronología de los conceptos que se han inferido respecto a este formidable instrumento.

Según el Dr. Ryszard G. Struzak –citado por Juan de Dios Romero¹- se pueden señalar:

1822 Concepto del Espectro (físico francés Fourier) el espectro es abstracto

1873 El espectro es un objeto físico (Maxwell)

1888 Universidad de Karlsruhe, Alemania primer experimento con ondas radiales (Hertz).

1895 Italia. Primeras comunicaciones inalámbricas (Marconi-Popov)

1906 El Espectro es un recurso compartido es coordinado entre los usuarios. (Primera Conferencia de Radiotelegrafía en Berlín).

1910 Argentina. Primera radio de aviación.

1921 Argentina. Primera red de radiodifusión.

1925 El secretario de comercio de los EE.UU. anuncia: no hay más espectro disponible. El espectro es un recurso escaso que debe ser conservado.

¹ Romero, Juan de Dios. “Las frecuencias radioeléctricas en la edad de la información, el espacio nacional y la identidad de argentina”. En: <http://www.rppnet.com.ar/frecuenciasradioelectricas.htm>



1927 Washington, EE. UU. Tabla Internacional de Asignación de Frecuencias (10 Khz-60 Mhz). El espectro se reparte y asigna a servicios separados.

1927 Washington, EE. UU. Creación del Comité Consultivo Internacional de Radio.

1932 Madrid, España. Se considera al espectro como un importante recurso de telecomunicaciones. Integración de las actividades regulatorias de radio, telegrafía y telefonía en U.I.T.

1939 Inglaterra. Primera televisión comercial.

1939-1945 Alemania. Enorme progreso de la radio militar.

1947 Atlantic City, EE.UU. Creación de la Junta Internacional de Registro de Frecuencias IFRB y de la Lista Internacional de Frecuencias. El uso del espectro debe ser estrictamente regulado a nivel internacional.

1948 Primer sistema público de paging.

1957 Cosmódromo de Baikonur, en Kazajstán, que en ese momento pertenecía a la por entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Primer satélite terrestre artificial.

1958 Primera transmisión de datos vía satélite.

1978 Primer teléfono público inalámbrico.

1989 Creación de derechos negociables de frecuencias en Nueva Zelanda. (Con el ingreso de la tecnología inalámbrica CDMA y todas sus variantes) punto multipunto desde el complejo militar al comercio mundial.

1995 El espectro es un producto que está en el comercio. Licitaciones de espectro record en EE.UU.



1.2. Conceptuación

Según Romero⁽¹⁾, las frecuencias radioelétricas son un bien de naturaleza artificial y es posible su direccionamiento y curso condicionado en el espacio debido a las leyes físicas naturales, es un recurso generado artificialmente; si se procede al apagado del transmisor la frecuencia de radio construida cesa, y su creación se logra en un proceso organizado artificialmente mediante la transformación de energía eléctrica en energía electromagnética de determinado nivel que se selecciona a voluntad en el equipo y que se cursa, se emite, según el nivel energético de la frecuencia que se genera con condicionamientos del clima, la temperatura, la hora, la presencia de interferencias (naturales o artificialmente producidas para perturbar el propio tráfico), obstáculos naturales y, el dominio de la tecnología que posibilita el curso de la señal.

El dominio de la tecnología es su propiedad o la disponibilidad de la misma de forma tal que su disponibilidad no implique condicionar los contenidos ni implique la creación de políticas que desnaturalicen el uso propio del espacio nacional en defensa de los intereses de los Estados.

Los Estados Unidos, Gran Bretaña, Rusia, España, Francia, Brasil y China, son las naciones cuyos dirigentes tienen más en claro estos aspectos y han extendido políticas para un largo plazo en tal sentido.

⁽¹⁾ Ibid.



Este recurso de las frecuencias, es uno de los instrumentos más formidables que disponemos para la creación de futuro cierto, porque en tal recurso se imprimen contenidos, conceptos, ideas, calificaciones, se dibujan acontecimientos y, se los presenta de forma tal en el tiempo y en el espacio que pueden ser manipulados como información o desinformación –que es también una forma de cultura.

Ese futuro cierto encontrará un horizonte con un conflicto reducido si se adopta la participación organizada de los usuarios institucionalizados del recurso, en la discusión, diseño, tutela, control y expansión del mismo y, en el abordaje de llegara a definirse cuales son las fronteras radioeléctricas y, para que determinados servicios, de forma tal que así realmente se arribe a una construcción social genuina.

1.3. El espacio nacional

El “espacio nacional” es la disponibilidad no erosionada del ejercicio de una aptitud, que se expone en una diversidad en el mundo, de forma tal que su naturaleza le imprima perdurabilidad, aún en el cambio. Y se dispone del uso de una tecnología para su realización, que se verifica en la construcción de contenidos diversos por los Estados y las sociedades.

El “espacio nacional” coexiste con otros, generados por otras naciones, otros intereses o sostenidos por bloques de naciones, según la extensión de los intereses de cada parte y según su propia aptitud. Esa coexistencia le imprime a lo nuestro particularidad.



No solo debe poseer la posibilidad de subsistir, sino de ser “buscado e interpretado” por los sostenedores de otros espacios nacionales o continentales.

Para que esto ocurra, ese espacio nacional debe contener identidad. Esa identidad debe ser reconocida como tal y medida como se pretende se haga. El “espacio nacional”² es el vehículo de la exposición de nuestra comunidad y diversidad y, a su vez ofrece por la forma y detalle de su presentación siempre renovada, la previsibilidad de que otros espacios serán respetados como interlocutores válidos.

No es posible concebir un “espacio nacional” sin contenidos. Un espacio nacional sin contenidos es una afirmación contradictoria, es una identidad vacía. Esos contenidos son previstos también por terceros, como el carácter, el temperamento y la personalidad de una comunidad, es su identidad. Por lo cual la densidad y riqueza del uso de un espacio nacional no está en relación directa con la superficie de un país, sino con su riqueza intangible y sus demás recursos no intangibles que, articulados con armonía pero en distintos tiempos dibujan lo que es una nación, como lo son su tecnología y la titularidad del dominio de los soportes de señales.

El resultado puede o no ser sincrónico, lo sincrónico en materia de contenidos puede ser lectura de uniformidad, que solo es soportable en el campo de las emociones y de las comunes esperanzas.

² Ibid.



No se trata de exponer el folklore de una nación sino su causa eficiente, no se trata de sus éxitos o fracasos deportivos, estos son elementos coyunturales que no tiñen con permanencia al conjunto en el transcurso del tiempo.

El “espacio nacional” se construye, no se encuentra uno con él en un estado definitivo, siempre esta en construcción - es su condición dinámica de vencer a un destino que desean terceros no nosotros -, como pre existente es un modelo a ser acabado en el futuro desde hoy, es el resultado de una política que se aborda con la naturalidad de lo esperado, dentro de un estado a la que se arriba en base a la experiencia institucional, social, económica y productiva de la comunidad, sea ésta urbana o rural.

Su construcción es multidisciplinaria, meticulosa y por momentos necesariamente caótica, es necesariamente revolucionaria por su naturaleza y a la vez genuina en los momentos dramáticos de la vida de la nación y forma parte del plexo de lo que, constituye junto a los elementos de la política exterior, como la diplomacia, las decisiones locales esenciales, que es la política exterior pero, con una singularidad, esos contenidos son bidireccionales, simultáneamente, con respuestas de otros espacios nacionales y desde su vida social interna.

El espacio nacional se sujeta a ese doble sufragio, no es solo el recurso de la “radio de onda corta”, es muchísimo más, engloba a su literatura, a su arte, a sus creencias y a sus rechazos, a sus personalidades, institutos y proyectos y conmociones sociales,



políticas y críticas que señalan o no la viabilidad de los proyectos sectoriales respecto a todo el plexo social de la nación.

La disponibilidad de ese espacio necesita de acuerdos sólidos en otros aspectos que le son aparentemente ajenos, como, tratados y convenios esenciales con otras naciones o bloques de ellas. No intentemos internacionalizar nuestro propio discurso, ello conspira contra lo genuino de nuestra visión del mundo y su axiología. Lo que debemos internacionalizar es nuestra presencia.

1.4. Naturaleza de las frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico constituye un subconjunto dentro del espectro electromagnético. Este último abarca todo el universo de frecuencias, que comprende las sub-sónicas, audibles, ultra sónicas, de microondas y visibles. El espectro radioeléctrico es una parte del espectro electromagnético cuyas bandas de frecuencia poseen características especiales que las convierten en idóneas para el transporte de señales que contienen las comunicaciones³.

Universalmente se reconoce que el espectro radioeléctrico es un recurso público, limitado y valioso sujeto a regulación por parte del Estado.

³ Véase. Ortiz Rímola, David Alfonso. “Consideraciones generales del título de usufructo de Frecuencia” (Tesis Abogado y Notario). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, s.e., Guatemala, 2004, P. 9.



1.5. Espectro radioeléctrico

1.5.1. Conceptuación

El espectro radioeléctrico puede entenderse bajo el punto de vista técnico y legal⁴. Desde el punto de vista técnico, se entiende que el espectro está compuesto por el conjunto de bandas de frecuencias disponibles para los distintos tipos de comunicación tales como radio AM y FM, Televisión VHF y UFH, telefonía satelital, inalámbrica, móvil, etc. La utilización y distribución de las bandas de frecuencias en el espectro radioeléctrico por el tipo de servicio asignado se encuentra normada internacionalmente.

Legalmente, el Artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones, indica:

“Espectro radioeléctrico también se le conoce con los nombres de ondas electromagnéticas, ondas de radio o hertzianas y frecuencias radioeléctricas. Su uso, aprovechamiento y explotación únicamente podrá realizarse de acuerdo con lo prescrito en esta ley”.

El licenciado Ortiz Rímola plantea que el legislador no realizó una definición total del concepto de espectro radioeléctrico sino que lo equiparó con las características de los elementos contenidos en el mismo. El legislador tomó en cuenta que en el ordenamiento jurídico interno guatemalteco se han utilizado los términos de manera

⁴ Ibid, P. 11



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

1.5.2. Definición

Ortiz Rímola define el espectro radioeléctrico, como el “conjunto de Bandas de Frecuencias contenidas en el espectro electromagnético, propiedad del Estado, cuya frecuencia se fija convencionalmente de los 3 Khz. a los 300 Ghz, y son utilizados específicamente para la comunicación”⁵.

1.5.3. Características

Se encuentra contenido dentro del espectro electromagnético.

Abarca las bandas de frecuencias comprendidas de los 3 Khz. a los 300 Ghz, las cuales son utilizadas para las comunicaciones.

Sobre la base de la potencia asignada a las bandas de frecuencias es posible determinar la cobertura geográfica de las mismas. Esto hace permisible y viable que cada país administre el espectro radioeléctrico dentro de sus fronteras territoriales con la salvedad que determinadas Bandas de Frecuencias deben ser operadas en

⁵ Ibid, P. 12



concordancia a los Convenios Internacionales en materia de Telecomunicaciones, en particular las recomendaciones de la UIT.

El espectro radioeléctrico por ser una fracción determinada del espectro electromagnético posee una posibilidad de fragmentación o separación limitada.

Al llegar al punto de saturación el espectro se agota, de lo cual deviene que el espectro radioeléctrico es un recurso limitado. En este sentido, es que el Artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, establece que el marco legal para desarrollar las actividades de telecomunicaciones debe ser con el objeto, entre otros, de “apoyar el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico”.

Cabe decir, que los avances tecnológicos han expandido las porciones utilizables del espectro y permitido la transmisión de cada vez más información en el mismo ancho de banda. A pesar de estos avances, un número creciente de aplicaciones y servicios de las telecomunicaciones depende del espectro radioeléctrico, razón por la cual la demanda de este recurso suele ser mayor que su disponibilidad, por lo que es necesario definir políticas y enfoques para asignar el espectro radioeléctrico.



1.6. Régimen jurídico de las frecuencias radioeléctricas

El Artículo 51 de la Ley General de Telecomunicaciones clasifica las frecuencias radioeléctricas así:

“a) Bandas de frecuencias para radioaficionados: Bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que pueden ser utilizadas por radioaficionados, sin necesidad de obtener derechos de usufructo.

b) Bandas de frecuencias reservadas: Bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico destinadas para uso de los organismos y entidades estatales.

c) Bandas de frecuencias reguladas: Bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que no se contemplan en esta ley como bandas para radioaficionados o reservadas. Sólo podrán utilizarse adquiriendo previamente los derechos de usufructo”.

1.7 Derecho de usufructo de las frecuencias radioeléctricas reguladas

1.7.1. Definición de usufructo

El usufructo en esencia constituye un derecho real de uso y goce, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia y que se extingue necesariamente con la muerte del usufructuario⁶.

⁶ Véase. Vásquez, Carlos. “Los bienes y demás derechos reales (Derecho Civil II). Editorial Crockmen, Guatemala, s.a. P. 101



Los frutos que se perciben del usufructo se clasifican en naturales y civiles. Los primeros comprenden productos de la tierra o el suelo (naranjas, cereales, madera), en donde se transfiere la disposición material al usufructuario. Los civiles son los que percibe el usufructuario derivado de una renta, intereses, caso en el que se le otorga el goce de la cosa, es decir, se transfiere el goce material.

1.7.2. Elementos constitutivos del usufructo

a) Elementos subjetivos o personales

El nudo propietario o dueño de la cosa.

El usufructuario o la persona a favor de quien se constituye.

b) Elementos objetivos o reales

El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes, muebles e inmuebles, corporales o incorporales (derechos). Para que puedan constituirse éstos no deben ser personalísimos o intransmisibles.

1.8. Derecho de usufructo de frecuencias radioeléctricas reguladas

La Ley General de Telecomunicaciones regula en sus Artículos 54 y 55 que el aprovechamiento de las bandas de frecuencias reguladas será asignado mediante títulos que presentan el derecho de usufructo. Este derecho es otorgado por la Superintendencia de Telecomunicaciones, el que podrá ser arrendado y/o enajenado total o parcialmente.



Los titulares de los derechos de usufructo del espectro serán responsables por la violación que surjan en la explotación de los mismos.

En los casos de enajenación de los derechos de usufructo, deberá este acto ser inscrito en el Registro de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley.

1.9 Procedimiento de adjudicación de frecuencias radioeléctricas reguladas

El Artículo 61 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone:

“Para la adjudicación de títulos de usufructo de frecuencias, cualquier persona interesada, individual o jurídica, nacional o extranjera, o cualquier entidad estatal, presentará ante la Superintendencia una solicitud detallando en ella las bandas de frecuencias y las características indicadas en la literal a) del artículo 57.

La Superintendencia emitirá una resolución admitiendo o no para su trámite la solicitud. Dicha resolución deberá ser emitida y notificada en un plazo no mayor de tres (3) días, contados a partir del día en que la solicitud haya sido presentada. En caso se resuelva favorablemente, la Superintendencia deberá publicar la solicitud.

La Superintendencia únicamente podrá denegar el trámite a las solicitudes de las bandas de frecuencias que, de conformidad con los avances tecnológicos del momento, sean imposibles de definir en las condiciones sugeridas por el solicitante, aquellas cuya admisión vulneraría los acuerdos, tratados y convenios internacionales sobre la materia



ratificados por el Gobierno de Guatemala, o aquellas que se refieran a bandas de frecuencias que hayan sido previamente otorgadas a otros, bandas de frecuencias reservadas o bandas de frecuencias para radioaficionados.

Podrán oponerse al otorgamiento del título de usufructo sobre las bandas de frecuencias solicitadas aquellas personas individuales o jurídicas que tengan un interés fundado y legítimo, y que puedan resultar perjudicadas si el otorgamiento se realiza. Así mismo, otras personas podrán manifestar su interés por adquirir parcial o totalmente la misma banda o bandas de frecuencias solicitadas.

Cualquier oposición o interés de terceros deberá ser planteado ante la Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes de vencerse el período de publicaciones de conformidad con el artículo 21.

En caso de que no exista oposición ni terceros interesados, la Superintendencia otorgará directamente el derecho de usufructo de la banda solicitada, ordenando su inscripción en el Registro de Telecomunicaciones.

Si hubiera oposición, la Superintendencia tendrá diez (10) días para resolverla. Si se declara con lugar la oposición, se dará por concluido el proceso de concurso público. Por el contrario, si declara sin lugar la oposición y no existen otros interesados se le otorgará al interesado, sin más trámite, el derecho de usufructo sobre la banda solicitada.



Si hubiera otros interesados, transcurridos quince (15) días a partir de la fecha de vencimiento del plazo de oposición o de rechazada cualquier oposición planteada, la Superintendencia invitará a los interesados a participar en una subasta pública de la banda solicitada, pudiendo fraccionarla, siempre que considere que lo mismo es necesario para promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones.

La subasta deberá realizarse dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que se hizo la invitación a participar en la misma, de conformidad con el párrafo anterior, salvo cuando la banda solicitada haya sido fraccionada, en cuyo caso dicho plazo podrá prorrogarse hasta por un máximo de veinte (20) días”.

1.10. Subasta pública

El régimen jurídico aplicable en el procedimiento de subasta pública, está contenido en el Artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones:

“La Superintendencia determinará la forma en que se llevará a cabo cada subasta pública. Todas las ofertas deberán ser presentadas en plica cerrada, incluyendo una fianza de cumplimiento equivalente al monto ofertado o cualquier otra forma de garantía que la Superintendencia determine. Las subastas podrán tener una o varias rondas, dependiendo de la modalidad que la Superintendencia emplee.

En caso de que la Superintendencia haya decidido fraccionar una banda, la subasta de las fracciones será hecha en forma simultánea con rondas múltiples, debiendo



especificar claramente los incrementos mínimos aceptables, así como la forma de finalización de la subasta.

El desarrollo y adjudicación de la subasta serán supervisados por una firma de auditores externos de reconocida reputación. La banda de frecuencias siempre se adjudicará a la persona que ofrezca el mayor precio.

Contra la adjudicación no cabrá recurso administrativo ni judicial alguno, más que aquellos que se fundamenten en el hecho de que la frecuencia subastada no fue adjudicada al mejor postor, en cuyo caso se plantearán y resolverán de conformidad con lo establecido en esta ley.

Hecha la adjudicación y contra pago del precio ofrecido en la subasta, la Superintendencia deberá ordenar, inmediatamente su inscripción en el Registro de Telecomunicaciones. El pago deberá ser realizado dentro de un plazo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de adjudicación.

La Superintendencia deberá emitir y entregar al adjudicatario el título que representa el derecho de usufructo de frecuencias dentro del plazo improrrogable de los diez (10) días siguientes al de la adjudicación. Los titulares de derechos de usufructo deberán inscribirse en el registro antes de empezar a operar”.



CAPÍTULO II

2. Nociones generales sobre delito

2.1. La teoría del delito y la resolución de casos

Comúnmente se conoce que ésta teoría explica los elementos fundantes y esenciales del hecho delictivo, consistentes en su tipicidad, anti-juridicidad, culpabilidad y punibilidad, además, de los elementos que niegan su existencia, falta de acción, causas de justificación, de inculpabilidad y las excusas absolutorias de la pena.

Pero la teoría del delito va más allá, es una herramienta conceptual⁷ que sirve para enfocar los problemas prácticos que se presentan en la solución de conflictos sociales.

Existe la vana idea de que basta con el simple conocimiento de la ley para una correcta solución judicial de tales conflictos. Esta concepción mero positiva, no toma en cuenta que la ley es limitada y no puede proveer todas las posibles situaciones ni tampoco resolver todos los problemas que se suceden en las relaciones sociales.

La teoría del delito se caracteriza por exponer ordenadamente los diferentes momentos o etapas del análisis judicial de una conducta presumiblemente punible. Estos coinciden con los requerimientos legislativos para la solución de los casos. Por eso la

⁷ Hassemer, Winfried. "Fundamentos de Derecho Penal". Barcelona, España. BOSH, 1984, p. 39-41



utilización de la Teoría del Delito no significa apartarse de la aplicación de la ley positiva sino hacer más fácil su aplicación, porque dota al juez de una serie de elementos de análisis que facilitan la labor de dar respuesta a los problemas planteados.

Además es importante que el juez tenga claro que la teoría sea coherente con el sistema constitucional en la que se desenvuelve y comparta principios universalmente aceptados⁸ como el de legalidad criminal, culpabilidad, la máxima “no hay delito sino se viola o pone en real peligro un bien jurídico”, así como las reglas de la mínima intervención punitiva.

El juez debe tener claro que aunque la norma es una, la realidad es múltiple y que el cuadro de hechos probados y no probados proviene de versiones, constataciones, señalamientos y hasta opiniones. Así, se construye un relato que el juez tiene como verdadero.

La labor de detectar un posible encuadramiento no es sencilla. Es posible imaginar ejemplos en donde la selección de los supuestos normativos si lo sea, ejemplo, ante la muerte de una persona ocasionada por la acción de otra, con la intención de matar; no parece haber mucho problema en identificar el tipo: un homicidio simple. Sin embargo, entre otros casos esta tarea implica gran cantidad de razonamientos para establecer cuál es la descripción aplicable. Por ejemplo el delito de hurto de fluidos o

⁸ Henry Issa El Khoury y Alfredo Chirino Sánchez. **“Metodología de resolución de conflictos en materia penal”**. ILANUD, San José, Costa Rica, 1991. P. 29-32



demostrar la causa inculpable de miedo invencible, contienen supuestos y contenidos más complejos.

Larenz⁹ aclara estos aspectos de la siguiente manera: “la formación definitiva del hecho en cuanto enunciado depende de la selección de las normas jurídicas a él posiblemente aplicables; pero éstas dependen también, por un lado, de las circunstancias que hasta entonces han llegado a ser conocidas por el que y, por otro lado, de su conocimiento de nuevos y más estrictos complejos de normas, en cuya esfera de regulación incide el hecho o, a primer vista, puede incidir”. Cuando Larenz habla de la “formación definitiva del hecho” no significa que el juez construye el hecho a su mejor conveniencia, todo lo contrario, el autor está describiendo no sólo la difícil labor de escoger qué elementos son importantes de ser integrados en la problemática normativa para la adecuada comprensión del caso, así como la escogencia de los “elementos del caso” que serán de interés para la solución de la problemática propuesta.

Es por ello que el autor presta atención al “conocimiento” de “complejos” de normas por parte del que enjuicia, ya que esta particular circunstancia hará más sencilla o más laboriosa la actividad de enjuiciar. Esto último por cuanto, aún en el férreo sistema silogístico, el juez debe de hacer algunos “enjuiciamientos simples” que permitan

⁹ Larenz, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Madrid, Bosch, 1984, P. 277



verificar que el proceso de acomodo del hecho al supuesto de hecho de la norma es correcto¹⁰.

El juez se encuentra con un evento que logra con la conjunción de hechos probados y no probados. Este es el hecho. El proceso para llegar a este hecho es fundamental y toca directamente con el sistema procesal que debe seguir el juzgador.

Este hecho enfrenta directamente el trabajo del Juez con las exigencias del principio de legalidad, pues lo obliga a darle contenido a conceptos como “buena fe”, “buenas costumbres”, “buena fama” “mujer honesta”, “diligencia debida”, ”justa causa”.

El juez está en la obligación de resolver; no puede escudarse en que tal o cual asunto sometido a su decisión no es susceptible de un fallo. A lo sumo puede tener una razonable duda y absolver al justiciado, o en su lugar, condenar con base en un razonamiento que sea, tanto jurídica como socialmente aceptable, sin embargo, comúnmente carece de elementos técnicos que le permitan sortear los obstáculos que impone la ley penal. Por eso debe contar con la formación adecuada que le permita buscar la solución de los casos por medio de un sistema discernible y que le permita compaginar las circunstancias sociales con las exigencias normativas.

¹⁰ Larenz, Karl. Op.Cit. P. 278



2.2. El delito es creación del derecho

Bajo esta arista el delito es una creación legislativa. Sin esta noción el Estado no podría castigar a los sujetos. Por eso es válido afirmar, como lo propone Felipe Olessa¹¹, que el ser humano como ser social no inventa la norma sino que la descubre de la propia necesidad del momento histórico que vive. Pero si bien es cierto que el grupo social o los grupos de la sociedad pueden considerar una conducta como socialmente dañosa, esa consideración per se, no convierte la conducta en delito, si su dictado no proviene del aparato legislativo. Como lo afirma el autor “El Estado –como unidad organizada- no crea, pues, la norma, sino el estatuto que a lo penal respecta”.

Tomando en cuenta una visión crítica, resulta comprensible que lo trascendente de lo prohibido, esa normativa que extrae el legislador sobre la protección penal, puede devenir de un verdadero sentir del pueblo, cuya soberanía cede al Estado mediante sus tres poderes (Estado republicano) o consiste injustamente en el deseo de grupos de poder que pueden ser oídos –y no otros- y satisfechas sus demandas en el seno del Organismo Legislativo.

¹¹ Olessa Muñido, Felipe. “La estructura de la infracción penal en el Código Penal español vigente”. Barcelona, Ariel, 1971. P. 19



2.3. El delito como injusto social

La misión del derecho penal debe ser la de tutelar las pautas básicas sobre las que se asienta el quehacer social general y no tratar de poner en práctica una moral, que siempre será la de los grupos que detenten el poder¹².

El centro de ese Derecho es el ser humano y en ese tanto las normas prohibitivas y las preceptivas prohibirán o mandarán, en su caso, aquellas acciones humanas cuya realización u omisión corra de manera importante las bases sobre las que se asienta el grupo social. Otro tipo de conducta penalmente conminada es supérflua y quizá injusta.

En la actualidad, se ha venido transformando el paradigma republicano-liberal proclamado en las Constituciones y la tónica es ahora que el derecho penal resguarde decisiones políticas económicas necesarias para la subsistencia de los grupos de poder. Así, la sanción penal al no pago de tributos, penalización del cambio de moneda extranjera, anti-monopolios, criminalización del derecho agrario, falta de regulación financiera, entre otras expresiones, que convergen en el ideario neoliberal, que tras despojar al Estado lo transforman en policía altamente represivo.

Con este enfoque se han proyectado iniciativas y leyes en concreto, que aumentan los límites máximos de penas de prisión en contra muchas veces del principio de inocencia

¹² Zaffaroni, Eugenio. "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe Final". 1986. P. 53-56



en lo procesal y del régimen penitenciario progresivo en sus etapas de libertad vigilada y apertura de la prisión.

2.4. Definición de delito

Maggiore –citado por Wilfredo Valenzuela¹³- establece que el delito puede contener una definición dogmática jurídica o bien otra en sentido real. Para la primera proposición el delito sería toda acción legalmente punible. En la segunda propuesta, delito es toda acción que ofende el orden ético jurídico y por esto merece grave sanción que es la pena.

En todo caso y derivado del principio de legalidad privaría el primer concepto, toda vez que sería demasiado amplio establecer que es lo que desde el punto de vista ético jurídico puede ser ofensivo; pues en algunos grupos humanos con culturas y costumbres diversas, lo que para unos puede ser ofensivo y constitutivo de reproche social para los otros no y viceversa. La ley penal lo que hace entonces es establecer conductas u omisiones reprochables por la generalidad, aunque es básico mantener parámetros en donde se puedan dirimir de forma alterna conflictos sociales en donde no exista convergencia entre lo que debe ser tenido como ilícito.

Maggiore opina que hay que atenerse a la historia y llegar a la abstracción de la razón, porque para la historia, delito ha sido la acción que la ética de un pueblo ha estimado

¹³ Valenzuela, Wilfredo. “Derecho Penal. Parte General: Delito y Estado”. 2007. P. 34



punible. Es el relativismo histórico el que produce la experiencia, por lo que lo ético, lo moral, cambian con el tiempo y las sociedades, resulta entonces imposible una definición universal del delito.

Las tesis antropológicas del delito, expuestas por Garófalo, parten de que aquél constituye una ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre. Margorie ataca esa postura manifestando que Garófalo entendió mal la naturalidad ya que la universalidad no puede descansar en la aceptación total o unánime de la teoría, que necesitaría que la humanidad tuviera ética común y, por lo tanto, perfecta.

Con relación a las teorías sociológicas¹⁴, Ferri configuró el delito como acto que de manera individual y antisocial hace cambiar las condiciones de existencia y vulnera la moralidad de una comunidad en un mundo dado.

La definición dada por los penalistas puros, como Beling, asientan que el delito es una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones de punibilidad.

Jiménez de Asúa, según Valenzuela, da una definición bastante completa, define el delito como acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena y conforme las condiciones objetivas de punibilidad.

¹⁴Ibid P. 35



2.5. Elementos positivos del delito

Es de conocimiento general que el delito para que sea considerado como tal debe reunir los elementos esenciales que lo constituyen, conocidos como positivos y aquellos que lo desfiguran se denominan negativos. Para efectos de esta investigación, es necesario resaltar a los primeros.

2.5.1. Acción punible

Constituye la conducta voluntaria en hacer o no hacer algo (omisión), que produce alguna mutación en el mundo exterior. Según Maggiore¹⁵, la acción penal implica que debe revelarse exteriormente, ya sea positiva o negativamente y que en su orden, se manifiesten en una actividad corpórea que viene a ser la comisión de un hecho reprochable penalmente, o en una actitud de no hacer o la omisión, también reprochable.

Welzel, refuta la tesis voluntarista y declara que la conducta humana tiende a perseguir ese fin. La voluntad humana supone una voluntad conciente de lo que se quiere conseguir. La regla común proclama, sin embargo, que el delito es acción strictu sensu.

La teoría de Welzel no ha tenido mucha aceptación en el mundo jurídico penal. La mayoría de tratadistas y códigos penales se orientan en las relaciones de causalidad, que suponen que los hechos previstos como delitos son consecuencia de una acción u

¹⁵ Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal". Volumen I, El Delito. Edit. Temis, Bogotá, Colombia. 1971



omisión, idóneas para su producción. Esta tesis es la que sigue la legislación, según el Artículo 10 del Código Penal.

Los elementos negativos de la acción son el caso fortuito y la fuerza exterior (regulada en el Artículo 22 del Código Penal como causa de inculpabilidad).

2.5.2. Tipo penal

Jiménez de Asúa¹⁶ anota la siguiente integración del tipo, sintetizada así:

Tipo de delito: Es la figura del hecho punible, que establece las especies (delitos en general).

Tipo de lo injusto: O sea la conducta antijurídica de cada especie (delito en particular).

Tipo de culpabilidad: Consiste en el dolo que caracteriza el caso, también entraría aquí la culpa.

Figura rectora: Reunión objetiva o descriptiva de los tipos internos, lo injusto y la culpabilidad, es decir, el tipo por excelencia.

Adecuación típica: Es la acción misma, y no la figura, de cometer el delito.

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. "Libertad de amar y derecho a morir". 1929. P. 185



Tipicidad: Elemento conceptual del delito. Razonamiento del acto; pero no adecuación de la acción.

2.5.3. Culpabilidad

Mezger se fundamenta en el valor que conlleva la culpabilidad como actividad jurídica, en un acto ilegal voluntario y de censura social.

La culpabilidad se deduce al establecer si hay o no reproche contra el agente o sujeto activo, puesto que esa culpabilidad se debe confirmar en un juicio de valor que descansa en el motivo que se tuvo y en la personalidad del sujeto para proceder al hecho antijurídico, de donde se desprende que la desaprobación del acto debe establecer si su causante es persona normal y conciente de su conducta; precisar si obró con dolo o culpa o si se trató de un caso fortuito para luego determinar la norma que, al ser infringida, decide su culpabilidad, puesto que estaba obligado a obedecer el contenido jurídico y estar sujeto al derecho que le exige rectitud en su conducta.

El acto físico, corporal o no, calificado como lesión y consecuencia penales, es lo que se llama imputación, atribuida a alguien que viene a ser el imputado, llamado en la legislación procesal penal sindicado o acusado, reservándose el término de condenado para quien sea declarado culpable en debido proceso ante tribunal competente y preestablecido.



La relación entre acción y resultado implica la culpabilidad, ya que la imputación es el referente del acto antijurídico cometido, acarreando sanción para el imputado, respetando su condición personal como sujeto de derechos y cumplimiento con sus obligaciones, es decir, que no sea inimputable. El Código Penal establece la inimputabilidad para: “1o. El menor de edad. 2o. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente” (Artículo 23).

Las causas de inculpabilidad que recoge el Código Penal de Guatemala son:

“Miedo invencible

1o. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior

2o. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

Error

3o. Ejecutar el hecho en la carencia de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.



Obediencia debida

4o. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales;
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada

5o. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable” (Artículo 25).

2.5.4. Antijuridicidad

Desde el punto de vista normativo, la antijuridicidad constituye la contradicción a las normas objetivas del Derecho, criterio que se fundamenta en que las reglas legales conciernen a los intereses comunes, como son la cultura o la justicia; pero suponiendo que la coincidencia no se produzca, lo antijurídico será siempre lesión a las normas legales.

Sobre la falta de coincidencia normativa y los intereses comunes, o sea la cultura y la justicia, se ha insinuado el cambio normativo o la sustitución por otro que responda a su



congruencia, pues no todo lo contrario al Derecho es rechazado y sancionado sino solamente lo que contenga antijuridicidad determinada por el tipo penal, aunque hay circunstancia que siendo típicas, es sabido, pueden ser excluidas mediante la justificación de las acciones.

El hecho antijurídico ha de adaptarse al tipo penal, pero debe tomarse en cuenta las condiciones en que se produjo un acto excluyente de lo injusto. En todo caso, la antijuridicidad se define como toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios del Derecho, o sea, lo opuesto al derecho vigente.

Valenzuela, conforme con la teoría finalista expuesta por Welzel, establece que no basta la causación del resultado sin tomar en cuenta a la persona activa, ya que la acción penal es sólo antijurídica cuando hay un fin y determinada conducta del momento, de donde la antijuridicidad en el reproche penal y lo injusto es lo relacionado al acto del agente.

Los elementos negativos de la antijuridicidad son conocidos como causas de justificación. El Código Penal de Guatemala establece como tales:



Legítima defensa

1o. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren la circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquél que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. Este requisito previsto no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad

2o. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se causa para evitarlo;



c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho

3o. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia” (Artículo 24).

2.5. La pena

Para los griegos la pena significaba dolor, cuya finalidad era la regeneración, mientras en otras culturas, equivalía a purificación, sinónimos que todavía se utilizan con fines que pretender rehabilitación o reincorporación social, para que dada su institución, el contenido legal y su aceptación jurídica, se defina como la sanción característica de una transgresión delictiva, o sea, el desenlace que representa haber infringido la ley.

Valenzuela¹⁷, según lo expuesto por Burlamachi, indica que la fuerza de las leyes propiamente dichas depende, ante todo, de su sanción, que es la que pone, por decirlo así, el sello de la autoridad de aquéllas. Se trata entonces de una coerción oficial, no obstante que la casuística legal comprende verdaderos casos de conciencia, al decidir

¹⁷ Valenzuela, Wilfredo. Op. Cit. P. 122



que la prisión preventiva no es sanción, a pesar de llamarse prisión y tampoco las medidas de seguridad que recluyen al individuo, siendo que ambos casos limitan la libertad de locomoción, carácter esencial de la coerción al imputado, aunque lo relevante, que es la prevención, se encuentra descuidada.

La fundamentación de la pena o castigo, se ha hecho derivar del ius piniendi que tiene el Estado, en una especie de poder oficial que significa un derecho público subjetivo, en el que se incluye la formalidad para exigir conductas definidas en razón coactiva, promulgando preceptos y sanciones mediante órdenes erga omnes, aunque de manera abstracta, de modo que se establece un vínculo que determina fases concreto en cuanto surge la violación del precepto.

Pero tal facultad se mira mermada en los regímenes de facto o totalitarios, sin la ética que es factor determinante para la exigencia conductual razonable.

José Ricco dice:

“los efectos preventivos del sistema penal emanan en primer lugar de la autoridad moral que dicho sistema posee en la sociedad; sólo gracias a esa autoridad moral los individuos pueden ser influenciados de tal manera que lleguen a considerar como indeseable tal conducta condenada por el sistema, y consecuentemente, a evitarla¹⁸”.

¹⁸ Ricco, José. “Las sanciones penales y la Política Criminológica”. 1979. P. 46



Ferri al rechazar esa clase de ius puniendi como derecho subjetivo oficial, ha dicho que repugna a la moral que el estado y el delincuente sean colocados en frente, en niveles de acreedor y deudor.

Pero, asegurando siempre la facultad estatal de punir los comportamientos de daño, la interrogante histórica en el Derecho Penal ha sido ¿por qué castigar?, cuyas respuestas han variado según ha transcurrido el tiempo, soluciones planteadas en teorías, doctrinas o ideologías, designación esta última estimada más adecuada, por la condición superestructural que representa el Derecho como parte de las instituciones que persigue la cohesión social; pero con el cuidado de que comprenda la formas de pensar, las actitudes o los sentimientos, por lo tanto, el ejemplar comportamiento humano de manera individual o colectiva, para que el Estado, como entidad que autoriza y promulga la ley, la cumpla y la haga cumplir. En general, estas teorías pueden distinguirse entre normativas y descriptivas, persiguiéndose la facultad del castigo de acuerdo al precepto o normas vulneradas, y otras que se fundamentan en la retribución de un mal con otro más, además algunas son abolicionistas.

Tradicionalmente se ha sostenido que la pena es una reacción contra el delito; pero según Valenzuela Oliva, son escasos los regímenes en que esa reacción tiene un origen, pues la punición al delito solamente es reacción social sin sentido, según convenga a quines gobiernan y cómo gobiernan.



Cabe decir, que la pena es la consecución derivada de un delito sancionado en proceso legal; pero ya se anotó que también tiene la pretensión de prevenir el ilícito, evitando conductas de daño con expresas medidas de seguridad, justicia y bienestar colectivo.

Vidal considera que la pena es un mal infligido en nombre de la sociedad y en ejercicio de una condena judicial al autor del delito, porque él es culpable y socialmente responsable de su acto. Cuello Calón dice que es un sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. Maggiore la toma como mal coercitivo y conminatorio; por último, Pessina la define como el sufrimiento que recae sobre el declarado autor de un delito, como único medio de afirmar el Derecho y justo dolor frente al injusto goce del delito¹⁹.

Otros autores consideran la pena como un bien y no como un mal para el delincuente, pues con ella se consigue la positiva rectificación de la conducta del infractor, criterio que comparte Dorado Montero en sus Bases para un Nuevo Derecho Penal, haciendo de la pena un proceso de tratamiento que deje de ser represivo para que la pena debe ser el tratamiento adecuado a que se somete el delincuente, con el fin de una defensa social y aplicado a quienquiera haya cometido un delito o aparezca como socialmente peligroso.

Rechazando los argumentos que fundamentan la pena como castigo y como mal de prevención, juristas norteamericanos no aceptan los conceptos de retribución o de

¹⁹ Valenzuela, Wilfredo. Op. Cit. 126



aflicción, y se inclinan también por el tratamiento integral del infractor, según sean sus requerimientos de personalidad, salud física y mental, orientación ética, inducción al trabajo, educación, adaptación económica y ambiental y observación una vez ha recobrado su libertad, de modo que el individuo se dé cuenta de las circunstancias que lo indujeron a la infracción y lo aparte posteriormente de su conducta desviada, para resocializarse a un entorno que lo estimule provechosamente, procedimiento que se proyectaría a las demás personas y quienes, además del agente, reformarían sus sentimientos morales y de respeto a la ley; estos objetivos deben tomarse en cuenta para eliminar las opiniones que determinan definiciones que proclaman la pena como castigo o sufrimiento.

Las penas tienen una tipología propia. El Código Penal establece como penas principales la de muerte, prisión, arresto y multa y como accesorias, la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y otras que las leyes señalen (Artículos 41 y 42 Código Penal).

Las formas comunes de sanción penal son:

a.- La prisión, que consiste en la limitación al derecho de locomoción, aplicada únicamente cuando sea imprescindible (principio favor rei), pudiendo ser evitada con medidas sustitutivas, con excepción en los llamados delitos de impacto social y en



aquéllas circunstancias en donde existan indicios de fuga o de obstaculización probatoria.

La prisión representa, en legislaciones avanzadas, la sanción máxima a que se somete el condenado, ya que la pena de muerte se ha ido eliminando para responder a una Política Criminal garantista que responsa a la persona, cuya existencia normal está protegida por proclamas internacionales o nacionales, tomando la vida como soberana trascendencia humana.

Aunque en Guatemala la pena de muerte se mantiene vigente, se ha mantenido inerte su aplicación, en razón de la derogación del cuerpo normativo que regulaba el indulto, por lo que, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la misma Constitución Política de la República, se deben agotar todos los mecanismos ordinarios y extraordinarios de la jurisdicción interna para su procedencia. Además, existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha establecido su inaplicación en casos concretos (Ronald Raxcacó versus Guatemala; Fermín Ramírez versus Guatemala).

b.- El Arresto, que consiste en privación de libertad por un corto período. Actualmente se discute la eficacia de estas penas y se han venido reemplazando por otras como el arresto domiciliario (vgr. accidentes de tránsito, Artículo 264 Bis, primero y segundo párrafo, Código Procesal Penal) o alguna actividad voluntaria en provecho de la comunidad o de la víctima (como en los casos de aplicación de criterio de oportunidad, Artículo 25 Bis, Código Procesal Penal).



c.- Una sanción no privativa de libertad, sino de carácter económica, es la de multa calculada en las posibilidades económicas del sujeto de la infracción y la naturaleza del delito, aunque persiste la figura de conversión, que consiste en cambiar la sanción pecuniaria o arresto domiciliario, calculado en un día de reclusión por cada suma diaria no pagada, de acuerdo a la resolución judicial.

d.- Otra clase de pena es la inhabilitación, que puede ser absoluta y especial. La primera consiste en la prohibición de continuar en cargos o empleos públicos, incluyendo aquellos de elección popular, condenándose, en todos, al impedimento de acceso a cualquier plaza en el sector público. La especial se aplica a profesionales u otras ocupaciones que requieren autorización o licencias previas.

En otros casos, se puede suspender la pena bajo libertad o condena condicional dependiendo de los antecedentes del procesado, de la cuantía de la pena y de la naturaleza del delito. En casos de cumplimiento de la pena de prisión, se puede gozar de lapsos de libertad vigilada o remisión de la pena por trabajo en la prisión, a parte de la atribución de organismos como el Legislativo, de decretar amnistía, exclusivamente en los delitos políticos y comunes conexos, o el indulto.

El elemento negativo de la punibilidad del delito lo constituyen las excusas absolutorias. Ejemplo de ellas, la constituye la disposición del Artículo 200 del Código Penal, norma bastante anacrónica pero vigente en el país (Del matrimonio de la ofendida con el agresor):



“Artículo 200. En los delitos comprendidos en los capítulos I, II, III y IV anteriores, la responsabilidad penal del sujeto activo o la pena, en su caso, quedarán extinguidas por el legítimo matrimonio de la víctima con el ofensor, siempre que aquélla fuere mayor de doce años y, en todo caso, con la previa aprobación del Ministerio Público.

Y la exención dispuesta en el Artículo 280 del Código Penal:

“Artículo 280. Están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños que recíprocamente se causaren:

- 1o. Los cónyuges o personas unidas de hecho, salvo que estuvieren separados de bienes o personas y los concubenarios.
- 2o. Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines.
- 3o. El consorte viudo, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.
- 4o. Los hermanos si viviesen juntos.

Esta exención no es aplicable a los extraños que participen en el delito”.





CAPÍTULO III

3. Los delitos contra la propiedad casos específicos del hurto y el robo

3.1. La propiedad

La definición tradicional del derecho de propiedad o dominio se basa en una enumeración de las principales facultades que integran su contenido (goce, uso, disfrute, reivindicación). La doctrina moderna busca el concepto de dominio basándose en la idea del poder más amplio que puede tenerse sobre una cosa, sin aludir al contenido de ese poder.²⁰

En ese sentido, Wolff define la propiedad como “el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa” y Ferrini dice “la propiedad es el derecho por el que una cosa pertenece a una persona y está sujeto a ésta de modo, al menos virtualmente, universal²¹”.

Tradicionalmente se enseñaba que el derecho de propiedad es absoluto, es decir, que se confiere un poder ilimitado sobre la cosa; exclusivo, puesto que impide el goce de la cosa por los demás; y perpetuo, al no estar sujeto a limitación temporal. La doctrina

²⁰ Espín Canovas, Diego. “Manual de Derecho Civil Español”, Tomo II. P. 67 y sigs.

²¹ Ferrini. Pandette, P. 49



moderna niega que pueda caracterizarse al derecho de propiedad de esta manera²²:

carácter absoluto se opone a las limitaciones a que está sujeto el dominio por interés público; la exclusividad no puede caracterizarse al dominio, al ser nota común a todos los derechos reales; y la perpetuidad no puede considerarse como nota esencial, pues cabe una propiedad temporal, es decir, limitada a cierto tiempo desde el momento de su adquisición (vgr. La venta con pacto de rescate, los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, etc.).

La doctrina moderna sustituye los anteriores caracteres por los siguientes: generalidad, independencia, abstracción y elasticidad.

Con los dos primeros se quiere destacar el carácter amplio y autónomo del poder que otorga el derecho de propiedad; con los dos últimos, el carácter unitario de dicho poder, independiente de las facultades que comprende.

La generalidad expresa la amplitud del poder que confiere la propiedad susceptible de abarcar todas las utilidades de una cosa; la independencia indica que es un poder autónomo que existe sin apoyarse en ningún otro derecho; la abstracción denota que existe con independencia de las facultades que comprende; la elasticidad significa que puede comprimirse al separar algunas de sus facultades, pero que apenas se extinguen esos derechos limitativos del dominio se reintegran al mismo dichas facultades por la fuerza de atracción que tiene.

²² Espín Canovas, Diego. Ibid.



3.2. Conceptos legales

El Código Civil francés y el español del siglo XIX de inspiración napoleónica regulaban: El primero decía “la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”. La legislación española suprimió de buena forma “de la manera más absoluta” pero mantuvo un carácter individualista.

Bajo esta arista la propiedad contiene las siguientes apreciaciones: 1.- Define el derecho de propiedad por la enumeración de sus facultades más destacadas (gozar, disponer y reivindicar); 2.- aparece como un derecho en sí ilimitado; las únicas limitaciones son las externas que provienen de la ley; 3.- significa una confirmación legislativa de tendencia europea para liberar a la propiedad de las desmembraciones y cargas que había sufrido la propiedad en las épocas monárquicas feudales.

En las legislaciones modernas del Siglo XX, se inició una nueva regulación. El Código italiano de 1942 establecía: “el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico”.

La legislación germánica adopta otra dirección definitoria, observando en el concepto de propiedad un derecho general sobre la cosa: “el propietario de una cosa, en tanto



que la ley o los derechos de terceros no se opongan, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión”.

3.3. Función social de la propiedad.

El individualismo del Siglo XIX plasma en los Códigos civiles de su época el concepto de propiedad que sólo se preocupa de enumerar los derechos del propietario, al que sólo impone límites negativos. Pero al empezar el siglo actual desde diversas direcciones se destaca la función social de la propiedad, que a la hora actual encuentra muchos adeptos como límite intrínseco de la propiedad o más bien como una tónica especial en el deber de ejercitar el derecho de propiedad de acuerdo con su función social²³.

Esta dimensión social del derecho de propiedad trasciende de los Códigos civiles y encuentra su formulación básica en las normas constitucionales, y así en la Constitución italiana de 1947 se puede leer: “la propiedad privada está reconocida y garantizada por ley, que determina sus modos de adquisición, de goce y sus límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos”.

En el Derecho español la función social de la propiedad está expresamente sancionada por las leyes fundamentales. En el fuero del trabajo y el fuero de los españoles reconocen la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de todas las

²³ Espín Canóvas, Diego. Op. Cit. P. 71-73



funciones individuales, familiares y sociales con subordinación a las necesidades de la nación y al bien común. Igualmente se declara que “en ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes. Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes” (Fuero de los Españoles).

Siguiendo a Espín Canovas se puede concluir:

a.- Que en la mayoría de legislaciones actuales la propiedad es un derecho subjetivo, y en este aspecto expresa una parte de la autonomía jurídica individual dentro de la sociedad. Se rechaza así la tesis de la propiedad-función social que niega el carácter de derecho subjetivo de Duguit.

b.- Como todos los derechos subjetivos, el de propiedad ha de ser ejercitado dentro de los límites que resulten del orden social: negativo, esto es, la prohibición del abuso del derecho, y positivo, o cumplimiento de los deberes que las leyes impongan concretamente. Tanto la apreciación del abuso como la imposición de límites positivos dependen de factores sociológicos, siendo, por tanto, “variables”. Esta variabilidad impregna, pues, a la función social y quizás es más acusada en el ejercicio del derecho de propiedad que en el de otros derechos. La función social aparece así identificada con los deberes que se impongan al propietario en el ejercicio de sus facultades.



Se acusa una gran diversidad de intensidad de la función social, según el objeto sobre el que recae el derecho de propiedad. En esta materia tiene especial interés la distinción entre bienes muebles e inmuebles, pues la función social de la propiedad tiene un alcance más amplio en relación con los bienes muebles.

En el Derecho guatemalteco la regulación de la propiedad también se ve cimentada por la función individual y social de ésta. La Constitución Política de la República desarrolla algunos principios y valores relacionados. La Carta Magna estipula: “Artículo 1º.- Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

Con relación al principio de bien común la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha establecido: "...la Constitución Política dice en su artículo 1 que el Estado de Guatemala protege a la persona... pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización del bien común, por lo que las leyes... pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto conviene tener presente que la fuerza debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares (...)”²⁴.

Específicamente con respecto a la propiedad privada, la Constitución Política, dispone: Artículo 39.- Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho

²⁴ Corte de Constitucionalidad. *Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No. 3, sentencia: 17-09-86.*



inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley.

El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos”.

Con relación a este estipulado la Corte de Constitucionalidad ha manifestado: "(...) Este derecho se garantiza en el artículo 39 de la Constitución Política de la República, como inherente a la persona humana. Sin embargo, no es propio de la vida en sociedad el ejercicio absoluto de este derecho. Tal afirmación encuentra también asidero en el principio que la misma Constitución recoge en el artículo 44, de que el interés social prevalece sobre el particular. Ello en armonía con el principio de dominio eminente del Estado sobre su territorio, según el cual, éste puede ejercer su actividad como ente soberano, para el logro de sus fines, con la amplitud que le permite la Ley fundamental del país. Tales principios se conforman con el contenido del artículo 40 constitucional, que faculta al Estado para expropiar la propiedad privada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público (...)²⁵"

La propiedad en Guatemala puede ser sujeta de privación de su propietario por causas de utilidad colectiva, beneficio social o interés público, con lo que queda suficientemente

²⁵ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 3, expediente No. 97-86, página No. 17, sentencia: 25-02-87.



demostrada la función social de ésta en la legislación. Al respecto la Constitución Política indica:

“Artículo 40.- Expropiación. En casos concretos, la propiedad privada podrá ser expropiada por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobadas. La expropiación deberá sujetarse a los procedimientos señalados por la ley, y el bien afectado se justipreciará por expertos tomando como base su valor actual.

La indemnización deberá ser previa y en moneda efectiva de curso legal, a menos que, con el interesado se convenga en otra forma de compensación.

Sólo en caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenirse la propiedad, o expropiarse sin previa indemnización, pero ésta deberá hacerse inmediatamente después que haya cesado la emergencia. La ley establecerá las normas a seguirse con la propiedad enemiga.

La forma de pago de las indemnizaciones por expropiación de tierras ociosas será fijado por la ley. En ningún caso el término para hacer efectivo dicho pago podrá exceder de diez años”.

Con relación a este tema de sumo interés, en la jurisprudencia constitucional de Guatemala ha quedado establecido lo siguiente: "(...) Nuestro ordenamiento jurídico no



hace una enumeración casuística de lo que significa 'utilidad colectiva, beneficio social o interés público', la Ley de Expropiación se limita a establecer en su artículo 1 que 'Se entiende por 'utilidad o necesidad públicas o interés social', para los efectos de esta ley, todo lo que tienda a satisfacer una necesidad colectiva'. Sin embargo, como no queda a criterio de la autoridad expropiante esa interpretación, se encomienda tal función al Organismo que le es propio legislar por mandato constitucional y que se integra con los representantes del pueblo, al cual corresponde, siguiendo el proceso de formación y sanción de la ley, emitir la declaración de que en un caso concreto procede expropiar por las razones indicadas, creando así el marco legal necesario para el desarrollo de la subsiguiente actividad administrativa.

Es por ello que al emitir tal declaratoria, es el Estado de Guatemala el que actúa en ejercicio de la soberanía, por medio del Organismo Legislativo. En tal virtud, la facultad del Estado de expropiar es legalmente incuestionable, pero su ejercicio se sujeta al cumplimiento de los requisitos que el mismo pueblo se ha impuesto, en orden de no invadir las libertades y derechos individuales, sino en la medida que resulte necesaria para el beneficio de la colectividad (...)²⁶”

Como garantía del derecho de propiedad la Carta Magna también –al igual que en legislaciones modernas- prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas

²⁶ Corte de Constitucionalidad. En: *Gaceta No. 3, expediente No. 97-86, página No. 17, sentencia: 25-02-87. Además, Véase: - Gaceta No. 21, expediente No. 175-91, página No. 39, sentencia: 03-09-91. - Gaceta No. 20, expedientes acumulados Nos. 254-90 y 284-90, página No. 29, sentencia: 27-06-91.*



confiscatorias. Al respecto la Constitución Política señala: Artículo 41.- Protección al derecho de propiedad. Por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Se prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. Las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido.

La Corte de Constitucionalidad ha indicado con relación a esta disposición que: "Este artículo constitucional contiene diferentes fracciones, cuya inteligibilidad puede resultar de su sola lectura aislada, sin que sea necesario deducirlas de otras La descomposición factorial del artículo daría el resultado siguiente a) por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna; b) se prohíbe la confiscación de bienes; c) se prohíbe la imposición de multas confiscatorias; y d) las multas en ningún caso podrán exceder del valor del impuesto omitido. La circunstancia de que en el mismo artículo se incluyan normas que garantizan derechos políticos (a) y derechos a la propiedad (b) con disposiciones relativas al régimen tributario (c y d), no justifica la tesis que... por no incluirse referencia al motivo político no puede estimarse que haya limitación al derecho de propiedad, confiscación de bienes o multa confiscatoria, ya que, como se ha visto, estos tres aspectos son separados de la norma precisa que figura en la primera parte del citado artículo, por lo que deberá entenderse que el resto de supuestos del mismo (prohibición de confiscar bienes y de imposición de multas confiscatorias y la regulación sobre el monto máximo de las multas por impuestos omitidos) operan en cualquier caso, haya o no haya motivo político. El hecho que este último aspecto, de conocida justificación histórica por las vicisitudes políticas



del país, se haya incluido en dicho artículo, no lo liga necesariamente con las prohibiciones referidas, que tienen imperatividad para todos los casos, independientemente de sus motivos (...).²⁷"

3.4. Delitos contra la propiedad

La designación de delitos contra la propiedad de las legislaciones de corte romano – francés integran no sólo ésta sino además la posesión sobre los bienes, hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas, y aun contra derechos reales y en otros casos derechos de obligación. Así que el concepto de propiedad debe entenderse bajo un sentido amplio, comprensivo de los derechos que integran el patrimonio económico.

Con relación al concepto que debe atribuirse al patrimonio, esto se ha discutido ampliamente en Italia. Para unos, su concepto es el deducido del derecho civil. Cuando se trata de un término empleado para designar una institución, que tiene su configuración técnica en otra rama del derecho, dice Pannain²⁸ debe presumirse que en el derecho penal tenga igual significación, pues el derecho es único y la concepción de

²⁷ Corte de Constitucionalidad. En: Gaceta No. 7, expediente No. 164-87, página No. 28, sentencia: 25-02-88. Además, Véase: Gaceta No. 48, expediente No. 183-97, página No. 28, sentencia: 20-05-98. - Gaceta No. 47, expediente No. 1270-96, página No. 24, sentencia: 17-02-98. - Gaceta No. 41, expediente No. 305-95, página No. 35, sentencia: 26-09-96.

²⁸ Pannain. "La posesión en el Derecho Penal". Archivo Penal, Italia, 1945. P. 107



las instituciones, como la de los términos empleados, debe unificarse en cuanto sea posible. En igual sentido, se ha pronunciado Angeloni²⁹.

Otros autores como Manzini³⁰, teniendo en cuenta la diversidad de fines y medios del derecho penal, sostienen la autonomía del concepto de patrimonio para efectos penales. Esta opinión ha resultado ser la más convincente, pues las necesidades de la administración de justicia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos de Derecho Civil, sino que a veces obligan a deformarlos. Así en la legislación española el concepto de bienes inmueble del Código Civil no coincide con la doctrina de la jurisprudencia criminal; en otros casos, ésta interpreta nociones civilísticas desviándose de su sentido en el Código Civil.

La expresión patrimonio también presenta dificultades y no parece a muchos autores. Silva Melero opina que no satisface las exigencias técnicas y que su empleo resultaría insuficiente. La noción de patrimonio en el derecho penal, añade, tiene mayor amplitud que aquella que de ordinario se le confiere en el derecho privado. Rodríguez Devesa considera preferible el empleo del concepto de propiedad porque alude además a la cuestión ética y constitucional que se presenta en el fondo de las constituciones modernas³¹.

²⁹ Angeloni. "Delitos contra el patrimonio", Milán, 1936, P. 20

³⁰ Manzini. "Instituciones de Derecho Penal, p. 391

³¹ Rodríguez Devesa. "Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad". Anuario de derecho Penal, 1960, fasc. I, P. 37 y siguientes.



Los delitos contra la propiedad tienen como nota común el daño o menoscabo que causan a las cosas o en los derechos que constituyen el patrimonio de la persona. No obstante tal semejanza, presentan entre sí una nota diferencial que permite separarlos en dos grupos³²:

a.- Los delitos cuya característica es el fin de enriquecimiento ilícito, de adquisición ilícita de bienes ajenos. Aquí está comprendido el robo, hurto, defraudaciones, infracciones relativas a la usura y el encubrimiento con ánimo de lucro.

b.- Los delitos caracterizados por la lesión de la propiedad ajena, no con ánimo de apropiársela o de utilizarla en interés propio, sino mediante hecho encaminados a destruirla, a deteriorarla, a menoscabar su valor. A este grupo pertenecen los delitos de incendio y otros estragos y los daños.

3.5. El delito de hurto

3.5.1. Antecedentes.

Las primeras disposiciones referentes al Hurto aparecen en Roma en la famosa Ley de las Doce Tablas o Ley decenviral, en la que se distinguió entre el *furtum manifestu* y el

³² Cuello Calón, Eugenio. "Derecho Penal". Revisado por César Camargo. Tomo II, Parte Especial. V. II. 14ª. Edición, Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1975. P. 834 y siguientes.



nec manifestum³³, distinción basada en el hecho de que el ladrón fuera o no sorprendido in fraganti. La noción de hurto fue elaborándose por los jurisconsultos hasta llegar a la fórmula concretada por Paulo, en donde, se ponen de manifiesto sus elementos integrantes: contrectatio, que suele denominarse a aprehender, coger, que tenga lugar sobre cosa ajena y la concurrencia del ánimo de lucro.

El antiguo derecho no hizo distinción alguna entre apoderamiento violento de la cosa ajena y el realizado sin violencia, pero con el transcurso del tiempo la noción del hurto se segregó de rapina, el apoderamiento violento y manifiesto (rapere vi et palam) de la cosa ajena, nominado hoy robo. Los hechos realizados sin violencia fueron perseguidos como crímenes aplicándoles la Lex Julia; y los realizados con violencia sobre las personas fueron penados conforme la Lex Cornelia de Sicariis. Las penalidades aplicadas a estos delincuentes fueron muy severas, la muerte en la horca por ejemplo.

La distinción romana entre el furtum y la rapina, que aparece en las legislaciones moderna como hurto y robo, se halla más acentuada en el Derecho Germánico –de acuerdo con Wilda- que diferenció netamente el hurto (Diebstahl), caracterizado por la aprehensión clandestina de la cosa mueble ajena, del robo (Raub) que es la apropiación violenta y manifiesta de la cosa³⁴.

³³ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cti. P. 837-839

³⁴ Ibid.



En España, el Fuero Juzgo en su Libro VII penó el hurto sin contemplar agravaciones especiales, por regla general las penas impuestas para los hombres libres son pecuniarias y proporcionales al valor de lo hurtado y penas infamantes para los siervos, además, se establecen penas de azotes. El fuero real se ocupa sólo de verdaderos robos contra la casa o quebrantare la iglesia.

Estas concepciones romanas resurgieron en Las Partidas donde se diferencian claramente las dos modalidades de apoderamiento de la cosa ajena, de modo encubierto y clandestino (hurto) o de modo violento (rapiña). Los delincuentes eran penados con penas pecuniarias y corporales, pero no se aplicó la pena de muerte ni la mutilación de miembros.

En los siglos posteriores, la represión de los delitos contra la propiedad sumió en España el mismo carácter de dureza que en otros países. Pragmáticas de Carlos I y Felipe II los castigan con azotes, galeras y vergüenza pública; en la época de Felipe IV fue famosa la ordenanza de 15 de junio y 6 de julio de 1663 contra los bandidos y salteadores de caminos que puestos fuera de la ley, pueden ser impunemente muertos por cualquiera.

El Código de 1822 hace la distinción entre robo y hurto. El primero se caracteriza por el empleo de violencia o de la fuerza como medio de apoderarse de lo ajeno, y el segundo, por el medio fraudulento sin fuerza ni violencia contra personas o cosas. Sin



embargo, la legislación española penal ha mantenido más similitud con las normas estatuidas en 1848.

Como es conocido, los países de América Latina fueron influenciados en materia civil y penal de lo recogido por los Códigos españoles y éstos por la Codificación Napoleónica. Caso del que no se excluye Guatemala, como se verá posteriormente.

3.5.2. Elementos objetivos del delito.

Desde el punto de vista doctrinario, para la existencia de este delito deben concurrir los siguientes elementos: a) El hecho de tomar una cosa sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas; b) que la cosa sea mueble; c) que sea ajena; d) que tenga lugar sin la voluntad del dueño; e) la voluntad delictuosa y el ánimo de lucro, que constituyen los elementos subjetivos que se verá en un apartado diferente.

a.- Tomar en su sentido gramatical equivale a coger, asir una cosa, pero legalmente significa apropiarse, traer a nuestro poder una cosa ajena. El hecho material del hurto no está constituido solamente por la mera aprehensión de la cosa, es necesario que el sujeto activo la sustraiga efectivamente de la custodia ajena y la traiga a su poder por un tiempo más o menos duradero. No es menester que la cosa sea trasladada a otro lugar, ni que llegue a ser utilizada por el culpable. El hecho de la sustracción y el apoderamiento constituyen ya las bases de consumación del delito como se indicará más adelante.



Es indiferente que la cosa se sustraiga de modo oculto y clandestino o de modo manifiesto con astucia o sin ella, pero es condición indispensable que se ejecute sin violencia o intimidación en las personas o sin ningún medio de fuerza en las cosas (como dañar puertas o balcones para ingresar y tomar cosas de una casa) que integran el delito de robo. Sin embargo, existe una fuerza que va implícita para la sustracción de algunas cosas, verbigracia, cortar el árbol que se sustrae, arrancar la campanilla de la puerta exterior de una casa.

Si no hay un hecho de apropiación, de apoderamiento de la cosa, si ésta no se sustrae a la custodia de su poseedor o tenedor no hay hurto. No existirá hurto si la cosa no se toma sino se recibe. Esto hace que se diferencia el delito de hurto de la estafa, pues hurta el que toma, estafa el que recibe la cosa y se la apropia.

Tampoco será responsable de hurto aquél que le fue entregada la cosa pero en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolverla, caso en que se estará ante el delito de apropiación indebida.

b.- Cosa mueble. Cosa, jurídicamente, es toda sustancia corporal, material, susceptible de ser aprehendida, que tenga un valor cualquiera³⁵.

Según Carrara, la cosa sustraída ha de tener algún valor y su pérdida o sustracción ha de causar un perjuicio a su propietario. Para Pessina también constituyen pérdidas aquellas que tienen un valor moral, es decir, no pecuniario, como los recuerdos de un ser querido.

³⁵ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. P. 841



De lo que existe acuerdo es que sólo las cosas muebles y corporales pueden ser objeto de hurto. La sustracción de cosas inmuebles y las cosas incorporales (vrg. Los derechos, las ideas) no puede integrar este delito, pues no se pueden asir, tomar, para conseguir la apropiación.

El concepto de cosa mueble incita que puede ser llevada del lugar donde se encuentra, como el dinero, joyas, ropa, un vehículo. Las cosas inmuebles pueden ser constitutivas de este delito cuando son movilizadas (vgr. los árboles cortados de un bosque, el carbón, materiales extraídos de sus yacimientos naturales).

El agua puede ser objeto de hurto cuando pierde su calidad de inmueble (Ej. Cuando se recoge de una fuente, manantial, estanque o depósito de propiedad privada), pero la distracción del curso de aguas públicas o privadas integra el delito de usurpación de aguas. El Artículo 260 del Código Penal establece el delito de usurpación de aguas: “Quien, con fines de apoderamiento, de aprovechamiento ilícito o de perjudicar a otro, represare, desviarse o detuviere las aguas, destruyere, total o parcialmente represas, canales, acequias o cualquier otro medio de retención o conducción de la mismas o, de cualquier otra manera estorbare o impidiere los derechos de un tercero sobre dichas aguas, será sancionado con prisión de tres meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales”.

El gas y la electricidad presentan dificultades. Se entiende que estos componentes no poseen una sustancia corporal, una cosa, son básicamente fluidos, que pueden ser medidos, transportados y suministrados, susceptibles además de utilización económica,



por lo que pueden ser considerados cosas, por consiguiente, su apropiación ilícita constituye un tipo de hurto especial, llamado Hurto de Fluidos, regulado en Guatemala en el Artículo 249 del Código Penal.

Sin embargo en los supuestos anteriores, en los delitos contra la propiedad no queda regulada la apropiación ilegal de frecuencias radioeléctricas, los que constituyen bienes propiedad del Estado (Artículo 121, inciso h, Constitución Política de Guatemala). Esto será tratado en el último apartado, base de la presente investigación.

c.- Cosa ajena. Para los efectos del delito de hurto, en el momento del hecho, constituye cosa ajena no sólo la propiedad de la cosa sino también la posesión, o propiedad y posesión al mismo tiempo, de la persona a la que se sustrae la cosa. Es menester, que la cosa se sustraiga al propietario y/o poseedor, basta que el sea poseedor.

Sin embargo, si el propietario sustrae la cosa al que la posee ilegítimamente, no se constituye el hurto (*rei nostre furtum facere non possumus*)³⁶. Si habiendo dado a otro una cosa de su propiedad en prenda, depósito u otro, se apodera de ella no comete hurto, pues la cosa no ha dejado de pertenecerle.

Siendo requisito que la cosa se halle en posesión de alguna persona, la cosa abandonada (*res derelicta*) no puede ser objeto de hurto, pues el que tenía sobre ella propiedad o posesión la ha perdido sin transmitirla a otro, de modo que para los efectos de este delito debe considerarse cosa de nadie (*res nullius*).

³⁶ Cuello Calón, Eugenio, citando a Carrara y Pesina. Op.Cit. P. 845



Las cosas comunes a todos (aire libre, luz, agua corriente en su lecho natural, el agua del mar) no son ajenas y no pueden ser objeto de hurto, pero la apropiación de agua de fuentes o depósitos privados si puede constituir hurto o usurpación como se estableció, porque en éstos supuestos no son cosa común.

d.- El apoderamiento debe tener lugar sin la voluntad del propietario o legítimo poseedor. En caso que el agente tome la cosa ajena con voluntad no hay delito.

El consentimiento para excluir el hurto ha de ser prestado por persona capaz de disponer de sus bienes. La falta de oposición del dueño al apoderamiento de la cosa no basta para excluir el delito cuando sea debida a intimidación o a engaño, porque entonces el delito cambia de título, constituyendo en el primer caso un robo. Comete Robo “Quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble total o parcialmente ajena será sancionado con prisión de uno a seis años” (Artículo 251 Código Penal).y en el último una estafa. Estafa Propia “Comete estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a diez mil quetzales” (Artículo 263 Código Penal).

Sólo el consentimiento prestado libre y espontáneamente puede excluir el hurto. No hay más consentimiento que el prestado con anterioridad al apoderamiento de la cosa.



3.5.3. Elementos subjetivos del Delito.

Como se describió, estos se constituyen por: a.- la voluntad de tomar una cosa sabiendo que es ajena y que se obra sin el consentimiento del propietario o poseedor de la misma; b.- Además el dolo genérico de los delitos contra la propiedad, el hecho de ejecutar el hecho con ánimo de lucro.

a.- Voluntad de tomar cosa ajena sin consentimiento del propietario o poseedor. En este supuesto el agente ha de obra ilícitamente. En la jurisprudencia española se ha establecido que si erróneamente se toma la cosa ajena por propia, si cree obrar en el ejercicio de un derecho o que la cosa no tiene dueño o que no está en posesión de nadie, que es una cosa abandonada o cuando cree lícita su conducta, no hay hurto por ausencia de dolo.

En todo caso, si es necesario, que tal creencia sea motivada y se base en fundamentos positivos, pues de lo contrario, el dolo no se desvanece.

También puede excluirse el delito si no se demuestra fehacientemente la propiedad o posesión legítima de la cosa y exista fundamento razonable para que quien la tome no posea el conocimiento exacto de la posesión o propiedad ajena de la cosa.

La restitución de lo hurtado no excluye el dolo, solamente produce efectos en cuanto a la atenuación de la pena³⁷ o en relación a la responsabilidad civil.

³⁷ Véase como circunstancia atenuante la regulada en el Artículo 26, numeral 5, Código Penal: "REPARACION DE PERJUICIO. 5º. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado ante de dictarse sentencia".



b.- Ánimo de Lucro. Este constituye el propósito de obtener con la apropiación de la cosa una utilidad o provecho, lo que constituye el dolo específico del hurto y uno de sus elementos fundamentales. En la jurisprudencia española,³⁸ para la existencia del delito es preciso que al agente no le guíe otro propósito que llevar a su patrimonio lo que estaba legalmente en poder de otro, con el consiguiente beneficio que esta ilícita adquisición habría de reportarle.

Para Cuello Calón, el ánimo de lucro no debe tomarse sólo como equivalente a fin de enriquecimiento, ganancia económica, lucro, también significa cualquier ventaja, provecho, satisfacción o goce que el agente aspire a obtener mediante la sustracción de la cosa. Sí faltará este elemento cuando la cosa se rompa o destruya, pues la motivación no sería el ánimo de lucro, sino el cometer daños. El Artículo 278 del Código Penal, establece que comete el delito de Daño “Quien, de propósito, destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier otro modo deteriorare, parcial o totalmente, un bien de ajena pertenencia, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales”. Cabe decir, que no es preciso que el lucro llegue a obtenerse efectivamente, es decir, que el agente reporte el provecho, la ventaja o satisfacción que aspiraba a obtener, basta el ánimo de lograrlo (fallo judicial español del 16 de febrero de 1943, entre otros).

El ánimo de lucro ha de presumirse siempre mientras no haya motivo para suponer lo contrario. Este elemento subjetivo debe constar plenamente, pues si existen dudas acerca del móvil del agente no deberá admitirse la calificación del hurto.

³⁸ Fallo del 11 de abril de 1946.



También perderá la ilicitud este delito cuando se demuestre alguna causa de justificación.

3.5.4. Consumación del delito.

Ferrer considera que el delito de hurto se consuma cuando la cosa queda de hecho a la disposición del agente³⁹. La jurisprudencia española ha considerado que el hurto se consuma cuando el culpable coge o aprehende la cosa y ésta quede por tiempo más o menos duradero bajo su poder. El hecho que aquél pueda aprovechar o utilizar lo hurtado es algo indiferente, pues en los supuestos dichos el delito se entiende por consumado.

Tampoco se pierde el carácter de consumado cuando el delincuente devuelve la cosa hurtada o ésta fuera recuperada. En estos casos no se puede aducir la tentativa si la cosa ya fue aprehendida por el sujeto activo.

En la doctrina se puede distinguir entre consumación y agotamiento del delito. En el primer caso, se requiere que los objetos sustraídos permanezcan por algún tiempo en poder material del sujeto activo y fuera de la disposición del propietario; mientras que en el agotamiento consiste en que el autor del hecho disponga libremente de lo hurtado y consiga el lucro que se había propuesto⁴⁰.

Hay tentativa cuando la actividad del culpable se paraliza antes de tomar la cosa.

³⁹ Ferrer Sama. “Estudio de la acción en el delito de hurto”. Fascículo de Derecho Penal, Núm. 3, 1944. P. 139

⁴⁰ Sentencia judicial del 13 de mayo de 1971. España



3.5.5. Responsabilidad penal.

En Derecho Penal, la responsabilidad penal se diferencia comúnmente entre autores y cómplices. Otros añaden a esta categoría a los “encubridores”, sin embargo, en la legislación guatemalteca el encubrimiento constituye un delito autónomo.

Encubrimiento propio

Artículo 474 del código Penal “Es responsable de encubrimiento propio quien sin concierto, connivencia o acuerdo previo con los autores o cómplices del delito pero con conocimiento de su perpetración, interviniere con posterioridad, ejecutando alguno de los siguientes hechos:

1. Ocultar al delincuente o facilitar su fuga
2. Negar a la autoridad sin motivo justificado, la entrega de un sindicado, perseguido o delincuente que se encuentre en la residencia o morada de la persona requerida.
3. Ayudar al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la pesquisa de ésta. Recibir, ocultar, suprimir, inutilizar, aprovechar, guardar, esconder, traficar o negociar, en cualquier forma, objetos, efectos, instrumentos, pruebas o rastros del delito.

Los responsables del delito de encubrimiento serán sancionados con prisión de dos meses a tres años”.

Encubrimiento impropio

Artículo 475. “Es responsable del delito de encubrimiento impropio quien:



1. Habitualmente albergare, ocultare o protegiere delincuentes o, en cualquier forma ocultare armas o efectos de delito, aunque no tuviere conocimiento determinado del mismo.

2. Debiendo presumir, de acuerdo con las circunstancias la comisión del delito, realizare cualquiera de los hechos a que se refiere el artículo anterior.

Al responsable del delito a que se refiere el inciso primero de este artículo, se le sancionará con prisión de dos a cuatro años.

Al responsable del delito a que se refiere el inciso segundo de este artículo, se le sancionará con multa de cincuenta a un mil quetzales.

Si el responsable tuviere negocio de los objetos de que se trate o realizare actividades de tráfico habitual con los mismos, ya sean nuevos o usados, la sanción será de seis meses a dos años y multa de cien a dos mil quetzales”.

El Código Penal en el Artículo 36 establece como autores a:

“1.- Quien tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito;

2.- Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo;

3.- Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer;

4.- Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presente en el momento de su consumación”.



En el numeral 3, se puede apreciar implícitamente la distinción entre autor intelectual mediato del autor material o inmediato. El primero es aquél que participa en la preparación del delito, el segundo se refiere a aquél que participa en su ejecución.

Como cómplices artículo 37 del código penal, considera a:

- “1.- Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
- 2.- Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
- 3.- Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito; y
- 4.- Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito”.

En los casos de delito de hurto, son autores no sólo los que toman la cosa con ánimo de lucro, también lo son, conforme a la doctrina, cuantos de común acuerdo, con unidad de propósito y con ánimo de lucro cooperan a la ejecución del hurto. Son asimismo autores, los que cooperan con actos, que no son propiamente de ejecución, sin los cuales el delito no se hubiere efectuado.

3.5.6. Diferencia con otros delitos.

A continuación se presenta un cuadro sintético con el cual se establecen los elementos distintivos del delito de hurto que lo hacen diferenciar de otros similares:



Tipo penal	Elementos característicos
Hurto	El culpable se apodera de la cosa sin emplear alguna forma de violencia o intimidación. La forma clandestina que se emplea para el apoderamiento constituye un elemento esencial.
Robo	El culpable se apodera de la cosa empleando alguna forma de violencia o intimidación. La fuerza constituye un elemento esencial.
Estafa	La persona recibe la cosa mediante engaño; no la toma del poseedor o propietario.
Apropiación indebida	La persona recibe la cosa pero se la apropia ilegítimamente en razón de depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolverla.



3.6. Hurto agravado

De acuerdo con el Artículo 247 del Código Penal el hurto puede ser agravado en los siguientes casos:

“1. El cometido por doméstico o interviniendo grave abuso de confianza.

2. Cuando fuere cometido aprovechándose de calamidad pública o privada, o de peligro común.

3. Cuando se cometiere en el interior de casa, habitación o morada o para ejecutarlo el agente se quedare subrepticamente en edificio o lugar destinado a habitación. Esta circunstancia agravante no se aplicará cuando el hurto concursare con el de allanamiento de morada.

4. Cuando se cometiere usando ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallado o retenida.

5. Cuando participaren en su comisión dos o más personas; una o varias fingiéndose autoridad o jefes o empleados de un servicio público.

6. Cuando el hurto fuere de objetos o dinero de viajeros y se realizare en cualquier clase de vehículos o en estaciones, muelles, hoteles, pensiones o casas de huéspedes.



7. Cuando fuere de cosas religiosas o militares, de valor científico, artístico o histórico destinadas al uso u ornato públicos.

8. Si el hurto fuere de armas de fuego.

9. Si el hurto fuere de ganado.

10. Cuando los bienes hurtados fueren productos separados del suelo, máquinas, accesorios o instrumentos de trabajo, dejados en el campo, o de alambre u otros elementos de los cercos.

11. Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. Si los vehículos hurtados fueren llevados y aceptados en predios, talleres, estacionamientos o lugares de venta de repuestos, con destino a su venta, realización o desarme, serán solidariamente responsables con los autores del hurto, los propietarios de los negocios antes mencionados, sus gerentes, administradores o representantes legales, quienes en todo caso, están obligados a verificar la legítima procedencia de los vehículos recibidos para su comercialización.

Al responsable de hurto agravado se le sancionará con prisión de dos a diez años”.



3.7. El hurto de fluidos

El Código Penal de Guatemala regula esta figura en su Artículo 249, en el que regula: “Quien, ilícitamente, sustrajere energía eléctrica, agua, gas, fuerza de una instalación o cualquier otro fluido ajeno, será sancionado con multa de mil a quince mil quetzales”.

Constituyen elementos objetivos del tipo:

La actividad ilícita

El apoderamiento mediante sustracción de energía eléctrica, agua, gas, fuerza de una instalación o cualquier otro fluido ajeno.

Como elementos subjetivos, idénticamente al delito genérico de hurto, están:

La voluntad de tomar el fluido sin consentimiento del propietario o poseedor legítimo

El ánimo de lucro.

3.8. El robo

El Código Penal guatemalteco regula esta figura tipo así: “Quien sin la debida autorización y con violencia anterior, simultánea o posterior a la aprehensión, tomare cosa mueble, total o parcialmente ajena, será sancionado con prisión de 3 a 12 años” (Artículo 251).



3.8.1. Bien jurídico tutelado

Al igual que en los delitos de hurto, el bien jurídico tutelado es la posesión o propiedad de las cosas muebles. Además, en los casos en donde el robo se ejerce con violencia o intimidación de las personas también se protegen intereses jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal y la libertad.

3.8.2. Elementos objetivos del delito

Al igual que en los delitos de hurto, para la existencia del delito de robo deben concurrir los elementos siguientes: a) apoderamiento de una cosa con violencia o intimidación en las personas o con fuerza en las cosas; b) Que la cosa sea mueble; c) Que sea ajena.

Según el autor Eugenio Cuello Calon al respecto dice:

A.- El tomar o apoderarse de la cosa mueble ajena, expresa el hecho que el agente debe sustraer la cosa de la posesión o de la custodia ajena de su propietario o poseedor legítimo por un tiempo más o menos duradero; es decir, debe coexistir el desplazamiento de la cosa y el aprovechamiento o futuro aprovechamiento de la misma. Es necesario que concurra violencia o intimidación en las personas o cosas, pero no es necesario que concurren ambos supuestos. En variadas legislaciones cuando concurren ambas hipótesis esto constituye agravamiento de la pena. Se reitera que el apoderamiento debe ser ejercido con violencia. La violencia en su expresión jurídica tiene una connotación específica: Es notorio que debe emplearse fuerza física,



intimidación que supone coacción moral o psicológica, y expresa como en el lenguaje corriente causar o producir miedo⁴¹. La violencia ha de ser empleada antes o en el momento de ejecutarse el robo, su utilización posterior no puede integrar el delito de robo, sólo en los casos excepcionales, cuando el culpable ataca a los que acudieron en auxilio de la víctima o a los que les persiguen.

No es preciso tampoco que los actos de violencia o la intimidación se realicen sobre el propietario o poseedor o encargado de la custodia de la cosa robada, es indiferente que tengan lugar sobre otras personas, pero es necesario que se empleen como medio de apoderamiento de la cosa ajena. La violencia o intimidación no supone necesariamente el empleo de armas.

Groizard, establece que la fuerza sobre las cosas es el medio empleado por el culpable para vencer la resistencia del propietario o poseedor para evitar que se apoderen de ellas contra su voluntad, resistencia que consiste en encerrarlas, resguardarlas y rodearlas de obstáculos materiales que las defiendan y que son a su vez expresión cierta y externa de su voluntad constante y contraria a cuanto tiene por fin sacarlas de su domicilio o posesión o removerlas del lugar donde se encuentran.

En el Código Penal guatemalteco se define y diferencia la violencia en física o psicológica o moral: “La primera, es manifestación de fuerza sobre personas o cosas; la segunda, es intimidación a personas. Se entenderá que existe esta última, cuando

⁴¹ Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. 867 y 868



concurriere hipnosis, narcosis o privación de razón o sentido, ya sea que el sujeto activo provoque la situación o la aproveche⁴².

B.- Que sea cosa mueble. La cosa sobre la que el apoderamiento recae ha de ser mueble y corporal, tal y como se detalló arriba con respecto al hurto. Las cosas incorpóreas, como los derechos e ideas, no pueden ser objeto de robo, pues resulta imposible cogerlas o tomarlas.

Los inmuebles y los derechos reales pueden ser objeto del delito de usurpación, que consiste básicamente en ocuparlos o usurparlos mediante intimidación o violencia.

C.- La cosa robada ha de ser ajena. Ha de tener un propietario o un poseedor legítimo, tal y como se describió con relación al hurto. Es indiferente como el propietario o poseedor haya adquirido la cosa anteriormente.

3.8.3. Elementos subjetivos del delito

El elemento volitivo de este delito lo constituye la intención de apoderarse de una cosa con conciencia de que es ajena y con conocimiento que obra contra la voluntad de su dueño; debe también concurrir el elemento especial del animus lucrandi.

Si respecto del hurto es posible la exclusión del dolo por creencia errónea acerca del carácter ajeno de la cosa (cosa abandonada o res nullius), tratándose del robo, es muy

⁴² Artículo I, numeral 4, Disposiciones Generales.



difícil o imposible que se presenten estas situaciones a causa de la manera como están custodiadas por sus propietarios o poseedores las cosas cuyo apoderamiento puede integrar este delito (encerradas en muebles, armarios, defendidas por puertas, dentro de muros de una casa, etc.). Lo mismo puede decirse respecto de la conciencia de obrar en contra de la voluntad del dueño de la cosa, pues el que para apoderarse de la cosa ajena tiene que fracturar una puerta, o una caja de caudales, o entrar por la ventana, no puede menos de obrar con conciencia, a sabiendas, de que procede contra la voluntad de aquél.

El dolo especial de este delito está constituido por el ánimo de lucro que tiene aquí la misma connotación que lo discernido con relación al hurto. No sólo significa ánimo o deseo de enriquecimiento, sino también propósito de obtener cualquier género de ventaja, provecho o satisfacción. No es menester que llegue a obtenerse, basta el deseo de lograrlo. El ánimo de lucro existe aun cuando el culpable done a un tercero la cosa robada.

3.9. Robo agravado

El Artículo 252 del Código Penal de Guatemala regula la figura de delito de robo agravado de la siguiente forma:

“Es robo agravado:

- 1o. Cuando se cometiere en despoblado o en cuadrilla
- 2o. Cuando se empleare violencia, en cualquier forma, para entrar al lugar del hecho.



- 3o. Si los delincuentes llevaran armas o narcóticos, aun cuando no hicieren uso de ellos.
- 4o. Si los efectuaren con simulación de autoridad o usando disfraz.
- 5o. Si se cometiere contra oficina bancaria, recaudatoria, industrial, comercial o mercantil u otra en que se conserven caudales o cuando la violencia se ejerciere sobre sus custodios.
- 6o. Cuando el delito se cometiere asaltando ferrocarril, buque, nave, aeronave, automóvil u otro vehículo.
- 7o. Cuando concurriere alguna de las circunstancias contenidas en los incisos 1o., 2o., 3o., 6o., 7o., 8o., 9o., 10 y 11 del Artículo 247 de este Código.
- El responsable de robo agravado será sancionado con prisión de seis a quince años”.

3.10. Robo de fluidos

El Código Penal de Guatemala regula esta figura en su Artículo 254, en el que regula:

“Cuando los hechos a que se refiere el Artículo 249 de este Código, se cometieren con violencia, serán calificados como robo y sancionados con prisión de seis meses a dos años”.

Constituyen elementos objetivos del tipo:

La actividad ilícita, el apoderamiento con violencia y mediante sustracción de energía eléctrica, agua, gas, fuerza de una instalación o cualquier otro fluido ajeno (elementos objetivos del tipo penal regulado por el Artículo 249 del Código Penal).



Como elementos subjetivos, idénticamente al delito genérico de hurto, están:

La voluntad de tomar el fluido sin consentimiento del propietario o poseedor legítimo. El ánimo de lucro.



CAPÍTULO IV

4. Análisis del uso ilegal e interferencias

4.1. Contexto situacional

En la sociedad guatemalteca ha resultado controversial el tema del “Uso ilegal de frecuencias radioeléctricas”, pues el Ministerio Público ha iniciado investigaciones, persecuciones y acciones penales por el delito de hurto contra personas que usan y explotan de forma ilegal dichas frecuencias; sin embargo éstas aducen que dicha tipificación es incorrecta, en el sentido que las Frecuencias Radioeléctricas, por ser bienes intangibles o incorpóreos, y por ende, no pueden ser sujetos de apropiación y desplazamiento de la cosa, los cuales constituyen elementos objetivos del tipo penal de Hurto.

El Ministerio Público sin embargo ha sustentado su tesis con base a que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que se consideran bienes del Estado “las Frecuencias Radioeléctricas” (Artículo 121, inicio h, Constitución Política), estipulado que relaciona con la conceptualización de bienes muebles que establece el Código Civil, entre otros: “las fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación”. Es decir, el Ministerio Público concatena el hecho que las frecuencias radioeléctricas son fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación, pues el exclusivo propietario es el Estado; y en los casos, de uso ilegal o interferencia de frecuencias no sólo se puede



afectar al propietario de las frecuencias (El Estado) sino a aquél o aquellos que poseen la legítima posesión sobre las mismas, como el caso de los usufructuarios, quienes ostentan un derecho real concedido por el Estado mediante subasta pública.

4.2. Esencia de la problemática sujeta a estudio

La esencia de la presente investigación estriba en considerar si ¿es correcto que el Ministerio Público tipifique como delito de Hurto el uso y explotación ilegal de Frecuencias Radioeléctricas?

A continuación se hacen las siguientes consideraciones: En los últimos años, las necesidades de utilización del espectro radioeléctrico como recurso, han crecido enormemente como consecuencia de la entrada de nuevos operadores y el lanzamiento sin descanso de nuevos servicios y aplicaciones que transportan un volumen de información creciente. Se trata de una tendencia que, además no parece que vaya a quebrarse en el futuro. La situación descrita requiere una adecuada definición de los mecanismos de gestión y distribución de este activo. Se han alcanzado algunas voces que aseguran que los métodos tradicionales de gestión del espectro radioeléctrico, no son capaces de responder con garantías al escenario actual. El espectro radioeléctrico es un componente esencial para el crecimiento económico en nuestro días, tanto desde el punto de vista del consumo (Radiodifusión y telefonía móvil por ejemplo) como para el funcionamiento de servicios esenciales (Defensa, emergencias o servicios públicos



como la electricidad, transporte, etc.). Como se ha descrito en los primeros apartados de esta investigación, el espectro radioeléctrico se puede definir bajo dos aristas:

a.- La primera de carácter técnico, expone que el espectro radioeléctrico está compuesto por el conjunto de bandas de frecuencias disponibles para los distintos tipos de comunicación tales como radio de ampliación modulada (AM) y de Frecuencia modulada (FM), televisión VHF y UHF, telefonía satelital, inalámbrica, móvil, etc.

b.- El segundo punto de vista, es de carácter legal, se encuentra comprendido en el Artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones que dice “espectro radioeléctrico se le conoce con los nombres de ondas electromagnéticas, ondas de radio hertzianas y frecuencias radioeléctricas, su uso, aprovechamiento y explotación únicamente podrá realizarse de acuerdo con lo prescrito en esta Ley” Esta norma no contiene propiamente una definición del espectro radioeléctrico, sino lo asemeja a otros conceptos que en esencia y técnicamente contienen diferencias.

En conclusión, los legisladores guatemaltecos erraron al no definir propiamente el Espectro Radioeléctrico y en su lugar equiparlo con las características de los elementos contenidos en el mismo. Sin embargo es necesario considerar que la inexactitud de los términos técnicos empleados iniciados desde la misma Constitución Política que define como bienes del Estado “las frecuencias radioeléctricas”.



Como se puede apreciar los constituyentes incluyeron en la clasificación de bienes del Estado las frecuencias radioeléctricas de forma abierta y general, de lo cual se infiere que son todas y al hablar de todo el universo de frecuencias radioeléctricas en la Ley General de Telecomunicaciones, se puede concluir que el legislador tomó en cuenta que en el ordenamiento jurídico interno guatemalteco se han utilizado los términos de manera indistinta y haciendo referencia al mismo concepto de espectro radioeléctrico, por lo que se optó por equiparar conceptos en lugar de definir propiamente el espectro radioeléctrico.

En razón de no existir un concepto legal del Espectro Radioeléctrico es conveniente establecer una definición con base en sus elementos técnicos, en ese sentido se le puede llamar así al conjunto de bandas de frecuencias contenidas en el espectro electromagnético, propiedad del Estado, cuya frecuencia se fija convencionalmente de los 3 Khz a los 300 Ghz y son utilizados específicamente para la comunicación.

Es importante advertir que ha proliferado sin ninguna limitación la operación de radios sin el correspondiente Título de Usufructo (TUF), lo cual se ha podido observar en los diferentes medios de comunicación escritos, televisivos y de radio del país, y que de conformidad con los principios técnicos que rigen en esta materia, producen además, interferencias perjudiciales en otras emisoras de radio que si poseen títulos de usufructo otorgados al amparo de la Ley.



4.3. Definición del concepto de Interferencia

De lo anteriormente descrito, resultado conveniente definir el concepto de Interferencia: Energía que tiende a interferir con la recepción de las señales deseadas, como la interferencia RF de canales adyacentes, o fantasmas reflejados por objetos como montañas y edificios. En las telecomunicaciones y área afines, la interferencia es cualquier proceso que altera, modifica o destruye una señal durante su trayecto en el canal existente entre el emisor y el receptor.

Según el reglamento de radiocomunicación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) se define la Interferencia como efecto de una energía no deseada debido a una o varias emisiones, radiaciones, inducciones o sus combinaciones sobre la recepción en un sistema de radiocomunicación, que se manifiesta como degradación de la calidad, falseamiento o pérdida de la información que se podría tener en ausencia de esta energía no deseada.

4.3.1. Tipos de interferencias

Dentro de ese reglamento se describen varios tipos de Interferencia:

a.- Interferencia admisible: Es la interferencia observada o prevista que satisface los criterios cuantitativos de interferencia y de compartición que figuran en el reglamento o en recomendaciones UIT-R o en acuerdos especiales.



b.- Interferencia Aceptada: Es la interferencia de nivel más elevado que el definido como interferencia admisible, que ha sido acordada entre dos o más administraciones sin perjuicio para otras administraciones.

c.- Interferencia Perjudicial: Es la interferencia que compromete el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad, o que degrada gravemente, interrumpe repetidamente o impide el funcionamiento de un servicio de radiocomunicación explotado de acuerdo con el reglamento de radiocomunicaciones.

4.4. Tipificación penal de la interferencia perjudicial

El Código Penal guatemalteco en esencia tipifica con sanción penal la Interferencia Perjudicial en el Artículo 295 del Código Penal que dispone:

“Interrupción o entorpecimiento de comunicaciones. Quien, atentare contra la seguridad de telecomunicaciones o comunicaciones postales, o por cualquier medio interrumpiere o entorpeciere tales servicios, será sancionado con prisión de dos a cinco años”.

En este caso el bien jurídico que se tutela son los medios de comunicación y no la propiedad como en los casos de hurto y robo.



Como se ha descrito, el delito es la conducta humana manifestada en forma voluntaria o involuntaria transgresora de una norma del ordenamiento jurídico penal vigente, haciéndose acreedora dicha conducta a una sanción. Sus principales elementos son:

a.- Una acción u omisión

b.- Tipicidad;

c.- Antijuridicidad;

d.- Culpabilidad; y,

e.- Punibilidad.

En los casos de Uso Ilegal e Interferencia de Frecuencias Radioeléctricas la tipificación que reúne los elementos comunes a esta acción es la descrita en el Artículo 295 del Código Penal, interrupción o entorpecimiento de comunicaciones. Aún más, el bien jurídico tutelado es el específico de los medios de comunicación, pues en los casos de delito de robo y hurto supone como bien jurídico tutelado la propiedad, y en este caso, el Estado es el exclusivo propietario de las frecuencias radioeléctricas, pero los tipos de hurto y robo como vimos contienen como elementos objetivos la apropiación de la cosa de sus legítimos poseedores, por lo que, los usufructuarios también pueden ser objeto – siguiendo la hipótesis llevada por el Ministerio Público- de hurto o robo en su caso.



El dilema en los casos de robo y hurto es que debe existir desplazamiento de la cosa a favor de quien la toma o posee ilegítimamente, supuesto que es difícil de comprobar en los casos de uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas, pues no se desplaza nada por ser éstos bienes incorpóreos.

4.5. Principios constitucionales a considerar en virtud de la tipificación por parte del Ministerio Público del delito de hurto en los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas

Lo idóneo es que en la legislación penal guatemalteca se establezca un delito de uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas reservadas, reguladas y de radioaficionados, para ser conteste la legislación penal con la normativa específica de la Ley General de Telecomunicaciones, pues tal y como se ha venido dando en la práctica forense, al tipificar tales acciones como delito de hurto, se pueden argüir algunas infracciones contra principios constitucionales de carácter penal, entre ellos:

a.- El Principio de Legalidad. El Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que “No hay delito ni pena sin ley anterior”, no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetuación. No hay pena por deuda. Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare expresamente como tal.



Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo. Con esto es dable dejar claro que, con base al principio de legalidad, en Derecho Penal no se admite la analogía; o sea que, si el hecho no está contemplado concretamente en la ley, no podrá aplicarse a él una norma que castigue un hecho similar (Ejemplo el hurto o robo, son similares; si fuere el caso que el hurto no estuviese contemplado por el Código, no podría aplicarse, por analogía, al que hurta, la pena correspondiente al robo). Para aplicar pena por un hecho, no basta que la ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho. Con esto se está declarando la irretroactividad de la ley penal; o sea, que esta no puede aplicarse a hechos pasados, sino que debe aplicarse a hechos futuros. La irretroactividad de la ley penal, sólo podrá dejarse de lado cuando la ley posterior al hecho, sea más favorable al reo.

Belling sostiene que, para que una norma responda al principio de legalidad, aquella debe ser: i) Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido; ii) Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito y así evitar la analogía (*ius certum*); iii) Previa, debe ser anterior al hecho delictivo. Dada la importancia del principio de legalidad y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido el principio de legalidad.

Este principio puede ser conculcado si no se demuestra fehacientemente que el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas o su interferencia se adecua objetivamente al delito



de hurto, pues puede entenderse como aplicación de analogía, lo que contradice claramente dicha legalidad. Además, el tipo penal de interrupción o entorpecimiento es genérico y no es específico en cuanto a describir que se arremete a poseedores de títulos de usufructo (TUF).

b.- Principio del Debido Proceso. Es un principio de Derecho Penal que consiste en la aplicación e interpretación de normas que se refieren a la observancia por parte del Tribunal de todas las normas relativas a la tramitación de juicio y al derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que entraña del procedimiento judicial.

Se refiere a realizar ante el tribunal todos los actos encaminados a la defensa de los derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad a los sindicados de hacer valer un medio de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes.

Este principio puede ser conculcado, toda vez que la base de la sustentación técnico legal en los casos de hurto por uso ilegal o interferencia de frecuencias radioeléctricas, no es idónea para la interposición de la acusación, dando lugar en cuanto a sus efectos a sentencias que se correlacionan con acusaciones que pueden ser tomadas como improcedentes.

c.- Principio de intervención mínima del Derecho Penal. El Estado debe evitar en lo posible figuras delictivas para aplicar penas. Debe intentar combatir la delincuencia



con otros medios, como los educativos, laborales, de salud, otros. El Estado debe actuar con el Derecho Penal únicamente en casos excepcionales cuando se lesionen intereses relevantes y de impacto para la sociedad.

Como veremos posteriormente existen normas sancionatorias desde el ámbito administrativo con eficaces medidas preventivas y de prevención general, toda vez que se imponen multas por cuantiosas sumas de dinero. Es decir, que si estas sanciones fueran debidamente aplicadas no sería necesario llegar hasta la esfera del derecho punitivo.

Independientemente de lo establecido en la normativa penal, el uso ilegal y las interferencias de frecuencias radioeléctricas si tienen cabida como infracciones administrativas en la Ley General de Telecomunicaciones, que en su Artículo 81 dispone:

“Infracciones y multa. Se establecen las infracciones y multas siguientes:

1. Multa de 1,000 a 10,000 UMAS⁴³ por:

a) Usar las bandas de frecuencias para radioaficionados en contra de lo estipulado en esta ley;

⁴³ La Ley General de Telecomunicaciones dispone en su Artículo 80, las Unidades de Multa (UMAS): “Las multas se fijarán en unidades de multa (UMA) determinadas por la Superintendencia en la resolución respectiva. El valor de cada UMA será equivalente a un dólar de los Estados Unidos de América. Para la determinación de la equivalencia del quetzal, moneda de curso legal en la república de Guatemala, frente al dólar, se aplicará la tasa de cambio promedio ponderado tipo vendedor de dicha moneda, que rija en el mercado bancario guatemalteco el día en que se emita la resolución que imponga la sanción respectiva”.



- b) Causar interferencias comprobadas;
- c) Desconectar ilegalmente a otro operador;
- d) No realizar el registro en cualquiera de los casos establecidos por la ley;
- e) Cualquier infracción establecida en los reglamentos a que hace referencia esta

Ley o al capítulo trece del tratado aprobado por el Decreto Número 31-2005 del Congreso de la República, debidamente comprobadas por el organismo competente y dictadas de conformidad con las normas aplicables.

2. Multa de 10,001 a 100,000 UMAS por:

- a) No permitir el acceso a los recursos esenciales, de acuerdo a esta Ley o los Tratados Internacionales ratificados por la República de Guatemala;
- b) Desconectar ilegalmente a otro operador;
- c) Utilizar las bandas de frecuencia reguladas o reservadas sin la obtención previa del derecho de usufructo o del derecho de uso, respectivamente;



- d) Cometer cualquiera de las infracciones establecidas en el numeral 1, reincidente habitualmente, debidamente comprobadas por la autoridad competente y dictada de conformidad con las normas aplicables;

- e) Interconectarse a una red de telecomunicaciones sin la autorización o el consentimiento del operador de la red;

- f) Alterar los datos necesarios para cobrar debidamente el acceso a recursos esenciales;

- g) Por activar o poner en funcionamiento terminales de teléfono celular sin autorización respectiva de algún operador o comercializador de servicios de telecomunicaciones, y en el caso de estos últimos, por incumplir con lo establecido en el primer párrafo del artículo 78 bis.

3. La reincidencia en cualquiera de las infracciones establecidas en el numeral 2 de este artículo, se sancionará con la multa máxima establecida, y para el caso específico de la literal g) del numeral 2, se faculta a la Superintendencia de Telecomunicaciones para cancelar todas las inscripciones del operador en el registro respectivo cuando dicho operador sea reincidente.



La aplicación de cualquier sanción económica establecida en esta Ley se hará **sin** perjuicio de deducir las responsabilidades penales y civiles que correspondan”
(resaltado es propio).



CONCLUSIONES

1. El espectro radioeléctrico se le conoce con los nombres de ondas electromagnéticas, ondas de radio hertzianas y frecuencias radioeléctricas, su uso, aprovechamiento y explotación únicamente puede realizarse de acuerdo con lo prescrito por la Ley General de Telecomunicaciones.
2. Las personas individuales o jurídicas que deseen utilizar frecuencias reguladas tienen que poseer el título de usufructo (TUF) que otorga la Superintendencia de Telecomunicaciones para operar legalmente, luego del procedimiento de subasta pública, ya que el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas consiste en la operación de una radioemisora sin obtener el título de usufructo correspondiente, vulnerando así la propiedad del Estado y en otras ocasiones los derechos de los usufructuarios.
3. En la práctica forense, el Ministerio Público ha venido tipificando el uso ilegal y la interferencia de frecuencias de radio bajo el tipo penal de hurto; dicha tipificación posee elementos razonables para no adecuarse a los principios de legalidad, debido proceso e intervención mínima del Estado en el ámbito penal.
4. El tipo penal de interrupción o entorpecimiento de comunicaciones, es un tipo genérico que no contiene las especificidades contenidas en los casos de uso



ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas, por lo que tampoco, resuelve dicha problemática.

5. En razón de no existir un tipo especial que regule el uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas, es más precisa la aplicación de las normas sancionatorias que en el ámbito administrativo se regulan en la Ley General de Telecomunicaciones.



RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Organismo Legislativo de la República de Guatemala incorporar en la Ley General de Telecomunicaciones una definición propia y técnica sobre el concepto del espectro radioeléctrico para ese efecto se propone la siguiente: “Conjunto de bandas de frecuencias contenidas en el espectro electromagnético, propiedad del Estado cuya frecuencia se fija convencionalmente de los 3Khz., a los 300 Ghz, y son utilizados especialmente para la comunicación”.
2. Que el Estado de Guatemala a través del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda realice campañas divulgativas y formativas donde se explique el procedimiento de adquisición de frecuencias radioeléctricas para evitar su uso ilegal, específicamente solicitud de obtención, disposiciones físicas y proceso de subasta pública.
3. Se propone al Estado de Guatemala a través del Ministerio Público que realicen programas de capacitación en la Agencia tres (3), Unidad de Delitos contra Periodistas y Sindicalistas sobre los elementos técnicos contenidos en la ley General de Telecomunicaciones, para analizar los principios de legalidad, debido proceso e intervención mínima en los procesos que se incoan para investigar y perseguir penalmente a las radios que utilizan ilegalmente las frecuencias radioeléctricas.



4. Que los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de las Universidades del país, puedan recibir cursos ordinarios o extraordinarios sobre derecho de telecomunicaciones, bien sea en el ámbito del derecho Administrativo o del derecho Comercial con el objeto de conocer las normas nacionales e internacionales que existen para operar una frecuencia radioeléctrica.

5. Se sugiere al Organismo Legislativo la creación de un tipo penal especial por el uso ilegal e interferencia de frecuencias radioeléctricas, éste debería describir mínimamente lo siguiente: “La persona jurídica o individual que usare y/o explotare sin el Título de Usufructo correspondiente una o más frecuencias radioeléctricas será sancionado con prisión de X a Y y multa de AB”.



BIBLIOGRAFÍA

CUELLO CALÓN, Eugenio. **“Derecho Penal”**. Revisado por César Camargo.
Tomo II, Parte Especial. V. II. 14ª. Edición, Bosch, Casa Editorial, S.A.
Barcelona, 1975.

DE DIOS ROMERO, Juan. **“Las Frecuencias Radioeléctricas en la Edad de
la Información, el Espacio Nacional y la Identidad de Argentina”**.
www.rrppnet.com.ar

ESPIN CANOVAS, Diego. **“Manual de Derecho Civil Español”**, Tomo II,
España, 1952.

FERRER, Sama. **“Estudio de la acción en el delito de hurto”**. Fascículo de
Derecho Penal, Núm. 3, 1944.

HASSEMER, Winfried. **“Fundamentos de Derecho Penal”**. Barcelona,
España. BOSH, 1984.

HENRY ISSA, Khoury y Alfredo Chirino Sánchez. **“Metodología de resolución
de conflictos en materia penal”**. ILANUD, San José, Costa Rica, 1991.



JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **“Libertad de amar y derecho a morir”**. 4ª. Edición
Historia Nueva, Santander, 1929.

LARENZ, Karl. **“Metodología de la Ciencia del Derecho”**, Bosch, Madrid,
1984.

MAGGIORE, Giuseppe. **“Derecho Penal”**. Volumen I, El Delito. Edit. Temis,
Bogotá, Colombia. 1971

OLESSA MUÑIDO, Felipe. **“La estructura de la infracción penal en el Código
Penal español vigente”**. Barcelona, Ariel, 1971.

ORTÍZ RÍMOLA, David Alfonso. **“Consideraciones Generales del Título de
Usufructo de Frecuencia”** (Tesis Abogado y Notario). Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, s.e.,
Guatemala, 2004

RICCO, José. **“Las sanciones penales y la Política Criminológica”**. Siglo
XXI, editores, México, 1979.

RODRIGUEZ DEVESA, José. **“Consideraciones Generales sobre los delitos
contra la propiedad”**. Anuario de Derecho Penal, 1960, fasc. I



VALENZUELA, Wilfredo. **“Derecho Penal. Parte General: Delito y Estado”**

Edit. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala,
2007.

VÁSQUEZ, Carlos. **“Los Bienes y Demás Derechos Reales (Derecho Civil II).**

Editorial Crockmen, Guatemala, s.a.

ZAFFARONI, Eugenio. **“Sistemas Penales y Derechos Humanos en América**

Latina. Informe Final”. Edit. DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, 1986.

LEGISLACIÓN

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

Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Ley 94-96 del Congreso de la República, 14 de noviembre de 1996.

Código Penal, Decreto No. 17-73. Del Congreso de la República de Guatemala, 1 de enero de 1974.

Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 13 de diciembre de 1993.



Código Civil, Decreto Ley 106, Enrique Peralta A zurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. 1 de julio de 1964.

Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

(UIT), firmados el 22 de diciembre de 1992 (Ginebra), y que entraron en vigor el 1 de junio de 1994. Desde su aprobación en 1992, la Constitución y el Convenio de la UIT fueron enmendados por las Conferencias de Plenipotenciarios de Kyoto (1994), Minneápolis (1998) y Marrakech (2002). Estas enmiendas entraron en vigor el 1 de enero de 1996, el 1 de enero de 2000 y el 1 de enero de 2004.

Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, última versión del Reglamento de Radiocomunicaciones se firmó el 4 de julio de 2003 (Ginebra) y la mayoría de las disposiciones entrarán en vigor el 1 de enero de 2005. El Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales se firmó el 9 de diciembre de 1988 (Melbourne) y entró en vigor el 1 de julio de 1990.