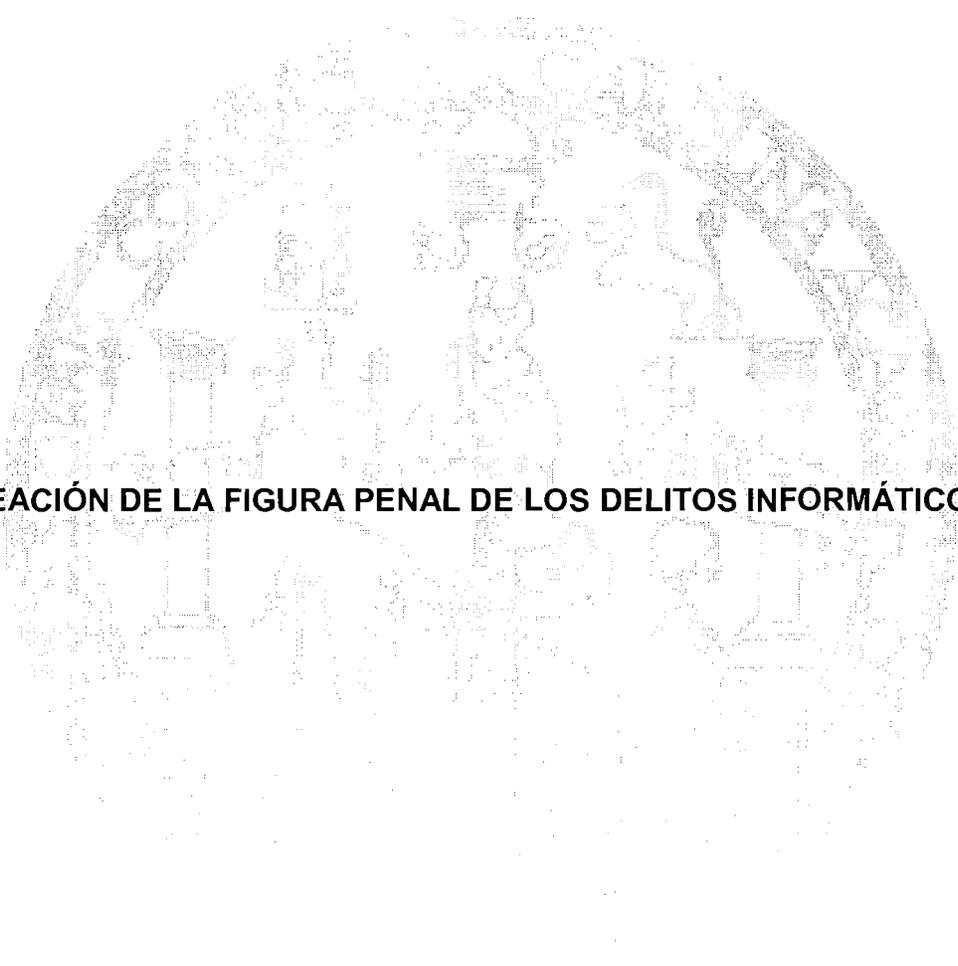


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



CREACIÓN DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ

GUATEMALA, MAYO DE 2012

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

CREACION DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Byron Oswaldo De La Cruz López
Vocal:	Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretario	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Nery Augusto Franco Estrada
Secretario:	Licda. Eloisa Ermila Mazariegos Herrera

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).



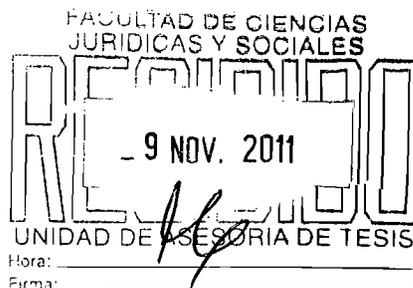
Lic. JULIO ALFREDO MERLOS JUÁREZ

ABOGADO Y NOTARIO
OFICINA JURIDICA

2ª. Avenida 2-77 segundo nivel, zona 2, Chimaltenango
Cel. 51234182

Chimaltenango 12 de octubre de 2011

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



Licenciado Carlos Castro Monroy:

I) De manera respetuosa me dirijo a usted, en cumplimiento de la resolución emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis, de esta facultad en la que se me nombro asesor de tesis del joven Bachiller Roberto Alfonso Abaj Sinaj, quien se identifica con el carné número 200411501, y quien elaboró el trabajo de Tesis denominado “**CREACIÓN DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS**”.

II) El contenido científico y técnico de la tesis en general a excepción de los capítulos primero y segundo es eminentemente científico, en virtud que el trabajo realizado deviene de explorar el ámbito de la ciencia y tecnología actual, por ser un tema que refleja idealmente un conjunto de conocimientos científicos que han llevado a la actualidad penal a desarrollarse en materia de Derecho y Tecnología, lo técnico se manifiesta en la investigación de la Internet aportando la tipificación de nuevos delitos siempre respetando el criterio de su autor en la redacción objetiva.

III) Con relación a la metodología y técnicas de investigación utilizadas; el método doctrinario establece el estudio general del trabajo tomando en cuenta cada una de las leyes y bibliografías relacionadas con la tipificación de delitos informáticos. El analítico jurídico en la deducción de problemas suscitados en la Internet quedando estos sin resolverse en nuestra norma penal. El método inductivo ayudó al desarrollo lógico de lo particular o individual obteniendo de esta manera respuesta a la investigación en forma general, el deductivo logró proceder de lo general o universal a lo particular o individual obteniendo la información de manera general, logrando particularizar los casos concretos de la investigación.

IV) En la redacción considero opinar que se apega a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, toda vez que fue de manera clara y concreta dando mayor importancia a los casos actuales en los que figura la creación de la figura penal de los delitos informáticos en un sistema cibernético. La contribución científica del tema presentado; la más adecuada e ideal que pueda aportar al medio nacional pues de forma vinculante el desarrollo tecnológico debe estar en el mismo nivel de una norma jurídica para cumplir con el bien común de nuestra nación.



V) Las conclusiones y recomendaciones creando problemas y soluciones a cada capítulo, procedo a conceder una opinión favorable, por haber llenado los requisitos necesarios para concluir la investigación.

VI) La bibliografía utilizada por el bachiller es la más congruente, objetiva y actualizada lo cual es importante en la elaboración de la tesis. El tema en sí presenta un derecho especial que todo guatemalteco necesita lo que hace necesario su reconocimiento y plena aceptación pues dichas actitudes son punibles en las diferentes legislaciones extranjeras protegiendo los derechos de la población, tanto en lo interno como fuera de cada nación. Habiendo cumplido con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, es procedente **OPINAR FAVORABLEMENTE** por lo que se recomienda ordenar su impresión para que sea discutido en el Examen Publico de su autor.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

Lic. Julio Alfredo Merlos Juárez
Col. 8364





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dieciséis de noviembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **SORIA TOLEDO CASTAÑEDA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ**, Intitulado: **“CREACIÓN DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las 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 estime pertinentes”.


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

cc. Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.





DOCTORA EN DERECHO: SORIA TOLEDO CASTAÑEDA

Jueza de Primera Instancia Penal, Narcoactividad
Y Delitos Contra El Ambiente del Departamento de El Petén.
COMPLEJO DE JUSTICIA, ORGANISMO JUDICIAL
Calle limite, a un costado de la Comisaria Policía Nacional Civil.
San Benito Petén, teléfono 79262520, Celular 57260627.
REVISORA DE TESIS
COLEGIADA ACTIVA: 5539

Guatemala 19 de Enero de 2012

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho

Estimado Licenciado Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted, comunicándole que revisé la tesis del bachiller ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ, intitulado CREACIÓN DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS, en base a ello informo lo siguiente:

Habiendo leído y revisado dicho trabajo hago de su conocimiento que el bachiller ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ, realizó cambios a la presente los cuales consideré necesarios para lograr el objetivo al que va encaminado, siempre respetando el criterio de su autor en la redacción objetiva que realiza en el desarrollo de la tesis.

El contenido científico y técnico de la tesis, es necesario mencionar que el mismo cumple con lo requerido en virtud que el tema es eminentemente de carácter científico al explicarse el factor de su intención, puesto que su finalidad es desarrollar la función de nuestra normativa en el desarrollo de la tecnología especialmente la Internet, lo técnico basado siempre al criterio del autor.

La metodología y las técnicas de investigación utilizadas; el método analítico jurídico con el cual se pudo permitir desplazar el conocimiento obtenido en la investigación, la cual sirvió para formar la estructura de la investigación en relación a lo que establece la legislación nacional respetando el contenido de la doctrina, las leyes en general y el derecho comparado.

La redacción se apega al normativo, es decir las propiedades esenciales en que el tema desarrolla sus conclusiones y recomendaciones contribuyendo científicamente para la soluciones de conflictos en la sociedad de carácter informático aportando diversas bibliografías de apoyo para la tipificación de nuevos delitos, obtenida de la Internet y Leyes Nacionales.





Contribución científica del tema presentado; este deviene de la importancia de actualizar la ley penal dado en que muchos países del mundo se cuenta con la tecnología virtual debidamente normada para la protección del bienestar social.

Las conclusiones presentan la realidad de nuestra normativa jurídica el estancamiento en que se encuentra y el desarrollo de otras normas extranjeras. Las recomendaciones dan una solución a corto plazo protegiendo eminentemente al ciudadano de nuestra república y no quedar en laguna legal.

La bibliografía utilizada en el presente trabajo de tesis es la adecuada en virtud que cada uno de los autores y páginas de la Internet consultadas, presentan el contenido necesario y funcional para el tipo de trabajo presentado en la investigación. Es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, es procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE aprobando el trabajo de tesis.

Deferentemente,

ID Y ENSEÑAD A TODOS.


DOCTORA EN DERECHO, SORIA TOLEDO CASTAÑEDA
Jueza de Primera Instancia Penal, Narcoactividad
Y Delitos Contra El Ambiente del Departamento de El Petén.
REVISORA DE TESIS
COLEGIADA ACTIVA: 5539

Licenciada
Soria Toledo Castañeda
ABOGADA Y NOTARIA



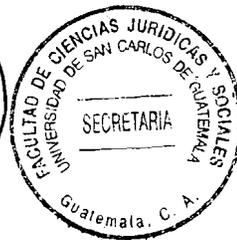


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinte de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de
el estudiante ROBERTO ALFONSO ABAJ SINAJ
titulado CREACIÓN DE LA FIGURA PENAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS.
Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi camino, verdad, vida, refugio y fortaleza para poder conseguir el presente éxito.
- A MIS PADRES:** Santiago Abaj y Maria Magdalena Sinaj Avila, por el apoyo incondicional y económico que me han brindado, gracias.
- A MI FAMILIA:** Sinaj Avila, Abaj y Subuyuc por darme su apoyo incondicionalmente siempre que lo he necesitado.
- A MIS HERMANOS:** Gonzalo, Edgar, Santiago, Luis, Pedro, Marielena, Pedro José y Edwin Josué, por brindarme cariño y apoyo en todo momento.
- A MIS ABUELOS:** Faustina Avila Ollej (Q.E.P.D) y Pedro Sinaj Chopen
Por sus sabios consejos.
- A MIS TIOS:** Especialmente a José Alfonso Sinaj Avila, por apoyarme siempre en cualquier momento gracias, Ana, Rigoberto, Pedro, Ceferino, Rolando, Jorge, Fidelina, Vilma, por su apoyo económico, moral y espiritual.
- A MIS PRIMOS:** Por compartir gratos momentos.
- A MIS AMIGOS:** Exhortarlos a que busquen primeramente a Dios ya que cuando uno se lo propone consigue las metas.
- A:** Irma Yolanda Morales Bucú por su apoyo incondicional desde el momento que la conocí.



A LOS PROFESIONALES.

Por la enseñanza que siempre me brindaron y por presente éxito: Lic. José Alfonso Sinaj Avila, Lic. Gonzalo Olegario Abaj Sinaj. Lic. Carlos Enrique Román Figueroa. Lic. Rodolfo Giovani Celis Lopez. Lic. Héctor De León Velazco. Lic. Mardo Ariel Rojas Toledo. Lic. Neyda Poron, Lic. Marta Ixchel Sincal Cumez. Lic. Dimas Gustavo Bonilla. Lic. Julio Alfredo Merlos Juarez, Dra. Soria Toledo Catañeda. Prof. Julia Veronica Ajquiy Tol. Gracias.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lugar donde obtuve grandes conocimientos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho penal	1
1.1. Consideraciones generales del derecho penal	1
1.2. Definiciones del derecho penal	10
1.3. Características del derecho penal	16
1.4. La ley penal	20
1.5. Características de la ley penal	21
1.6. Formas de la ley penal	23
1.7. Especies de la ley penal	23
CAPÍTULO II	
2. El Delito	27
2.1. Antecedentes históricos	27
2.2. Definiciones del delito	28
2.3. Aspectos positivos del delito	33
2.4. Aspectos negativos del delito	50
CAPÍTULO III	
3. La Informática y la internet.....	63
3.1. La informática	63
3.2. La cibernética	67
3.3. La internet	71
3.4. El software	75
3.5. Seguridad Informática	78

CAPÍTULO IV

4. La creación de la figura penal de los delitos informáticos	83
4.1. Delitos informáticos	87
4.2. Definición y características de la creación de la figura penal de los Delitos informáticos	91
4.3. elementos personales de la creación de la figura penal de los delitos informáticos	93
4.4. Clasificación de la creación de la figura penal de los delitos informáticos	95
4.5. Delitos ligados con la creación de la figura penal de los delitos y sistemas informáticos	100
4.6. Creación de la figura penal de los delitos informáticos en el Código Penal guatemalteco	103
CONCLUSIONES	107
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	111



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

Dentro del desarrollo de la sociedad en cuanto a los medios y utilización de la tecnología, surge la informática, herramienta por la cual facilita la realización de varias labores, ya sea en el ámbito estatal, de las empresas privadas, de la familia o a nivel personal.

Desafortunadamente junto al avance de la tecnología y su utilización, existen nuevas formas de delinquir, lo cual genera un grave daño, tal es el caso del delito informático, que en la actualidad ha cobrado auge.

Por esa razón, es necesario analizar dicho tema dentro del campo del derecho penal, para conocer las generalidades tanto doctrinarias como legales y estar en condiciones de estudiar la no regulación de la creación de la figura penal de los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico sustantivo, específicamente el Código Penal.

Por ahora, es oportuno mencionar lo concerniente al derecho penal, el cual será tema inicial.

1.1. Consideraciones generales del derecho penal

El derecho penal, es tan antiguo como la humanidad misma, por ser únicamente los



hombres con exclusividad protagónica de esta disciplina, de tal manera las ideas penales han evolucionado a la par de la sociedad. Todas las expresiones humanas con algún significado social, surgen en la vida de relación, en la convivencia humana, en el trato diario de unos con otros; es al entrar en relación unos con otros para exteriorizar la conducta del ser humano, y es a través de la manifestación de su conducta donde el hombre realiza acciones u omisiones que le permiten expresarse; es decir, actúa o se abstiene de actuar según su voluntad, estas acciones y omisiones cuando son inofensivas, cuando no son socialmente relevantes, son aceptadas y permitidas por el Estado en cuanto no lesionan ni ponen en peligro un bien jurídico tutelado; sin embargo, cuando estas acciones u omisiones dañan o ponen en peligro un interés jurídicamente tutelado, son reprobadas y reprimidas por el derecho penal, en nombre del Estado y de una sociedad jurídicamente organizada.

“El derecho penal funciona, en general, como sistema tutelar de los valores más altos, donde se interviene solamente ante la vulneración de valores de una sociedad, en un momento dado y las manifiesta como fundamentales, el derecho penal, que está cubierto de sangre y guarda en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad. De este tremendo afán iba resultando el derecho penal liberal. Muchos siglos después de proclamado el derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito.

Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado. Parece que la Iglesia abre una etapa humanitaria, aunque no falten autores,



como Schiappoli, que lo pongan en duda.”¹

Los filósofos alemanes pusieron su mano prócer en el derecho penal antes que los enciclopedistas franceses le removieran, sobresaltando el joven espíritu de César Beccaría.

Hugo Grocio. “Reproduce y enardece la lucha en pro del derecho penal público: proclamó la exaltación del derecho natural al rango de ciencia autónoma. Hobbes, Spinoza y Locke, demuestran el fin de la pena no puede ser otro sino la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los individuos proclives a la mala conducta, arrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino. Los iluministas alemanes, siguiendo a Pufendorf, desechan la finalidad meramente retributiva. Descuellan entre todos, por su espíritu de lucha, Cristian Tomasius, profesor de halle, en protesta contra los atropellos de la inquisición, y Christian Wolf, que se caracteriza por haber adoptado políticamente la filosofía iluminista del Estado policía.”²

En el devenir histórico de las ideas penales, la función de castigar ha tenido diversos fundamentos en diferentes épocas y la mayor parte de tratadistas como Luís Jiménez de Asúa, para su análisis las han planteado de la manera siguiente:

a) Época de la venganza privada: “Se afirma al inicio de los primeros grupos humanos,

¹ Jiménez de Asúa, Luís, **Lecciones de derecho penal**, pág. 13.

² Grocio, Hugo, **El derecho de guerra y de paz**, pág. 89

cuando el poder público no poseía aún el vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza; la venganza particular entonces se ha tomado como el inicio de la retribución penal, aunque no se trate de un sistema penal en sí, sino de una forma de manifestación individual."³

“La época de la venganza privada es la época bárbara, donde se accede al impulso de un instinto de defensa, ante la reacción provocada por un ataque de consideración injusto. Como en dicha época no se encontraba organizada jurídicamente la sociedad; es decir, no se encontraba organizado el Estado, los individuos se sentían ofendidos en sus derechos acudían a una defensa individual y se hacía justicia por su propia mano. Esto dio origen a graves males, así como el derroche de sangrientas guerras privadas donde se produjo el exterminio de numerosas familias, también los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada y fue atenuada por la ley del talión, según la cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, reconociendo el grupo o la colectividad del ofendido donde tenía derecho a una venganza de igual magnitud al mal sufrido; de tal manera, no toda venganza puede estimarse como antecedente de la represión penal moderna, solo tiene relevancia como equivalente de la pena actual, la actividad vengador contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociendo su derecho a ejercitarla”.⁴

³ Jimenez de Asua. **Ob. Cit;** pag. 20

⁴ Jimenez de Asua. **Ob. Cit;** pag. 22

Además de la ley del talión, aparece como otra limitación de la venganza privada, la compensación a través de la cual el ofensor o su familia entregaban al ofendido o los suyos cierta cantidad para que éstos no ejercitaran el derecho de venganza terminándose así la causa que dio origen a la actitud delictiva pero no se lograba la reintegración del individuo menos se respetaba las normas reguladas a la sociedad, careciendo de esa manera el derecho de una garantía para asegurar la seguridad de una persona.

- b) Época de la venganza divina: “Es la época teocrática, se sustituye la voluntad individual del vengador por una voluntad divina a la cual Dios era el único con poder para juzgar, correspondiendo la defensa de los intereses colectivos lesionados por el delito. La justicia penal se ejercita en el nombre de Dios, los jueces juzgan en su nombre, generalmente eran sacerdotes, representando a la voluntad divina para la administración de justicia y las penas se imponían para el delincuente pagando su delito y la divinidad deponga su cólera. Es el espíritu del derecho penal del antiquísimo pueblo hebreo.”⁵
- c) Época de la venganza pública: “Se deposita en el poder público la representación del daño social respecto de la comisión de un delito. El poder público se hace representar por el Estado ejerciendo la venganza en nombre de la colectividad y también de los individuos cuyos bienes jurídicos han sido lesionados o puestos en peligro. La represión penal se pretendía mantener a toda costa para poder tener la tranquilidad pública, la cual se convirtió en una verdadera venganza pública donde

⁵ Jimenez de Asua. **Ob. Cit;** pag. 24

todo se realizaba a excesos, caracterizándose por la aplicación de penas inhumanas sin sentido de justicia y totalmente desproporcionadas con relación al daño causado, la pena era sinónimo de tormento y se castigaba con severidad y crueldad aun hechos muy indiferentes por ejemplo; los delitos de magia y hechicería, que eran juzgados por tribunales especiales con rigor inhumano, esta etapa constituye uno de los episodios más sangrientos del derecho penal europeo. Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos, el poder público no vaciló en aplicar las penas más crueles, la muerte acompañada de formas de agravación espeluznante, las corporales consistentes en terribles mutilaciones, las infamantes, las pecuniarias impuestas en forma de confiscación. La pena para ciertos delitos trascendía a los descendientes del reo y ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de justicia una completa desigualdad, mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían la penas más suaves y eran objeto de una protección eficaz, para los plebeyos y los siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia y por último, dominaba una completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos.”⁶

- d) Período humanitario: “Se atribuye a la iglesia el primer paso contra la crueldad de las penas; la excesiva crueldad de la época de la venganza pública dio como resultado un movimiento a favor de la humanización no sólo de las penas sino del

⁶ Jimenez de Asua. **Ob. Cit**; pag. 28

procedimiento penal, toda vez que en la época de la venganza pública se iniciaron las torturas, los calabozos y toda clase de tormentos con la finalidad de castigar y obtener confesiones. La etapa humanitaria del derecho penal comienza a fines del siglo XVIII con la corriente intelectual del iluminismo y los escritos de Montesquieu, D. Alambert, Voltaire y Rousseau, pero es indiscutible y aceptado unánimemente que su precursor fue el milanés César Bonnesana, el Marqués de Beccaria, quien en el año de 1764 a la par de que se gestaba la revolución francesa con la filosofía iluminista, publicó su famosa obra denominada del delitti e delle pene de los delitos y de las penas, en la cual se pronunció abiertamente contra el tormento de la pena para castigar los delitos cometidos; el fin de las penas dijo, no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales; luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo. El tormento resulta el medio más eficaz para absolver a los robustos malvados y condenar a los flacos inocentes. Beccaria; ha dicho, escribió en aquella época un alegato en definitiva contra el tormento de las penas, aún se recuerdan sus palabras; qué derecho, sino el de la fuerza será el que da potestad al Estado para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o es inocente, consideró que la pena es tanto más justa y útil cuanto más pronta y más vecina al delito cometido se encuentre; es más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crece con el vigor de la imaginación y la propia flaqueza, y es más útil porque cuando es menor la distancia de tiempo que pasa



entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la asociación de las ideas, delito y pena, de tal modo que funcionan el uno como causa y la otra como efecto consiguiente y necesario. Desde que Beccaria pronunció su primera palabra humanitaria, han transcurrido más de dos siglos y, sin embargo, sus ecos permanecen aún vibrando, quizá ahora con acentos más firmes que da mucha más certeza a lo mencionado como si desde entonces no hubiera habido otro grito más fuerte en las etapas que hasta entonces militaban las sanciones contra el delito.”⁷

De esta manera; la brillante obra del noble milanés de Beccaria, tiene mérito de haber cerrado un capítulo del derecho penal, la cual podríamos pensar fue el primero y que le han llamado antiguo, y de abrir otro donde los especialistas han denominado edad de oro del derecho penal, agregando esto a lo de Eugenio Florían dio a Beccaria la gloria de haber elevado a la dignidad de ciencia al derecho penal, ya que hasta esa época aún no podía hablarse de un verdadero derecho penal científico, arrastrando las ineficacias de nuestros antepasados.

- e) Etapa científica: “Podemos decir con la obra de César Bonnesana, el Márques de Beccaria, se da el inicio científico y subsiste hasta la crisis del derecho penal clásico con el aparecimiento de la escuela positivista. Según expresa Palacios Motta, la labor de sistematización que realizaron Francesco Carrara y los demás protagonistas de la escuela clásica, llevaron a considerar al derecho penal como una disciplina única, general e independiente, cuyo objetivo era el estudio del delito y de

⁷ Jimenez de Asua. **Ob. Cit;** pag. 31

la pena desde el punto de vista estrictamente jurídico.”⁸

Luego de la escuela clásica aparece la escuela positiva del derecho penal, con ideas totalmente opuestas, como las de Enrico Ferri; “uno de sus precursores, considerando que el derecho penal debía desaparecer totalmente como ciencia autónoma para convertirse en una rama de la sociología criminal, auxiliándose, para su estudio, del método positivista o experimental, contrapuesto al lógico abstracto de la escuela clásica. En este período el derecho penal sufre una profunda transformación a causa de la irrupción de las ciencias penales. Enrico Ferri, estudia la etiología de la delincuencia y pone de relieve el influjo de los factores individuales, antropológicos, físicos y sociales en los que se condensa la etiología de la criminalidad; de esta manera se deja de considerar el delito como una entidad jurídica, para convertirse en una manifestación de la personalidad del delincuente; la pena deja de tener un fin puramente retributivo y se convierte en un medio de corrección social o de defensa social, luego de esta etapa; surge el llamado derecho penal autoritario, producto de la aparición de regímenes políticos totalitarios, con rasgos netamente peculiares que por su espíritu y orientación presentaba un vivo contraste con el derecho penal liberal individualista proveniente de las ideas del siglo de las luces y de la revolución Francesa. Su principal característica era proteger al Estado, por lo cual los delitos de tipo político, se daban en regímenes democráticos donde tuvieron un trato benévolo en grado sumo, fueron considerados como infracciones de especial gravedad y castigados severamente.”⁹

⁸ Jimenez de Asua. **Ob. Cit**; pag. 37

⁹ Jimenez de Asua. **Ob. Cit**; pag. 43

e) Época moderna: “Actualmente existe unidad de criterio en toda la doctrina en cuanto al Derecho penal se define como una ciencia eminentemente jurídica, para tratar los problemas relativos al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; mientras las ciencias penales o criminológicas, tienen el mismo objeto de estudio, lo deben hacer desde el punto de vista antropológico y sociológico. Es más, algunas especialidades sostienen al derecho penal para circunscribirse con alguna exclusividad dando la denominación de dogmática jurídica penal la cual consiste en la reconstrucción del derecho penal vigente con base científica, alejándolo incluso, de las consideraciones filosóficas y críticas. La dogmática se edifica sobre el derecho existente y cambia al adaptarse progresivamente en las conductas de hoy.”¹⁰

1.2. Definiciones del derecho penal

“El derecho penal también suele ser denominado derecho criminal, utilizando la designación primera, se refiere más exactamente a la potestad de penar; mientras el derecho al crimen no es reconocible, aunque adjetivamente se expresa en verdad derecho sobre el crimen, como infracción o conducta punible. Comprende los principios doctrinales y las normas referentes al delito, al delincuente y a la pena.”¹¹

El derecho penal, es el conjunto de reglas establecidas por el Estado con el fin de unir al hecho del delito y la pena, como su consecuencia jurídica.

¹⁰ Jimenez de Asua. **Ob. Cit;** pag. 43.

¹¹ Cavanelas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, pág. 143.

“El conjunto de aquellas condiciones para el derecho, donde se han perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó. Es la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo y por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden.”¹²

“El derecho penal objetivo es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionado y preventivo del Estado; y subjetivamente, en cuanto al ius puniendi o derecho de castigar, como la facultad estatal de establecer el concepto del delito como presupuesto de dicho poder, así como la responsabilidad del sujeto activo y de asociar a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad.”¹³

El derecho penal se divide por lo común, tanto en la exposición doctrinal como en su expresión positiva, en dos partes; la general, que examina el delito y la pena desde el punto de vista de los principios y la especial, que describe los diversos delitos y faltas catalogados por el legislador. En aquella época, además de los conceptos sobre delitos y faltas, se definen los responsables; los grados de ejecución, las circunstancias eximentes, atenuantes, agravantes o mixtas; las clases, duración, contenido y naturaleza de las penas y aplicación de las mismas según los diversos supuestos; la extinción de la responsabilidad penal y lo relativo a la de índole civil. En la parte

¹² **Ibíd.** Pag. 148.

¹³ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit;** pág. 77.

especial, por títulos y capítulos, se agrupan las familias de delitos; y luego, en artículos e incisos, se determina las figuras delictivas y las penas en cada caso. Las faltas suelen ser objeto de regulación más concisa y con mayor arbitrio para los tribunales.

En un principio, la reparación de las lesiones jurídicas experimentadas se entregaba a la iniciativa y a la reacción de las víctimas o los allegados supérstites. Cuando la cautela evasiva en el temeroso o prudente no evitaba la agresión, el que la sufría replicaba en la medida de sus medios y de su vehemencia. De perecer; eran los suyos, la familia o la tribu, quienes asumían la venganza, casi siempre con superación desbordada y semillero de reacciones en cadena, resultando fácil conectar con la vendetta, arraigada en pueblos latinos.

Técnicamente se estaba en la etapa de la venganza de la sangre, que conduciría a las atenuaciones de la composición y reducía la pena al resarcimiento económico. Solamente la afirmación de estados rudimentarios irá arrebatando poco a poco a los particulares la tutela represiva, encuadrada en el cauce lógico, aunque restrictivo en definitiva, del talión. Las figuras delictivas de primera creación y que perduran, son aquellas que significan mayor alarma en lo patrimonial y mayor lesión en lo personal; el robo y el homicidio, con las variantes y agravaciones se añadirían después del asesinato y el parricidio, con la minoración del hurto.

Los delitos de índole sexual, por ejemplo la violación, en cuanto al acceso violento y el adulterio, el ilegítimo, no tardarán en asomar en el repertorio represivo. Por el contrario, se requiere la consolidación de las instituciones estatales para que aparezcan las



figuras que hoy se encuadran en las infracciones de índole política y administrativa; los atentados contra la seguridad exterior e interior del Estado y los delitos de los funcionarios públicos al abusar de sus cometidos peculiares.

Cuando las garantías individuales se reconocen, ya en el siglo XIX con la afirmación del constitucionalismo en casi todos los países, se tipifican fórmulas generales o concretas contra sus violaciones desde arriba hacia abajo. Los delitos de carácter económico privado y público se encuadran igualmente en época de madurez estatal; y de ahí la represión específica de las quiebras y concursos fraudulentos, de todo género de malversación y de las estafas.

Por socavar la estructura creada para hacer justicia, desde largo tiempo se penaron la prevaricación y cohecho; y también se inscribieron en los códigos punitivos el perjurio y el falso testimonio, aunque en la materia campee el mayor de los impunismos. Cada época va a tener sus figuras peculiares, como impuso el terrorismo finisecular del siglo XIX y como ha impuesto la piratería aérea en el siglo XX. La culminación, ya como expresión de la solidaridad humana que la internacionalización representa, se halla en la exigencia de responsabilidad a los criminales de guerra. Disquisiciones bizantinas plantean si hay delincuentes por existir delitos o si aquellos provienen de las tipificaciones legislativas. No cabe duda que por la acción de los malhechores es la abertura de los ojos del legislador para encuadrar esas acciones u omisiones, las cuales movilizan el repudio social en determinaciones específicas, con la consecuencia de la pena en cada caso.



En la actualidad, ante la formulación previa de las figuras penales, para poder enjuiciar y condenar, aparece indudablemente la figura de comisión o infracción. En el repertorio punitivo, la privación de la vida o la de la libertad han sido las sanciones predominantes, para establecer luego las restrictivas de esta última e instaurar después las económicas, con la multa, que representa el lucro estatal por el ajeno delito.

Criterio punitivo: “Se enraíza el mismo con la finalidad atribuida a la pena al establecerse legalmente y a través de la aplicación concreta al condenado, en la individualización de la pena a la materia correspondiente. Al interrumpir la escuela positivista, se trata de buscar un panorama diverso en lo penal, que se articula en las medidas de seguridad, que tardarían en arraigar, pero que casi todos los ordenamientos legislativos terminan por aceptar. Dadas sus semejanzas con las penas auténticas, crean dualidades represivas de sutil deslinde en ocasiones entre las que se aplican a los delitos y las que sancionan estados que se les parecen o que pueden provocarlos de tal manera la persona en si misma comienza a normarse sabiendo que su actitud delictiva le podría conllevar a una consecuencia jurídica de cualquier índole.”¹⁴

“Rama del derecho público interno que se refiere y estudia el delito, al delincuente y la pena y medida de seguridad. En algunos países se le denomina derecho criminal, derecho de defensa social o derecho punitivo.”¹⁵

De las distintas ramas del conocimiento humano, el derecho es sin duda una de las más

¹⁴ Jimenez de Asua. **Ob. Cit**; pag. 87

¹⁵ Villasana Díaz, Ignacio, **Derecho penal**, pág. 49.



antiguas, cuya misión ha sido regular la conducta de los hombres a través del complicado devenir histórico de la sociedad, tratando de alcanzar la justicia, la equidad y el bien común, como los valores fundamentales más altos a los que aspira el derecho; y de las ciencias eminentemente jurídicas, es sin lugar a dudas, el derecho penal la disciplina más vieja, cuya misión siempre ha sido filosóficamente, proteger valores fundamentales del hombre, tales como; su patrimonio, su dignidad, su honra, su seguridad, su libertad y su vida como presupuesto indispensable para gozar y disfrutar de todos los demás, hasta llegar a la protección del Estado y la sociedad en la medida en que se tutele y se garantice la convivencia humana.

Tradicionalmente se ha definido el derecho penal, en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo; se considera que esta división aún sigue siendo válida en principio para la enseñanza de esta disciplina, ya que ubica a quien lo estudia, en un punto en el que estratégicamente puede darse cuenta como nace y como se manifiesta el derecho penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico, por medio de la protección social contra el delito.

Desde el punto de vista subjetivo, "es la facultad de castigar que tiene el Estado, como único ente soberano; es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto, la potestad de penar no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona individual o jurídica puede arrogarse dicha actividad que viene a ser



un monopolio de la soberanía de los Estados.”¹⁶

Desde el punto de vista objetivo, “es el conjunto de normas, jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene nuestro Código Penal.”¹⁷

En suma definir el derecho penal sustantivo o material, como parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.

1.3. Características del derecho penal

Luis Jiménez de Asúa clasifica las características principales que conforman el derecho penal, mencionando las siguientes:¹⁸

- Es una ciencia social y cultural.
- Es normativo.
- Pertenece al derecho público.
- Es valorativo.

¹⁶ Bentham, Jeremy, **El derecho**, pág. 56.

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 69

¹⁸ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 98.



- Es finalista.
 - Es fundamentalmente sancionador.
 - Debe ser preventivo y rehabilitador
- a) Es un ciencia social y cultural: “Atendiendo a que el campo del conocimiento científico aparece dividido en dos clases de ciencias: las ciencias naturales por un lado y las ciencias sociales o culturales por el otro lado; se hace necesario ubicar a nuestra disciplina en uno de ambos campos, ya que los dos tienen características distintas, así en las ciencias naturales el objeto de estudio es psico-físico; mientras en las ciencias sociales es el producto de la voluntad creadora del hombre; el método de estudio de las ciencias naturales es experimental, mientras que en las ciencias sociales o culturales es racionalista, especulativo o lógico, de tal manera que el derecho penal, es una ciencia social, cultural o del espíritu, debido a que no estudia fenómenos naturales enlazados por la casualidad, sino regula conductas en atención a un fin considerado como valioso; es pues, una ciencia del deber ser y no del ser.”¹⁹
- b) Es normativo: “El derecho penal, como toda rama del derecho, está compuesto por normas jurídico-penales, que son preceptos que contienen mandatos o prohibiciones encaminadas a regular la conducta humana que por naturaleza estamos expuestos a evadir si no las respetamos, es decir, de normar el deber ser de las personas dentro de una sociedad jurídicamente determinada y poder el Estado garantizar el

¹⁹ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 145



bien común para todos los habitantes.”²⁰

c) Pertenece al derecho público: “Porque siendo el Estado único titular del derecho penal, solamente a él corresponde la facultad de establecer delitos y las penas o medidas de seguridad correspondientes. El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público. La represión privada sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada.”²¹

d) Es valorativo: “Se ha dicho que toda norma presupone una valoración y esta cualidad de toda norma es particularmente manifiesta en las leyes penales, ya que carecerían de todo sentido las amenazas penales si no se entendiera que mediante ellas son protegidos ciertos bienes e intereses jurídicamente apreciados. Es decir, que el derecho penal está subordinado a un orden valorativo por cuanto su finalidad es de calificar las acciones humanas con arreglo a una valoración; emitir una conclusión de nuestras relaciones con las demás personas, valorar la conducta de los hombres.”²²

e) “Es finalista: Porque siendo una ciencia teleológica, su fin primordial es resguardar el orden jurídicamente establecido, a través de la protección contra el crimen. La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas

²⁰ *Ibíd*, pag. 148

²¹ *Ibíd*, pag 156

²² *Ibíd*, pag. 158.

realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos generando una ejecución a la jurisdicción de un Estado.”²³

- f) Es fundamentalmente sancionador: “El derecho penal se ha caracterizado, como su nombre lo indica, por ser una rama eminentemente castigadora, para reprimir, imponer una pena con carácter retributivo a la comisión de un delito, y así se habla de su naturaleza sancionadora, en el entendido que la pena era la única consecuencia del delito, con la incursión de la escuela positiva y sus medidas de seguridad, el derecho penal toma un giro diferente el cual se convierte en preventivo y habilitador.”²⁴
- g) Debe ser preventivo y rehabilitador: “Con el apareamiento de las aún discutidas medidas de seguridad, el derecho penal deja de ser eminentemente sancionador y da paso a una nueva característica, la de ser preventivo, rehabilitador, reeducador y reformador del delincuente. Es decir, que además de sancionar, debe pretender la prevención del delito y la rehabilitación del delincuente.”²⁵

1.4. La ley penal

“Es la que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden. Las leyes penales por referirse al orden

²³ *Ibid*, pag, 167

²⁴ *Ibid*, pag. 179

²⁵ *Ibid*, pág. 184



público, se aplican con criterio territorial a cuantos habiten o residan en el ámbito jurisdiccional de la nación, sin otras excepciones que algunas muy especiales para representantes de otras naciones. Las leyes penales, según criterio tradicional, se interpretan restrictivamente, es decir, en caso de duda, a favor del reo y de la absolución. En las compilaciones, por leyes penales se entiende el Código Penal, el Procesal Criminal o Ley de Enjuiciamiento Criminal y las leyes especiales de índole punitiva que en cada país existen, según peculiaridades relacionadas con el castigo anexo a la infracción de las disposiciones substanciales de las mismas.”²⁶

“La única fuente productora del derecho penal es la ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se define los delitos y se establecen las sanciones, no ha de exigirse una especialidad absoluta y también pueden considerarse leyes que producen derecho penal las especiales y las civiles, políticas y administrativas con sanción penal. La ley es la expresión del derecho penal desde el punto de vista objetivo. Mientras el delito ocasione penas y éstas consistan, a despecho de la propaganda científica, en la inflación de un mal, la necesidad de las leyes penales es evidente. La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Pero la ley penal no es tan sólo la garantía de los que no delinquen; de ella dimanar pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes.”²⁷

De la ley urge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su

²⁶ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 165.

²⁷ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág.55.

texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia, el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecidas para el correspondiente delito.

Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción. Finalmente, las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparatoras de la víctima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles.

1.5. Características de la ley penal

Por su parte Guillermo Cabanellas, dentro de las características que más se ajustan a la naturaleza y contenido de la ley penal, menciona las siguientes:

- Ser exclusiva
- Ser obligatoria
- Ser igualitaria
- Ser ineludible
- Ser constitucional

- a) Ser exclusiva: puesto que la ley crea delitos y establece sanciones.
- b) Ser obligatoria: ya que todos han de acatarla. La norma obliga a todos los que habiten en el territorio sobre el que ejerce su imperio y la ley se destina a la autoridad, puesto que, aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encauza su conducta en la ley que la vulnera.
- c) Ser igualitaria: ya que las constituciones modernas proclaman que todos los individuos son iguales ante la ley. Esto no obsta para la individualización; el derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada hombre, normando y creando justicia con la realidad de cada nación.
- d) Ser ineludible: puesto que las leyes sólo se derogan por otras.
- e) Ser constitucional: debe estar considerada en las constituciones, toda vez que de ahí toma su fundamento y es desarrollada a nivel ordinario.

1.6. Formas de la ley penal

“Por su especialización, estas se dividen en leyes penales codificadas y en leyes penales especiales, comprendiendo bajo esta amplia denominación, no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal”. Por la naturaleza de determinar las penas, se clasifican en determinadas, indeterminadas y relativamente indeterminadas. La mayoría de las legislaciones penales hoy en vigor, suelen adoptar una relativa indeterminación, que faculta al juez para señalar el límite temporal de las penas entre confines más o menos alejados y que aceptan incluso un

amplio arbitrio del juzgador para establecer la duración de las medidas asegurativas.²⁸

1.7. Especies de la ley penal

- Ley penal stricto sensu
- Plenos poderes
- Leyes delegadas
- Decretos-leyes
- Decretos, órdenes, reglamentos, ordenanzas

Dentro de estas Luís Jiménez de Asúa indica las siguientes:

- a) Ley penal stricto sensu: Tema tratado en la definición de ley penal, específicamente en cuanto a que ésta define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden.
- b) Convenios internacionales: El tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley interna lo ha convertido en legislación del Estado. Mientras ello no sucede, el convenio autoriza a cada una de las altas partes contratantes para que pida la aprobación del convenio y se convierta así en derecho de cada uno de los países que lo suscribieron. De tal forma, los tratados internacionales no son más que las leyes stricto sensu que tendrán los mismos

²⁸ Cabanellas, **Ob.Cít**; pág.170.



efectos que las leyes auténticas.

- c) Plenos poderes: En tiempo de guerra, en caso de catástrofe, cuando una revolución ha triunfado o cuando otra se toma, pueden asumir los gobernantes, con el jefe del Estado a la cabeza, plenitud de poder.

- d) Leyes delegadas: Aunque en las Constituciones no se hable de ellas, son posibles, cuando no estén prohibidas, porque facilitan la aprobación parlamentaria de los códigos técnicos, tales como el civil, penal y el de comercio, las cuales se podrían aplicar de manera supletoria en un determinado momento dependiendo del origen que dio al nacimiento de la infracción jurídica tutelada etc.

- e) Decretos-leyes: Todas las dictaduras han acudido a decretos-leyes para disciplinar aquellas materias que no pueden ser objeto de decreto estricto sensu.

- f) Decretos, órdenes, reglamentos, ordenanzas: No es posible crear por decreto del Presidente, ni por orden ministerial, disposiciones penales estricto sensu. Si puede por el poder ejecutivo, reglamentar las leyes, incluso las de carácter penal.

CAPÍTULO II

2. El delito

En el contexto del tema desarrollado, referido al derecho penal. Dentro de dicho campo de estudio, se encuentra la teoría general del delito, la cual establece las directrices generales en cuanto a la configuración del delito, sus aspectos positivos y negativos, elementos personales, características y elementos. Por ello, es necesario entender la configuración del delito, para establecer la creación del delito informático, tema central de la investigación y que abordaremos en el capítulo correspondiente.

Hechas las anteriores consideraciones, se tratará el tema del delito desde la perspectiva doctrinaria.

2.1. Antecedentes históricos

“El delito siempre fue una valoración jurídica; por ello cambia. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, cualquier objeto corporal susceptible a nuestros sentidos; incluso en la edad media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de los animales. Es porque la valoración jurídica no se realizaba como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se

contemplaba el resultado dañoso producido.

Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también como la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía con el transcurso del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época. Ello prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso es un ente jurídico. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culpable, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad.²⁹

2.2. Definiciones de delito

Etimológicamente, la palabra delito proviene de la similar latina delictum, aun cuando la técnica romana poseyera significados genuinos, dentro de una coincidente expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado con una pena.

“En general, delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. Proceder o abstención que lleva anejo una pena. Más técnicamente, cumplimiento del presupuesto

²⁹ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág.190

contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor del delito o participe responsable de él, no viola, sino que observa. Situándose en una perspectiva de orden legislativo, delito es el proceder sancionado con una pena o la descripción legal a que va aneja una sanción punitiva. Allí donde hay concepto tripartito de las infracciones punibles, el delito es la intermedia, superado en gravedad por el crimen y superior a la venialidad de la falta, en los códigos penales dualistas, el delito constituye la conducta reprimida más severamente, en oposición a las faltas. Donde impera el monismo criminal, delitos son todas las figuras reprimidas, aunque en una escala muy variada de severidad. Algunos autores se sitúan más en un plano jurídico genérico que en un enfoque penal; y de ahí que sus conceptos sean más bien para lo antijurídico que para el delito. Así, el delito también es caracterizado como la violación o quebrantamiento del derecho por actos de la libre voluntad o con conciencia no sólo del acto, sino que además de que es opuesto al derecho.”³⁰

Los positivistas penales dan sus fórmulas peculiares. Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.

El delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad, según la media en que se encuentren en las razas humanas superiores, cuyo criterio se halla en lo necesario para la adaptación del individuo a la sociedad. Naturalmente las mejores definiciones parecen las de los penalistas puros. Así, delito es una acción típica,

³⁰ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 180

antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones legales de punibilidad.

Constituye la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañosos.

En cuanto a la definición técnica jurídica; estima Francesco Carnelutti, que el delito es el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.

El examen sucinto de tal definición no excluye ciertas puntualizaciones, el acto abarca tanto la acción como la omisión, formas ambas de manifestación espontánea y motivada de la voluntad. La manifestación voluntaria ha de originar un resultado; y entre aquella y éste ha de haber necesaria relación de causalidad. Para que ese acto, humano y con un efecto, resulte delictivo, ha de estar descrito en el código penal vigente o en cualquiera otra norma vigente represiva, ha de ser típico.

Aún inserto un acto típico en la ley, puede no ser delito, si no es antijurídico; pues la muerte de un semejante puede encontrarse plenamente justificada, opiniones personales aparte, como en acción de guerra, en legítima defensa o al ejecutar a un reo condenado a la pena de muerte pero siempre se da la interrogante de la participación de la persona en la ejecución del acto.

Concurriendo en el acto la tipicidad y la antijuridicidad, cabe que el agente no sea imputable, por desconocer la idea de deber o no tener el dominio de sus facultades mentales; como en el caso de locura o si se trata de un niño de cortísima edad, responsabilizando ahora a los que ejercen tutela o en su caso la patria potestad.

Aún reconocida la imputabilidad normal, resulta posible que el hecho no sea culpable, por haber causado sin dolo ni culpa, por simple caso fortuito; por ejemplo, el cazador que, sin advertirlo, mata a un descuidado o imprudente que dormía oculto entre el ramaje de un finca dedicada a la caza.

Aún apreciada la culpabilidad, por omisión del legislador o por la novedad del hecho, podría no estar el acto sancionado por una pena; lo cual obliga al tribunal a abstenerse de todo procedimiento, y desde luego de la condena.

Para complemento, ha de ser conforme a las condiciones objetivas de punibilidad; pues, aun dándose todos los demás requisitos expuestos, el legislador exceptúa a veces de la punición el delito, por razones especiales, como las fundadas en el parentesco próximo en caso de encubrimiento, defraudación y daños.

En todo delito se da un sujeto el que quebranta la norma jurídica o incurre en la condicional punitiva que el legislador señala: el delincuente. Un objeto, el derecho violado: la seguridad nacional, la integridad física. Una víctima, sea personal, como el asesinado, o abstracta, como el Estado al revelarse un secreto de armamento a otra nación. Un fin, la perturbación del orden jurídico, piense expresamente en ello, o no, el



infractor. Se caracteriza también el delito por tres requisitos de concurrencia necesaria: un hecho exterior que viola un derecho o que infrinja un deber previamente señalados; uno o varios sujetos, autores del hecho o responsables como partícipes; un vínculo moral que enlace al autor con el hecho, y del que nace la responsabilidad para ser sujeto de sus derechos y obligaciones ejerciéndolos por sí mismo en juicio y fuera de él para no violarle su derecho de defensa como en todo debido proceso.

De estudios estadísticos resalta que la edad más propensa al delito es la de los 23 años, quizás por combinarse la exaltación de las pasiones carnales y políticas, la rebeldía social, la repulsión inicial del trabajo, el afán de rápida fortuna, la ausencia de responsabilidad familiar.

En cuanto a su clasificación, por la gravedad y descartado el sistema tripartito francés que ya no tiene eco legislativo, y aún siendo todos delitos en sentido amplio, las leyes y códigos establecen dos órdenes de quebrantamientos punibles: los delitos propiamente dichos, las faltas con diferencia en las penas mayores en el primer caso, y por otra serie de preceptos sobre codelincuencia, circunstancias modificativas, arbitrio judicial y diversos puntos expresados por el legislador en cada caso.

En el delito como en los demás empeños humanos, cabe el logro, y también el fracaso o no avanzar sino algo en el camino. De ahí las distinciones entre el delito intentado, el consumado y el frustrado, a los que cabe agregar las especies preliminares del delito propuesto y el preparado, sin haber superado ni en un caso ni en otro la fase ideológica o de negociación, antes de actos iniciales de ejecución.

Los delitos pueden también dividirse: en relación con el sujeto activo, en individuales, colectivos, comunes y especiales. Con respecto al sujeto pasivo, en personales y sociales, estando en el primer grupo comprendidos el homicidio, rapto, hurto, entre muchos; y en el segundo, la rebelión, la sedición y tantos más. Por el elemento externo, en materiales, formales, instantáneos, continuos, consumados, tentados, frustrados. Por el elemento jurídico objetivo, en simples y complejos, generando la supletoriedad de la ley según lesionen un solo derecho o violen más de una norma jurídica punible, en el caso de daños y perjuicios en la rama civil y lesiones graves en lo penal. Por el criterio legal, variable de un ordenamiento nacional a otro.”³¹

“Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Por lo cual sus elementos sustanciales son: la acción, la antijuricidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura. En las definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualesquiera que sea su gravedad. Más el delito tiene en algunos códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención. Se trata de una cuestión relacionada con la división bipartita o tripartita de las infracciones penales.”³²

2.3. Aspectos positivos del delito

- Acción

³¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 186

³² Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 292.

- Tipicidad
- Antijuricidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Condicionalidad objetiva
- Punibilidad

a. Acción

Ser un acto es el primer carácter del delito, la futura infracción a la norma que rige la conducta del ser humano dentro de una sociedad pudiéndola prevenir o sancionar dentro de nuestra nación o fuera de ella según la gravedad del delito cometido. Según Luís Jiménez de Asúa, puede definirse el acto como: “Una manifestación de la voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. El acto es, pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado.”³³

La palabra acción proviene del latín *agere*, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna, pues toda la vida y la actividad del hombre es acción y sólo existe inacción absoluta y en la muerte y en la nada.

“En el derecho penal, la acción es la manifestación de la voluntad delictiva, la comisión

³³ Jiménez de Asúa, *Ob. Cit*; pág. 137.

de un acto penado por la ley, la cual puede revestir dos formas: Positiva o de actividad y, negativa o de abstención. A la primera se la denomina acción; y omisión a la segunda, la distinción, real y exacta, es más bien teórica que de trascendencia práctica; y ni siquiera prevalece la impresión superficial de que la acción es más repudiable que la omisión. Así, la madre que, por dejar de amamantar a su hijo, le causa la muerte por hambre, revela crueldad más perseverante que si hubiese asfixiado a la criatura durante el sueño de ésta.³⁴

La acción aparece en las tradicionales definiciones del delito en los Códigos penales españoles, desde el básico de 1870 al texto de 1963 donde se la va dando la forma de un derecho y una contra obligación cuando se cumple una edad determinada imponiendo a la persona una personalidad jurídica otorgada por el Estado de una nación originando la capacidad legal de cada individuo.

b. Tipicidad

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar la libre convivencia de la sociedad realizamos actividades donde tenemos consecuencias jurídicas, algunas veces con dolo y otras por las circunstancias participamos en ellas sin saber la sanción penal. El Código o las leyes los definen y los concretan, para poder castigarlos. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo según el creador de la teoría, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los

³⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 72.

detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

La tipicidad es el elemento del delito, consistente en la adecuación de la conducta de la realidad al tipo penal; su aspecto negativo es la atipicidad.

“La tipicidad es la designación técnica, originada por el penalista alemán Beling, que en el idioma alemán le dio el nombre de tatbestand, para designar la descripción legal del delito, como uno de los caracteres del mismo, aparte otras valoraciones subjetivas u objetivas necesarias para su punición. Así el hurto es típico desde el momento en que se da el apoderamiento de cosa mueble ajena y el ánimo de lucro. Basta que se den esas circunstancias para que se hable de hurto, sin que ello prejuzgue que se trate de un ladrón al que haya de imponerse una pena; porque ha de averiguarse si se trata de un capaz, si ha actuado con libertad y conciencia, si se trata de cercano pariente del hurtado y demás elementos que determinan la exención de la pena, y sin que integre figura delictiva más grave, por similar como la del robo, cuya tipicidad requiere ya la fuerza en las cosas o la violencia en las personas. En realidad el principio pro reo, no hay delito sin ley, anticipaba el moderno concepto de la tipicidad; porque implica asimismo que la acción punible ha de estar prevista en la ley para que pueda castigarse; pero este tecnicismo precisa más, y establece que ha de haber coincidencia precisa entre lo sancionable por el texto legal y lo hecho por el delincuente. Por lo común, el legislador establece un supuesto en la primera parte de los preceptos dedicados a los delitos en los libros especiales de los códigos, antes de determinar la pena. Lo primero es la base de la tipicidad, si la acción u omisión del agente se adapta



a ese molde.”³⁵

c. Antijuricidad

“Toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho tiene un estancamiento en la sociedad al desarrollo jurídico. En orden menor, lo contrario al derecho positivo. Específicamente, es un elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal cometido por uno o varios actores, contraponiendo a la actitud la garantía del derecho en cada Estado. Pragmatismo legal. La posición de los códigos penales consiste en suponer en el agente la antijuridicidad, si su proceder coincide con la figura descrita; y luego se declara la exención de responsabilidad, la conducta jurídica, la inexistente violación del orden legal establecido, la legitimidad de lo hecho u omitido, debido a la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber. En la teoría formal de Manzini se está ante una mera contradicción entre la conducta humana y la descripción que de ella hace el legislador en el tipo legal. Cabe observar que el expositor incurre en el notable descuido de no ser contradicción, sino adaptación plena, lo que se registra entre la conducta delictiva y la formulación legislativa que determina la condena, en la teoría material de Mayer, basada en las normas de cultura, no es suficiente la contradicción entre el hecho y la conducta jurídica; sino que se precisa la infracción de los intereses sociales legalmente tutelados. En la teoría objetiva, propugnada por Nagler, es antijurídico todo comportamiento que objetivamente pugna con los fines del ordenamiento jurídico. En posición opuesta, Von

³⁵ **Ibid**, pág. 97.

Ferneck opina que la antijuricidad sólo es concebible en función del autor de la conducta; es decir, que solamente se es culpable por la conciencia o voluntad de proceder ilícitamente. Apunte idiomático. Obsérvese que antijuricidad es vocablo nuevo, pero ya usual en la técnica; proviene del adjetivo antijurídico; y, por tanto, la formación de la voz antijuricidad es un barbarismo, pues no existe el vocablo antijurídico.”³⁶

Puede decirse provisionalmente que la antijuricidad es lo contrario al derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho. Pero esto nada profundo expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas. Es una de esas traducciones en frase distinta, como la respuesta que manifiesta el médico cuando le consultamos un dolor de cabeza: Es una cefalalgia. No se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje corriente. Esta definición provisional de lo antijurídico sólo sirve de punto de partida, para comprender mejor lo que no es jurídico sin saber lo que es contrario al derecho.

“La evolución del concepto de la antijuricidad, definición nominal insuficiente se completa por negaciones, es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma: no se nos dice lo que es antijurídico, son aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima

³⁶ Ibid, pág. 310.



defensa, ejecución de un derecho, estado necesario.”³⁷

Nueva etapa se abre por los esfuerzos de los escritores alemanes, que buscan conceptos materiales de la antijuricidad. Inician el camino Merkel en mil ochocientos sesenta y siete, Hertz con sus estudios sobre lo injusto, publicados en mil ochocientos ochenta y Kessler, en una monografía sobre el consentimiento, de mil ochocientos ochenta y cuatro. Culminan estos trabajos en el opúsculo de Nathau, impreso en 1923. Hoy las monografías sobre el tema son numerosas a partir de Von Liszt, los tratados y compendios alemanes, austriacos y suizos consignan largos capítulos.

En cambio, en los libros de conjunto de Italia, Francia y España, solía estar ausente el problema, y careciendo de esta pared maestra la construcción penal, los tratados de idiomas latinos eran harto más imperfectos que los de lengua alemana. Cuando los italianos reivindican la dogmática, examinan ya con mayor acierto el tema antijurídico dando una mejor solución al problema basándose en la aplicación ejercida por la comunidad latinoamericana sin lograr los frutos que desea cada sociedad establecida.

La antijuricidad es dotada en esta hora de un significado valorativo, y el trabajo de Thierfelder sobre lo normativo y el valor es, al respecto, muy importante. El tipo es la descripción; la antijuricidad de la estimativa del acto, la consecuencia de una actitud penada.

Así, el homicidio definido objetivamente por la ley, se castiga por ser antijurídico, salvo si la legítima defensa, por ejemplo, transforma en jurídica la acción. Al mismo tiempo

³⁷ *Ibid*, pág. 98.

que se forma el concepto valorativo de la antijuricidad se ensancha el ámbito de las causas justificantes. Para conocer el carácter jurídico de un acto, encajado en un tipo del código, se tendrá que seguir estas tres etapas:

- Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuricidad -como muerte de un hombre en legítima defensa.
- Si, en caso de no hallarse expresamente enunciada la juricidad del hecho, éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado -como si un boxeador no profesional golpea a otro en el juego, cuyas reglas se observaron escrupulosamente;
- Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.

d. Imputabilidad

Para nuestra sociedad toda persona es responsable de sus actitudes teniendo un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo rehabilitándolo psiquiátricamente o responsabilizando a los que ejerzan por el su representación patriarcal o tutorial en los menores de edad o mayores de edad



declarados judicialmente incapaces, pero al que goce de plena salud mental y a la vez corporal deberá responder por si mismo de sus actos.

En derecho es la capacidad de entender y querer. Se trata propiamente de la capacidad de las personas para ser consideradas responsables, en materia penal, por la comisión de un delito. La edad para ser imputable varía en cada país, pero de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, dicha edad se establece en los 18 años.

Así, los menores de edad que se encuentran en condiciones de conflictos penales son reencausados en la sociedad a través de lo que regula la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; en el caso de los mayores de edad, las acciones que constituyan delito o falta, son reguladas principalmente por el Código Penal guatemalteco y otras leyes penales.

En el aspecto procesal los mayores de edad, son procesados de acuerdo a las normas establecidas en el Código Procesal Penal guatemalteco; no así los menores de edad, que la ley específica de la materia, establece el proceso a seguir, ello porque la misma Constitución Política de la República lo regula en el Artículo 20, en los términos siguientes: Menores de edad. Los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud. Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detenciones destinadas para adultos intentando reincorpóralos a la sociedad. Una ley específica regulará esta materia.

Imputabilidad. Capacidad penal para responder, aptitud para ser atribuida a una persona una acción u omisión que constituye delito o falta. La relación de causalidad moral entre el agente y el hecho punible sus cualidades mentales en perfecto estado sin tener una causa de incapacidad.

Concatenación punible: “La imputabilidad apunta a la causa psíquica, a la capacidad para responder un sujeto, en el momento delictivo. La imputabilidad o plenitud mental no significa sino una aptitud que posee la mayoría de los sujetos capaces para ser susceptibles de derecho y contraer obligaciones, al menos hasta que los psiquiatras sean movilizados; pero sin trascendencia general alguna mientras no se prueba un hecho delictivo y un nexo de culpabilidad con el imputable. Pero tampoco ahí se encuentra sin más la posibilidad represiva. Una acción puede ser imputable a un individuo sin que por ello sea responsable; porque la responsabilidad es una consecuencia ulterior de la imputabilidad. Así, el loco no es imputable, y tampoco el niño, y, sin embargo, el padre responsable a veces por los daños causados por el hijo. Al que defendiéndose legítimamente mata a otro, cabe imputarle tal homicidio; pero, al desaparecer la antijuridicidad, no hay responsabilidad, ni cabe aplicarle pena. En principio, la responsabilidad, además de que el agente sea causa física material, requiere conciencia y libertad.”³⁸

Motivación: “La reacción de la persona, como ser humano a cualquier eventualidad que dañe su prestigio o el de su familia para su defensa según la escuela clásica del derecho penal, encuentra el fundamento de la imputabilidad en el libre albedrío humano

³⁸ *Ibid*, pág. 315

que, pudiendo elegir sin restricciones entre el bien y el mal, opta por este último al delinquir. La escuela positiva, por el contrario, se apoya en la peligrosidad o temibilidad del sujeto. Para la primera es justo castigar a quien mal procede y hacer de su conducta la creación de nuevas normas jurídicas protegiendo a la sociedad brindándole el bien común que un Estado está obligado a proporcionarles de toda mala actitud; para la segunda, en virtud de los postulados de la defensa social, es necesario precaverse de quien pretende hacer un mal, un antes de consumarlo o intentarlo pero todo proviene de cuan grave es el daño causado al afectado para poder juzgarlo con el tipo penal.”³⁹

Construcción: “Toda norma para su formación necesita directrices o principios, así como doctrina e instituciones para comenzar la construcción de la misma teniendo como ejemplo la imputabilidad penal, se construye a través de las causas de inimputabilidad que los códigos suelen incluir entre las circunstancias eximentes. Es imputable así el mayor de edad que goza de lucidez mental, no está embriagado, no es sordo mudo y cuenta con todas sus cualidad volitivas para ser sujeto de derechos y obligaciones sin instrucción y obra con conciencia, voluntad y sin ser impulsado por el miedo.”⁴⁰

En una sistemática total del derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país; pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría jurídica del delito.

³⁹ *Ibid*, Pág. 316

⁴⁰ Cabanellas, *Ob. Cit*; pág. 361.

Los escritores alemanes acostumbran a tratar de la imputabilidad y de la culpabilidad stricto sensu, bajo la rúbrica común de la culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas correspondientes al nexos moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta.

“Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.”⁴¹

El concepto clásico de la imputabilidad se a desarrollado sobre varios principios de la norma, instituciones, dando incluso participación a la comunidad, respetando siempre

⁴¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 362

como nivel jerárquico la carta magna de cada sociedad pero principalmente de la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral. Desde una perspectiva del derecho adjetivo la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor de un delito surgiendo varias definiciones aplicando una de ellas, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.”⁴²

La imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad que tiene aquella como presupuesto.

e. Culpabilidad

Cuando nuestras actitudes se fundamentan en dolo, como parte de la sociedad da calidad de culpable, de responsable de un mal o daño. Imputación de delito o falta, a quien resulte agente de uno u otra, para exigirle la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal. Calificación como culposa o dolosa de la acción u omisión punible.

“La parte más delicada en cuanto al derecho penal trata es la culpabilidad mientras nos hemos movido en un terreno descriptivo -tipicidad-, o de valoración objetiva -antijuricidad-, hasta el momento no ha sido preciso valorizar la importancia de realizar la individualización. En última instancia nuestra disciplina es individualizadora en alto

⁴² Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 222.

grado y al llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible en el proceso de subsanación, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró. En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica y donde la imputabilidad siempre suele quedar encerrada, en los tratados alemanes, en el amplio capítulo de la culpabilidad lato sensu. La incapacidad estimada como parte o elemento de la culpabilidad, según hace Mezger, o bien como problema previo de capacidad, conforme aparece en la mayor parte de los tratadistas germánicos. La imputabilidad figura, pues, no en una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto del delito. Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, es preciso resucitar esa noción de imputabilidad que creyeron haber enterrado los positivistas, concebida como presupuesto, como capacidad penal. La imputabilidad psicológica es, por tanto, la facultad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente.⁴³

En suma: Toda persona desde el momento de su concepción adquiere personalidad jurídica adquiriendo derechos para sobrevivir, cumpliendo la capacidad de ejercicio va adquiriendo obligaciones de valores penales o civiles que al transgredirlas puede ser objeto de culpabilidad, en el más amplio sentido integrándose a la imputabilidad, salvo cuando, se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.

⁴³ *Ibid*, pág. 215

En las legislaciones vigentes no se ha definido de modo afirmativo ni la antijuricidad ni la imputabilidad. Se sabe lo que son en los distintos Códigos del mundo porque se debe deducir por procedimientos inversos de las negociaciones que se consignan en las leyes penales. En efecto; éstas, en vez de decir lo que es antijurídico, dice lo que no es injusto; esto es, lo que está justificado, y en vez de definir quiénes son imputables, enuncian quiénes son inimputables.

En cambio, aunque no se dé en Artículo alguno la noción afirmativa de la culpabilidad, si suelen aparecer en los Códigos más modernos conceptos del dolo y de la culpa, que son las especies de aquella.

Hasta en los viejos Códigos, en que el esmero no suele presidir las definiciones de la parte general, encontramos la palabra intención, como requisito de las infracciones punibles, que no es otra cosa que el dolo.

Ahora bien; “lo mismo que el tratadista construye la noción de la antijuricidad sobre los elementos de su derecho vigente, así podrá también componerse una teoría general de la culpabilidad.”⁴⁴

f. Condicionalidad objetiva

Son las llamadas excusas absolutorias son: “Eximente o causa de impunidad establecida por la ley fundándose en motivo de utilidad pública o interés social. Aun

⁴⁴ *Ibid*, pág. 234.

reconociendo la antijuridicidad del hecho o de la omisión, y la imputabilidad y culpabilidad del agente, no se aplica pena. Si bien se citan como excusas absolutorias el desistimiento espontáneo en la tentativa y el arrepentimiento activo, la circunstancia típica al respecto proviene del parentesco y en cuanto al encubrimiento. En efecto, pese a que cooperan con el delincuente y a que estorban la labor de la justicia -dos actitudes típicamente delictivas-, están exentos de las penas impuestas ciertos encubridores; y, además, delincuentes activos, por ciertos motivos; y, además, delincuentes activos, por motivos de conveniencia política, según se concreta a continuación.

- En los delitos contra la propiedad. Declara el codificador penal español, con el que coinciden casi todos los textos hispanoamericanos, que: -están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente a la civil, por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines de la misma línea. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro. Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.
- En el fuero militar. “Con la intención de quebrantar la moral de los insurrectos, facilitar la división entre ellos y la claudicación de los pusilánimes o vacilantes, los códigos de justicia militar incluyen otra excusa absolutoria, referida a los que depongan las armas antes de haber hecho uso de las mismas y se sometan a las

autoridades legítimas en caso de haberse alzado en rebelión, siempre que sean meros ejecutores y pertenezcan a la clase de tropa o marinería.”⁴⁵

- Las condiciones extrínsecas de penalidad constituyen uno de los caracteres del delito. La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número. Por lo que respecta al último de los caracteres enunciados la penalidad también se polemiza sobre ella, y hay muchos autores modernos que piensan que, en vez de una característica del delito, es una consecuencia.
- “Ernesto Beling, que mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, las define así: Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las sextas condiciones de punibilidad, y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como segundas condiciones de punibilidad.”⁴⁶
- Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquellas no son

⁴⁵ Cabanella, **Ob**, Cit; pág. 626.

⁴⁶ **Ibid**, pág. 153

circunstancias que pertenezcan al tipo, por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente condiciones objetivas o extrínsecas se dice que son condiciones objetivas de penalidad las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción por las facilidades que dan para comprobar la ejecución.

Dentro de la clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad, según; Luis Jiménez de Asúa cita las siguientes:

- Desde el punto de vista de su aparición: forma positiva, como la apertura del concurso de quiebra; y forma negativa, en que la punibilidad se vincula a la condición de la inexistencia de ciertas circunstancias, como el hurto necesitado, que es un hurto privilegiado.
- Desde el punto de vista de su extensión: condiciones de punibilidad generales; y condiciones de punibilidad especiales.⁴⁷

g. Punibilidad

Es de carácter objetivo y de la abstracta descripción de la pena que plasma como una amenaza de prevención general, el legislador en la ley, o sea que es la determinación

⁴⁷ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; 285.



de la sanción en la ley penal, que surge bajo dos corrientes.

1. Considera la punibilidad como elemento del delito: porque cree que la conducta humana típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que este sancionada como una pena; de esta manera la punibilidad resulta ser elemento esencial del delito.
2. Considera la punibilidad como su consecuencia: Ya que tiene que reunir los elementos esenciales para estar en presencia de un delito, en virtud de que el delito es el presupuesto necesario de la pena.

2.4. Aspectos negativos del delito

- Falta de acción
- Ausencia del tipo
- Causas de Justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de condición objetiva
- Excusa absolutorias

Contrario sensu, a los aspectos positivos que configuran la existencia del delito; entre los aspectos negativos se pueden establecer y desarrollar los siguientes:

a. Falta de acción

La falta de acción es lo que comúnmente conocemos como la omisión, es decir el no obrar en determinada situación, cuya abstención configura la existencia de un delito.

“Recibe el nombre de delito de abstención o inacción. Consiste en la lesión de un derecho ajeno relativo a la persona, bienes o facultades jurídicas de otro, o en el incumplimiento de un deber propio, por no realizar los actos o movimientos corporales que evitarían esa infracción penada por la ley”.⁴⁸

Es el caso de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido y le causa así la muerte; el del centinela que, habiéndolo advertido, no previene a sus compañeros o jefes de la aproximación del enemigo; el del funcionario público que incurre en denegación de auxilio para cooperar con la justicia, o con otro servicio público, cuando fuere competentemente requerido.”⁴⁹

“Francesco Canelutti distingue diferentes clases de delitos de omisión, entre ellos figuran.”⁵⁰

- De omisión simple: cuando existe una orden o mandato expreso que se viola por el acto mismo de inacción; como el movilizado que, conocedor de la orden perentoria de incorporación a filas, prosigue en su residencia y haciendo la vida normal.

⁴⁸ Cabanella, **Ob, Cit**; pág. 628.

⁴⁹ **Ibid** .pág. 65.

⁵⁰ Francesco Canelutti, **Derecho Penal 1**. Pág. 78.



- De comisión por omisión: si el hecho se hubiera evitado de haber el autor ejercido la acción posible y omitida por él; así, cuando un vehículo choca con otro o con algo por no haber querido el conductor frenarlo, aun habiendo dispuesto de tiempo para ello, lo cual lo hace responsable de los daños y de las víctimas.
- De omisión espiritual: donde se incluyen los delitos culposos, y que abarca la falta de diligencia debida, que puede no tener consecuencias, o resultar trágica; piénsese en el caso del encargado de equipar un avión si no ha dispuesto de paracaídas para todos los tripulantes, y es causa así de que cierto número de ellos no pueda salvar su vida al acaecer en vuelo un accidente.
- Ciertos delitos no pueden ser cometidos por omisión; como el robo, la generalidad de los sexuales, las injurias y calumnias. Por el contrario, otros exigen una abstención, con arreglo a la tipicidad legal; como la denegación de auxilio, la celebración de reuniones o manifestaciones sin previo aviso escrito a la autoridad; entre muchos que provienen, por lo general, del incumplimiento pasivo de un deber.

En cuanto al delito de comisión por omisión, podemos ampliar dicha explicación así:

“Hay dos formas típicas de delinquir: por acción, así al disparar contra alguien al que se hiere o mata; y por omisión, así al no presentarse ante una orden de movilización, con la automática deserción consiguiente. Pero cabe una tercera actitud: omitir algo a lo cual se estaba obligado, como no detenerse el automovilista ante una luz roja, con lo

cual origina un choque con los que circulan por la dirección lícita entonces atropella a un peatón cuando utiliza la franquía de tránsito para él. La distinción tiende a considerar que existe mayor culpabilidad que en la simple abstención; puesto que se infringe un deber; a más de la actitud pasiva, que, superada, habría evitado el mal.”⁵¹

b. Atipicidad

La atipicidad se refiere a la ausencia de tipicidad, que obsta al proceso penal o cuando menos, a la punibilidad.

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce: no hay delito sin tipicidad. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle subsumible con un tipo legal y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia, del lugar del medio o de la ocasión, entonces nos hallamos ante casos

⁵¹ *Ibid*, pág. 65.

específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan.

El caso de atipicidad es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma, no hay delito sin tipo legislado. Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso que el de mera pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.

c. Causas de justificación

“Norma o hecho que legitima la conducta. En el derecho penal, cada una de las circunstancias eximentes en que el sujeto no incurre sino en la apariencia del delito; pues no existe infracción al ordenamiento jurídico general o de las normas de cultura predominantes, que otros penalistas erigen como criterio sancionador.”⁵²

“Así el que ejercita un derecho el que por defender su vida penetra en el domicilio ajeno contra la voluntad del dueño, el que cumple con un deber, el soldado de un piquete que hace fuego contra el reo, al oír la voz de mando oficial, quien actúa en legítima defensa, no viola ningún derecho ajeno; porque el propietario o habitante de una casa no puede en tal caso prohibir la entrada al perseguido injustamente; ni el reo ejecutado tenía derecho a la vida, según la ley y la sentencia; ni el agresor ilegítimo tiene reconocida su inmunidad. En tales casos, el que causa un daño o lesiona algún interés ajeno, sirve el

⁵² **Ibid**, pág. 67.



derecho propio o el general de la colectividad humana organizada.”⁵³

“De las causas de justificación se diferencian las de inimputabilidad -la locura, la minoría de edad-, las de inculpabilidad -la obediencia debida o el caso fortuito-, y las de impunidad -parentesco próximo en el encubrimiento o en el hurto.”⁵⁴

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde antiguo alguna de sus especies -valga la legítima defensa-, sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

En suma, las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad.

Las llamadas causas de justificación mencionada por; Luís Jiménez de Asúa, se basan en la lucha contra lo injusto o en el valor del interés protegido, añadiendo, además, los privilegios de acuerdo a la clasificación siguiente:

⁵³ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 70.

⁵⁴ **Ibid**, pág. 110.



- La lucha contra lo injusto

El deber jurídico

La legítima defensa

La ayuda propia

- El reconocimiento del interés protegido

Norma general, lo que no se opone a la norma de cultura

La esfera de libertad que se deja por el Estado

La corrección

- Privilegios

Las causas de justificación se basan, o en la falta de antijuricidad, según el principio de la ausencia del interés, o por preponderancia de aquel, de conformidad a la clasificación siguiente:

- Ausencia de antijuricidad según el principio de la ausencia del interés

Consentimiento del ofendido

Consentimiento presunto

- Ausencia de antijuricidad según el principio del interés preponderante

La acción especialmente debida

La acción realizada en virtud de especiales derechos

El principio de la valuación de los bienes jurídicos

El primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia de antijuricidad es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley. Dichas causas, en la mayor parte de los Código Penales se encuentran desarrolladas, tales como:

- Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio
- Legítima defensa
- Estado de necesidad; por colisión de bienes jurídicos y por colisión de deberes
- Haber sido declarado por un tribunal en estado de interdicción habiéndose obtenido tal resolución de una forma fraudulenta.

d. Causa de inimputabilidad

Ante la incapacidad penal derivada de insuficiente desarrollo mental o enajenación de igual índole, la que obsta a la imposición de un pena. La locura, la sordomudez de nacimiento y la minoría de edad son características de esto.

“Conforme al criterio doctrinario se desarrollo este concepto y utilizando varias teorías para su creación se enuncian aquellos aspectos de la imputabilidad no sólo consignados en los Códigos Penales de América, sino aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos; por consiguiente, conforme a dicho



criterio, se puede establecer la clasificación.”⁵⁵

- Falta de desarrollo mental: la minoría de edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros los más en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho.
- Falta de salud mental
- Trastorno mental transitorio; embriaguez, fiebre y dolor.

“El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena, pero no de responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer -menstruación, embarazo, menopausia- y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o sicóticos, éstos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes los padecen.”⁵⁶

“La enajenación es una causa de inimputabilidad. Una buena fórmula de inimputabilidad ahorraría infinitos conflictos entre jueces y expertos, y en cambio, una mala redacción de las causas de irresponsabilidad, no solamente provoca confusiones entre el perito y el magistrado, sino que, a menudo encierran en las prisiones enfermos de la mente, con el indeclinable agravio de la justicia y con marcado riesgo de que empeore el paciente.

Se le ofrecen al legislador, para definir la irresponsabilidad de los enfermos, de los

⁵⁵ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 225.

⁵⁶ **Ibid**; pág. 225.

inconscientes y de los que padecen un trastorno mental pasajero, tres fórmulas fundamentales, las cuales son.”⁵⁷

- El aspecto psiquiátrico o biológico puro: consiste en enunciar de la manera más simple, los efectos psicológicos y jurídicos que pueden producir la enfermedad mental, sin establecer límites de orden jurídico ni psicológico.
- Aspecto psicológico: en el se formula la irresponsabilidad del demente, atendiendo al efecto que en derecho produce el factor psicológico de la enfermedad, expresando que consiste en excluir la voluntad, la libre determinación de la voluntad.
- Aspecto psiquiátrico psicológico jurídico: conforme a ella deben hacerse constar que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la consciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a derecho.

“Es inimputable el enajenado y el que se halle en trastorno mental transitorio, cuando no pueda discriminar la naturaleza ilícita de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos. Con ello, no solamente quedarán eximidos de pena, por ser inimputables, los enfermos de la mente, los que sean sonámbulos, los que deliran en la fiebre, los que perpetran una infracción en el estado crepuscular del sueño, sino también aquellos otros que, presas de una pasión violentísima, causada por justo dolor, no pudieron, por haber

⁵⁷ *Ibid*; pág. 232

caído en inconsciencia, discriminar la naturaleza de sus acciones, o aunque sean conscientes, por el carácter compulsivo de las emociones padecidas no sean capaces de inhibir sus impulsos delictivos.”⁵⁸

e. Causa de inculpabilidad

En el enjuiciamiento criminal, la que conduce a la absolución por ausencia de culpa en el agente, autor del hecho. Sin embargo, figuran entre ella el caso fortuito, la obediencia debida, la ignorancia admisible, el error esencial y haber actuado bajo una amenaza insuperable. En sentido amplio, exención de culpa, inocencia. Ausencia de dolo o de específica culpa.

“Llamadas también causas de exculpación, son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo, son las causas que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. La diferencia entre ellas y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, sea de un modo perdurable, como el enajenado, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. En cambio el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Más para todas las otras acciones su capacidad es plena. Si el que yerra purgando a su niño y, sin querer, le envenena, perpetra al mismo tiempo contra un criado una injuria u otra cualquier

⁵⁸ *Ibid*, pág. 236.



infracción, aunque el error esencial le absuelva por el filicidio. En cuanto a los tipos, propiamente existen dos: genérica y general con alcances supra-legales.”⁵⁹

- Error, con sus especies y variedades: de hecho y de derecho; eximentes putativas; y obediencia jerárquica.
- No exigibilidad de otra conducta.”

f. Falta de condición objetiva

Caso Fortuito: Llamado también fuerza mayor, es un acaecimiento o suceso imposible de evitar, que debe identificarse con un mero accidente, donde la responsabilidad penal no es imputable a nadie, por cuanto que el agente actuaba legalmente y a pesar de haber puesto la debida diligencia, se produjo un resultado dañoso de manera fortuita, no existió por tanto dolo.

g. Escusa absoluta

Son circunstancias que por razones de parentesco o por causas de política criminal del Estado, al darse liberan de responsabilidad penal al agente. Dentro de nuestra legislación se contemplan las siguientes:

Artículo 139 del Código Penal: La tentativa de la mujer para causar su aborto y el aborto

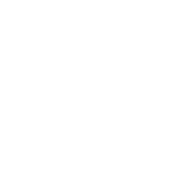
⁵⁹ Ibid. 259.



culposo propio, no son punibles por razones de maternidad consciente;

Artículo 172 del Código Penal: En los delitos contra el honor, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal o la pena, por razones de índole muy particular;

Artículo 456 del Código Penal: Los que cometieren encubrimiento a favor de parientes, salvo que exista aprovechamiento o ayuda al delincuente sobre los efectos del delito, por razones de parentesco y utilidad social.





CAPÍTULO III

3. La informática y la internet

De acuerdo al desarrollo y avances tecnológicos de hoy en día, la informática y la Internet se han convertido en elementos indispensables para realizar la mayor parte de las actividades cotidianas, y por consiguiente su conocimiento resulta beneficioso, pero al mismo tiempo constituye una vía para delinquir, por parte de personas que valiéndose de ciertos conocimientos de orden técnico incurren en la comisión de los delitos informáticos.

Por ello, se hace referencia a la generalidad del tema informático, así como el medio para transmitir el cúmulo de información, es decir la Internet.

3.1. La informática

La tecnología de la información y las comunicaciones ha logrado tan alto grado de desarrollo que hoy está en todas partes y, si no en todas partes, en la mayoría de las actividades del ser humano: en la educación, la industria, el comercio, las finanzas, la investigación, etc.

“Hoy en día conocer la tecnología y utilizarla ya no constituye ningún privilegio, por el contrario, es una necesidad. El uso de la tecnología es un factor determinante en los niveles de eficiencia y competitividad tanto a nivel empresarial como personal. La

informática es el tratamiento racional, automático y adecuado de la información, por medio del computador, para lo cual se diseña y desarrollan estructuras y aplicaciones especiales buscando seguridad e integridad. En el contexto de la informática, la información constituye un recurso de gran valor y se busca mantenerla y utilizarla de la mejor manera.”⁶⁰

La informática es la disciplina que estudia el tratamiento automático de la información, utilizando dispositivos electrónicos y sistemas computacionales. También es definida como el procesamiento de la información en forma automática. Para ello, los sistemas informáticos deben realizar las tres tareas básicas siguientes:

- Entrada: captación de la información digital.
- Proceso: tratamiento de la información.
- Salida: transmisión de resultados binarios.

El vocablo informática proviene del francés *informatique*, acuñado por el ingeniero Philippe Dreyfrus en mil novecientos sesenta y dos. El vocablo es acrónico de las palabras *information* y *automatique*. En lo que hoy en día conocemos como informática confluyen muchas de las técnicas de las máquinas que el hombre ha desarrollado a lo largo de la historia para apoyar y potenciar sus capacidades de memoria, de pensamiento y de comunicación.

⁶⁰ Pep Cardona, «Historia de la Informática» 1996,
http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/armas_spam.msp



La información se aplica a numerosas y variadas áreas, como por ejemplo: gestión de negocios, almacenamiento y consulta de información, monitorización y control de procesos, robots industriales, comunicaciones, control de transportes, investigación, desarrollo de juegos, diseño computarizado, aplicaciones multimedia y toda una infinidad movimientos computarizados.

“En la información convergen los fundamentos de las ciencias de la computación, la programación y las metodología para el desarrollo de software, la arquitectura de computadores, las redes de datos como Internet, la inteligencia artificial, así como determinados temas de electrónica; de hecho se puede entender la informática como la unión de todo este conjunto de disciplinas. De acuerdo al diccionario de la real academia española, se entiende la informática como: “El conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.”⁶¹

También se puede entender el concepto de informática como aquella disciplina encargada del estudio de métodos, procesos, técnicas, desarrollos y su utilización en ordenadores -computadores-, con el fin de almacenar, procesar y transmitir información y datos en formato digital.

Entre las funciones principales de la informática se cuentan las siguientes:

- Creación de nuevas especificaciones de trabajo.

⁶¹ Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 567.



- Desarrollo e implementación de sistemas informáticos.
- Sistematización de procesos.
- Optimización de los métodos y sistemas informáticos existentes.

La informática es aplicada en numerosos y diversos sectores de la actividad humana. Sólo algunos de ellos son: biología, física, química, meteorología, ingeniería, industria, investigación científica, comunicaciones, arte, nivel empresarial, gestión, etc.

En los inicios del proceso de información, con la informática sólo se facilitaba los trabajos repetitivos y monótonos del área administrativa, gracias a la automatización de esos procesos, se produjo la disminución de los costes y un incremento de la producción.

Actualmente es difícil concebir un área que no use, de alguna forma, apoyo de la informática. Una de las utilidades más importantes de la informática es facilitar información en forma oportuna y veraz, lo cual, puede facilitar entre otras cosas la toma de decisiones a nivel gerencial como permitir el control de procesos críticos.

La informática parte de un concepto básico, que es la información, término que fue desarrollado a partir de la década de los cuarenta por el matemático norteamericano Claude Shannon, para referirse a todo aquello que está presente en un mensaje o señal cuando se establece un proceso de comunicación entre un emisor y un receptor. Así, cuando dos personas hablan, intercambian información. En consecuencia, la información puede encontrarse y enviarse en muchas formas, a condición de que quien



la reciba pueda interpretarla.

Procesar información implica el almacenamiento, la organización y muy importante, la transmisión de la misma. Para ello, en la informática intervienen varias tecnologías en términos generales, pero podemos establecer que dos son las básicas: la computación y la comunicación; es decir, en lo que hoy conocemos como informática confluyen muchas de las técnicas y de las máquinas que el hombre ha desarrollado a lo largo de la historia para apoyar y potenciar sus capacidades de memoria, de pensamiento y de comunicación. En conclusión, la informática es el producto del encuentro de dos líneas tecnológicas: el de las máquinas de comunicar y el de las computadoras.

3.2. La cibernética

La palabra cibernética derivada del griego kibernetes, apareció por primera vez con Platón, y en el siglo XIX con André Marie Ampere para referirse a los modos de gobierno.

En el siglo XIX André Marie y James Maxwell retomaron el sentido político de la palabra. Pero la cibernética tal como la entendemos hoy en día fue formalizada por Norbert Wiener en su obra Cibernética o el Control y Comunicación en Animales y Máquinas.

La cibernética es la ciencia que se ocupa de los sistemas de control y de comunicación en las personas y en las máquinas, estudiando y aprovechando todos sus aspectos y



mecanismos comunes. El nacimiento de la cibernética se estableció en el año mil novecientos cuarenta y dos, en la época de un congreso sobre la inhibición cerebral celebrado en Nueva York, del cual surgió la idea de la fecundidad de un intercambio de conocimiento entre fisiólogos y técnicos en mecanismos de control. Cinco años más tarde, uno de los principales fundadores de esta ciencia, Norbert Wiener, propuso el nombre de cibernética, derivado del griego, lo cual traducido puede significar piloto, timonel o regulador. Por tanto, la palabra cibernética podría significar ciencia de los mandos.

Estos mandos son estructuras con elementos especialmente electrónicos y en correlación con los mecanismos que regulan la psicología de los seres vivos y los sistemas sociales humanos, y a la vez que permiten la organización de máquinas capaces de reaccionar y operar con más precisión y rapidez que los seres vivos, ofrecen posibilidades nuevas para penetrar más exactamente las leyes que regulan la vida general y especialmente la del hombre en sus aspectos psicológicos, económicos, sociales, etc.

Dentro del campo de la cibernética se incluyen las grandes máquinas calculadoras y toda clase de mecanismos o procesos de autocontrol semejantes y las máquinas que imitan la vida. Las perspectivas abiertas por la cibernética y la síntesis realizada en la comparación de algunos resultados por la biología y la electrónica, han dado vida a una nueva disciplina, la biónica.

Haciendo referencia a lo que hoy en día se entiende por cibernética, está ha sido definida de las formas siguientes: Es el estudio del control y comunicación en los sistemas complejos: organismos vivos, máquinas y organizaciones. La cibernética es la rama de las matemáticas que se encarga de los problemas de control, recursividad e información.

“La cibernética estudia los flujos de información que rodean un sistema, y la forma en que esta información es usada por el sistema como un valor que le permite controlarse a si mismo: ocurre tanto para sistemas animados como inanimados indiferentemente. La cibernética es una ciencia interdisciplinaria, estando tan ligada a la física como al estudio del cerebro como al estudio de los computadores y, teniendo también mucha relación con los lenguajes formales de la ciencia, proporcionando herramientas con las que describir de manera objetiva el comportamiento de todos estos sistemas.”⁶²

La cibernética en general se interesa en el estudio de la diferencia entre la presencia y la ausencia de varias propiedades, también llamadas dimensiones o atributos. La presencia o la ausencia de cada propiedad pueden ser representadas de forma binaria con variables que toman dos valores, en función de la existencia o no del sistema. La representación binaria puede ser generalizada a una propiedad con múltiples valores discretos o continuos. El conjunto de todos los estados posibles del sistema se llama espacio de estado.

⁶² Pep Cardona. Historia de la Informática.

http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/armas_spam.msp

Un componente esencial en la modelización cibernética es la medida cuantitativa del tamaño del espacio de estado, o el número de los estados diferentes. Esta medida se llama variedad.

La variedad se define según Cardona Pep, a partir del número de elementos del espacio estado. La cibernética ha encontrado sus primeros elementos en el estudio de los reguladores, que se encuentran en biología y en el campo técnico.

En biología el sistema nervioso ofrece dos formas de regulación análogas. Es el caso de las regulaciones neuro-endocrinas, que aseguran el mantenimiento del equilibrio en nuestro medio interior, aunque las regulaciones sean muy complejas y hayan de intervenir varios elementos correctores que se anulan, se suman o se complementan, para realizar finalmente este equilibrio; y por otro lado se encuentra el papel de los osmo-receptores en el control de la concentración osmo-plasma.

Existen otras analogías, como los circuitos reverberantes u oscilantes que se encuentran en electrónica; algunos han conocido un determinado favor, como el esquema construido para tratar de explicar la teoría de los movimientos involuntarios.

De lo antes descrito, podemos considerar la variedad de campos de aplicación, en los cuales tiene injerencia la cibernética, y por estar relacionada con el tema central de la investigación, hemos realizado un breve análisis de su contenido para poder brindar una mejor gama de especificaciones donde podamos aplicar las generalidades de los delitos informáticos existentes hoy en día en nuestra sociedad pudiéndolo ejercer en un



determinado momento.

3.3. La internet.

De acuerdo al tema, previo a realizar el análisis del delito informático, es requisito esencial abordar el tema de la Internet; no obstante la dificultad que ofrece, derivado de la utilización de los conceptos propios de la materia.

Por ello, lo desarrollare con la mayor sencillez posible para un mejor entendimiento.

En cuanto a sus antecedentes, en el mes de Julio de mil novecientos sesenta y uno, Leonard Kleinrock, publicó desde el Massachusetts Institute of Technology el primer documento sobre la teoría de conmutación de paquetes. Kleinrock convenció a Lawrence Roberts de la factibilidad teórica de las comunicaciones vía paquetes en lugar de circuitos, lo cual resultó ser un gran avance en el camino hacia el trabajo informático en red.

El otro paso fundamental fue hacer dialogar a los ordenadores entre sí. Para explorar este terreno, en mil novecientos sesenta y cinco Roberts conectó una computadora tx dos en Massachussets, Estados Unidos de Norteamérica, con q guion treinta y dos en California a través de una línea telefónica conmutada de baja velocidad, creando así la primera red de computadoras de área amplia jamás construida.

En los Estados Unidos de Norteamérica, se estaba buscando una forma de mantener las comunicaciones vitales del país en el posible caso de una guerra nuclear. Este hecho marcó profundamente su evolución, ya que aún ahora los rasgos fundamentales del proyecto se hallan presentes en lo que hoy conocemos como Internet evolucionando de una manera sorprendente.

Internet tuvo un origen militar que puede rastrearse a mil novecientos sesenta y nueve, cuando la agencia de proyectos de investigación avanzada, del departamento de defensa de los Estados Unidos conectó cuatro sistemas de cómputos geográficamente distantes en una red que se conoció como arpanet.

Si bien, la idea original estaba intrínsecamente ligada a la seguridad militar, su evolución e implementación tuvieron lugar alrededor del mundo académico. La misma red en experimentación sirvió para conectar a los científicos desarrollándola y ayudarlos a compartir opiniones, colaborar en el trabajo y aplicarla para fines prácticos.

La primera red interconectada nace el veintiuno de Noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuando se crea el primer enlace entre las universidades de University of California, Los Angeles y Stanford por medio de la línea telefónica conmutada, y gracias a los trabajos y estudios anteriores de varios científicos y organizaciones desde mil novecientos cincuenta y nueve. En mil novecientos setenta y nueve se realizó la primera demostración pública de arpanet, una nueva red de comunicaciones distribuida sobre la red telefónica conmutada. Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas, que utilizan la familia de protocolos protocolo de control

de transmisión/protocolo de Internet, garantizando que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única, de alcance mundial.

Uno de los servicios que más éxito ha tenido en internet ha sido la world wide web www, o la web, hasta el punto que es habitual la confusión entre ambos términos. La www es un conjunto de protocolos que permite de forma sencilla, la consulta remota de archivos de hipertexto. La Web fue un desarrollo posterior y utiliza Internet como medio de transmisión.

Existen por tanto, muchos otros servicios y protocolos en internet, aparte de la web: el envío de correo electrónico simple mail transfer protocol, la transmisión de archivos file transfer protocol y peer to Peer, las conversaciones en línea internet relay chat, la mensajería instantánea y presencia, la transmisión de contenido y comunicación multimedia telefonía voice over internet protocol, televisión internet protocol television, los boletines electrónicos network news transfer protocol, el acceso remoto a otras máquinas secure shell y telecommunication network, o los juegos en línea.

Comparando a las enciclopedias y a las bibliotecas tradicionales, la web ha permitido una descentralización repentina y extrema de la información y de los datos. Algunas compañías e individuos han adoptado el uso de los weblogs, que se utilizan en gran parte como diarios actualizables. Algunas organizaciones comerciales animan a su personal para incorporar sus áreas de especialización en sus sitios, con la esperanza de que impresionen a los visitantes con conocimiento experto e información libre.

Internet ha llegado a gran parte de los hogares y de las empresas de los países; se ha venido extendiendo el acceso a Internet en casi todas las regiones del mundo, de modo que es relativamente sencillo encontrar por lo menos dos computadoras conectadas en regiones remotas, teniendo como preferencia este medio de comunicación sobre el teléfono móvil.

Desde una perspectiva cultural del conocimiento, Internet ha sido una ventaja y una responsabilidad para la gente que está interesada en otras culturas, la red de redes proporciona una cantidad significativa de información y de una interactividad que sería inasequible de otra manera.

Internet entró como una herramienta de globalización, poniendo fin al aislamiento de culturas. Debido a su rápida masificación e incorporación en la vida del ser humano, el espacio virtual es actualizado constantemente de información, fidedigna o irrelevante.

Con la aparición de Internet y de las conexiones de alta velocidad disponibles al público, Internet ha alterado de manera significativa la manera de trabajar de algunas personas al poder hacerlo desde sus respectivos hogares.

Internet y sobre todo los blogs, han dado a los trabajadores un foro en el cual pueden expresar sus ideas y opiniones sobre sus empleos, jefes y compañeros, creando una cantidad de información y de datos sobre el trabajo.

Internet ha impulsado el fenómeno de la globalización y junto con la llamada desmaterialización de la economía ha dado lugar al nacimiento de una nueva economía

la cual genera gran cantidad de ganancias y la creación de empleos para muchas personas caracterizada por la utilización de la red en todos los procesos de incremento de valor de la empresa.

“Para el acceso a Internet se cuenta con aproximadamente diez mil redes en todo el mundo y, más de un millón de protocolos distintos basados en Protocolo de control de transmisión/protocolo de Internet, que se configura como el protocolo de la red. Los servicios disponibles en la red mundial de las computadoras, han avanzado mucho gracias a las nuevas tecnologías de transmisión de alta velocidad, como los almacenamientos de información y wireles, se ha logrado unir a las personas con videoconferencia, ver imágenes por satélite; Observar el mundo por webcams, hacer llamadas telefónicas gratuitas, o disfrutar de un juego multijugador en tercera dimensión hasta quinta dimension, un libro en línea, o álbumes y películas para descargar.”⁶³

El método de acceso a Internet vigente hace algunos años, la telefonía básica, ha venido siendo sustituida gradualmente por conexiones más veloces y estables, entre ellas el ADSL, cable, módems, o el RDSI. También han aparecido formas de acceso a través de la red eléctrica, e incluso por satélite.

3.4. El software

Debido a que el software es tema importante para la comisión de los delitos informáticos, es preciso establecer las generalidades al respecto. El término software

⁶³ Fernández R. <http://seguridad.internautas.org/html/1/425>.

fue usado por primera vez en este sentido por John tukey, en mil novecientos cincuenta y siete, en las ciencias de la computación y la ingeniería. El software es toda la información procesada por los sistemas informáticos: programas y datos.

El concepto de leer diferentes secuencias de instrucciones desde la memoria de un dispositivo para controlar los cálculos fue introducido por Charles Babbage como parte de su máquina diferencial.

Se puede definir el software como el conjunto de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las operaciones de un sistema de computación la cual utiliza una persona de índole individual o jurídica para realizar procedimientos informáticos.

No obstante la complejidad del tema y la importancia por la cual estudiaremos este medio de comunicación existente en todo el mundo, se puede clasificar el software de la forma siguiente:

a) Software de sistema: es aquel que permite que el hardware funcione. Su objetivo es desvincular adecuadamente al programador de los detalles del computador en particular que se use, aislándolo especialmente del procesamiento referido a las características internas de: memoria, discos, puertos y dispositivos de comunicaciones, impresoras, pantallas, teclados, etc. El software de sistema le procura al usuario y programador adecuadas interfaces de alto nivel y utilidades de apoyo que permiten su mantenimiento. Incluye entre otros:



- Sistemas operativos
- Controladores de dispositivos
- Herramientas de diagnóstico
- Herramientas de corrección y optimización
- Servidores
- Utilidades
- Red inalámbrica
- señal telefónica

b) Software de programación: Es el conjunto de herramientas que permiten al programador desarrollar programas informáticos usando diferentes alternativas y lenguajes de programación, de una manera práctica. Incluye entre otros:

- Editores de texto
- Compiladores
- Intérpretes
- Enlazadores
- Depuradores
- Entornos de desarrollo integrados

c) Software de aplicación: es aquel que permite a los usuarios llevar a cabo una o varias tareas específicas, en cualquier campo de actividad susceptible de ser automatizado o asistido, con especial énfasis en los negocios. Incluye entre otros:



- Aplicación de sistema de control y automatización industrial
- Aplicaciones ofimáticas
- Software educativo
- Software médico
- Software de cálculo numérico
- Software de diseño asistido
- Software de control numérico
- Software de asistencia jurídica
- Aplicación enciclopédica
- Aplicación de traducción alfabética

3.5. Seguridad informática

Son las técnicas desarrolladas para proteger los equipos informáticos individuales y conectados en una red, frente a daños accidentales o intencionados. Estos daños incluyen el mal funcionamiento del hardware, la pérdida física de datos y el acceso a bases de datos por personas no autorizadas.

El acceso a información confidencial puede evitarse destruyendo la información impresa, impidiendo que otras personas puedan observar la pantalla del ordenador, manteniendo la información y los ordenadores bajo llave o retirando de las mesas los documentos sensibles. Sin embargo, impedir los delitos informáticos exige también métodos más complejos para dar una mejor seguridad a las personas individuales así como también a las personas jurídicas en sus diferentes clasificaciones.

Los virus informáticos son programas, generalmente destructivos, que se introducen en el ordenador y pueden provocar pérdida de la información almacenada.

El mayor problema que tienen que resolver las técnicas de seguridad informática es el acceso no autorizado a datos. En un sistema seguro, el usuario antes de realizar cualquier operación, se tiene que identificar mediante una clave de acceso. Las claves de acceso son secuencias confidenciales de caracteres que permiten que los usuarios autorizados puedan acceder a un ordenador. Para ser eficaces, las claves de acceso deben resultar difíciles de adivinar. Las claves eficaces suelen contener una mezcla de caracteres y símbolos que no corresponden a una palabra real. Para complicar a los impostores, los sistemas informáticos suelen limitar el número de intentos de introducir la clave.

Las tarjetas de contraseña son tarjetas de plástico que no pueden ser manipuladas, dotadas de un microprocesador que almacena una clave de acceso que cambia frecuentemente de forma automática. Cuando se entra en un ordenador mediante una tarjeta de acceso, el ordenador lee la clave de la tarjeta y otra clave introducida por el usuario, y las compara respectivamente con una clave idéntica a la de la tarjeta que el ordenador genera automáticamente, y con la clave de acceso del usuario, que está almacenada en una lista confidencial.

Los hackers son usuarios muy avanzados que por su elevado nivel de conocimientos técnicos son capaces de superar determinadas medidas de protección. Su motivación abarca desde el espionaje industrial hasta el mero desafío personal logrando de esa

manera sus feroces actividades delincuenciales sin que nadie se los pueda interferir perturbando la libre actividad social.

Internet con sus grandes facilidades de conectividad, permite a un usuario experto intentar el acceso remoto a cualquier máquina conectada, de forma anónima. Las redes corporativas u ordenadores con datos confidenciales no suelen estar conectadas a Internet; en el caso de que sea imprescindible esta conexión se utilizan los llamados cortafuegos, un ordenador situado entre las computadoras de una red corporativa e Internet.

El cortafuego impide a los usuarios no autorizados acceder a los ordenadores de una red, y garantiza que la información recibida de una fuente externa no contenga virus. Unos ordenadores especiales denominados servidores de seguridad proporcionan conexiones seguras entre las computadoras conectadas en red y los sistemas externos como instalaciones de almacenamiento de datos o de impresión. Estos ordenadores de seguridad emplean el cifrado en el proceso de dialogo inicial, el comienzo del intercambio electrónico, lo que evita una conexión entre dos ordenadores a no ser que cada uno de ellos reciba confirmación de la identidad del otro.

Una técnica para proteger la confidencialidad es el cifrado. La información puede cifrarse y descifrarse empleando ecuaciones matemáticas y un código secreto denominado clave. Generalmente se emplean dos claves, una para codificar la información y otra para descodificarla. La clave que codifica la información, llamada clave privada, sólo es conocida por el emisor. La clave que descodifica los datos,



llamada clave pública, puede ser conocida por varios receptores. Ambas claves se modifican periódicamente, lo que complica todavía el acceso no autorizado y hace muy difícil descodificar la información cifrada. Estas técnicas son imprescindibles si se pretende transmitir información confidencial a través de un medio no seguro como puede ser Internet.

Las técnicas de firma electrónica permiten autenticar los datos enviados de forma que se pueda garantizar la procedencia de los mismos asegurando a las personas que participan en la realización de diferentes negocios jurídicos.



CAPÍTULO IV

4. Creación de la figura penal de los delitos Informáticos.

La informática, es una de las ciencias más jóvenes en el contexto de las ramas del conocimiento humano; pero constituye una materia, cuyos avances y desarrollo constantes parecen no tener límites. La informática tiene singular importancia en la época actual, marcada por los adelantos en materia tecnológica y sobre todo en la expansión de las economías a nivel mundial, que poco a poco han ido convirtiendo al mundo en una aldea global, con el presente proceso globalizador que permite la eliminación de las fronteras de tipo social, cultural, arancelarias, económicas y en algunos países, especialmente en los europeos, política; para la plena integración de las culturas de las naciones de los países parte.

Es tal la relevancia de la informática en la actualidad y su conexión con los diferentes ámbitos del saber y de su inserción en múltiples actividades que realiza el ser humano, que se considera necesario la realización del presente análisis, vinculado al tema del derecho informático como una de las ciencias jurídicas constituida por un conjunto de principios, doctrinas y normas jurídicas que pretendan regular el conocimiento científico y técnico que posibilita el tratamiento automático de la información por medio de las computadoras, la regulación, administración y protección de los sistemas operativo-informáticos y de los ordenadores, y de los derechos y obligaciones que los usuarios de la red deben observar en la realización de sus actos informáticos y de las correspondientes sanciones que conlleva el incumplimiento de dichas normas



obteniendo el lineamiento de la conducta humana dentro de la sociedad.

El derecho informático, es una materia de actual concepción, cuyas normas se caracterizan por la innovación y adaptación de los cambios tecnológicos que se van suscitando en los sistemas operativos, las reglas y los sistemas de contratación informática; ya que en un país como el nuestro que no raras veces se ve rebasado por los cambios que imponen las sociedades desarrolladas; consideramos que es urgente darle tratamiento, no sólo a la sustantividad de las normas penales, sino que también a las adjetivas, y en particular en lo que respecta el problema de una incipiente regulación en nuestro Código Penal, de las conductas antijurídicas que conforman los delitos informáticos.

Dentro de la gran variedad de delitos informáticos que existen, se pueden mencionar entre los más frecuentes los siguientes:

- Manipulación de los datos de entrada
- Manipulación de los programas
- Manipulación de los datos de salida
- Fraude efectuado por manipulación informática
- Sabotaje informático
- Virus
- Gusanos
- Bomba cronológica
- Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos



- Piratas informáticos
- Reproducción no autorizada de programas informáticos
- Infracciones al copyright
- Intercepción de correo electrónico
- Pesca de claves secretas
- Estafas electrónicas
- Utilización ilegítima de terminales de comunicaciones
- Defraudaciones de telecomunicaciones
- Estafa perpetrada a través de medios informáticos
- Utilización de correo electrónico con finalidad criminal
- Utilización de Internet como medio criminal
- Estratagemas
- Pornografía infantil
- Spam
- Hoaxes
- Pirámides de valor
- Phishing

Estos son algunos de los delitos informáticos más frecuentes que se cometen, pero en nuestra legislación ninguno se encuentra regulado, por consiguiente no constituyen delitos, lo cual deja en completa libertad a quienes realizan éste tipo de actividades.

Dentro del contexto de nuestra regulación jurado penal, se produce un gran vacío legal toda vez que en lo concerniente al Código Penal, no se da en ninguno de sus títulos la

regulación de los delitos informáticos, lo cual es perjudicial, toda vez que no se protege de manera efectiva a las personas tanto individuales, como a nivel de la industria, de las entidades estatales, y en general a todos aquellos que manipulen de alguna forma datos a nivel informático. Por ello, nuestra legislación se ha quedado rezagada en cuanto a la realidad que se vive a nivel de los sistemas operativos, toda vez que no se ha producido por parte de los legisladores una reforma estructural al Código Penal Decreto 17-73, a fin de regular de forma taxativa los distintos tipos penales relacionados con los delitos informáticos.

Si bien es cierto, la gama de delitos informáticos que existen es inmensa, regular de manera efectiva los que se producen en nuestro país, representaría un gran avance en la aplicación de los diferentes tipos penales, toda vez que actuaría como elemento disuasivo entre los delincuentes informáticos, los cuales valiéndose de ciertos conocimientos actúan con total impunidad, escudados en la falta de tipos penales que sancionen este tipo de actuar.

Es precisamente este actuar, el motivo fundamental de nuestro análisis jurídico, para determinar la serie de acciones que se cometen con total impunidad relacionadas con el manejo, procesamiento y transmisión de información; acciones que en otras legislaciones se denominan delitos informáticos, los cuales precisan ser regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo.

Es pues, sobre el tema de una adecuada regulación en nuestro ordenamiento jurídico penal que se pretende desarrollar el presente capítulo, para que, quienes desarrollen

sus acciones en torno a la actividad informática, se vean beneficiados de dicha producción, gocen de plena certeza y seguridad jurídica, lo cual no acontece en la actualidad dado el vacío legal existente.

4.1. Delitos informáticos

En este apartado se estudiará lo referente al delito informático, el estudio de los temas relacionados. Desarrollaré el tema visto desde la perspectiva de la legislación comparada, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, no se encuentran tipificados la diversidad de delitos informáticos que existen y donde nuestra sociedad necesita su tipificación para su desarrollo. La evolución tecnológica ha generado un importante número de conductas nocivas que aprovechando el poder de la información, buscan lucros ilegítimos y causan daños. El derecho que por esencia se muestra reticente al cambio, no ha reaccionado adecuadamente a las nuevas circunstancias, prueba de ello es que aún no se regula en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Penal, los delitos informáticos.

Las facultades que el fenómeno pone a disposición de gobiernos y de particulares, con rapidez y ahorro consiguiente de tiempo y energía, configuran un cuadro de realidades de aplicación y de posibilidades de juegos lícito e ilícito, en donde es necesario el derecho para regular los múltiples efectos de una situación, nueva y de tantas potencialidades en el medio social.

Los progresos mundiales de las computadoras, el creciente aumento de las

capacidades de almacenamiento y procesamiento, la miniaturización de los chips de las computadoras instaladas en productos industriales, la fusión del proceso de la información con las nuevas tecnologías de comunicación, así como la investigación en el campo de la inteligencia artificial, ejemplifican el desarrollo actual definido a menudo como la era de la información.

Es indudable, las computadoras se presentan como una herramienta muy favorable para la sociedad, también se pueden constituir en un verdadero instrumento de actos ilícitos. Este tipo de actitudes concebidas por el hombre encuentran sus orígenes desde el mismo surgimiento de la tecnología informática. La facilitación de las labores que traen consigo las computadoras, propician que en un momento dado, el usuario se encuentre ante una situación de ocio, la cual canalizan a través de la computadora, cometiendo sin darse cuenta una serie de ilícitos.

La evolución tecnológica ha generado un importante número de conductas nocivas que, aprovechando el poder de la información, buscan lucros ilegítimos y causan daños. Esta marcha de las aplicaciones de la informática no sólo tiene un lado ventajoso sino que plantea también problemas de significativa importancia para el funcionamiento y la seguridad de los sistemas informáticos registrados en la última década en los Estados Unidos, Europa Occidental, Australia y Japón, representa una amenaza para la economía de un país y también para la sociedad en su conjunto.

En la actualidad la informática se ha implantado en casi todos los países, tanto en la organización y administración de empresas y administraciones públicas como en la

investigación científica, en la producción industrial o en el estudio e incluso en el ocio. Sin embargo, junto a las incuestionables ventajas que presenta comienza a surgir algunas facetas negativas, como por ejemplo, lo que se conoce como criminalidad informática.

El espectacular desarrollo de la tecnología informática ha abierto las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia antes impensables. A manipulación fraudulenta de los ordenadores con ánimo de lucro, la destrucción de programas o datos y el acceso y la utilización indebida de la información que pueda afectar la esfera de la privacidad, son algunos de los procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos mediante los cuales es posible obtener grandes beneficios económicos o causar importantes daños materiales o morales.

Pero no sólo la cuantía de los perjuicios así ocasionados es a menudo infinitamente superior a la que usual en la delincuencia tradicional, sino que también son mucho más elevadas las posibilidades de que no lleguen a descubrirse. Se trata de una delincuencia de especialistas capaces muchas veces de borrar todo vestigio de los hechos dejando en abandono a cualquier persona afectada.

En este sentido, la informática puede ser el objeto del ataque o el medio para cometer otros delitos, La informática reúne unas características que la convierten en un medio idóneo para la comisión de muy distintas modalidades delictivas, en especial de carácter patrimonial -estafas, apropiaciones indebidas, etc.- La idoneidad proviene básicamente, de la gran cantidad de datos que se acumulan, con la consiguiente



facilidad de acceso a ellos y la relativamente factible manipulación de esos datos.

La importancia reciente de los sistemas de datos, por su gran incidencia en la marcha de las empresas, tanto públicas como privadas, los ha transformado en un objeto cuyo ataque provoca un perjuicio enorme, que va mucho más allá del valor material de los objetos destruidos.

A ello se une que estos ataques son relativamente fáciles de realizar con resultados altamente satisfactorios y al mismo tiempo procuran a los autores una probabilidad bastante alta de alcanzar los objetivos sin ser descubiertos.

En consecuencia, la legislación sobre protección de los sistemas informáticos ha de perseguir acercarse lo más posible a los distintos medios de protección ya existentes, creando una nueva regulación sólo en aquellos aspectos en los que, a las peculiaridades del objeto de protección, sea imprescindible; si se tiene en cuenta que los sistemas informáticos pueden entregar datos e informaciones sobre miles de personas, naturales o jurídicas, en aspectos tan fundamentales para el normal desarrollo y funcionamiento de diversas actividades como bancarias, financieras, tributarias, identificación de las personas. Y a ello se agrega que existen bancos de datos, empresas o entidades dedicadas a proporcionar, si se desea, cualquier información, de carácter personal o sobre materias de las más diversas disciplinas a un Estado, o particulares; se comprenderá que están en juego o podrían llegar a estarlo de modo dramático, algunos valores colectivos y los consiguientes bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico institucional debe proteger.

No es la amenaza potencial de la computadora sobre el individuo lo que provoca desvelo, sino la utilización real por el hombre de los sistemas de información con fines de espionaje. No son los grandes sistemas de información los que afectan la vida privada sino la manipulación o el consentimiento de ello, por parte de individuos poco conscientes e irresponsables de los datos que dichos sistemas contienen.

La humanidad no está frente al peligro de la informática sino frente a la posibilidad real de que individuos o grupos sin escrúpulos, con aspiraciones de obtener el poder que la información puede conferirles, la utilicen para satisfacer sus propios intereses, a expensas de las libertades individuales y en detrimento de las personas. Asimismo, la amenaza futura será directamente proporcional a los adelantos de las tecnologías informáticas.

4.2. Definición y características de la creación de la figura penal de los delitos informáticos

Es cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el proceso automático de datos y/o transmisión de datos. También es considerado como toda interrupción, uso indebido, modificación, o fabricación de datos ajenos que se encuentren en sistemas de computación, sin autorización expresa o implícita de su dueño y de quien ostente la propiedad intelectual, con el fin de obtener un provecho económico lo cual es el interés que la mayoría busca pero no descartemos otras actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumentos o fin, o las conductas típicas, antijurídicas y culpables. Los delitos informáticos son el

comportamiento criminal en que la computadora está involucrada como material, objeto o mero símbolo.

De lo antes descrito se pueden diferenciar dos clases de delitos informáticos:

- a. Ataques pasivos: divulgación del contenido de mensajes ajenos, análisis de información de terceros.
- b. Ataques activos: utilización de passwords ajenos, modificación de mensajes y/o archivos.

Dentro de los aspectos que determinan con cierta exactitud la configuración de los delitos informáticos, se pueden mencionar algunos, no obstante la gama de características existentes, de acuerdo a las distintas clasificaciones elaboradas por los conocedores de la materia. A efecto de este estudio se establecen las siguientes:

- a) Son conductas criminales de personas especializadas en la materia.
- b) Solo un cierto número de personas con conocimientos técnicos puede llegar a cometerlos.
- c) Son acciones de oportunidad, ya que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de las funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- d) Son acciones que en muchas ocasiones se realizan cuando el sujeto trabaja.
- e) Provocan serias pérdidas económicas, ya que casi siempre producen beneficios de más de cinco cifras a aquellos que las realizan.

- f) Ofrecen posibilidades de tiempo, espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.
- g) Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del derecho.
- h) Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.
- i) Presentan grandes dificultades para su comprobación, esto por su mismo carácter técnico.
- j) Ofrecen facilidades para su comisión, a los menores de edad.
- k) Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación.

4.3. Elementos personales de la creación de la figura penal de los delitos informáticos

Los sujetos involucrados según Cardona Pep en la comisión de esta clase de delitos son:

- a. Sujeto activo: las personas que cometen los delitos informáticos son aquellas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, esto es, los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y puede ocurrir que por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información de carácter sensible. Con el tiempo se ha podido comprobar que los autores de los delitos informáticos son muy diversos y que la diferencia entre sí es la naturaleza de los delitos cometidos.

En forma más concreta en cuanto a la característica del sujeto activo del delito de informático, las personas que cometen los delitos informáticos son aquellas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, esto es, los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información de carácter sensible, o bien son hábiles en el uso de los sistemas informatizados, aún cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos.

Con el tiempo se ha podido comprobar que los autores de los delitos informáticos son muy diversos y que lo que los diferencia entre sí es la naturaleza de los delitos cometidos. De esta forma, la persona que ingresa en un sistema informático sin intenciones delictivas es muy diferente del empleado de una institución financiera que desvía fondos de las cuentas de sus clientes.

El nivel típico de aptitudes de delincuente informático es tema de controversia ya que para algunos el nivel de aptitudes no es indicador de delincuencia informática pero si de una actividad punible, en tanto que otros aducen que los posibles delincuentes informáticos son personas listas, decididas, motivadas y dispuestas a aceptar un reto tecnológico, características que pudieran encontrarse en un empleado del sector de procesamiento de datos.



- b. Sujeto pasivo: sujeto pasivo o víctima del delito informático, es el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo, y en el caso de los delitos informáticos las víctimas pueden ser individuos, instituciones, gobiernos, etc., que usan sistemas automatizados de información generalmente conectados a otros.

La determinación del sujeto pasivo es importante, toda vez que a través de su identificación podemos conocer los diferentes ilícitos que cometen los delincuentes informáticos, debido a que muchos de los delitos son descubiertos casualmente por el desconocimiento del modus operandus de los sujetos activos.

4.4. Clasificación de la creación de la figura penal de los delitos informáticos

- a. Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras según Cardona Pep:

Manipulación de los datos de entrada: este tipo de fraude informático conocido también como sustracción de datos, representa el delito informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos, menores de edad que tengan un fácil acceso en el uso de una computadora proporcionada hasta por los mismos padres sin saber con qué fin es utilizado.

La manipulación de programas: es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática, este delito consiste en modificar los programas o nuevas rutinas. Un método común utilizado por las personas que tienen conocimientos especializados en programación informática es del denominado Caballo de Troya, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.

Manipulación de los datos de salida: se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude de que se hace objeto a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos.

Tradicionalmente esos fraudes se hacían a base de tarjetas bancarias robadas, sin embargo, en la actualidad se usan ampliamente equipo y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y de las tarjetas de crédito, aumentando la delincuencia cibernética.

Fraude efectuado por manipulación informática: Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada en la cual las transacciones financieras se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra.

b. Falsificaciones informáticas

Como objeto: cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

Como instrumentos: las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color a base de rayo láser, surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas. Estas fotocopiadoras pueden crear documentos falsos sin tener que recurrir a un original, y los documentos que producen son de tal calidad que sólo un experto puede diferenciarlos de los documentos auténticos.

c. Daños o modificaciones de programas o datos computarizados

Sabotaje informático: Es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización, funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema.

Las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son:

Virus: Es una serie de claves programáticas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de soporte lógico que ha quedado infectado, así como utilizando el método del Caballo de Troya.



Gusanos: se fabrican de forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse. En términos médicos podría decirse que un gusano es un tumor benigno, mientras que el virus es un tumor maligno. Ahora bien, las consecuencias del ataque de un gusano pueden ser tan graves como las del ataque de un virus.

Bomba lógica o cronológica: exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro.

Ahora bien, al revés del virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que causan el máximo daño y para que tenga lugar mucho tiempo después de que se haya marchado el delincuente. La bomba lógica puede también ser utilizada como instrumento de extorsión y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar en donde se halla la bomba.

Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos: por motivos diversos, desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos hackers hasta el sabotaje o espionaje informático.

Piratas informáticos o hackers: el acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones, recurriendo a uno de los diversos medios que se mencionan a continuación.



El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema, esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios emplean contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema.

Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal: esta puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos que muchas veces le han dedicado gran parte de su vida para la creación de un solo programa, algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales.

El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales la cual está generando grandes cantidades de ganancias a personas de un record delictivo no aceptado en nuestra sociedad abriendo un gran camino para un mayor trafico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas que en nuestra actualidad es de mucha utilidad para cualquier persona no importando su nivel académico y social. Aunque existen personas que consideran que la reproducción no autorizada de programas informáticos no es un delito informático, debido a que el bien jurídico tutelado es la propiedad intelectual pero viene a ocasionar grandes pérdidas que únicamente afecta a las naciones no desarrollas donde sistemáticamente da como resultado el perjuicio de los consumidores adquiriendo algunos productos de mala calidad sin poder tener el derecho de garantía con el que cuenta un producto original dando como consecuencia una restitución del mismo.

4.5. Delitos ligados con la creación de la figura penal de los delitos y sistemas informáticos

Arrollo Beltrán manifiesta diversos tipos de delitos que pueden ser cometidos y que se encuentran ligados directamente a acciones efectuadas contra los propios sistemas; dichos delitos son:

- a) Acceso no autorizado: uso ilegítimo del password y la entrada a un sistema informático sin la autorización del propietario.
- b) Infracciones al copyright de bases de datos: uso no autorizado de información almacenada en una base de datos.
- c) Intercepción de correo electrónico: lectura de un mensaje electrónico ajeno al que nosotros hemos creado.
- d) Pesca de claves secretas: Los delincuentes suelen engañar a los usuarios e incautos de la Internet para que revelen sus claves personales haciéndose pasar por agentes de la ley o empleador del proveedor del servicio. Utilizan programas para identificar claves de usuarios, que más tarde pueden usar para esconder su verdadera identidad y cometer otras fechorías, desde el uso no autorizado de computadoras hasta delitos financieros, vandalismo o actos de terrorismo.
- e) Estafas electrónicas: la proliferación de las compras telemáticas permite que aumenten también los casos de estafas. Se trataría en caso de una dinámica comitiva que cumpliría todos los requisitos del delito de estafa desarrollándose electrónicamente donde la mayoría de usuarios ignoran, ya que además del engaño y el ánimo de defraudar, existiría un engaño a la persona que compra. No obstante,

seguiría existiendo una laguna legal en aquellos casos en los que la operación se hace engañando al ordenador.

- f) Estratagemas: los estafadores utilizan diversas técnicas para ocultar computadoras que se parecen electrónicamente a otras para lograr acceso a algún sistema generalmente restringido y cometer delitos.
- g) Juegos de azar: el juego electrónico del azar se ha incrementado a medida que el comercio brinda facilidad de crédito y transferencia de fondos en la red. Los problemas ocurren en países donde ese juego es un delito o las autoridades exigen licencias. Además no se puede garantizar un juego limpio, dadas las inconveniencias técnicas y jurisdiccionales que entraña su supervisión.
- h) Transferencia de fondos: engaños en la realización de este tipo de transacciones, ocasionando pérdidas.
- i) Espionaje: se ha dado casos de acceso no autorizado a sistemas informáticos gubernamentales e interceptación de correo electrónico del servicio de seguridad estatal, entre otros actos que podrían ser calificados de espionaje si el destinatario final de esa información fuese un sistema informático especial.
- j) Espionaje industrial: también se han dado casos de acceso no autorizados a sistemas informáticos de grandes compañías, usurpando diseños industriales, fórmulas, modelos de toda índole, marcas sin haber sido comercializadas, sistemas de fabricación de know how estratégico que posteriormente ha sido aprovechado en empresas competidoras o ha sido objeto de una divulgación no autorizada volviéndose una competencia generada en la misma sociedad establecida bajo una forma mercantil ocasionando pérdidas voluminosas.

- k) Terrorismo: mensajes anónimos aprovechados por grupos terroristas para remitirse consignas y planes de actuación a nivel internacional. La existencia de hosts que ocultan la identidad del remitente, convirtiendo el mensaje en anónimo ha podido ser aprovechado por grupos terroristas para remitirse planes de actuación a nivel internacional.
- l) Narcotráfico: transmisión de fórmulas para la fabricación de estupefacientes, para el blanqueo de dinero y para la coordinación de entregas.
- m) Delitos informáticos contra la privacidad: grupo de conductas que de alguna manera pueden afectar la esfera de privacidad del ciudadano mediante la acumulación, archivo y divulgación indebida de datos contenidos en sistemas informáticos. Esta tipificación se refiere a quién, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrado en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o cualquier otro tipo de archivos o registro público o privado.
- n) Pornografía infantil: la distribución de pornografía infantil por todo el mundo a través de la Internet está en aumento. Durante los años recientes el número de condenas por transmisión o posesión de pornografía infantil ha aumentado. El problema se agrava al aparecer nuevas tecnologías, como la criptografía, que sirve para esconder pornografía y demás material ofensivo que se transmita o archive en cualquier momento del día inclusive dentro de un establecimiento educativo.

4.6. Creación de la figura penal de los delitos informáticos en el Código Penal guatemalteco



Nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco en el ámbito de la ley sustantiva penal, se basa casi en su totalidad en lo que establece el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República; el cual sigue la división bipartita, es decir, incluye tanto los delitos como las faltas.

Asimismo, en cuanto a su estructura, contempla una parte general en cuanto a los aspectos de los distintos delitos, y comprende una parte denominada especial, en la cual se incluyen los distintos tipos penales en particular.

Dentro de la gama de delitos en particular que contempla nuestro Código Penal, en ninguno de los títulos del libro segundo, se establecen los delitos informáticos, lo cual da lugar al establecimiento de lo que en doctrina se conoce como laguna legal. La laguna legal se puede entender en los términos siguientes:

“Constituye la ausencia de normas positivas aplicables a relaciones o casos jurídicos determinados, especialmente ante un planteamiento litigioso. Proviene unas veces de inadvertencia reguladora en los legisladores; con más frecuencia se originan por innovaciones de la vida y de la civilización, que requieren normas nuevas no dictadas aún. Se está ante los lugares neutros o espacios sin juridicidad ofrecidos por un ordenamiento positivo; de tal suerte que en un caso judicial no encontraría solución legal lógica. Como lo jurídico tiene dimensión universal, previsor ante sus posibles imprevisiones el legislador articula un sistema para que puedan tener solución todos los conflictos legales; ya que impone en cualesquiera circunstancias, un fallo positivo por parte de los tribunales. A tal finalidad sirven los preceptos que establecen las fuentes

del derecho que se aplican supletoriamente a falta de regla jurídica expresa para un supuesto contencioso. En tales situaciones los principios del derecho, la interpretación extensiva y la analogía constituyen los remedios prácticos que la misma ley o la experiencia judicial ponen en juego para resolver siempre, como es deber imperioso para los juzgadores. Improvisación. En algún caso, la laguna jurídica se colma mediante una cautelosa dilación.”⁶⁴

Ante dicha situación que se presenta en nuestro país, al ocurrir un hecho que en la realidad produce daño, el autor no puede ser procesado, toda vez que no existe un tipo penal que contemple los delitos informáticos; por consiguiente, la ausencia de norma penal es insalvable, toda vez que en el derecho penal no acontece como en otras ramas del derecho, es decir, no se puede crear figuras por analogía; caso contrario se estaría ante la vulneración de normas que preceptúa la Constitución Política de la República de Guatemala.

Asimismo, en el Código Penal se establece en el artículo uno el principio de legalidad, por medio del cual nadie puede ser penado por hechos que no se encuentren de forma taxativa calificados como delitos o faltas. Además, los jueces no pueden crear figuras delictivas por analogía, y como es lógico pensar, tampoco pueden aplicar sanciones.

Esta situación pone al descubierto una realidad que se vive en nuestro ordenamiento jurídico penal, puesto que, existen personas que valiéndose de conocimiento informáticos, los utilizan para delinquir, provocando daños tanto a las personas

⁶⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 85.

individuales, jurídicas y al Estado. Ello hace más vulnerable el estado de derecho que debe imperar y, por consiguiente la víctima de un delito informático, no puede acudir a los tribunales de justicia a efecto de que el daño sea reparado. Puede producirse el planteamiento de una querrela, pero no por un delito informático, ya que se da la ausencia total de dichos tipos penales en nuestra legislación.

Producto de esta situación, cabe reflexionar la situación de nuestro ordenamiento jurídico penal, el cual de manera notoria es deficiente en cuanto a este tipo de delitos, toda vez que la regulación legal no guarda estrecha armonía con la realidad que se vive en el país, donde muchas personas dependen de los sistemas informáticos para realizar sus diferentes actividades.

Por consiguiente, es preciso que se incluyan en la legislación penal, los distintos tipos penales que regulen los delitos informáticos a efecto de brindar protección a los habitantes de la república, contra aquellas personas que delinquen de esta forma; al mismo tiempo, en alguna medida puede servir como elemento disuasivo para los autores de los delitos informáticos.

Para tal efecto, es preciso reformar el Código Penal, para incluir dichos tipos penales, o crear una norma específica que regula los delitos informáticos. Cualquiera de las dos situaciones, debe tomar en cuenta la rapidez con la cual evolucionan los sistemas informáticos, así como la agilidad de quienes se dedican a delinquir en dichas condiciones, para que en el corto plazo no se produzca una situación de laguna legal como la que hoy manifiesta nuestro ordenamiento jurídico penal.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal, establece reglas para el lineamiento de la conducta del ser humano en la sociedad pero al avance de la tecnología y su utilización en la informática han generado muchas formas de delinquir sin poder tener una consecuencia jurídica para lograr establecer una violación de un orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden al no limitar la conducta humana.
2. La carencia de tipicidad del delito, en una legislación penal conlleva al ser humano a actuar fuera de los límites que establece el derecho penal ejerciendo una manifestación de voluntad delictiva no penado por la ley, pero la falta de acción penal, ausencia de tipo, falta de condición objetiva es lo que actualmente carece la legislación y como consecuencia no nace el delito y menos se obtendrá una pena.
3. La informática, la internet, los sistemas de datos de cómputo y en general todo lo relacionado con el software se han convertido en el objetivo de los delincuentes informáticos, que por su nivel de conocimiento realizan hasta el espionaje industrial y el personal introduciéndose sin autorización violando un derecho de la sociedad civil, empresas privadas, como de instituciones públicas.
4. Los delitos informáticos en cuanto a su comisión, son relativamente fáciles de realizar con resultados altamente satisfactorios sin ser descubiertos, pero sin estar ninguno regulado, por consiguiente no constituyen delito y deja en libertad a



quienes los cometen con total impunidad para satisfacer sus intereses quedando el ordenamiento jurídico nacional rezagado a nivel de sistemas operativos.



RECOMENDACIONES

1. La tipicidad de la creación del los delitos informáticos, da como resultado una pena y la abstinencia del delinciente a realizar la acción antijurídica que le conllevaría al cumplimiento de lo tipificado, para eso el Congreso de la República de Guatemala, al regular los delitos debe incluir los distintos delitos informáticos que ahora existen para dar la seguridad social y el cumplimiento del bien común que el Estado garantiza a la persona y la familia.
2. El Congreso de la República de Guatemala, debe regular en el Código Penal guatemalteco los delitos informáticos que se realizan en la internet, para poder así limitar el accionar del delinciente en la sociedad, estableciéndola dentro de una legislación en especial la penal para evitar de esa manera un daño al patrimonio o la integridad de cada persona individual o jurídica.
3. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, regule la creación de técnicas de seguridad informática en el sector empresarial, para poder proteger la confidencialidad de su actividad comercial lícita, evitando la competencia desleal que pudiera surgir al tener acceso el delinciente a su sistema informático aprovechándose del patrimonio ajeno en este caso el secreto empresarial, las técnicas son imprescindibles si se pretende un medio seguro de información.
4. Es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la seguridad y la justicia ante la amenaza real de la mala utilización del hombre al



sistema informático, creando iniciativas de ley a través del Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial para poder incluir los delitos informáticos al Código Penal garantizando a la persona que al acudir a un tribunal de justicia pueda ejercer sus derechos por estar tipificado.



BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO BELTRAN, Miguel Martín **“Cibernética”** 2000,
- BENTHAM, Jeremy. **“El derecho”**. Ed; México. Ed. Mexicana 1996
- BRAÑAS, Alfonso. **“Manual de derecho civil”**. 2a. Ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. **“Diccionario de derecho usual”**. 26a. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- CARDONA, Pep **“Historia de la Informática”** 1996,
<http://www.canalhanoi.iespana.es/articulos/historia.htm?> (15 de noviembre de 201).
- CARNELUTTI, Francesco. **“Derecho procesal penal”**. 2a. Ed.; México: Ed. Mexicana, 1997.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **“Derecho penal mexicano”**. 3a. Ed.; México: Ed. Porrúa, 1980.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **“Código penal anotado”**. 3a. Ed.; México: Ed. Porrúa, 1983.
- CARRARA, Francesco. **“Derecho penal”**. 2a. Ed.; México: Ed. Mexicana, 1997.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **“Derecho penal, parte general y parte especial”**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1971.
- DE CASSO Y ROMERO, Guillermo. **“Diccionario de derecho privado”**. Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1959.
- FERNÁNDEZ R. **“Origen y Evolución Histórica”** 1997, <http://www.solociencia.com> (05 de diciembre de 2011).
- IGLESIAS, Juan. **“Derecho romano”**. 12a. Ed.; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. **“Lecciones de derecho penal”**. 2a. Ed; México: Ed. Mexicana, 1997.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **“Material de apoyo para el curso planeación del proceso de la investigación científica”**. 2a. Ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.



OSSORIO, Manuel. **“Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales”**. 23a. Ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **“Derecho mexicano”**. 2a. Ed.; México: Ed. Librería Robredo, 1959.

SALVAT, **“La enciclopedia”**. Revisada, corregida y aumentada; Madrid España: Ed. Salvat, 2004.

VERON, **“Diccionario de sinónimos y antónimos de la lengua Española”**. Revisada, corregida y aumentada; Barcelona España. 1994.

VILLASANA DIAZ, Ignacio. **“Derecho penal 1”**. 2ª. Ed; México: Ed. Mexicana 1998

VISOR, **“Diccionario enciclopédico ilustrado visor”**. Revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Anselmo Morvillo 2000.



Legislación:

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

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

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

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

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 2003.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94, 1994.