

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



**Suplantación de identidad como caso especial de estafa a  
cuentahabientes bancarios**

(Tesis de Licenciatura)

David Eduardo Hernández Cordón

Zacapa, octubre 2019

**Suplantación de identidad como caso especial de estafa a  
cuentahabientes bancarios**

(Tesis de Licenciatura)

David Eduardo Hernández Cordón

Zacapa, octubre 2019

Para los efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **David Eduardo Hernández Cordón**, elaboro la presente tesis, titulada **Suplantación de identidad como caso especial de estafa a cuentahabientes bancarios.**

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA**

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diecinueve de enero de dos mil diecinueve. -----  
En virtud de que el proyecto de tesis titulado **SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CASO ESPECIAL DE ESTAFA A CUENTAHABIENTES BANCARIOS**, presentado por **DAVID EDUARDO HERNÁNDEZ CORDÓN**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al **LIC. EDGAR AROLDO HICHOS FLORES**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



**DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA  
*"Nihil in animo nisi cogitare substat"*

Zacapa, 30 de julio de 2019.

Señores Miembros  
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Universidad Panamericana  
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como tutor del estudiante David Eduardo Hernández Cordón, carné 201700728. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada **Suplantación de identidad como caso especial de estafa a cuentahabientes bancarios.**
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

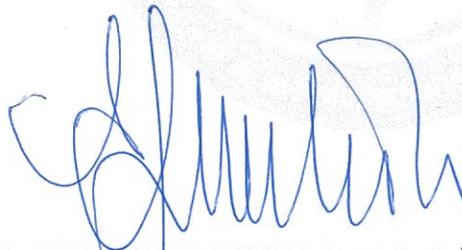
Atentamente,



Lic. Edgar Aroldo Hichos Flores

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, seis de agosto de dos mil diecinueve. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CASO ESPECIAL DE ESTAFA A CUENTAHABIENTES BANCARIOS**, presentado por **DAVID EDUARDO HERNÁNDEZ CORDÓN**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **LL.M. INGRID MARIE VERDÍN MANSILLA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



**DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia

Guatemala, 19 de septiembre de 2019

Señores Miembros  
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia  
Universidad Panamericana  
Presente

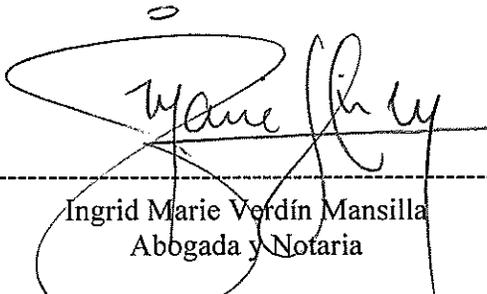
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **revisor** de la tesis del estudiante **David Eduardo Hernández Córdón**, carné 201700728, titulada "Suplantación de identidad como caso especial en estafa a cuentahabientes bancarios".

Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,



-----  
Ingrid Marie Verdín Mansilla  
Abogada y Notaria

## ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

**Nombre del Estudiante:** DAVID EDUARDO HERNÁNDEZ CORDÓN  
**Título de la tesis:** SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CASO ESPECIAL DE ESTAFA A CUENTAHABIENTES BANCARIOS

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

### Considerando:

**Primero:** Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

**Segundo:** Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

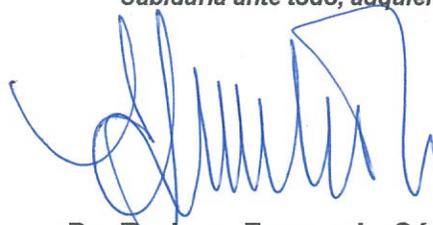
**Tercero:** Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 28 de octubre de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



**Dr. Enrique Fernando Sánchez Uscera**  
Decano de la Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Justicia





En la ciudad de Guatemala, el día dieciocho de octubre del año dos mil diecinueve, siendo las nueve horas con quince minutos, yo, **JORGE MARIO PINEDA GARCIA**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **DAVID EDUARDO HERNÁNDEZ CORDÓN**, de treinta y dos años de edad, casado, guatemalteco, Perito Contador con orientación en computación, con domicilio en el municipio de Zacapa, departamento de Zacapa, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) número: un mil novecientos sesenta espacio cero ocho mil ciento cincuenta y ocho espacio un mil novecientos uno (1960 08158 1901), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **DAVID EDUARDO HERNÁNDEZ CORDÓN**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: **“SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD COMO CASO ESPECIAL DE ESTAFA A CUENTAHABIENTES BANCARIOS”**; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual

consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y  
firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes  
que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez  
quetzales con serie y número AN guion novecientos cincuenta y seis mil ciento  
sesenta y ocho, y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con  
número seis millones ochenta y dos mil seiscientos noventa y nueve. Leo lo  
escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás  
efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE  
DE TODO LO EXPUESTO.**

f-) 

**ANTE MÍ:**



Jc. Jorge Mario Pineda Garcia  
Abogado y Notario

# Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
El Derecho Penal y su relación con el Derecho bancario y bursátil	1
La taxatividad en materia penal	15
La tipificación del delito de infiltración y estafa bancaria en línea	23
Conclusiones	53
Referencias	54

## **Resumen**

El presente estudio se elaboró teniendo como principal punto de investigación las situaciones que viven los usuarios del sistema bancario respecto a la suplantación de su identidad a través de las conductas de phishing y vishing, las cuales pueden encuadrarse de forma genérica dentro de los presupuestos de caso especial de estafa regulados el Código Penal vigente, pero su tratamiento jurídico según los resultados del estudio, necesita de un tipo penal específico que adecue sus presupuestos y efectos tomando en cuenta su particular afectación al sistema financiero.

Se integró dentro del estudio un análisis sobre el phishing o vishing con la intención de establecer su concurrencia en el sistema financiero de Guatemala; el sistema financiero en línea ha ido incursionando y avanzando haciéndola más vulnerable debido a que no existían antecedentes concretos sobre estos casos y como tratarlos. Principalmente porque estos supuestos delictivos carecían de una regulación jurídica específica para establecer taxativamente su inclusión dentro de la ley penal. El estudio manifestó que en Guatemala se necesita que la protección del sistema bancario tenga certeza jurídica que minimice los riesgos de estos hechos para evitar posibles suplantaciones de identidad.

Guatemala carecía de un estudio profundo sobre este tema, lo que motivó el interés personal debido al desinterés de parte de las instituciones públicas que tienen a su cargo el control y supervisión del sistema financiero, dejando a los usuarios vulnerables ante los posibles fraudes. El tema es viable y oportuno para una investigación científica de carácter jurídico con el fin de plantear las soluciones posibles, principalmente respecto a la creación de un tipo penal específico para incorporarlo a los delitos financieros del Código Penal, y de esta manera se determine concretamente estos hechos delictivos de fraude financiero ante el creciente avance de la tecnología en los servicios financieros en Guatemala.

## **Palabras clave**

Sistema financiero. Derecho Penal. Usurpación. Identidad. Phishing. Vishing.

## **Introducción**

El crecimiento de la tecnología ha motivado al sistema financiero a implementar igualmente herramientas electrónicas que les facilitan los servicios de banca a sus clientes, pero que igualmente se presentan otros problemas como la suplantación de identidad conocida como phishing, o el fraude a través de teléfonos inteligentes denominado en inglés como vishing, que se manifiestan como hechos que tratan de infiltrarse dentro de las cuentas bancarias de los usuarios para acceder y extraer sus fondos económicos, dando lugar a situaciones jurídicas que actualmente no tienen un tratamiento penal específico, siendo el mayor interés de la presente investigación, tomar en cuenta el estudio de sus cualidades particularizadas que presumen la comisión de un delito de caso especial de estafa, lo que da lugar a determinar si su clasificación jurídica debe de contener presupuestos específicos para estos casos de estafa que motiven la creación de un tipo penal para el efecto.

Dentro del contenido de la presente investigación, se realizará una serie de estudios y análisis doctrinales y jurídicos relativos al Derecho Bancario, su relación con el Derecho Penal, el sistema financiero guatemalteco y los aspectos relevantes que actualmente permiten un eventual desarrollo tecnológico promovido por las organizaciones financieras que viabilizan otros hechos que deben de ser considerados

como conductas delictivas, debido a que pone en riesgo información importante de los usuarios posibilitando la suplantación de identidad de los mismo.

Los objetivos de la presente investigación serán: I. Analizar la suplantación de identidad como caso especial de estafa a cuentahabientes bancarios. II. Determinar la importancia de regular taxativamente la responsabilidad penal de las personas que comenten estos hechos delictivos. III. Determinar si es viable en Guatemala la creación de un tipo penal específico que regule la suplantación de identidad como caso especial de estafa. Los métodos de investigación que se aplicarán al presente estudio serán el inductivo, analítico y deductivo, tomando en cuenta la recopilación de información tanto doctrinal como jurídica para fortalecer las conclusiones y soluciones pertinentes al problema planteado.

El título I, desarrollará un estudio sobre el Derecho Penal y su relación con el Derecho Bancario y Bursátil, analizando de forma particularizada cada una de estas ciencias para finalizar con un estudio sobre su relación jurídica y la trascendencia para la investigación penal.

El título II, integrará un análisis sobre los aspectos importantes del principio de taxatividad, el cual es un elemento fundamental del principio de legalidad, representando la seguridad y certeza jurídica con la cual el legislador debe de crear las normas jurídicas que crean los tipos penales.

El título III, desarrollará un estudio sobre las conductas del phishing o vishing que tienden a sustraer la identidad de la víctima para cometer el crimen, con el fin de determinar si es viable o no la creación de estas conductas como tipos penales de forma taxativa.

## **El Derecho Penal y su relación con el Derecho bancario y bursátil**

El Derecho Penal es una ciencia que ha tenido importantes avances jurídico-científicos, los cuales han motivado la creación de un sistema penal más humanista. En Guatemala, en el año 1992, se establece un cambio fundamental en esta rama del Derecho al constituir la justicia penal a través del sistema acusatorio, dando lugar al reconocimiento de derechos y principios fundamentales que rigen esta ciencia como lo son el debido proceso, presunción de inocencia, legítima defensa y la oralidad de sus etapas.

El poder punitivo del Estado en Guatemala igualmente muestra un expansionismo a otras ciencias del Derecho que se estimaban particularmente privadas como la familia y la creación de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, la cual establece la facultad de intervenir de oficio en los conflictos de violencia intrafamiliar cuando la víctima es la mujer, igualmente la protección a otras ciencias como la ciencia mercantil que ha tenido la intromisión del Derecho Penal con el fin proteger bienes jurídicos importantes, como el caso de la creación del delito de pánico financiero. En ese orden de ideas, se realizará en el presente capítulo un estudio sobre el Derecho Penal Mercantil.

## **El Derecho Bancario**

El Derecho Bancario en Guatemala ha tenido cambios constantes involucrando un conjunto de leyes nacionales como internacionales, esto debido al constante cambio que sufre a nivel nacional como internacional el sistema bancario con el objetivo de mejorar el control sobre los valores que transitan en sus sistemas electrónicos, y de esta manera ofrecer eficientemente los servicios que se presta a los usuarios además de verificar las gestiones anómalas de capitales que se forman de actividades ilícitas.

En ese sentido, el Derecho Bancario presenta avances constantes, no solo en relación a la actividad netamente del servicio de la banca, sino en consideración de la afectación que produce a la misma el dinero proveniente de las actividades ilícitas y delictivas que realizan los grupos criminales.

Es por ello que el Derecho Bancario guatemalteco debe ir actualizando a través de las reformas respectivas los instrumentos jurídicos vigentes con el fin de mejorar y proteger el sistema financiero ante las nuevas realidades económicas y jurídicas del Estado, la creciente interdependencia económica general en cada región del mundo y los desarrollos a nivel internacional de los mercados financieros internacionales.

El Derecho Bancario regula la actividad considerada parte del Derecho Mercantil y del Derecho Económico, creando entes reguladores de esta actividad debido a la importancia de sus actividades económicas principalmente de las entidades bancarias y las financieras del país que realizan actividades de banca.

En consideración de lo anterior, se puede determinar que el Derecho Bancario juega un papel importante en el sistema bancario, debiendo intervenir en la implementación de normas netamente jurídicas que establezcan las relaciones y las diferentes actividades que se desarrollan en la banca, con el fin de proteger dichas actividades y que la misma garantice a los usuarios un ambiente financiero seguro.

En la doctrina existen diferentes conceptos, pero la mayoría integra de forma general los mismos elementos característicos, determinando que el Derecho Bancario es un conjunto de normas jurídicas, reglamentarias y administrativas de índole nacional o internacional que regulan lo relacionado a las actividades bancarias.

Entre los conceptos doctrinales se puede mencionar a Herbert Schonle, el cual define al Derecho Bancario como: “Parte del Derecho objetivo que regula las relaciones jurídicas de las entidades de crédito.” (1996, pág. 2)

El concepto del autor manifiesta que esta rama del Derecho integra normas objetivas que regulan íntegramente a las entidades de crédito.

Al respecto, el autor Arturo Martínez Gálvez lo define como:

“El conjunto de normas jurídicas que regulan la organización, el funcionamiento y las operaciones de los bancos, como contratos típicos, es decir que el derecho bancario se ocupa del banco como institución y de su régimen jurídico y de su actividad mercantil.”  
(1997, pág. 17)

Esta rama del Derecho integra las leyes especializadas que regulan tanto el control y supervisión de las organizaciones bancarias, como aquellas que establecen las particularidades en cuanto a los servicios financieros, procurando de esta manera establecer los parámetros normativos que limitarán las acciones de estas empresas en relación a los usuarios.

El Derecho Bancario desde sus orígenes ha tenido cambios importantes respecto a los servicios que ofrecen las organizaciones financieras, debido a la integración de una tecnología mejorada que igualmente debe de ser parte de la regulación jurídica en Guatemala, mayormente cuando se trata de un país que empieza a innovar con la misma aplicando ciertos sistemas automatizados que mejoran la calidad de sus productos, pero que actualmente carecen de ciertas regulaciones específicas principalmente en lo que respecta a su protección desde un contexto penal, ante cualquier circunstancias que ponga en riesgo tanto el sistema bancario como los bienes y derechos de los usuarios.

Humberto Ruiz Torres comenta: “Que el derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas, que tiene como fin principal, regular las relaciones que se dan entre las empresas bancarias, que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito.” (2003, pág. 25)

Las operaciones de crédito y demás servicios financieros, son servicios y productos que merecen un tratamiento jurídico específico debido a la importancia que representa para las personas y en general para el Estado, las operaciones bancarias, siendo un factor importante para la inversión y desarrollo económico.

### **Definiciones del Derecho penal**

El Derecho Penal ha trascendido desde el origen de la sociedad misma, siendo considerada en sus inicios como el medio de venganza en contra de un delincuente que violentaba el orden social. Posteriormente, fue tomando otras apreciaciones religiosas o divinas hasta que fueron surgiendo las distintas escuelas que le aportaron su cualidad científica, definiéndola desde entonces como una ciencia del Derecho y medio fundamental de medición y limitación del Estado. Para entender esta fusión del Derecho, se analizarán distintas definiciones de distintos tratadistas para el conocimiento genérico de esta ciencia, al respecto los

autores guatemaltecos De León Velasco y De Mata Vela (2010) comentan que el Derecho Penal:

Es un conjunto sistemático de principios, doctrinas y escuelas que tratan lo relativo al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad; es decir, el sistema de entendimiento de la sustancia del derecho penal; y que, por ser una ciencia eminentemente jurídica, regula el deber ser de las conductas de las personas en sociedad. (p. 6)

Con el surgimiento de las distintas escuelas del Derecho Penal, la situación de esta ciencia mejora sustancialmente en los aspectos técnicos, jurídicos y particularmente humanistas debido a que impulsa el estudio de esta rama del Derecho de manera integrativa, se establece principios rectores, doctrinas que aún son parte de los sistemas penales como la teoría del delito, y fundamentalmente se inclina por el respeto y reconocimiento de derechos y garantías de las partes que deben ser promovidos dentro del proceso penal.

Como lo explican los autores guatemaltecos, la ciencia penal se desarrolla dentro de un sistema de principios como el debido proceso, presunción de inocencia, derecho de defensa, juez natural, principio de legalidad, proporcionalidad, última instancia, entre otros, sumándosele doctrinas y principalmente el orden jurídico vigente. El autor Hans Jescheck (1978) define al Derecho Penal como: “La materia que determina qué contravenciones del orden social constituyen delitos, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del

mismo. Previendo, asimismo, qué delito puede ser presupuesto de las medidas de seguridad y de otra naturaleza.” (p. 15)

Dentro de la ciencia penal el orden jurídico sustantivo integra la ley penal, la cual establece las acciones, omisiones o conductas que serán prohibidas para los ciudadanos debido a que afectan o ponen en alto riesgo bienes jurídicamente tutelados, en ese sentido, el tipo penal que describe la conducta abstracta prohibida, integra también la pena que será aplicada al infractor de la ley si es declarado culpable ante juez competente, limitándole en la mayoría de casos de su libertad personal, o en su caso, la aplicación de una medida de seguridad.

El Derecho Penal ha necesitado integrar ciertas medidas punitivas con el fin de restaurar el orden social establecido cuando ciertas conductas son percibidas inaceptables debido al daño que causan. La pena es parte del tipo penal y la misma tiene distintas finalidades, la primera es retribuirle al infractor de la ley una consecuencia jurídica, causándole un daño a uno o más de sus derechos como la libertad personal o la limitación a ejercer un derecho o profesión, prevenir a los demás ciudadanos a evitar estas conductas para que no sean sancionados igualmente, y, como un derecho de los sentenciados, tiene la finalidad de que en su aislamiento, se promueva su rehabilitación e inserción social para que cuando cumpla la pena pueda iniciar una vida alejada de las conductas delictivas.

El autor Eugenio Raúl Zaffaroni (2002) estima que:

Podemos afirmar que el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de las decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. (p. 5)

Uno de los puntos principales del proceso penal regulado en la ley penal es la resolución judicial, la cual debe de cumplir previamente con el debido proceso y la garantía de que las partes han ejercido sus derechos reconocidos en la ley, habiendo en caso de condena, citado, oído y vencido en juicio al responsable del hecho delictivo. La resolución judicial es parte fundamental del Derecho Penal, la necesidad de establecer al juez de instrucción que conocerá el caso y la determinación del tribunal que sustanciará el juicio oral y público son partes importantes del proceso, cumpliendo con lo establecido constitucionalmente respecto a que la Corte Suprema de Justicia y sus jueces y tribunales competentes, son los únicos que pueden impartir justicia.

Finalmente se cita al autor Luis Jiménez (1958), quien define al Derecho Penal como:

El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (p. 18)

Uno de los elementos más importante del Derecho Penal es el conjunto de normas de carácter jurídico que regulan la actividad punitiva del Estado, la aplicación y ejecución de la pena en su caso o las medidas de seguridad y la reinserción social del condenado como una medida para erradicar las conductas delictivas, cumpliendo siempre con uno de los principios pilares de esta ciencia como lo es el de legalidad tanto en la descripción del proceso como la determinación de los delito, evitándose de esta manera cualquier situación irregular que pueda ser causa de violación al debido proceso.

### **El Derecho Penal como una herramienta del Estado**

En el ámbito jurídico, el Derecho Penal ha sido una herramienta eficaz para el orden público establecido por el Estado, mayormente que en la actualidad se presentan nuevas formas de criminalidad donde el crecimiento y desarrollo social motiva el estudio reflexivo de la capacidad que tienen las fuerzas públicas y el sistema de justicia para hacerle frente a nuevas formas de delincuencia, principalmente cuando se utiliza la información automatizada.

Guatemala igualmente es parte de un desarrollo tecnológico donde las avanzadas formas de comunicación, servicios en línea y el crecimiento en la demanda de estos nuevos servicios, igualmente trae consigo otros

problemas, literalmente nuevos, que dañan considerablemente a los bienes jurídicamente tutelados, motivando al Estado a crear nuevas conductas delictivas dentro de la ley penal. Al respecto el autor Leandro Astraín Bañuelos (2017) explica que:

Y es que, a través de las nuevas manifestaciones de criminalidad y la incapacidad del Estado para combatirla de manera efectiva, se ha intensificado el ejercicio del poder punitivo estatal que se traduce en acciones que podemos reducir en tres aspectos fundamentales: la agravación de las penas ya existentes; la creación de nuevas figuras típicas en los ordenamientos penales. (p. 28)

El Derecho Penal surge como un medio protector de las personas ante hechos que son desvalorados por la sociedad y que la ley les da carácter de conductas prohibidas. El poder punitivo del Estado le faculta a crear nuevos tipos penales asumiendo el ejercicio de su poder público en beneficio general de la población. El Estado de Derecho es una concepción universal en la que su idea principal descansa en la constitución de un sistema que procura la erradicación de cualquier forma de autoritarismo, lo cual ha venido a ser uno de los problemas que los Estados modernos han tratado de eliminar permanentemente a través de la concepción de que la ley es superior a todos, sumándosele otro pilar fundamental como lo es el reconocimiento, respeto y ejercicio pleno de los derechos humanos de las personas.

Ante estas acepciones generales, el Derecho Penal descansa en una serie de facultades e igualmente limitaciones hacia el poder punitivo del Estado, donde su poder legislativo debe de cumplir con una serie de requerimientos idóneos para que se manifieste un auténtico Estado de Derecho como lo es: legislar sobre conductas generales y abstractas, para evitar cualquier persecución particular a través de la ley penal; legislar bajo la concepción del principio de legalidad, para que no exista una arbitrariedad al aplicar su contenido jurídico; y, se debe legislar entendiendo a la sociedad como una organización cambiante, por lo tanto, igualmente el Derecho es constantemente afectado por esta situación social.

El cargo que tiene el Estado para establecer y mantener el orden jurídico vigente, debe de descansar en una auténtica aplicación del Estado del Derecho y la correcta aplicación del Derecho Penal y su poder punitivo como una herramienta de última instancia, pero también de inmediata intervención cuando los bienes jurídicamente tutelados son afectados considerablemente. El Derecho Penal en ese sentido necesita cumplir como un medio de dirección tanto para el Estado como para los ciudadanos; el primero a través de la aplicación objetiva de la ley penal como herramienta de protección, corrección y erradicación de las conductas que violentan el orden social; y los segundos, para evitar

situaciones que afecten no solo a terceros sino también a ellos mismos si son declarados responsables de estas conductas delictivas.

En ese orden de ideas, la ciencia penal viene a fortalecer la seguridad y certeza que el Estado debe de ofrecer a todos los ciudadanos que pretenden vivir en armonía social, su aplicación se sustenta en el deber de aplicar la ley si otros medios menos gravosos no tienen la oportunidad de solventar el conflicto suscitado, entendiéndose como una herramienta subsidiaria a los conflictos sociales, pero igualmente oportuna cuando estos necesitan de una mayor intervención pública.

### **El Derecho Penal, bancario y bursátil**

El Derecho bancario y bursátil integra una serie de instrumentos jurídicos que regulan las relaciones que surgen entre las empresas del sistema financiero y los usuarios de sus servicios, los cuales regulan y armonizan la actividad bancaria principalmente relativas al crédito y el ahorro en sus diferentes manifestaciones.

El desarrollo del comercio internacional ha motivado a mejorar el orden jurídico interno en Guatemala respecto al tráfico de mercancías y a la importación de las mismas al territorio nacional, teniendo cambios importantes en el marco jurídico con el fin de mejorar el control sobre los valores que transitan en los sistemas electrónicos y de esta manera

ofrecer eficientemente los servicios que se prestan a los usuarios, además de verificar las gestiones anómalas de capitales que pudieran presentarse de actividades ilícitas.

La actividad bancaria tiene la particularidad de crear relaciones patrimoniales con personas individuales o sociedades mercantiles. Por otra parte, la intervención del Estado a través de instrumentos jurídicos que regulan sus actividades y la relación que pueden surgir de sus gestiones comerciales, hacen que tenga una intromisión directa en cuanto a su regulación y fiscalización. Las actividades bancarias surgen de un servicio público, que es administrado por empresas privadas. Según el autor Agustín Márquez (1991):

La transformación del Derecho Bancario en Derecho Público, se aprecia en una serie de fenómenos económico-sociales (...) Ya sea que una gran parte de la doctrina extranjera, considera que la actividad bancaria es un servicio público y, consecuentemente, está sujeta a concesión o autorización por parte del Estado. Bajo esta perspectiva, las normas que regulan estos aspectos, tiene el carácter de Derecho Público. (p. 11)

En ese sentido, a pesar de que el Derecho Bancario y Bursátil surge de relaciones entre particulares, se estima para algunos tratadistas como un derecho de naturaleza pública debido a la permanente intervención del Estado tanto legal como institucionalmente, derivado del establecimiento de entidades de control y fiscalización de las actividades financieras con el fin de garantizar los servicios que presta la banca.

Pero la regulación de sus actividades bancarias y bursátiles no solo integra normas de carácter regulatorias sino también se extiende a norma de carácter penal debido a la importante función que realizan las organizaciones financieras, dando lugar a una necesaria intervención del poder punitivo del Estado. Actualmente, se vive un desarrollo complejo desde el contexto económico donde la actividad mercantil y el servicio de la banca son actividades inseparables, lo que ha motivado a que igualmente se tenga un sistema más intervenido y controlado para evitar tanto situaciones que dañen la economía nacional como el lavado de dinero u otros activos, o afecte directamente a los usuarios.

Esto equivale igualmente a desarrollar el Derecho Penal con el fin de proteger el sistema financiero guatemalteco, de esto surge la relación entre dos ciencias del Derecho relativamente opuestas debido a que una regula la relación entre particulares relativas a la banca y la otra estrictamente la facultad punitiva del Estado cuando resultan situaciones irregulares que causan un daño considerable a los bienes jurídicamente tutelados relativos al sistema financiero.

El expansionismo penal alcanza muchas esferas del Derecho y no solo se limita a ser estudiada y aplicada como una ciencia en particular, como se ha expuesto en el inicio del presente capítulo, esta rama del Derecho paulatinamente es parte de otras ciencias particularmente privativas

como la familia o el derecho bancario, creando tipos penales nuevos y más específicos con el objetivo de proteger a las personas y el sistema financiero.

## **La taxatividad en materia penal**

Como se ha expuesto, el Derecho Penal es la ciencia que estudia los aspectos del delito, al delincuente, las penas y medidas de seguridad. Dentro de estos aspectos el Estado se atribuye un poder punitivo con el fin de resguardar los bienes jurídicamente tutelados descritos en la ley penal, para el efecto, es indispensable que se tenga una adecuada normativa jurídica que, de forma expresa y concreta, establezca las circunstancias que dan lugar a la persecución penal.

La taxatividad de la norma penal viene a ser parte de esta necesidad objetiva que deben de tener las disposiciones jurídicas, primordialmente cuando se trata de materia penal, siendo la misma un elemento del principio de legalidad necesario que requiere de la claridad y seguridad jurídica con la que los legisladores deben de crear los tipos penales, tanto para darle certeza a la investigación criminal como por la seguridad de las personas.

Los autores Pablo Navarro y Laura Manrique (2005) indican que:

De acuerdo a ella, la imputación de responsabilidad penal no sólo debe justificarse en leyes expresamente formuladas, sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente. Las dificultades para implementar esta dimensión del principio de legalidad comienzan con la limitada precisión del lenguaje. (p. 807)

En tal sentido, la taxatividad fortalece la seguridad con la que el Estado trata los asuntos que tengan trascendencia penal resguardando de arbitrariedades que afecten el debido proceso, garantiza la función legislativa en favor de la población y elimina la discrecionalidad con la que pueden actuar los jueces y magistrados a través de criterios análogos afectando posteriormente el proceso. Según el autor Claus Roxin (2000):

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad. (p. 169)

Sin la taxatividad en la norma jurídico-penal, según Roxin, los jueces y magistrados podrían atribuirse funciones legislativas al crear nuevos tipos penales sustrayendo parcialmente los ya vigentes en la ley, donde las interpretaciones o clasificación de los delitos puede extenderse a atribuciones legalmente prohibidas como la analogía perdiéndose la certeza y seguridad jurídica que debe de caracterizar a la ley penal.

## **Conceptos doctrinales**

La taxatividad ha sido parte importante de estudio dentro del derecho penal, lo que ha motivado a distintos tratadistas a emitir sus conceptos, entre ellos Rousseau, citado por Peces-Barba Martínez (1990), indica que la taxatividad de la norma penal es la: “Protección que produce orden y certeza, si la vemos desde el punto de vista objetivo, y como ausencia de temor y ausencia de duda, si lo hacemos desde el punto de vista subjetivo.” (p. 215)

La protección del orden jurídico se explica con el deber del Estado de garantizar y darle certeza jurídica a la resolución de los conflictos de trascendencia penal, indicando el autor citado, que éste punto de vista descansa en el carácter objetivo que debe de manifestar la ley; además, permite que los ciudadanos no tengan duda de que el juez tendrá seguridad cuando tenga que clasificar el delito descrito en el tipo penal.

Estas cualidades fortalecen el sistema de justicia y promueven la adecuada interpretación y aplicación de la ley penal. Esta situación se extiende no solo al órgano jurisdiccional sino también al ente encargado de la investigación criminal tomando en cuenta que el fiscal del Ministerio Público participa en la interpretación y clasificación de los delitos al momento de emitir la tesis acusadora.

Otra conceptualización la emite Pérez Luño (2002) al expresar que el principio de taxatividad de la ley es aquella: “...noción subjetiva de la seguridad jurídica que concibe ésta como el conocimiento del Derecho de parte de los destinatarios. Constituye la concepción clásica y recibe por algunos el nombre de certeza del Derecho.” (p. 50)

Este conocimiento del Derecho le traslada al legislador la obligación de cumplir con la claridad plena en que debe de desarrollar las normas jurídico-penales, para que desde el ciudadano común hasta el juez que conoce del caso concreto, conozcan de las conductas prohibidas y la interpretación correcta de las disposiciones jurídicas respectivamente.

El autor Miguel Carbonell (2006) conceptualiza al principio indicando que: “La taxatividad de la ley penal consiste en que los textos que contengan normas sancionadoras describan claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen.” (p. 38) El respeto y la promulgación de los derechos humanos de las personas, ha tenido prioritariamente una influencia importante en el poder punitivo del Estado, por tanto, el contenido jurídico se ha desarrollado dentro del contexto de principios y garantías procesales que garanticen el debido proceso, uno de estos principios es la taxatividad con la que el tipo penal y su respectiva pena deben de ser descritos en la ley penal.

El autor Sainz Moreno (1995) conceptualiza la taxatividad como:

La cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y lo que previsiblemente será en el futuro. Es pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la clasificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginario, va a recibir, previsiblemente, del mismo. (p. 608)

La precisión en la norma penal permite anticipar la conducta de las personas para desviarlas conforme a las conductas que le permite la ley, si aun así una persona incumple con el orden jurídico penal, tal precisión debe de permitirle tanto al Ministerio Público como al juez de instrucción, considerar los elementos del tipo penal para encuadrar y clasificar la conducta a lo que describe la ley sin que se tenga que recurrir a analogías o resoluciones que afecten el debido proceso.

Antes del actual sistema acusatorio en Guatemala, el proceso penal a través de un sistema inquisidor carente de seguridad y certeza jurídica, posibilitaba la discrecionalidad de los jueces y consecuentemente la violación a los derechos humanos de las personas que eran procesadas penalmente. La taxatividad asegura que la persecución penal se realice concretamente por la conducta delictiva que ha cometido el sindicado, como sería en los casos que ameritan la presente investigación, debiéndose para el efecto crear un nuevo tipo penal de estafa especial.

## **La taxatividad como elemento del principio de legalidad**

El principio de legalidad es un principio rector del Derecho Penal, no se puede concebir un sistema penal sin que esté íntegramente este principio dentro del orden jurídico vigente que regula el proceso penal y los delitos. El axioma establece que el órgano estatal que tiene la atribución legislativa de crear el orden jurídico, deberá cumplir con un claro contenido jurídico que le garantice al Estado y la sociedad, la aplicación objetiva de las normas jurídico-penales.

Como elemento del principio de legalidad, la taxatividad trata de predecir con certeza cuales de las conductas prohibidas que le serán imputadas a la persona que violente la ley penal, además de establecer sin distracciones cuáles serán las consecuencias o sanciones que merece el autor del delito. En ese sentido, este elemento del principio de legalidad exige que se tenga una redacción precisa, objetiva y concreta de los tipos penales que serán incluidos en la ley penal.

Según el autor Víctor Ferreres (2002): “La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.” (p. 78) Como dos conceptos idénticos, solo se reconoce su generalidad y especie considerando que la primera surge de la segunda, tomando en cuenta que el principio de legalidad nace juntamente con el

Derecho, por tanto, la taxatividad es una apreciación específica de éste principio.

La taxatividad es parte de la marcación limitativa que establece el principio de legalidad a la función punitiva del Estado, su origen es igual al de este principio genérico y por lo tanto representa la potestad sancionatoria de los órganos jurisdiccionales para que actúen con precisión al momento de relacionar la conducta con el tipo penal, la tipicidad es parte fundamental dentro del proceso penal y el juez o magistrado no puede perderse en tipos penales abiertos que promuevan la analogía y discrecionalidad al momento de clasificar el delito.

Es preciso en ese sentido, que como elemento del principio de legalidad la taxatividad exige que las normas penales deban ser claras, precisas, objetivas y que eviten cualquier criterio análogo o discrecional del Ministerio Público y principalmente del juez de instrucción o magistrado al momento de considerar la postura del ente investigador y clasificar el delito. Este elemento del principio de legalidad entonces exige una total precisión que permita una adecuada persecución e investigación criminal.

## **Importancia de la taxatividad en materia penal**

La seguridad y la certeza jurídica son fines fundamentales del orden jurídico vigente; en ese contexto, éste es creado estableciendo objetivamente los presupuestos legales que deben de manifestarse para que, en primer lugar, la conducta en cuestión sea considerada delito, y posteriormente se estime si no existen circunstancias legales que validen la conducta para que la persona sea llevada objeto de investigación criminal.

La taxatividad tiene su importancia jurídica en los mismos fines que persigue el principio de legalidad, que son la seguridad y certeza jurídica. Al respecto Calvo García (1998) indica que: “...se debe evitar la arbitrariedad en las decisiones jurídicas. La evitación de la arbitrariedad es una función concreta que por sí misma llena de contenido el principio de seguridad jurídica.” (p. 3153)

Para la autora Carmen Lamarca Pérez (2012):

Del principio de legalidad, entiendo como expresión de la seguridad jurídica, cabe derivar entonces dos exigencias técnicas como son, en primer lugar, el carácter taxativo y preciso de las normas penales, la ley debe ser “lex certa” excluyéndose de las normas, en la medida de lo posible, los elementos de carácter normativo o las cláusulas generales y, en segundo lugar, la prohibición de las leyes “ex post facto”, es decir, la ley debe ser “lex praevia”, o lo que es lo mismo, el hecho ha debido de ser declarado delictivo con anterioridad a su realización, si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio “favor libertatis” que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables. (p. 157)

La taxatividad como lo explica la autora, es parte importante del principio de legalidad y representa la certeza y seguridad jurídica en la que están descritos los tipos penales, de ahí su importancia cuando el juez realiza su función subjetiva de tipificación, determinando cuales son los delitos que se relacionan con los hechos. La certeza jurídica es resultado de la precisión con que se crean los tipos penales, por tanto, es el resultado más importante de la taxatividad de las normas jurídicas.

Al respecto Ferreres Comella (2002) explica que:

Por certeza jurídica podemos entender la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes que contienen las normas que regulan el ejercicio de ese poder. En el ámbito de las sanciones, se trata de asegurar que los individuos, tras consultar los textos jurídicos relevantes (por sí mismos o a través de un abogado), puedan anticipar cuáles serán las consecuencias penales de sus posibles acciones u omisiones. (p. 43)

## **La tipificación del delito de infiltración y estafa bancaria en línea**

El sistema bancario cada vez otorga mejores servicios relativos a la actividad financiera donde la aplicación de la tecnología también ha motivado a los delincuentes a crear nuevas formas de irrumpir sus sistemas, controles y protección, como es el caso de los hechos delictivos que surgen en el manejo de la banca virtual, la cual no deja de ser

susceptible a manifestar debilidades que son aprovechadas por estas personas.

## **La tipificación del delito**

Uno de los aspectos importantes de contenido de la ley penal es el delito, este se considera como una acción u omisión establecida como conducta prohibida por la ley y que tendrá una consecuencia jurídica si una persona la comete. En todas estas conductas la sociedad les asigna un desvalor social motivando a que el legislador llegue a considerar atribuirles una calificación jurídica de conducta prohibida creando de esta manera el tipo penal.

Según los autores Carrancá y Trujillo (1991) delito es: “...el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones de penalidad, imputable a un hombre y sometido a sanción penal.” (p. 223) El delito penal tiene elementos principales dentro de su estructura jurídica como la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, los cuales son analizados concatenadamente para determinar finalmente la responsabilidad del sindicado.

El Módulo de Capacitación para la Transformación y Modernización del Sistema de Justicia Penal de Nicaragua (2010) explica que:

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) que rige el moderno Derecho Penal. En un sentido más alto, atinente al Derecho Penal, el principio de legalidad, atribuido a Anselm Von Feuerbach desde inicios del siglo XIX, ha apuntado, con la frase latina *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, los dos aspectos que resulta importante destacar desde el punto de vista sustantivo, a saber, que no puede considerarse delito aquello que una ley previa a la comisión del hecho no señale como tal (*nullum crimen sine lege*) y que además, tampoco puede imponerse una pena que la ley previamente no prevea (*nulla poene sine lege*). (p. 15)

Parte del delito es la pena, la cual es la consecuencia jurídica que le es atribuida al sujeto actor del delito. Para que se tenga una legítima imputación del delito, se debe de cumplir con el principio de legalidad, el cual establece que no puede haber una pena sin la descripción del tipo penal dentro de la ley previo a la acción.

Según el autor Zaffaroni (2002), citando el concepto de Tiberio Deciani un jurista italiano (1509-1582), indica que el: "...delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, que por dolo o por culpa está prohibido por la ley vigente, bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar". (p. 60)

La teoría del delito es actualmente una doctrina fundamental en la ley penal, considerando que para determinar la responsabilidad de una persona primeramente se debe de determinar si la conducta es atribuible a la descripción abstracta del tipo penal, a esto se le llama tipificación. Este elemento del delito determina si la acción encaja con el tipo penal establecido en la ley, donde el juez competente determina la clasificación

de la acción a determinar la relación de la conducta humana con el hecho que se presume delictivo.

El autor Eduardo Novoa (1980) explica que:

El tipo penal selecciona comportamientos humanos, los valora, a fin de servir como moldes múltiples que aparte a las que no coinciden con sus figuras específicas, en tal virtud, solo la que guarda congruencia exacta con alguna forma reúne las características de ser típica. (p. 33)

La tipificación tiene íntima relación con el principio de legalidad; la consideración de que la conducta humana es contraria a la ley penal, deviene a que el legislador ha estimado establecerla como conducta prohibida dentro del tipo penal, de lo contrario, el juez competente no podría aplicar por analogía la aplicación de otro delito, aun cuando algunos elementos del tipo coincidan con el hecho que se considera delictivo.

Al respecto el artículo 1 del Código Penal regula: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley.”

El principio de legalidad es uno de los principios rectores del Derecho Penal, el cual viene a ser una limitación importante de la facultad punitiva del Estado, obligando a los jueces a encuadrar objetivamente la

conducta humana con el tipo penal establecido en la ley. La tipificación en ese orden de ideas, consiste en que la conducta que se le ha imputado o se quiere imputar al sujeto, se encuentra debidamente establecida como delito dentro de la ley penal.

### **La objetividad en la persecución penal**

El principio de objetividad es uno de los que rige la labor del Ministerio Público según el Código Procesal Penal. Al lado de otros principios de estricta observancia, la labor del Ministerio Público se encuentra sujeta al cumplimiento de determinados principios, que sus miembros deben de aplicar en el desarrollo de sus funciones, entre dichos principios están el principio de legalidad, de autonomía, de interdicción de la arbitrariedad, de oportunidad, de jerarquía y el de objetividad.

Desde una perspectiva general, el principio de objetividad determina que las actuaciones del Ministerio Público deben de fluir de acuerdo al resultado de las investigaciones que ha realizado. En otras palabras, la decisión que tomen los fiscales al término de las investigaciones preliminares o de la investigación preparatoria, tiene que corresponder objetivamente a los elementos probatorios, indicios y evidencias que sustenten los cargos imputados.

Los fiscales no pueden tomar una decisión arbitraria, su criterio discrecional debe reflejar el resultado de las investigaciones, que sea que estos abonen a favor de la hipótesis incriminatoria del imputado o en contra de la misma. El principio de objetividad, en tal sentido, se encuentra profundamente ligado y se explica en razón a su relación y correspondencia con los otros principios que rigen las labores de los fiscales, tales como el principio de legalidad, de razonabilidad, del debido proceso, entre otros.

Sin embargo, ello también obliga a que para cumplir con la función que le ha sido conferida como titular de la acción penal y director del proceso de investigación, los fiscales deben realizar todas las diligencias necesarias para determinar plenamente los hechos y la responsabilidad o no del imputado.

El autor Claus Roxin señala que: “La Fiscalía tiene que averiguar los hechos; para ello, tiene que reunir con el mismo empeño, tanto elementos de cargo como los de descargo.” (2006, pág. 53) La definición del autor hace referencia a la importancia que tiene el Ministerio Público en la búsqueda de la verdad, no importando si de la verdad conlleva a la absolución de los cargos al posible culpable o acusado.

Al respecto Asencio Ore expresa:

Por el principio de objetividad los fiscales tienen la obligación de investigar y agotar el examen de todas las hipótesis penales, tanto para la persecución como para la defensa. En decir, sin perjudicar ni favorecer a ninguno de los que intervienen en el proceso, dado que su actuación debe ser desinteresada o desapasionada, debiendo atenerse únicamente a la realidad objetiva, que les permita, en ciertos casos, incluso no acusar. (2011, pág. 302)

Sigue argumentando el autor Arsenio Ore que en tal sentido:

El acusador público tiene el deber de ser objetivo, lo que significa que sus requerimientos y conclusiones deben ajustarse a las pruebas y al derecho vigente, resuelto ello contrario o favorable al imputado. No es un acusador a ultranza, sus requerimientos estarán orientados por lo que en derecho corresponda, pues sólo así cumplirá con el imperativo de ejercer sus funciones en defensa de la legalidad.” (2011, pág. 303)

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República establece las disposiciones que deberán seguirse para la persecución y esclarecimientos de hechos embestidos de delitos, dejando a tras el sistema inquisitivo que carecía de garantías procesales para las partes del litigio. Al Ministerio Público se le encarga el ser el ente acusador por lo que tendrá a cargo las averiguaciones de los hechos, investigando según los principios y disposiciones legales que regulan sus actuaciones.

El rol del Ministerio Público en la persecución penal es de mucha importancia en el sistema de justicia guatemalteco, teniendo su base legal en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 251, donde dicha norma establece que: “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los

tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica”.

De acuerdo al Artículo 108 del Código Procesal Penal preceptúa que la función del Ministerio Público, es adecuar sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal, debiendo formular los requerimientos y solicitudes conforme a este criterio aún a favor del imputado. El principio de objetividad que está plasmado en el Código Procesal Penal guatemalteco, sustenta que es y constituye la base de la investigación que realiza el Ministerio Público por medio de sus secciones de Fiscalía. El Artículo 46 del mismo cuerpo legal indica que: “El Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este código le asigna.”

La Ley Orgánica del Ministerio Público, establece en su artículo 1 en relación al principio de objetividad que: “El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y

actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”.

Se puede argumentar, según lo descritos en los párrafos anteriores que el principio de objetividad es un principio rector de las actuaciones del Ministerio Público, además de que el mismo está regulado en el Código Procesal Penal como requisito indispensable en la averiguación de los hechos delictivos, por lo que la objetividad con la que deben estar investidas todas sus actuaciones, garantizan y determinan las resultas del juicio, buscando siempre la verdad sin criterios propios o discrecionalidades que desvíen el debido proceso y violente los derechos fundamentales de las personas.

### **La infiltración y estafa bancaria en línea**

La tecnología ha propiciado a mejorar el servicio de la banca y bursátil en el país, los usuarios realizan un sin fin de transacciones electrónicas en línea mejorando de esta manera el acceso a los servicios financieros. A pesar que el sistema bancario y la Superintendencia de Bancos ha procurado alcanzar cierta seguridad virtual a los usuarios del sistema, la infiltración y estafas bancarias siempre representan un peligro para las personas que diariamente utilizan la banca virtual. El ciberespacio permite que organizaciones financieras puedan ofrecer sus productos a

través del internet, esto igualmente le da cabida al delincuente cibernético a utilizar la red para cometer actos delictivos. En Guatemala, la utilización de aplicaciones electrónicas relativas a los servicios financieros en línea es reciente, motivo por el cual existe poca información sobre el tema que puede dar lugar a la suplantación de identidad o fraude en línea.

Guatemala se sitúa entre los países que carecen de una legislación o asidero legal que tipifique el delito de suplantación de identidad a través del internet, las medidas actuales existentes solo se limitan a los avisos que pocos bancos del sistema hacen de las conductas delictivas denominadas phishing o vishing, las cuales se realizan por las pantallas audiovisuales que colocan dentro de las agencias bancarias para el conocimiento del usuario.

La información se limita a indicarles a los usuarios sobre los posibles riesgos a los que pueden ser expuestos si un delincuente o hacker intenta suplantar su identidad a través de las aplicaciones electrónicas, indicándoles que lo primero en hacer será cambiar contraseñas, códigos y cualquier otra información que pueda ser motivo de sustracción de información o identidad del titular de las cuentas.

Esta medida solo será efectiva si el usuario conoce o estima que le están intentando suplantar su identidad electrónica, de lo contrario, tendrá conocimiento del hecho hasta que es afectado con la suplantación de identidad y el acceso a sus cuentas bancarias, siendo víctima de transacciones en línea donde le sustraen sus fondos o bienes financieros. En ese sentido, es preciso para la presente investigación conocer más sobre estas conductas, las cuales serán analizadas a continuación.

### **Aspectos importantes del phishing y vishing**

Como se ha expuesto, uno de los actos delictivos que se han presentado dentro de la banca virtual es el conocido phishing o suplantación de identidad, el cual es una forma de infiltración en línea de una persona que adquiere los datos necesarios de otra para tener acceso a sus cuentas bancarias en línea, obteniendo datos como nombres completos, dirección, claves y otros datos personales.

Según la Sociedad Andalucía para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (2017): “El termino phishing es utilizado para referirse a uno de los métodos más utilizados por delincuentes cibernéticos para estafar y obtener información confidencial de forma fraudulenta, como puede ser una contraseña, información bancaria u otra información personal de la víctima.” (p.1)

Esta modalidad permite al infiltrador simular que el correo electrónico ha sido enviado por la entidad bancaria, requiriéndole el acceso a su banca virtual y a todos los demás datos que ponen en riesgo los bienes financieros del cliente.

Para la autora Mayra Mariana Leguizamón (2007) el phishing es conceptualizado como:

El proceso por el cual una persona es contactada por email o teléfono por alguien que simula ser una institución legítima para obtener datos privados; luego esta información obtenida de forma fraudulenta es utilizada para acceder a las cuentas personales de las víctimas y causar pérdidas económicas o suplantación de identidad. (p. 10)

La forma en que se envía el correo es en masa, donde el phisher, como se conoce al infiltrador, tiene el acceso a miles de direcciones electrónicas adquiridas de forma no lícita y como desconoce qué personas forman parte de determinada organización financiera, se las envía a todas sabiendo que cierto porcentaje tendrá relación con la misma y que de éste porcentaje una cierta cantidad de personas responderá al correo, las cuales serán las víctimas de fraude bancario en línea. El autor Diego Eloy García (2016) estima que el phishing:

Consiste en el envío de emails fraudulentos desde direcciones supuestamente de entidades bancarias a la dirección de correo electrónico a la víctima, reclamando datos personales de contenido económico, como regla general datos de accesos a las cuentas que la víctima o las víctimas tengan abiertas en la entidad o mediante enlaces a una web casi idéntica o muy similar a la de la entidad bancaria, produciendo así engaño en los usuarios con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito mediante la realización de transferencias a las cuentas del actor o autores del delito. (p. 4)

El phishing, como todo lo relacionado a la tecnología también va evolucionado; actualmente el uso de los teléfonos inteligentes ha motivado a las organizaciones financieras a incursionar con la tecnología para prestar los servicios de banca a través de aplicaciones electrónicas desde los teléfonos inalámbricos, a tales conductas se le denominan vishing.

La Asociación de Bancos de México (2018) al conceptualizar esta forma de estafa explica que:

El vishing es la modalidad más reciente de engaño a usuarios de servicios financieros que inquieta a bancos y autoridades. El vishing combina mensajes de texto y llamadas telefónicas que a nombre de una institución financiera buscan comprometer información delicada como números de tarjetas e identificaciones, para obtener un beneficio económico. (p. 3)

El vishing es una modalidad que le ha causado grandes daños al sistema financiero, los hackers han implementado mecanismos que se infiltran en los teléfonos inteligentes obteniendo información personal de los usuarios, que por ignorar las formas de reconocer esta forma de estafa, le dan acceso a los delincuentes a la información e intromisión de sus cuentas bancarias. Para el autor Diego Eloy García (2016):

El vishing es una variante del phishing pero con el uso del teléfono, la cual consiste en el envío de un correo electrónico en el cual los delincuentes consiguen detalles de datos bancarios mediante un número telefónico gratuito. En dicho número responde una voz computarizada de dicción profesional, requiriendo de las víctimas la confirmación de su cuenta bancaria, solicitándoles el número de cuenta, tarjeta, NIP, etc. (p. 7)

Como lo explica el autor, la forma que se presenta el vishing, es que dentro de la llamada se procura recrear una voz automatizada parecida a la de las entidades bancarias que le pide información personal al usuario para acceder a sus cuentas bancarias.

Cuando es a través de un mensaje de texto, en el mismo se envía una alerta indicando que se ha realizado una compra a través de la tarjeta de crédito o débito, el usuario alarmado en vez de llamar al banco o presentarse en alguna agencia, llama al número que aparece en el mensaje, donde se da el fraude al proporcionarle los accesos a sus cuentas. En consideración de lo expuesto, se puede establecer que tanto el phishing como el vishing son modalidades de suplantación de identidad bancaria que tienen la particularidad de utilizar los sistemas electrónicos de la red, para ingresar a través de un ordenador o los teléfonos inteligentes y requerir información personal de los usuarios, y de esta manera realizar transacciones electrónicas para sustraer los fondos económicos de la víctima.

El surgimiento del phishing y vishing según la autora Mayra Mariana Leguizamón (2007): “La primera vez que se oyó hablar de phishing fue en el año de 1987 en una conferencia donde Jerry Félix y Chris Hauck hicieron referencia al término a causa de un documento titulado “Sistema de seguridad: La perspectiva de un hacker.” (p. 10)

En el siglo pasado se empieza a manifestar la preocupación de las organizaciones ante estas conductas delictivas que tenían como bien vulnerable el sistema financiero a través de la red del internet, determinando que existía un riesgo elevado de que un hacker pudiera suplantar la identidad de un usuario del sistema financiero a través de la obtención de información relativa a códigos, usuarios, claves y otros datos personales para acceder a sus cuentas bancarias.

De igual manera que la tecnología avanzaba, también lo hacían los ciberdelincuentes a través de la suplantación de identidad de los usuarios. Según cita la autora Mayra Mariana Leguizamón (2010): “Antes del año 1995 era muy sencilla la apertura de estas cuentas utilizando números de tarjetas falsos o regeneradas. A través de un algoritmo creaban números de cuenta totalmente falsos y aleatorios.” (p. 17)

Una de las principales empresas afectadas fue AOL o America Online, la cual tuvo que mejorar su sistema de seguridad para evitar estos ataques cibernéticos a los usuarios. Esto motivo la expansión de los hacker a otras organizaciones; según el autor Diego Eloy García (2016):

Esta nueva ola de phishing llevo el problema al público en general. Afortunadamente, los atacantes seguían siendo unos aficionados, la gran cantidad de errores gramaticales en sus mensajes y sitios web revelaba que no se trataba de entidades legítimas y que se debía proceder con cautela. (p. 9)

A pesar que se manifestaban estas circunstancias en los hechos, muchas de estas personas no detectaban estos errores y terminaron siendo víctimas de la suplantación de identidad. Posteriormente los hackers mejoran estos aspectos y se vuelven más profesionales, minimizan los errores gramaticales y mejoran los métodos del fraude electrónico. Diego Eloy García (2016) explica al respecto:

Aunque la presencia de errores ortográficos o de otro tipo es un indicio claro de que se trata de un atacante de phishing, los usuarios empezaron a pensar erróneamente que cualquier sitio con una ortografía y una gramática impecables debía de ser legítimo, nada más lejos de la realidad. Hoy en día muchas compañías de phishing están organizadas profesionalmente. Los atacantes de phishing suelen trabajar con kits preparados con páginas web y mensajes de correo electrónico de ejemplo, y otras herramientas necesarias para montar ataques de phishing. (p. 11)

Actualmente las organizaciones tienen un constante proceso de investigación en seguridad para estas conductas delictivas, preocupadas por mejorar y garantizar la utilización de las aplicaciones electrónicas en la web y evitar estos ataques cibernéticos.

Como se ha expuesto en el presente estudio, las conductas delictivas denominadas phishing y vishing han tenido un desarrollo importante para la seguridad de los usuarios de la web, principalmente para organizaciones financieras que ofrecen sus productos y servicios a través de aplicaciones electrónicas que son altamente susceptibles de ser intervenidas por suplantadores de identidad o hackers.

La Sociedad Andaluía para el Desarrollo de las Telecomunicaciones en España (2017) explica que: “El estafador, conocido como phisher, se vale de técnicas de ingeniería social, haciéndose pasar por una persona o empresa de confianza en una aparente comunicación oficial, por lo general utilizando el correo electrónico o mensajería instantánea.” (p. 1)

Este problema social se presenta en considerables pérdidas económicas tanto para la organización financiera como para los clientes, además de la desconfianza que genera entre los usuarios el uso de esta clase de tecnología, limitando su expansionismo y uso regular con la confianza que se necesita para éste sector económico. Los casos de phishing iniciaron hace unos veinticinco años, según el autor Raúl Moya Reyes (2013):

Los primeros casos de phishing tuvieron lugar en los 90 por un grupo de hackers que se hacían llamar “The Warez Community”. Este grupo comenzó creando programas generadores de números de tarjeta de crédito para crear cuentas en AOL. Luego empezaron a hacerse pasar por empleados de AOL para obtener la información de sus clientes a través de la aplicación de mensajería “AOL Messenger”, haciendo uso de ingeniería social. Fue en 1996 cuando por primera vez se utilizó el término “Phishing” para referirse a este tipo de estafas. El origen de la "ph" del término Phishing es un tributo al hácking telefónico “Phreaking” (Phone Hacking). (p. 12)

Además de esta modalidad de phishing, existe también aquella tradicional donde el delincuente crea una página web conocida por el usuario haciéndose pasar por la verdadera, al respecto la Sociedad Andaluía para el Desarrollo de las Telecomunicaciones en España (2017) indica que:

Normalmente está vinculado a la falsificación de un sitio web conocido por la víctima. Cuando el usuario introduce las credenciales en esta web falsa, estas son capturadas y enviadas al atacante. Este tipo de phishing se envía al mayor número de personas posible. Aunque el porcentaje de afectados es muy bajo en este tipo de ataques, el número de afectados suele ser importante. (p. 4)

Esta forma tradicional de fraude en la banca virtual se desarrolla a través de una página conocida que le requiere información personal al cliente, quien le proporciona datos como usuarios, claves, nombres, direcciones electrónicas, entre otras, cuya información posteriormente es utilizada para extraer fondos en las cuentas de la persona defraudada.

Con el avance de la tecnología igualmente esta clase de delincuentes evoluciona para poder seguir cometiendo hechos delictivos, al respecto la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (2017) explica:

Sin embargo, el canal de contacto para llevar a cabo estos delitos no se limita exclusivamente al correo electrónico, sino que también es posible realizar ataques de phishing a través de SMS, conocido como smishing, o de telefonía IP, conocido como vishing. (p.4)

En ese orden de ideas, estos delitos actualmente no cuentan con un asidero legal de forma taxativa con el fin de establecer concretamente sus elementos particulares que regulen la conducta prohibida y se tenga un fundamento jurídico concreto dentro de la ley penal.

## **Finalidad de la tipificación objetiva del delito de phishing y vishing como estafa bancaria en línea**

La intervención del Ministerio Público en el sistema de justicia tiene la finalidad de esclarecer los hechos investidos de delito. Con la creación del Código Procesal Penal Decreto número 51-92 y las reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en 1993, se fortalece sus funciones y mejora la intervención objetiva de los fiscales.

La separación de funciones se realiza a nivel constitucional, atribuyéndole a la Corte Suprema Justicia y sus tribunales la exclusiva función de la administración de justicia, y al Ministerio Público el ejercicio de la acción y persecución penal y la investigación criminal. El Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que el Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración de los órganos jurisdiccionales con funciones autónomas. Sus facultades con rango constitucional permiten fortalecer sus funcionalidades en la investigación criminal. En cuanto a los hechos relativos a los hechos de tránsito, la labor del fiscal del Ministerio Público dependerá de la situación que se presente en la escena del accidente, ya sea que se manifiesten delitos de lesiones o en el peor de los casos, algún homicidio culposo.

Para cumplir con sus atribuciones legales, el Ministerio Público necesita de un orden jurídico objetivo, claro y sin que motive la discrecionalidad tanto en sus fiscales como de los demás entes que intervienen en el sistema de justicia, por tanto, es preciso que los tipos penales que serán encuadrados en los hechos que cumplen con los elementos del tipo según el caso concreto, deben de otorgarle seguridad y certeza jurídica al momento de imputarlos. Los hechos delictivos de phishing y vishing son conductas que no están encuadradas como delitos dentro de la ley penal, lo que motiva a que los fiscales del Ministerio Público tengan que imputarles delitos relativos o que integren algunos de los elementos de una estafa especial o dentro de los delitos informáticos, perdiendo objetividad tanto en la imputación como en el trabajo del ente investigador.

El autor José Franco Villa comenta sobre la necesaria objetividad en la investigación penal del Ministerio Público:

Este principio viene a darse en el sentido de que el encomendado al ejercicio de la acción penal lo es un órgano del Estado llamado Ministerio Público, distinto al jurisdiccional, y no a cualquier persona o parte afectada: también le es llamado principio de autoridad porque la incoación del procedimiento punitivo debe hacerse a través de la institución del Ministerio Público. (1995, pág. 98)

El Ministerio Público busca alcanzar una eficiente investigación criminal, manifestándose principalmente la investigación criminal de los fiscales en la etapa preparatoria, en la cual realiza las diligencias

pertinentes siempre con la ayuda de la asistencia técnica, científica y documental de distintas dependencias del sistema de justicia, principalmente la del Instituto Nacional de Ciencias Forenses.

Si no se tiene certeza y seguridad en el orden jurídico que regula los delitos descritos, el fiscal de Ministerio Público no podrá realizar de oficio una investigación eficiente para determinar si se ha incurrido en un hecho delictivo e identificar al responsable, principalmente en delitos como el phishing y vishing que son hechos que necesitan de una intervención particularizada debido a que se trata de delitos relativos a la información electrónica, por tanto, de igual manera su clasificación jurídica debe ser específica y objetiva.

Por tanto, es fundamental que, para el cumplimiento de estas premisas jurídicas, los fiscales del Ministerio Público cuenten con todos los medios tecnológicos, científicos y fundamentalmente jurídicos para lograr adecuar las conductas de phishing y vishing de una manera objetiva, debiendo de describirse para el efecto, expresamente en la ley penal fortaleciendo de esta manera su tipificación y persecución penal.

## **La tipificación del delito de phishing y vishing como estafa bancaria en línea**

La legislación bancaria tiene su fundamento a nivel constitucional, el Artículo 119 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “El Estado de Guatemala, tiene por obligación fundamental, promover el desarrollo económico de la nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza;”.

Estas actividades son promovidas actualmente por la banca privada y la banca central, como medios importantes para el desarrollo de dichas actividades, especialmente por medio del crédito. Además, el mismo Artículo en el inciso k) establece que el Estado deberá: “proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión.”

El sistema financiero guatemalteco tiene dos direcciones, uno ejercido por las empresas y sociedades financieras que realizan actividades de banca y de crédito, integradas por las instituciones bancarias y financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos. La otra dirección la ejercen instituciones que no realizan actividades de banca, pero sí de crédito y garantía como lo son los almacenes generales de

depósito, compañías de seguros, compañías de fianzas, casas de cambio, entre otras.

Estas instituciones han ido incursionando en el ámbito de la tecnología con el objetivo de proporcionarles a sus clientes una mejor facilidad en la obtención de los servicios de banca a través del internet. Esta incursión ha promovido ciertos riesgos para los usuarios a través de hechos catalogados como phishing o vishing, que actualmente no tienen un adecuado tratamiento jurídico en el ámbito penal principalmente en lo que respecta a la objetividad normativa de estas conductas, lo que puede dar lugar a la discrecionalidad en la persecución penal y poner en riesgo la determinación de las responsabilidades de los delincuentes.

La objetividad en la investigación penal tiene gran relevancia en la investigación criminal y el sistema de justicia, sin estos parámetros de seguridad, la investigación puede verse complicada para el Ministerio Público mayormente cuando se tratad de conductas nuevas para Guatemala como el phishing y vishing; su aplicabilidad tiene íntima relación con la descripción taxativa de los tipos penales, debido a que dentro de la ciencia penal y principalmente en la ley penal, no se da cabida a la discrecionalidad o analogía, por lo que cada elemento fáctico del hecho se debe de desarrollar claramente en el tipo penal.

Fuller, citado por Francisco Navarro explica que: “Son exigencias de la seguridad jurídica, así entendida, la generalidad de las normas, su promulgación, su irretroactividad, su claridad, su coherencia, la posibilidad de su cumplimiento, su estabilidad y la congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.” (1977, pág. 56)

La coherencia entre los elementos del tipo y la posibilidad concreta de su aplicación, deben de fortalecer la investigación del fiscal. Los hechos delictivos del phishing y vishing son conductas que carecen actualmente de una tipificación específica, lo que puede dar lugar a que se presenten ciertas deficiencias en la investigación penal. A pesar de que no se conocen casos sobre estos hechos, no es necesaria su aparición para empezar a tratar el problema y que no sea vea afectada la investigación como sucede con otros casos similares.

Uno de los problemas que se ha presentado en Guatemala, en algunos casos, es la falta de una adecuada taxatividad en ciertas conductas que han complicado la persecución penal de personas que cometen hechos que violentan el orden social. Uno de los casos que se ha complicado para llevar a la justicia y condenar a los responsables se dio con las plazas inexistentes en la administración pública, que en la actualidad estos procesos han presentado poco avance en la investigación del Ministerio Público. Tal es el extremo que el juez pesquisador de la Sala

Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, nombrado por la Corte Suprema de Justicia para el efecto, emitió una resolución indicando que no existen hechos relevantes que puedan promover la investigación penal, estimando que solo se debería de aplicar ciertas sanciones administrativas.

El problema es que no existe un tipo penal específico para estos casos modernos de estafa bancaria con la que el sistema de justicia pueda tener las herramientas jurídicas necesarias para imputar objetivamente la conducta prohibida, necesitándose que se tenga un asidero legal para que estos casos no se escapen de la justicia.

La persecución penal se podría plantear con la imputación de un delito de estafa especial o dentro de los delitos informáticos, pero no permitiría una adecuada aplicación del Derecho Penal relativa al daño que causa estas formas de estafa actualmente en la economía nacional y al sistema bancario guatemalteco.

La taxatividad del tipo penal es una forma de evitar tanto la arbitrariedad del poder punitivo del Estado, pero igualmente fortalece la investigación criminal de la institución encargada. Esta forma de estafa financiera necesita un tratamiento específico de investigación, tomando en cuenta que en Guatemala la aplicación de estos servicios en línea sigue

creciendo y podría no contar con la seguridad necesaria para impedir estos hechos delictivos.

El Derecho Penal es una ciencia del Derecho que causa ciertas limitaciones considerables a los derechos humanos de las personas cuando son investigadas penalmente, además, causa una inversión pública importante para la investigación de los hechos delictivos, por tanto, es oportuno que los recursos que se invierten sean optimizados para evitar gastos innecesarios que se complicaran con la falta de tipos penales específicos o que se le sancione desproporcionalmente al delincuente con otro delito que no integra una pena considerable al daño causado.

La ley penal en ese sentido, debe de ser el instrumento jurídico que contenga objetivamente los tipos penales que determinen de forma abstracta, todos aquellos hechos que causan un daño considerable a los bienes jurídicamente tutelados. Como es el caso de estos hechos que causan un daño a la economía nacional y al sistema bancario, es importante que sean tipificadas estas conductas de manera taxativa.

Como ha sucedido con el delito de pánico financiero incorporado en el artículo 342 B del Código Penal, con el fin de proteger de manera concreta y taxativa el sistema financiero guatemalteco ante

informaciones de amenazas que se publicaban después de la quiebra de otros bancos del sistema que dañaron el mismo en años anteriores; los que promovían el pánico se valían del miedo de las personas ante la posible quiebra de los bancos, con la vigencia del delito, estos hechos se erradicaron en prevención a ser sancionados.

Uno de los aspectos que tienen que tomarse en cuenta es la seguridad y certeza jurídica que el Estado debe de otorgarle a las personas en defensa de sus derechos fundamentales, como es en este caso el derecho a la información personal que da acceso a los servicios financieros, al respecto Pérez Luño (2002) explica que la taxatividad se refiere a: “La noción subjetiva de la seguridad jurídica que concibe ésta como el conocimiento del Derecho de parte de los destinatarios. Constituye la concepción clásica y recibe por algunos el nombre de certeza del Derecho.” (p. 50)

Esto permitiría no solo el conocimiento de los tipos penales relacionados al phishing y vishing de parte de los delincuentes o suplantadores de identidad, sino que también de los órganos jurisdiccionales y por ende fortalecería la investigación penal, minimizando el riesgo que los casos no fueran debidamente fundamentados y consecuentemente la acusación carecería de un adecuado respaldo jurídico a falta de taxatividad y seguridad en el orden jurídico. La certeza y seguridad jurídica que

otorgaría la norma al crear estos tipos penales, anticiparía un adecuado tratamiento de estas conductas de parte del sistema de justicia, principalmente del ente investigador cuando surjan estos casos concretos; además, la vigencia de estos tipos penales promovería la implementación de mejores sistemas de seguridad en la información personal de los usuarios o clientes de las organizaciones financieras.

Por tanto, es necesario que la norma jurídico-penal promueva un interés particular de estas conductas, se establezcan con ello mecanismos de seguridad y principalmente medios de información para que las personas conozcan de estos hechos e igualmente apliquen medidas oportunas de alerta y respuesta cuando tengan el riesgo de ser víctimas de estas conductas delictivas.

El sistema bancario guatemalteco es parte importante del desarrollo socioeconómico del país, los bienes que se promueven dentro de las relaciones particulares entre las organizaciones financieras y sus clientes tienen un alto contenido personal, establecen identidades únicas de los usuarios y el acceso a su información financiera debe ser protegida y garantizada por el Estado a través del orden jurídico vigente y taxativamente determinado.

En consideración de lo expuesto y según el análisis realizado de los distintos tipos de estafa financiera, es importante que no solo se sustente y fortalezca la investigación criminal sino también se proteja al sistema financiero y los usuarios ante la creciente aplicación de estos servicios de banca en línea, tanto el phishing como el vishing representan una amenaza igualmente creciente en Guatemala, debiéndose tipificar estas conductas y que a la vez se apliquen sanciones importantes que cumplan con el fin preventivo del Derecho Penal, promoviendo que las personas con el objeto de evitar tales sanciones se restrinjan de cometer estos actos.

En consideración de lo expuesto, es evidente que estas conductas son altamente probables que se manifiesten en Guatemala, donde el Estado carece actualmente de una normativa jurídica específica que permita una adecuada investigación y persecución penal de los responsables, dando lugar a que se tenga que buscar otros tipos penales que integren en lo posible todos sus elementos y verbos rectores, lo que podría ser objeto de analogía.

Actualmente los bancos del sistema, en algunos solamente, pasan por las pantallas que son expuestas al público en general cuando son atendidos en las distintas cajas asignadas, una explicación escueta, vaga y carente de contenido explícito sobre las conductas de phishing y vishing, además

de proponerle al usuario como única medida para las mismas la prevención, indicándoles que si en determinado momento se presenta dificultad a entrar a sus cuentas, inmediatamente cambien sus claves y contraseñas de acceso.

Estas medidas son ineficaces cuando el usuario y titular de la cuenta no se encuentra en línea o no está accediendo en ese momento a su cuenta electrónica, en dado caso, el hacker o estafador podrá ingresar a la misma para cometer el delito, lo que evidencia una alta vulnerabilidad para los cuentahabientes.

Por tanto, es fundamental que ante la alta vulnerabilidad de que estas conductas sucedan en Guatemala y la falta de una efectiva protección de parte del sistema bancario, se creen estos tipos penales específicos con el fin no solo de fortalecer la legalidad y persecución penal sino también de determinar una sanción acorde al acto, debiéndose integrar para este fin dentro de los delitos de estafa especiales con una pena más grave.

## **Conclusiones**

La suplantación de identidad a través de las conductas de phishing y vishing se deben de adecuar dentro de los presupuestos de caso especial de estafa, tomando en cuenta que las características propias de estas conductas manifiestan una forma particularizada de delinquir al afectar directamente al sistema financiero guatemalteco y los usuarios de la banca en línea, poniendo en riesgo las finanzas de estos últimos.

Es importante creación de los tipos penales de phishing y vishing para su tratamiento jurídico, tomando en cuenta que es necesario que se determine taxativamente los presupuestos que lo integran, esto fortalecerá la función de los fiscales del Ministerio Público al momento de imputar el delito y facilitará la instrucción de los órganos jurisdiccionales al momento de resolver.

Los resultados del estudio determinan la viabilidad de crear el tipo penal de suplantación de identidad a través de la estafa especial en el sistema electrónico bancario, con el objeto de fortalecer la investigación penal y no dejar a discrecionalidades la objetividad en la imputación y en la criminalidad de estas conductas que actualmente no cuentan con un tratamiento específico de parte del Estado.

## Referencias

### Libros

Asociación de Bancos de México. (2018). *ABM y entorno financiero*. México. ABM.

Astraín, Leandro. (2017). *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional*. México D. F. Universidad de Guanajuato.

Carbonell, Miguel. (2006). *Nueva interpretación del principio constitucional de legalidad en materia penal*. México. Revista de Ciencias Penales.

Carranca Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. (1991). *Derecho penal mexicano, parte general*. 16ª Edición. México: Porrúa. México.

De León, Héctor; y José Mata. (2010). *Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial*. Guatemala: Magda Terra Editores.

García, Diego. (2016). *El phishing como delito de estafa informática*. Venezuela: Revista Bolivariana de Derecho.

Ferrerres, Víctor. (2000). *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas.

Franco, José. (1995). *Reflexiones del Ministerio Público*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM:

Jescheck, Hans. (1978). *Tratado de derecho penal*. Traducido por Santiago Mir Puig. Barcelona. Bosch.

Jiménez de Asúa, Luis. (1958). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Buenos Aires: Losada.

Lamarca, Carmen. (2012). *Principio de legalidad penal*. Madrid. Universidad Carlos II de Madrid.

Leguizamón, Mayra Mariana (2007). *El Phishing*. España: Universidad Jaume I.

Márquez, Agustín. (2017). *Delitos bancarios*. Buenos Aires: Porrúa.

Navarro, Francisco. (1995) *La moral del derecho*. México. Editorial Porrúa.

Navarro, Pablo; y Laura Manrique. (2005) *El desafío de la taxatividad*. Córdoba. Universidad Nacional del Sur.

Moya Reyes, Raúl. (2013). *Delitos informáticos. Estudio concreto sobre fraudes y phishing*. España. Universidad de Jaén.

Novoa Monreal, Eduardo. (1980). *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*. San José: Juricentro.

Ore, Asencio. (2011). *Manual de derecho procesal penal*. Perú. Editorial Reforma.

Peces-Barba, Gregorio. (1990). *Curso de teoría del derecho*. Madrid. Universidad Carlos II de Madrid.

Pérez Luño, Antonio. (2002). *La seguridad jurídica*. Sevilla, España. Universidad de Sevilla.

Roxin, Claus. (2000). *Derecho Penal. Parte general I*. Madrid: Civitas.

Roxin, Claus. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

Sainz Moreno, Fernando. (1995). *Seguridad jurídica*. Madrid. Enciclopedia Jurídica Básica.

Sociedad Andalucía para el Desarrollo de las Telecomunicaciones. (2017). *Seguridad y confianza digital*. España. Andalucía Cert.

Zaffaroni, Eugenio. (2002). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Ediar.

### **Legislación nacional**

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala.

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

Congreso de la República de Guatemala. (2002). La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). La Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto Número 16-2002.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). La Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002.

Congreso de la República de Guatemala. (2002). Ley Monetaria, Decreto Número 17-2002.

Congreso de la República de Guatemala. (2000). La Ley de Libre Negociación de Divisas, Decreto Número 94-2000.