

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Tipo penal de hurto aplicado a los casos de uso indebido
de frecuencias radioeléctricas al operar radios
comunitarias**

-Tesis de Licenciatura-

Rosa María Tacán Vásquez

Guatemala, abril 2014

**Tipo penal de hurto aplicado a los casos de uso indebido
de frecuencias radioeléctricas al operar radios
comunitarias**

-Tesis de Licenciatura-

Rosa María Tacán Vásquez

Guatemala, abril 2014

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 Cóbar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Lic. Mario Efraim López García

Revisor de Tesis Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Franklin Asturias Miranda

Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Lic. Ricardo Bustamante Mays

Licda. Carmela Chámale García

Segunda Fase

Licda. María Victoria Arreaga

Licda. María Cristina Cáceres

Lic. Víctor Manuel Morán Ramírez

Lic. Arnoldo Pinto Morales

Tercera Fase

Licda. Cándida Ramos Monterroso

Lic. Carlos Enrique Godoy Hidalgo

Licda. María de los Ángeles Monroy

Lic. Sergio Armando Teni Aguayo

Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de septiembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**, presentado por **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**, 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 Licenciado **MARIO EFRAIM LÓPEZ GARCÍA** para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**

Título de la tesis: **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**

El Tutor de Tesis,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de noviembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Mario Efraim López García
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiuno de noviembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**, presentado por **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**, 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 Licenciada **CÁNDIDA ROSA RAMOS MONTENEGRO**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**

Título de la tesis: **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**

El Revisor de Tesis,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

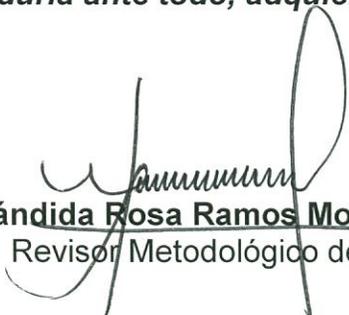
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Cándida Rosa Ramos Montenegro
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**

Título de la tesis: **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 25 de febrero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ROSA MARÍA TACÁN VÁSQUEZ**

Título de la tesis: **TIPO PENAL DE HURTO APLICADO A LOS CASOS DE USO INDEBIDO DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS AL OPERAR RADIOS COMUNITARIAS**

El Director del programa de tesis, y 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

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

Guatemala, 24 de marzo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia




Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA/AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Por darme el milagro de la vida.

A MI MADRE

Juana Vásquez Ronquillo (QEPD)

Por enseñarme el misterio del amor y del perdón.

A MI PADRE

Alejandro Vicente Tacán Yác (QEPD)

Por haber creído en un mundo mejor para mí.

A MI HIJA E HIJOS

Juana Felisa, Alan Estuardo, Marvin Martin y
Jesús Alejando, por ser la fuente de mi existencia
y felicidad.

A MIS HERMANOS (A)

Adrián por su cariño y apoyo, Alfredo César por sus oraciones y
por haber confiado siempre que yo alcanzaría este éxito, José Antonio
por fomentarme el espíritu estudiantil, Magdalena porque en la distancia siempre
estuvo conmigo.

A MI ESPOSO

Martín Sacalxot por su cariño y acompañamiento en este proceso
de mi vida.

A MIS SOBRINAS, SOBRINOS Y FAMILIARES

Por compartir esta alegría conmigo.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS

Por que fueron mi soporte en los momentos difíciles.

A LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia por
haberme dado la oportunidad de culminar esta etapa de mis estudios.

Índice

| | |
|--|-----|
| Resumen | i |
| Palabras clave | ii |
| Introducción | iii |
| Aspectos Generales | 1 |
| El espectro radioeléctrico | 9 |
| Del hurto de fluidos | 30 |
| El uso ilegal de frecuencias y la aplicación del tipo penal de hurto de fluidos por parte del Ministerio Público | 35 |
| Ausencia del tipo penal para la persecución de los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas | 41 |
| La iniciativa de ley numero 4479 que busca tipificar el delito de uso ilegal de frecuencias | 43 |
| Conclusiones | 46 |
| Referencias | 48 |

Resumen

El artículo especializado que a continuación se presenta se refiere a aspectos generales del espectro radioeléctrico, los tipos penales de hurto de fluidos, así como la persecución penal del ente investigador en la tipificación de dicho delito, haciendo énfasis en que el delito de hurto de fluidos no puede ser aplicado a casos de uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas.

El estudio se ocupó en realizar un análisis de la exclusión de la analogía en el derecho penal, atendiendo a que no pueden crearse figuras delictivas ni aplicar sanciones sin que estén previamente tipificadas como delito; la inobservancia de este principio y del principio de literalidad en el derecho procesal penal, hace que la tipificación del hurto de fluidos a casos de uso no autorizado de las frecuencias radioeléctricas, sean ilegales.

Se analizó jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, relacionada al derecho de libre emisión del pensamiento y la sentencia exhortativa al plantearse una inconstitucionalidad general de la Ley General de Telecomunicaciones, haciendo énfasis en la legislación nacional,

convenios internacionales, así como el informe del Relator sobre Libertad de Expresión de las Naciones Unidas e Iniciativa de ley contenido en el proyecto número 4479 de fecha 10 de julio del año 2012 del Congreso de la República, presentado por el diputado Luis José Fernández Chenal, con el que se pretende crear la figura penal que tipifique el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas.

Palabras clave

Hurto de fluidos. Frecuencias radioeléctricas. Espectro radioeléctrico.

Introducción

La utilización de manera ilegal de las frecuencias radioeléctricas en Guatemala ha ido aumentando, según la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, esta práctica la llevan a cabo personas individuales como personas jurídicas sin atender el procedimiento regulado en la Ley General de Telecomunicaciones, relacionado con la obtención del título que les permite operar en forma legal en el país.

Lo anterior, ha obligado al Ministerio Público a iniciar la persecución penal correspondiente, sin que previamente se agoten otras vías, como la administrativa o en su defecto, pueda acudir a la vía ordinaria a efecto de resarcir los daños y perjuicios que pudieran haber sido ocasionados por el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas. Al respecto, el ente investigador ha informado que recibe denuncias e impulsado procesos, en los cuales ha obtenido sentencias condenatorias, debido a que sostiene la tesis de aplicar el delito de hurto a los casos de uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas.

En el proceso de búsqueda de información se establece que no existe un tipo penal específico para perseguir penalmente los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, y que en la práctica el Ministerio Público está planteando acusaciones utilizando tipos penales en forma analógica.

Es de mencionar que la importancia del presente estudio radica en el análisis de la problemática legal sobre la falta de una figura penal específica, lo cual determina la violación a principios fundamentales del derecho, tales como el principio de legalidad y el principio constitucional de la no punibilidad de las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta, *nullum poena sine lege*.

Aspectos Generales

El uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas se ha convertido en un problema a nivel nacional, debido a que en distintos municipios y departamentos se escuchan emisoras de corto alcance, las cuales no cuentan con la autorización correspondiente para funcionar, es decir que no han llevado a cabo el trámite de autorización de licencia establecido en la Ley General de Telecomunicaciones, como consecuencia de ello se da la interferencia a frecuencias de emisoras que funcionan legalmente, situación que da lugar a que el ente investigador investigue los hechos y acude a la vía penal con el objeto de encuadrar dicha actividad en un tipo penal.

Según informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013:1) Radios Comunitarias, que con relación al uso ilegal del espectro radioeléctrico en Guatemala se ha vuelto un problema a partir de la aparición y surgimiento de las radios comunitarias en los diferentes municipios y departamentos del país, señala que el uso de frecuencias radioeléctricas sin la debida autorización ha hecho complejo el mecanismo sancionatorio y control de los mismos, debido a la atención y tratamiento por la vía penal a estos casos, no obstante el tema puede ser tratado por la vía administrativa, con fundamento en la Ley General de Telecomunicaciones

Legislación regula el control del espectro radioeléctrico como un bien del Estado, al respecto la Ley General de Telecomunicaciones, crea la Superintendencia de Telecomunicaciones como un organismo técnico perteneciente al Ministerio de Comunicaciones, Transporte y Obras Públicas. Dicha Superintendencia tiene independencia funcional para el ejercicio de las atribuciones y funciones que esta ley le asigna, contempla procedimientos administrativos para el uso, obtención y aprovechamiento del espectro radioeléctrico, así como procesos sancionatorios por la vía administrativa.

Sin embargo, el incumplimiento de dichos procedimientos por parte de personas individuales y jurídicas ha dado lugar a que la conducta de las mismas, sea encuadrada como una conducta perseguible en el ámbito penal por el ente investigador.

En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación lo referente a Pueblos Indígenas/Originarios, debido que la mayoría de denuncias provienen de dichas comunidades las cuales en su mayoría son rurales, esto según información obtenida el día veintiséis de noviembre de dos mil trece, por el encargado en turno de la Unidad de Acceso a la Información Pública del Ministerio Público, ejemplo el caso identificado con número de expediente 490-2007, que conoce la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el

Ambiente del departamento de Quetzaltenango, en el cual las tres personas procesadas son de origen maya, hablantes del idioma maya Mam.

Otro aspecto que debe mencionarse y que da lugar a esta problemática es el conflicto armado que se vivió en Guatemala durante treinta y seis años entre el Ejército de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, la cual concluyó con la suscripción de los Acuerdos de Paz, los cuales son de carácter sustantivo y operativo. Entre dichos acuerdos se encuentra el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual fue firmado el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco, que en su capítulo III, referente a Derechos Culturales, inciso h) establece, medios de comunicación:

El Gobierno tomará las siguientes medidas: 1) abrir espacios en los medios de comunicación para los Pueblos Indígenas. 2) promover ante el Congreso de la Republica las reformas que sean necesarias en la actual Ley de Radiocomunicaciones y telecomunicaciones, con el objetivo de facilitar frecuencias para proyectos indígenas y asegurar la observancia del principio de no discriminación en el uso de los medios de comunicación. Estos aspectos habrían permitido un giro a la visión sobre la forma de comunicación comunitaria. Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1995)

En ese sentido, es de relevancia mencionar que el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas contenido en los Acuerdos de Paz, en su Considerando, contiene las razones esenciales que preceden y sirven de apoyo para su creación, siendo algunos de los

motivos lo relacionado al tema de identidad y derechos de éstos pueblos, los cuales han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, realidad histórica que ha afectado y sigue afectando a dichos pueblos, de tal manera que les ha sido negado el pleno ejercicio de sus derechos y participación política.

De tal manera que, en tanto no se resuelva este problema de la sociedad guatemalteca, sus potencialidades económicas, políticas, sociales y culturales jamás podrán desenvolverse en toda magnitud, ello será posible en Guatemala sólo si se reconocen en todos sus aspectos la identidad y los derechos de los pueblos que han habitado y la habitan, componentes todos de su realidad actual.

Es por ello que todos los asuntos de interés directo para los pueblos indígenas demandan ser tratados por iguales y con ello, el acuerdo en mención busca crear, ampliar y fortalecer las estructuras, oportunidades y garantías de los pueblos indígenas en el pleno derecho a su identidad y del ejercicio de sus derechos.

El Acuerdo precitado, en su inciso h, referente a medios de comunicación masiva, dispone que los mismos tienen un papel primordial en la defensa, desarrollo y transmisión de los valores y conocimientos culturales, corresponde al Gobierno y a todos los que

trabajan e intervienen en el sector de la comunicación, promover el respeto y difusión de las culturas indígenas, así como erradicar cualquier forma de discriminación y contribuir al patrimonio pluricultural.

A efecto de favorecer el más amplio acceso a los medios de comunicación por parte de las comunidades mayas y demás pueblos indígenas, el Gobierno debe procurar abrir los espacios en los medios de comunicación oficiales para la divulgación de las expresiones culturales indígenas y propiciar la apertura en los medios privados, promover ante el Congreso de la República las reformas que sean necesarios en la actual Ley de Radiocomunicaciones con la finalidad de facilitar frecuencias para proyectos indígenas y asegurar la observancia del principio de no-discriminación en el uso de los medios de comunicación, debe promover asimismo la derogación de las disposiciones del ordenamiento jurídico que obstaculicen el derecho de los pueblos indígenas a disponer de medios de comunicación para el desarrollo de su identidad; y, reglamentar y apoyar un sistema de programas informativos, científico, artísticos y educativos de las culturas indígenas en sus idiomas, por medio de la radio, televisión y medios escritos nacionales.

En otras palabras, de conformidad con lo regulado en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas contenido en los Acuerdos de Paz, el Gobierno debe procurar la inclusión de los pueblos indígenas en los medios de comunicación oficiales a efecto de que se

divulgue todo lo relacionado a su identidad, en cumplimiento al principio de no discriminación, siendo un objetivo primordial el procurar que el ordenamiento jurídico no obstaculice el derecho de los pueblos indígenas a disponer de medios de comunicación para el desarrollo de su identidad.

Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en la Parte VI, denominada Educación y Medios de Comunicación, regula en su artículo 27 que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

Así mismo el artículo 3 de la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, Decreto número 52-2005 del Congreso de la República, reconoce a los Acuerdos de Paz, como compromisos de Estado, cuyo cumplimiento requiere de acciones a desarrollar por las instituciones públicas y por las personas individuales y jurídicas de la sociedad, en el marco de la Constitución Política de la República y de la ley.

Así, Guatemala, por ser signataria del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se obligó a la emisión de una legislación que impulse el desarrollo de los pueblos indígenas en todas las esferas de su

vida social, es por ese marco normativo que el Estado de Guatemala se encuentra comprometido, ante la comunidad internacional de naciones, a desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, acciones coordinadas y sistemáticas con miras a propiciar la plena efectividad de los derechos sociales de esos pueblos, y con plena observancia de la obligación convencional.

Al respecto, el máximo Tribunal del orden constitucional, ha señalado que:

Es el Estado de Guatemala quien ha desarrollado de manera mínima ciertos mecanismos para el sector indígena en Guatemala, como promover la educación intercultural, el apoyo, el fomento de las actividades productivas rurales y sobre todo el impuso a las actividades que eliminan conductas discriminatorias racistas y de exclusión, las cuales son típicas de la sociedad guatemalteca, todo esto producto de la composición étnica de la población guatemalteca y la pobreza, que son un resultado de la expulsión del sector indígena en aspectos sociales económicos y políticos del país, por supuesto en detrimento de su bienestar y desarrollo. Muchas de las organizaciones Indígenas en el país reconocen el retraso del cumplimiento total del Acuerdo sobre la identidad de las poblaciones indígenas pero reconocen que el Estado, aunque de manera mínima, ha permitido abrir espacios de dialogo así como la participación e intervención indígena en el debate de la realidad nacional. Finalmente, los avances que se han producido en el reconocimiento del derecho indígena son mínimos y se han extendido en su mayor parte al aspecto de medidas específicas, que sean impulsadas por el estado que protejan y reconozcan el derecho indígena, respetando las normas internacionales de derechos humanos así como adoptando políticas que permitan una igualdad al sistema de justicia tratando de desaparecer el patrón cultural racista y discriminatorio.(Expediente No. 2229-2010, sentencia 08/02/2011).

La Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, menciona que los derechos e identidad de los pueblos indígenas empiezan por el respeto a su idioma, su valoración y por la posibilidad de usarlo, crear con él y cultivarlo, reconocer la practica libre de su

religión, tener acceso en igualdad de condiciones todas las culturas, a la ciencia y a la técnica, esto conlleva no la actitud estática de reconocer un rasgo del pasado, sino establecer un hecho vigente y vivo, susceptible y capaz de desarrollar y configurar en forma conjunta con factores nacionales el patrimonio global de la guatemalidad sin límites ni restricciones.

En este contexto y con apoyo en el marco legal y doctrinario citado, se desprende que el Estado de Guatemala debe velar por el cumplimiento de las leyes nacionales y convenios internacionales, así como de los Acuerdos de Paz suscritos, por lo que en cuanto a la Ley General de Telecomunicaciones, cuidar que los procedimientos administrativos que ésta regula sean debidamente aplicados con antelación a acudir al ámbito penal, aplicándose dicha normativa en condiciones de igualdad a los pueblos indígenas, tomando en consideración su situación histórica y por ser mayoría en Guatemala, haciendo posible la obtención de frecuencias por medio de un mecanismo de mejor propuesta y favorable la oferta económica a dichas comunidades, para que progresivamente el problema de uso del espectro radioeléctrico disminuya y no siga proliferando de manera desordenada, esto con el objetivo de que se dé efectivo cumplimiento a los artículos 4 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es así como en el año de mil novecientos noventa y nueve se inicia el proceso de articulación de esfuerzos entre la Asociación de Radios Comunitarias de Guatemala y la Asociación Mujb'ab'l/encuentro de expresiones, cuyos miembros en su mayoría son indígenas, los cuales utilizan radios comunitarias y que a la fecha contabilizan más de catorce años de trabajo en negociación y cabildeo para que se dé cumplimiento a los Acuerdos de Paz, particularmente al Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el año 2001, se presentó la primera iniciativa de ley relacionada al funcionamiento de las radios comunitarias, actualmente en el Congreso de la República de Guatemala, se encuentran tres iniciativas de las cuales solo una aborda la regulación sobre el uso del espectro radioeléctrico.

El espectro radioeléctrico

El observatorio de telecomunicaciones en México define que el espectro radioeléctrico es un concepto fundamental en materia de telecomunicaciones que se encuentra asociado a las comunicaciones inalámbricas, es el medio en el que se propagan las ondas electromagnéticas que son empleadas en las comunicaciones para transmitir información, datos, imágenes, sonido, voz, y se mueven de

manera lineal. ([http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que es el espectro radioeléctrico.php/15/11/2013](http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que%20es%20el%20espectro%20radioel%C3%A9ctrico.php/15/11/2013))

En otras palabras, para comprender de manera específica qué es el espectro radioeléctrico es necesario señalar que ésta energía forma una de las partes del espectro electromagnético cuyas bandas de frecuencia poseen características especiales que las convierten en idóneos para el transporte de señales que contienen las comunicaciones, el cual es manipulado por técnicos conocedores del sistema de comunicación, y se rigen por la ley que regula el uso y aprovechamiento del mismo.

El espectro radioeléctrico puede entenderse bajo el punto de vista técnico y legal. Desde el punto de vista técnico, se entiende que el espectro está compuesto por el conjunto de bandas de frecuencias disponibles para los distintos tipos de comunicación tales como radio AM y FM, Televisión VHF y UFH, telefonía satelital, inalámbrica, móvil, etc. La utilización y distribución de las bandas de frecuencias en el espectro radioeléctrico por el tipo de servicio asignado se encuentra normada internacionalmente. Y legalmente es la que establece el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones (De León, 2011:8)

Frecuencias radioeléctricas

Las frecuencias radioeléctricas forman parte del espectro radioeléctrico, el cual sirve para las transmisiones de radios especialmente, es preciso entonces conocer la legislación que lo rige y organizaciones internacionales constituidas en función al mismo.

Elemento electromagnético y espectro radioeléctrico

Establecer la diferencia entre el electromagnético y el espectro radioeléctrico ayuda a comprender el concepto, si bien es cierto que es de manera general, pero necesaria por la importancia y múltiples servicios que presta este sistema de comunicación y la forma de ser utilizados.

Es el espectro radioeléctrico el ámbito en el que se desarrollan una buena parte de los servicios de telecomunicaciones, el cual a su vez, está contenido en el espectro electromagnético.

Para comprender lo señalado en el párrafo anterior, es necesario definir los dos conceptos mencionados, a saber: *i)* Espectro electromagnético.- Es el conjunto de frecuencias de ondas electromagnéticas continuas en el rango de 3Hz a 1025 Hz. *ii)* Espectro radioeléctrico.- Es el segmento de frecuencias comprendido en el espectro electromagnético, ubicado en el rango de ondas electromagnéticas que van de 3KHz a 3000GHz. Dicho de otra forma, el espectro radioeléctrico es una porción del espectro electromagnético y es precisamente en esa porción en donde operan las emisoras de radio (AM y FM), las de televisión abierta (por aire) y microondas, de telefonía celular, los sistemas satelitales, los radioaficionados, las comunicaciones vía Internet, los radiomensajes *paggers*, las comunicaciones de aeronaves, buques, transporte terrestre, entre otros servicios de telecomunicaciones. ([http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que es el espectro radioeléctrico.php/10/01/2014](http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que_es_el_espectro_radioeléctrico.php/10/01/2014))

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 121 inciso h) establece que son bienes del Estado las frecuencias radioeléctricas, las cuales como ha quedado asentado en líneas precedentes se utilizan para las transmisiones de radiocomunicación, por lo que dichos ondas están siendo susceptibles de uso ilegal al no cumplirse con los procedimientos establecidos en la Ley General de

Telecomunicaciones para su adquisición. Al respecto, el artículo 50 de la Ley General de Telecomunicaciones de Guatemala regula que el espectro radioeléctrico tiene varios nombres entre los que se pueden mencionar; las de ondas electromagnéticas, ondas de radio o hertzianas y frecuencias radioeléctricas, por lo que para efectos del presente tema, podemos decir que los mismos son sinónimos y pueden usarse indistintamente, ya que se refieren al uso de los mismos en aspectos de telecomunicaciones, cuyo uso, aprovechamiento, utilización y explotación únicamente podrá llevarse a cabo atendiendo al procedimiento que establece la Ley General de Telecomunicaciones.

Ahora bien, atendiendo a la problemática del uso de frecuencias radioeléctricas por parte de radios comunitarias que operan sin la respectiva autorización, es de considerar lo estimado por la Corte de Constitucionalidad, sobre el derecho a la libre emisión del pensamiento:

Esta Corte advierte que la libertad de emisión del pensamiento que proclama la Constitución en su artículo 35 es válida, según el propio texto, ejercerla por cualquier medio de difusión y sin censura ni licencia previa. Esta disposición debe preservarse a ultranza en cuanto garantiza la difusión de las ideas y no puede ser objeto de ninguna matización que implique limitarla, por cuanto cualquier habitante tiene derecho a exteriorizar su pensamiento de la misma manera que otro tiene el de recibirlo libremente. Por ello, debe entenderse que la difusión de ideas que la Constitución garantiza plenamente es la que entra a la percepción del público de manera voluntaria, puesto que no podría permitirse la intromisión forzada de mensajes con fines crematísticos que no pueda la sociedad misma regular por razones de orden público o bien común. La difusión de ideas por distintos medios es normalmente autoregulada por el propio público, que tiene la libertad de leer, oír o ver los medios de comunicación o abstenerse de ello, por lo que, frente a la libertad de uno de sugerir sus conceptos y opiniones, se encuentra la del público de recibirlos, compartirlos o

rechazarlos. Excepcionalmente, cuando se trata de ideas que no implican comercio o aprovechamiento prosaico, como sería con los mensajes políticos, religiosos, éticos, cívicos, altruistas, u otros de valor semejante, puede utilizarse medios directos de publicidad que no quedan sujetos a ningún control ideológico, y, como tal, sin necesidad de obtener licencia previa para exponerlos, porque en este caso tales mensajes siempre estarán sujetos al contralor de la alternativa que otros sectores pudieran ofrecer al público para que éste pueda seleccionar con toda libertad su opción moral. No ocurre lo mismo cuando se trata de la regulación de medios que divulguen productos o servicios de naturaleza onerosa y que significan un procedimiento para obtener ingresos, cuando se hacen por sistemas en los que el público no tiene libertad para omitir su lectura o dejar de oírlos, como ocurre, como caso típicos, con los anuncios o rótulos en calles y carreteras o por medio de altoparlantes. En estos supuestos puede ocurrir que tales medios, impulsados por el lucro, afecten el sentido moral y estético de la sociedad, por lo que su razonable regulación no implica, como en el caso analizado, contravención a la libertad proclamada en el citado artículo 35 constitucional.” (Expediente 1270-96, Sentencia 17/02/1998).

Es cierto que el derecho a la libre emisión del pensamiento es un derecho inherente a la persona humana, no obstante ello no es un derecho absoluto, por lo que las personas individuales y jurídicas que hagan uso de las frecuencias radioeléctricas sin la autorización respectiva deben ser sancionados por la vía administrativa de conformidad con lo preceptuado en la Ley General de Telecomunicaciones, esto no deja a un lado la responsabilidad del Estado de crear normas encaminadas a que la adquisición de frecuencias radioeléctricas incluya a sectores vulnerables como lo son las comunidades indígenas, esto en atención al cumplimiento estatal de los compromisos adquiridos en los Acuerdos de Paz y Convenios Internacionales, pues ello coadyuvaría en gran medida a que el problema del uso de frecuencia radioeléctricas sin autorización

disminuyera pues sería más accesible adquirirla sin contravenir norma penal alguna.

Regulación nacional

Es necesario apoyar y fomentar la participación en el sector de las telecomunicaciones, para favorecer la oferta de estos servicios a través de la libre competencia y mejorar el nivel de vida de todos los guatemaltecos, por lo que el Congreso de la República, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 171 literal a), 121 inciso h) de la Constitución Política de la República de Guatemala, emitió el Decreto Número 94-96, Ley General de Telecomunicaciones, la cual constituye un marco legal que contiene normas de aplicación general, proporciona un procedimiento ágil para la explotación eficiente del espectro radioeléctrico y ayuda a evitar todo tipo de discrecionalidad en cuanto a su uso y aprovechamiento.

Hace necesario tomar en consideración los avances técnicos de los servicios de radiocomunicaciones, el cual requiere una regulación congruente con su desarrollo actual, por lo que se emite la Ley de Radiocomunicación, Decreto Ley 433 del Congreso de la República, la cual en su artículo 9 reformado por el artículo 2 del Decreto 33-70, establece que el Estado podrá otorgar concesiones para la explotar

canales de radio o televisión. Por su parte el mismo texto legal en su artículo 6 dispone que debe asignarse frecuencias para los diversos servicios radioeléctricos, de acuerdo con los tratados, convenios y reglamentos internacionales.

Legislación Internacional

Las normas nacionales e internacionales existentes, permiten comprender la fundamentación del derecho a la libre expresión y los mecanismos existentes para el uso de las frecuencias radioeléctricas, mismas que se relacionan con las radios, en particular aquellas consideradas comunitarias, pero sin las debidas licencias para funcionar, de esa cuenta se analiza este aspecto, juntamente con los informes de las relatorías.

Guatemala en el ejercicio de su soberanía, se ha caracterizado con una política de apertura a la ratificación de instrumentos internacionales, entre los que se relacionan con el presente estudio se encuentran el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y la Convención Americana de Derechos Humanos. Aparte de otros que no requieren ratificación, pero el Estado de Guatemala las suscribe en los Foros Internacionales tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en su artículo 16 numeral 1, la necesidad que los Estados adecuen el sistema de comunicación de acuerdo a su población para que el derecho a la libertad de expresión sea real y efectiva, además que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas así como acceder a todos los demás medios de información sin discriminación. En su numeral 2 remarca que los Estados adopten medios eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán entonces de conformidad con la Declaración, alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

La Carta Constitutiva de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en su artículo 44 establece que los Estados miembros procurarán limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio. Este compromiso es el que guía los procedimientos y normas que buscan ordenar el uso de las frecuencias, tener claridad en los procedimientos para su aprovechamiento así evitar el desorden y las interferencias. Para la Unión Internacional de Telecomunicaciones, las bandas de frecuencias son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional,

eficaz y económica. Advierte también de la necesidad de permitir el acceso equitativo a esas órbitas y a esas frecuencias.

Por su parte el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en su artículo 45 estipula la conveniencia de limitar el número de las frecuencias y el espacio del espectro utilizados al mínimo indispensable para asegurar de manera satisfactoria el funcionamiento de los servicios necesarios.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 prescribe que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y Privacidad de la Organización de los Estados Americanos, en su primer principio, establece la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones, que es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática; en el principio 12, cita sobre los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de

comunicación, deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.

En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos; en el principio 13, estipula la utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales. El otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente sin presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales, son incompatibles con la libertad de expresión.

Uno de los mecanismos que tienen los organismos internacionales para vigilar el cumplimiento, por parte de los Estados, de las Convenciones y Declaraciones son las visitas de relatores en los Países, para el caso de Guatemala en los casos del uso de las frecuencias no autorizadas, se han realizado visitas para tomar nota de la persecución y el juzgamiento de las personas que utilizan frecuencias radioeléctricas no autorizadas y para que se garantice el derecho a la libre emisión del pensamiento.

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos humanos (2012: 260) 17. En vista de las consideraciones anteriores, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros promover políticas y prácticas efectivas que permitan el acceso a la información y la participación igualitaria de todos los sectores de la sociedad para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño y la toma de decisiones sobre políticas públicas. Asimismo, adoptar medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el pluralismo, incluyendo leyes que prevengan la existencia de monopolios públicos o privados.

La preocupación a nivel internacional sobre el uso de frecuencias radioeléctricas sin autorización estatal, ha sido un tema abordado por la Comisión Internacional de Derechos Humanos, la cual ve con preocupación la ausencia de la figura legal que regula un tipo penal, por lo que al respecto ha indicado:

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2012:260) c. Legislar en materia de radiodifusión comunitaria, de manera que se destine una parte equitativa del espectro y del dividendo digital a las radios y canales comunitarios. Al asignar estas frecuencias deben tomarse en cuenta criterios democráticos que garanticen la igualdad de oportunidades de todos los individuos en el acceso y la operación de estos medios en condiciones de equidad, sin restricciones desproporcionadas o irrazonables, conforme al principio 12 de la Declaración de Principios y la Declaración Conjunta sobre diversidad en la radiodifusión 2007.

Derivado de las constantes quejas de agrupaciones de derechos humanos y de personas individuales vinculadas al uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas, en particular las que argumentan contar con radios comunitarias y que les limitan su derecho de libre expresión y la manifestación de sus culturas, en el año 2012, Guatemala tuvo la visita del Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en el informe de esta visita, párrafo 413, la Comisión se refirió a la falta de acción por parte del Estado en asignar las frecuencias en concordancia con los Acuerdos de Paz y que en febrero 2003 la Superintendencia de Telecomunicaciones implementó un plan para multar y/o cerrar las frecuencias no autorizadas.

En el párrafo 414 del informe de la Relatoría citada, la Comisión hace una valoración de la existencia de las radios comunitarias en concordancia con el enunciado en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, al indicar que “La Comisión y su relatoría entienden que las radios comunitarias son positivas porque fomentan la cultura e historia de las comunidades, siempre que lo hagan en el marco legal”. Es entendible que la Comisión Interamericana también demanda que el aprovechamiento de las frecuencias debe estar conforme al marco legal guatemalteco, con ello se evita el uso desordenado, así como acciones al margen de la ley.

Es insoslayable la observancia de los Convenios y Tratados Internacionales ratificados y aprobados por el Estado de Guatemala, los cuales forman parte del bloque constitucional, lo que significa que los instrumentos internacionales se equiparan a la Constitución y son de aplicación forzosa en la administración de justicia e inclusive son parámetros de constitucionalidad de leyes, razón por el cual, en el tema de comunidades indígenas es de suma importancia el derecho a tener acceso a los medios de comunicación.

Sistema de otorgamiento de licencias

El sistema de otorgamiento de licencias lo tiene como función la Superintendencia de Telecomunicaciones, como ente rector para la emisión de licencias, este proceso es altamente complejo en cuanto a su cumplimiento, a pesar de que se establece de manera clara el trámite, de conformidad con el artículo 61 de la Ley General de Telecomunicaciones en la que establece el procedimiento de adjudicación de licencias, así mismo como el artículo 24 numeral 3 cita quienes serían pueden ser los titulares de los mismos el cual se define a través de concurso público, subasta pública o formularios.

Para la adjudicación de títulos de usufructo de frecuencias, cualquier persona interesada, individual o jurídica, nacional o extranjera, o cualquier entidad estatal, presentará ante la Superintendencia una solicitud detallando en ella las bandas de frecuencias y las características indicadas en la literal a) del artículo 57 establece que es facultad de la Superintendencia extender una resolución admitiendo o no para su trámite la solicitud, dicha resolución deberá ser emitida y notificada en un plazo no mayor de tres (3) días, la Superintendencia deberá publicar la solicitud.

a) El mecanismo de acceso a las frecuencias electromagnéticas que se da mediante subastas públicas y mercado secundario según la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Número 94-96, que colocan en desventaja a los miembros de los pueblos indígenas, quienes por lejanía no se enteran de estos eventos o por la inversión económica que se requiere ya que por lo general está fuera de su capacidad económica. Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013: 6) sobre Radios Comunitarios.

Es así que la entidad rectora para la adjudicación de las frecuencias radioeléctricas es la Superintendencia de Telecomunicaciones y ésta podrá denegar el trámite a las solicitudes de las bandas de frecuencias que, de conformidad con los avances tecnológicos del momento sean imposibles de definir en las condiciones sugeridas por el solicitante, aquellas cuya admisión vulneraría los acuerdos, tratados y convenios internacionales sobre la materia ratificados por el Gobierno de Guatemala, o aquellas que se refieran a bandas de frecuencias que hayan

sido previamente otorgadas a otros, bandas de frecuencias reservadas o bandas de frecuencias para radioaficionados.

La forma de la subasta pública regulada en el artículo 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, establece que dicha función radica igualmente en la Superintendencia de Telecomunicaciones, es la que determinará la forma en que se llevará a cabo cada subasta pública.

En dicho artículo se describe como debe hacerse llegar las solicitudes, que es en plica cerrada incluida la fianza, esta es la forma y procedimiento se tiene que atender, con el riesgo que no logren hacer la compra de la frecuencia, pero, la misma ley especifica que contra la adjudicación no cabrá recurso administrativo ni judicial salvo que se considere que la frecuencia subastada no haya sido adjudicada al mejor postor, crea incertidumbre esta expresión al mejor postor, ya que la ley no define el buen postor o mal postor.

Dicho trámite es administrativo pero engorroso, y su aplicación no es congruente con el espíritu de la legislación internacional en cuanto garantizar la libertad de expresión e información, y menos aun con los procesos democráticos, equitativos según las recomendaciones de relatores hechas al Estado de Guatemala, por poner un ejemplo: como se lee en el párrafo 2 del artículo 62 que la a banda de frecuencia siempre se

adjudicará a la persona que ofrezca el mayor precio, pareciera que el Estado asegura el precio mas no el beneficio en la que debieran ser utilizadas las frecuencias, pero además habla de los titulares de derechos de usufructo del espectro radioeléctrico y la asignación son enumeradas, pero en esta enumeración se encuentran ausentes otros posibles titulares, tales como las personas jurídicas o individuales que ya operan con las radios comunitarias.

La preocupación que manifiestan las entidades internacionales y las entidades garantes del respecto a los Derechos Humanos sobre este mecanismo de acceso de personas individuales o jurídica al uso de las frecuencias radioeléctricas, por mencionar uno, el Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013,6) Radios Comunitarios, en la que cita la ausencia de una política de otorgamiento o distribución de las frecuencias radioeléctricas para uso de los Pueblos Indígenas, que son en su mayoría los que operan sin autorización en las comunidades y departamentos del País.

Informe de la PDH (2013,6) sobre Radios Comunitarios, i.- Los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, relativo a los derechos culturales, numerales 1 y 2 inciso H Establece Al igual que el sistema educativo, los medios de comunicación tienen un papel primordial en la defensa, desarrollo y transmisión de los valores y conocimientos culturales y que, para favorecer el más amplio acceso a los medios de comunicación por parte de las comunidades e instituciones mayas y de los demás pueblos indígenas, y la más amplia difusión en idiomas indígenas del patrimonio cultural indígena, en particular maya, así como del patrimonio cultural universal, se deberá abrir espacios en los medios de comunicación oficiales para la divulgación de las expresiones culturales indígenas y

propiciar similar apertura en los medios privados, así como promover ante el Congreso de la república las reformas que sean necesarias en el actual Ley de Radiocomunicaciones con el objetivo de facilitar frecuencias para proyectos indígenas y asegurar la observancia del principio de no discriminación en el uso de los medios de comunicación, derogándose toda disposición del ordenamiento jurídico que obstaculice el derecho de los pueblos indígenas a disponer de medios de comunicación para el desarrollo de su identidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte citado por el Movimiento de Radios Comunitarias de Guatemala (2012:60), recuerda al Estado de Guatemala que la entrega o renovación de licencias de radiodifusión, debe estar sujeta a un procedimiento claro, justo y objetivo que tome en consideración la importancia de los medios de comunicación para que todos los sectores de la sociedad guatemalteca participen de manera informada en el proceso democrático. Particularmente, las radios comunitarias por que son de gran importancia para la promoción de la cultura nacional, el desarrollo y la educación de las distintas comunidades. Por lo tanto, las subastas que contemplen criterios únicamente económicos o que otorguen concesiones sin una oportunidad equitativa para todos los sectores son incompatibles con las democracias y con el derecho a la libertad de expresión e información garantizada en legislación internacional.

Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2012:260) a. Asegurar la existencia de criterios transparentes, públicos y equitativos para la asignación de frecuencias radioeléctricas y del nuevo dividendo digital. Estos criterios deben tomar en cuenta la concentración de la propiedad o el control de los medios de comunicación, y asignar la administración del espectro radioeléctrico a un órgano independiente del poder político y económico, sometido al debido proceso y al control judicial.

Es claro que las leyes Guatemaltecas establecen un sistema de otorgamiento, pero sin tomar en cuenta las necesidades y condiciones de toda una población que necesita y merece estar informada tanto así que el Relator remarca en su informe sobre la asignación de las frecuencias radioeléctricas;

Asignación de frecuencias radioeléctricas, la Relatoría Especial continuó enfatizando la necesidad de que la autoridad competente en materia de radiodifusión en los Estados miembros sea un órgano técnico independiente del Gobierno, que goce de autonomía frente a presiones políticas coyunturales, y que se encuentre sometido a todas las garantías del debido proceso y a un riguroso control judicial. Finalmente, este año la Relatoría Especial observó que, en algunos Estados, no se implementan procesos de asignación de licencias o frecuencias abiertos, públicos y transparentes, sometidos a reglas claras y preestablecidas, y a requisitos estrictamente necesarios, justos y equitativos.

Por otro lado el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional de Trabajo hace mención sobre la comunicación en los idiomas de las comunidades.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 30, numeral 2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Se hace referencia a los instrumentos internacionales en materia de los medios de comunicación y de los pueblos originarios, por ser en su mayoría los que están denunciados por este problema que no está regulado en la ley, porque tanto los relatores como estos instrumentos se enfatiza en la necesidad de que se regule en legislaciones internas de los

Estados el uso abierto de los medios de comunicación y el acceso que debiera tener la población en general a los mismos.

En ese contexto la Corte de Constitucionalidad como un tribunal independiente, de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la de la defensa del orden constitucional y la tutela efectiva de los derechos de las personas cuando estos han sido vulnerados, en relación a la Ley General de Telecomunicaciones y el procedimiento de adquisición de frecuencias radioeléctricas, emitió una sentencia de carácter exhortativa, en la cual considero:

vi) Sin embargo y en atención a lo argumentado por la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal del Ministerio Público, y el efectivo cumplimiento del contenido del artículo 66 de la Constitución Política de la República, ya referido, cabe enfatizar el criterio vertido por esta Corte, en el sentido de que: el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas cuyo fin es mantener los factores que tiendan a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad (Expediente ciento noventa y nueve – noventa y cinco (199-95), opinión consultiva del 18 de mayo 1995];

En ese orden de ideas, esta Corte, asimismo ha señalado con anterioridad la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico para garantizar una correcta protección de los derechos e identidad de las comunidades indígenas, siendo menester que también se haga partícipe a las referidas comunidades en este proceso, tal y como lo regula el Convenio 169 de la OIT, ya referido, así como los Acuerdos de Paz, que establecen la implementación de medidas y políticas para alcanzar el reconocimiento y pleno respeto de los pueblos indígenas. (Expediente dos mil doscientos veintinueve – dos mil diez (2229-2010), sentencia del 8 de febrero 2011)

Respecto de ese reconocimiento y protección a los pueblos indígenas, y en aplicación de estándares internacionales dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que es “indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores usos y costumbres. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C número ciento veinticinco, párrafo sesenta y tres).

De lo que se advierte que a efecto de garantizar el cumplimiento del contenido real del artículo 66 constitucional, deben emitirse dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco disposiciones normativas que garanticen la protección y goce de los derechos contenidos en éste. Tal es el caso que nos ocupa, relativo a que en la ley que regula la materia de las telecomunicaciones se regule la posibilidad y acceso de los pueblos

indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales, tal y como se dispone en los Acuerdos de Paz suscritos por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG-, específicamente en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas.

En tal virtud, y siendo que este Tribunal ha reconocido ya que ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde asimismo velar por la eficacia normativa del Texto Supremo, ante actitudes omisas del legislador que impiden el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza [expedientes dos mil doscientos veintinueve y dos mil doscientos cuarenta y dos, ambos de dos mil diez (2229-2010 y 2242-2010), sentencias de ocho y veintidós de febrero de dos mil once, respectivamente], tal y como ocurre en el caso bajo análisis; y en aplicación de la técnica de la utilización de las sentencias de tipo exhortativo, que ha sido utilizada en oportunidades pasadas por esta Corte [expedientes un mil ciento setenta y nueve – dos mil cinco (1170-2005), dos mil trescientos setenta y seis y tres mil ochocientos setenta y ocho, ambas de dos mil siete (2376-2007 y 3878-2007), sentencias de ocho de mayo y nueve de abril de dos mil ocho y de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, respectivamente], se considera nuevamente pertinente, exhortar al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en el presente fallo, emita la normativa correspondiente en virtud de la cual se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales.” (Expediente 4238-2011, Sentencia 14/03/2012).

De tal manera que la Corte de Constitucionalidad, advierte que las normas tildadas de inconstitucionalidad contenidas en los artículos 61 y 62 ya relacionados omiten regular en ellas lo referente a la forma en que los pueblos indígenas pueden acceder a una adjudicación de títulos de

usufructo de frecuencias y por ello, exhorta al Congreso de la República de Guatemala para que adicione a las normas cuestionadas lo referente a la participación de los pueblos indígenas en la adjudicación de bandas de frecuencias para dar cumplimiento a los convenios firmados y ratificados por Guatemala.

Del hurto de fluidos

El delito es toda acción legalmente punible, que ofende el orden ético jurídico y por esto merece grave sanción que es la pena. W. Valenzuela, Derecho penal (2007:34)

Entre los elementos del delito está la conducta humana por acción u omisión, en cumplimiento de deberes y por la atención indebida de una responsabilidad.

Jiménez citado por Palacios (2010: 89) hace la distinción entre uno y otro, los describe de la siguiente manera: En cuanto a los elementos afectivos o emocionales se refiere, deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que estos elementos del dolo queden perfectos. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Se puede tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso.

El tipo penal contiene dos componentes, el aspecto subjetivo y el objetivo, el primero se manifiesta desde lo psicológico del comportamiento y el segundo la parte externa de la conducta, es lo que se mira y se estudia después de cometido algún hecho o acción.

La antijuricidad, se da cuando la acción es contrario a derecho, aunque esto es debatido ya que existen causas que justifiquen la responsabilidad penal a las personas, sobre todo si se realiza en legítima defensa, en estado de necesidad, o en el legítimo ejercicio de un derecho, según el artículo 24 del Código Penal guatemalteco.

La culpabilidad, este es un juicio de reproche a quien ha comportado contrario a derecho, el cual tiene como elementos la madurez física y psíquica.

La punibilidad, según de Asúa citado por Ossorio (1987, 187) *Latu sensu* la *culpabilidad* es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica es el que encuadra científicamente dentro del ámbito del Derecho Penal.

Según la doctrina citado por Palacios (2010: 95) que entre los elementos objetivos del delito se pueden mencionar lo siguiente: el hecho de tomar una cosa sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, y que sea mueble; que sea ajena, y que se dé sin la voluntad del dueño. Pero que sí con la voluntad de quien lo haga o quien comete el delito; la actividad ilícita, acto o conducta contrario a derechos y que tenga el ánimo de lucrar, el hecho de sustraer y apoderarse constituye ya la consumación del delito.

Como elemento subjetivo del delito constituye la voluntad de quitar cosa ajena sin el aprobación del dueño o legitimo poseedor, en este caso la persona ha de obrar ilícitamente, según la jurisprudencia española citada por De León (2011: 61) que si alguien equivocadamente toma la cosa ajena por propia, o si es obrar en el ejercicio de un derecho, que la cosa no tenga dueño, o que la cosa no esté en posesión de nadie, podría ser cosa abandonada, y cuando se crea licita la conducta, entonces no hay hurto y menos hurto de fluido por la ausencia del dolo como elemento fundamental del delito.

El Código Penal en su Título IV, denominado De los Delitos contra el Patrimonio, Capítulo II regula los delitos de Hurto, Hurto agravado, Hurto de uso, Hurto de fluidos, Hurto impropio, pero en el presente tema nos detendremos a mencionar lo referente al delito de Hurto de fluidos, por lo que como cuestión previa se hace mención al concepto de Hurto, siendo este el acto de apoderamiento de una cosa mueble ajena, que se sustrae de quien la tiene, sin ejercer violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas. (Osorio, 1987:357).

El concepto de fluido es entendido como cada uno de los agentes invisibles y de naturaleza desconocida que se han considerado como causa inmediata de los fenómenos eléctricos, magnéticos, luminosos y caloríficos, (Real Academia Española, Tomo I, 1992:979)

En otras palabras, el concepto de fluido es el conjunto de partículas que se mantienen unidas entre si por fuerzas pegadizas débiles, en las paredes de un deposito o recipiente, por ejemplo el agua que se encuentra embazado en recipientes de acuerdo a la cantidad y tamaños en que se adquiere, el gas igualmente embazado de acuerdo al recipiente y la luz fluye a través del cableado eléctrico que dependiendo del grosor del cable es así la fuerza de la energía que se recibe, el fluido son moléculas y el que existe entre ellas una fuerza de persuasión débil, una de las características que tiene el fluido es que no pueden cambiarse de forma, sin que exista una fuerza sustitutiva, por lo que el fluido no se puede ver ni tocar, son intangibles, no son cosas muebles y no son susceptibles de trasladarse de un lugar a otro, salvo lo que la ley establece de manera expresa tal el gas, el agua y la luz. (http://www.windows2universe.org/physical_science/physics/mecanics/fluids.html&lang=sp/14/01/2014)

En ese orden de ideas, se puede explicar que el fluido radioeléctrico está en el aire, no puede sustraerse como sucede con el agua, el gas y la energía eléctrica, pues estos últimos si pueden ser objetos de sustracción, no así el fluido el cual requiere un conducto físico, un embace o un recipiente.

Lo anterior trae a colación lo relacionado al delito de Hurto de fluidos, regulado en el artículo 249 del Código Penal, el cual establece que comete el delito de hurto de fluidos quien, ilícitamente sustrajere energía eléctrica, agua, gas, fuerza de una instalación o cualquier otro fluido ajeno, será sancionado con multa de doscientos a tres mil quetzales.

En ese contexto, no puede ser aplicado dicho tipo penal al uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas, pues como ha quedado apuntado en líneas precedentes no se está sustrayendo líquido alguno, siendo que el fluido radioeléctrico se encuentra en el aire. De ahí que, encuadrar la conducta de las personas individuales o jurídicas que usan en forma no autorizada frecuencias radioeléctricas en el tipo penal de hurto de fluidos, no se encuentra conforme a derecho, pues los verbos rectores del mismo no encuadran en los hechos que se imputan, por lo que el ente investigador al llevar a cabo sus acusaciones encuadrando en este tipo penal la conducta antes referida, transgrede el principio de legalidad, el principio constitucional de la no punibilidad de las acciones u omisiones que no estén calificadas como delitos o falta, *nullum poena sine lege*, y la exclusión de la analogía, regulada en el artículo 7 del Código Penal, el cual preceptúa que por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.

El análisis de casos particulares investigados por el Ministerio Público, determina que al encuadrar los hechos al tipo penal de hurto de fluidos, contenido en el artículo 249 del Código Penal, sostiene dos tesis, por una parte le da categoría de cosa mueble al fluido con un enfoque desde el ámbito civil y por otra parte debate que el espectro radioeléctrico es un bien estatal, según lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Ministerio Público sin embargo ha sustentado su tesis con base a que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que se consideran bienes del Estado, las Frecuencias Radioeléctricas (Artículo 121, inicio h, Constitución Política), estipulado que relaciona con la concepción de bienes muebles que establece el Código Civil, entre otros: “las fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación”. Es decir, el Ministerio Público concatena el hecho que las frecuencias radioeléctricas son fuerzas de la naturaleza susceptibles de apropiación, pues el exclusivo propietario es el Estado; y en los casos, de uso ilegal o interferencia de frecuencias no sólo se puede afectar al propietario de las frecuencias (El Estado) sino a aquél o aquellos que poseen la legítima posesión sobre las mismas, como el caso de los usufructuarios, quienes ostentan un derecho real concedido por el Estado mediante subasta pública. De León (2011:77)

El Uso ilegal de frecuencias y la aplicación del tipo penal de hurto de fluidos por parte del Ministerio Público

El problema que provocan los casos de hurto en cuanto a su estudio e investigación que realiza el Ministerio Público es complejo al punto de que fue necesario crear una fiscalía, según Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013: 4) Radios Comunitarias, que la fiscalía se creó en noviembre 2010, denominada Fiscalía de Delitos Cometidos por

el Uso Ilegal de Frecuencias, la cual está conformada por un agente fiscal, tres auxiliares fiscales y un oficial, en la misma se tramita un promedio de 125 a 140 casos por cada auxiliar fiscal.

El Ministerio Público necesita establecer en cada caso que para que se tipifique el hurto de fluidos al uso ilegal de frecuencia radioeléctrico, debe establecer bien el desplazamiento de la cosa a favor de quien la toma o posee ilegítimamente, supuesto que es difícil de comprobar en los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, pues no se desplaza nada por ser éstos bienes incorpóreos/intangibles. Pero dicho conflicto no lo trabaja solo el Ministerio Público sino busca coordinación con las entidades correspondientes. Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013:4) Radios comunitarias.

Según informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013:4) Radios Comunitarias, el Ministerio Público busca la colaboración y coordinación de la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Dirección de Investigación Criminal y la Superintendencia de Administración Tributaria, ya que estos casos no son recientes, llevan años y en el mismo informe se menciona que desde el año dos mil tres se recibió la primera denuncia que contenía trescientos cuarenta y un casos de uso ilegal de frecuencia radioeléctrica, en el año dos mil once se conocieron otros treinta y cinco casos, seis llegaron a sentencias, en el

año dos mil doce otros cuarenta casos, mas otras seis sentencias y en febrero del año dos mil trece se contabilizaban tres sentencias mas.

El ultimo informe del Ministerio Público de fecha diez de diciembre de dos mil trece, tiene un recuento de las denuncias del año dos mil doce en el cual recibieron treinta y tres denuncias y en el año dos mil trece otros treinta y nueve casos. En cuanto a las sentencias obtenidas en el año dos mil doce, fueron cinco y en el dos mil trece, catorce sentencias condenatorias.

El Ministerio Público por ser el ente investigador y acusador tendría que regirse por los principios constitucionales y considerarlos en virtud de la tipificación del delito de hurto en los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, ya que dicha figura no existe en el Código Penal guatemalteco, lo idóneo es que en la legislación penal guatemalteca se instaure, se agregue, se contemple un delito con el nombre de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, para ser acorde a la legislación penal con la normativa específica que es la Ley General de Telecomunicaciones así como con la legislación internacional, debido a que se ha venido dando en la práctica, que al tipificar tales acciones como delito de hurto y hurto de fluidos, pueden caer en algunas violaciones a principios constitucionales o en la analogía y dicha figura es prohibida en materia

penal, si en caso el Ministerio Publico y los Juzgados lo siguen usando sería lo mas alarmante en el sistema de justicia.

El Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013:4) Radios Comunitarias, que por declaración de Movimiento de Radios comunitarias, indicaron que han perseguido a algunas personas por el delito de hurto de fluidos, debido a la forma que el Ministerio Público encausa la investigación, inclusive ha habido persecución penal contra personas, y la incautación de equipos, sobre un delito que no figura de manera literal en el Código Penal.

El sistema de administración de justicia ante la ausencia del tipo penal de uso no autorizado de las frecuencias radioeléctricas, aplica por analogía el Código Penal guatemalteco, y esta práctica está prohibida según el artículo 7 del mismo cuerpo legal, que por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones, dicho enunciado es clara en la prohibición del uso de la analogía en materia penal.

Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo. Con esto, es dable dejar claro que, con base al principio de legalidad, en Derecho Penal no se admite la analogía; si el hecho no está contemplado concretamente en la ley, no podrá aplicarse a él una norma que castigue un hecho similar. (De León, 2011: 85)

El Ministerio Público creó la Fiscalía de delitos cometidos por el uso ilegal de frecuencias, como mecanismo de atención específica a los casos de uso ilegal de frecuencias, sin embargo esta medida ha sido criticada

por las organizaciones y asociaciones de radios comunitarias, pues han expresado que son víctimas de una persecución política y no penal, y han sido vulnerados de sus garantías procesales ante la falta de tipicidad del uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, ya que en la mayoría de casos se les promueve acción penal por el delito de hurto, tipo penal que según ellos no encuadra ante los hechos descritos, pues la interferencia que se provoca al espectro radioeléctrico y el uso ilegal, no contiene los elementos objetivos del delito, así como el aprovechamiento y desplazamiento de cosa mueble o un bien mueble, y el uso ilegal de frecuencia no contienen los elementos objetivos de aprovechamiento y desplazamiento de un bien mueble.

El mecanismo Estatal de persecución de las radios que no cuentan con la autorización del uso de frecuencia radioeléctrica, ha sido la vía penal por el delito de hurto, que desde nuestro parecer extralimita la interpretación del tipo penal; todo lo contrario se requiere de un mecanismo político institucional para resolver el problema de la proliferación ilegal de radios. Informe de la PDH sobre Radios Comunitarios (2013, 7)

Uso ilegal de frecuencias

El uso ilegal de frecuencias radioeléctricas existe casi en toda la República de Guatemala, funcionan estaciones radiales de carácter cultural y religiosos sin la debida autorización y esto ha permitido debates, análisis y propuestas de solución, así como propaganda mediática que busca que tales prácticas no se reproduzcan. Hay un

mecanismo sancionatorio desde el ámbito administrativo, que establece cierres y multas, mas no debieran ser penales como ya se mencionó, por la ausencia de la figura del tipo penal de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas.

Según el Informe de la Procuraduría de los Derechos Humanos (2013:4) Radios Comunitarias, las sanciones impuestas por los tribunales de justicia en los casos de hurto por el uso de frecuencias radioeléctricas están entre uno a dos años, la mayoría de casos ha sido resuelto por vía del procedimiento abreviado y con suspensión condicional de la pena.

El mecanismo aplicado por el Ministerio Público, es contrario a los principios del derecho penal, porque aplica en forma analógica un tipo penal cuyos elementos no concuerdan con lo relativo a un hecho de uso no autorizado de frecuencia radioeléctrica, no existe taxativamente el tipo penal.

De León (2010: 85, 86) cita el principio de legalidad puede ser transgredido si no se demuestra fehacientemente que el uso ilegal de frecuencias radioeléctricas o su interferencia se adecua objetivamente al delito de hurto, pues puede entenderse como aplicación de analogía, lo que contradice claramente dicha legalidad. Además, el tipo penal de interrupción o entorpecimiento es genérico y no es específico en cuanto a describir que se arremete a poseedores de títulos de usufructo TUF.

Ausencia del tipo penal para la persecución de los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas

No existe en el ordenamiento penal guatemalteco figura alguna que permita la persecución penal del uso ilegal de frecuencias radioeléctricas. En el Congreso de la República se planteó una iniciativa de ley al respecto, pero este no ha sido aprobado.

La Constitución Política de la República en el artículo 5, contiene la libertad de acción, en la que se afianza el principio de legalidad también contenida en el artículo 17; toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus actos que no impliquen infracción. Por lo que no podrían ser punibles las acciones, actos, opiniones que no estén calificadas como delito o faltas.

En el caso del uso no autorizado de las frecuencias radioeléctricas, utilizadas por algunas estaciones de radio a nivel de las comunidades, son susceptibles de trato administrativo, al no contar con la debida autorización, pero no puede dársele un tratamiento penal por la ausencia del tipo penal de uso ilegal y del uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas.

Las denuncias sobre el uso no autorizado de las frecuencias radioeléctricas van en aumento y el Ministerio Público sostiene que es aplicable la figura del hurto a estos casos.

No obstante el principio de legalidad también regulada en el Código Penal como ley ordinaria sustantiva en la que se establece que, nadie podrá ser penado, por hechos que no estén expresamente y calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

Igualmente se desarrolla en los artículos 1 y 2 del Código Procesal Penal como ley ordinaria procesal que no se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad, y no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce a responsabilidad del tribunal.

Al respecto se trae a colación el caso de Juan Pablo Quixtan Argueta, Ernesto Conrado García Salas Ovalle y Ciro Hiram Arellano Rodas:

Expediente 490-2007, Sala quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente. A) Plantea la inobservancia del artículo 246 del Código Penal, relacionado con los artículos 121 literal h de la Constitución Política de la República, artículo 3 de la Ley de RADIO COMUNICACIONES; 44 de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 451 numeral 3 del Código Civil; 54, 55 y 56 de la Ley General de Telecomunicaciones; pretende que se determine que las acciones realizadas por Juan Pablo Quixtan Argueta, Ernesto Conrado García Salas Ovalle y Ciro Hiram Arellano Rodas encuadran en la figura de

Hurto y no de Hurto de Fluidos, contenido en el artículo 249 del Código Penal, imponiéndoseles la pena de cinco años de prisión inconvertibles, y que se revise la situación Jurídica de José Fabián Cifuentes Rivera en virtud de que no puede excusarse en la ignorancia de que no sabía que era necesario contar con licencia.

En la misma sentencia se aduce una sanción económica por responsabilidades civiles el cual es por la cantidad de dos millones novecientos setenta quetzales, esta podría ser una extralimitación a la administración de justicia.

Expediente 490-2007, Sala quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil Penal, Narcoactividad y delitos contra el ambiente. B) Acusa la errónea aplicación del artículo 249 del Código Penal, ya que se selecciona mal el artículo en donde subsume los hechos cometidos por los sindicados al establecer mediante sus razonamientos que las frecuencias radioeléctricas, son fluidos y no bienes muebles, estima que las frecuencias radioeléctricas están catalogadas como bienes del estado y pertenecen a las fuerzas naturales y lo regulado por el artículo 451, literal 3 del Código Civil, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación y por ende de aprovechamiento al extremo que para su utilización se hace necesario la obtención de un título, el cual es transferible a terceras personas, lo cual lo hace circular sobre la órbita comercial. Para poder conocer los agravios señalados por el recurrente, esta Sala determinará prioritariamente los aspectos relacionados con el espectro electromagnético y el espectro radioeléctrico, conociendo conjuntamente los agravios del Ministerio Público por referirse a que se dejó de aplicar la norma relativa al delito de hurto en el presente caso por el Tribunal Sentenciador.

La iniciativa de ley número 4479 que busca tipificar el delito de uso ilegal de frecuencias

Ante la ausencia de la tipificación del delito del uso ilegal de frecuencia radioeléctrica, varias organizaciones e instituciones han tenido la ardua labor en la formulación de proyectos de ley y han hecho llegar al Congreso de la República iniciativas que buscan regular desde las leyes

este problema entre los que se pueden mencionar: Reforma al Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, artículo 1. Se adiciona el artículo 219 bis el cual queda así: Artículo 219 bis. Transmisiones Ilegales. La persona individual o jurídica que utilizare el espectro radioeléctrico perteneciente al Estado de Guatemala, sin el título de usufructo o la correspondiente autorización emitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones, para la transmisión de ondas sonoras, audiovisuales, o cualquier otro uso de comunicación, será sancionado con seis a diez años de prisión, y el comiso y pérdida del equipo de transmisión. Congreso de la República de Guatemala, (2012): Iniciativa numero 4479.

Siendo que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que son bienes del Estado entre otros las frecuencias radioeléctricas, por lo cual es necesario poseer el título de usufructo de parte del Estado para poder utilizar dichas frecuencias radioeléctricas. Actualmente se ha logrado establecer que existe la utilización del espectro radioeléctrico perteneciente al Estado, sin tener el título de usufructo o la autorización correspondiente por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Lo cual hace evidente que se debe de establecer un tipo penal que sancione con prisión aquellas personas tanto individuales como jurídicas que hagan uso de este recurso sin la autorización correspondiente, mediante una reforma al Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República.

Es importante estudiar, analizar y aprobar la iniciativa antes mencionada tomando en consideración a sectores en condiciones de vulnerabilidad, tales como las comunidades indígenas, a efecto de que el trato sea de manera igualitaria en el acceso a las adjudicaciones de bandas de frecuencias y dar cumplimiento efectivo al objetivo de la Ley General de Telecomunicaciones, el cual consiste en establecer un marco legal para desarrollar actividades de telecomunicaciones y normar el aprovechamiento y la explotación del espectro radioeléctrico, con la finalidad de apoyar y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones, estimular las inversiones en el sector, fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones, proteger los derechos de los usuarios y de las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones y apoyar el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico, no siendo menos importante el cumplimiento de las Leyes y Convenios Internacionales los cuales forman parte del bloque constitucional Guatemalteco.

Conclusiones

El delito de hurto de fluidos en los casos de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas no debe ser aplicado ya que dicha figura no existe en el Código Penal Guatemalteco, lo idóneo es que en la legislación penal se contemple un delito con el nombre de uso ilegal de frecuencias radioeléctricas, a efecto de tipificar el uso no autorizado de frecuencias radioeléctricas.

Para darse el cumplimiento efectivo de la Ley General de Telecomunicaciones, debe aplicarse dicha normativa en condiciones de igualdad a los pueblos indígenas, tomando en consideración su situación histórica y mayoritaria en Guatemala, haciendo posible una vía de obtención de frecuencias por medio de un mecanismo de propuesta mejor y una oferta económica de acuerdo a las condiciones de dichas comunidades, para que progresivamente el problema de uso del espectro radioeléctrico disminuya y no siga proliferando de manera desordenada

El Estado de Guatemala debe velar por el cumplimiento de las leyes nacionales y convenios internacionales, así como de los Acuerdos de Paz que fueron suscritos, por lo que debe adecuar su ordenamiento jurídico, tal es el caso de promover la iniciativa que busca reformar el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, artículo 219.

La sentencia exhortativa emitida por la Corte de Constitucionalidad, debe de ser atendida por el Congreso de la República, ya que es clara al determinar que en materia de telecomunicaciones se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales, tal y como se dispone en los Acuerdos de Paz suscritos por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca – URNG-, específicamente en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas.

Referencias

Legislación

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

Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Ley General de Telecomunicaciones*. Decreto 94-96 y sus reformas Decretos 115-97, 47'2002. 82'2002 y 11-2006.

Congreso de la Republica de Guatemala (1986). *Código Penal*. Decreto número 17-73.

Congreso de la República de Guatemala (1992). *Código Procesal Penal*. Decreto número 51-92.

Congreso de la República de Guatemala (1996). *Ley de Radiocomunicaciones*. Decreto 94-96 y sus reformas Decretos 115-97.47-2002.82-2002 y 11-2006 de Guatemala.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión.

Jurisprudencia

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de fecha ocho de febrero de dos mil once.

Expediente No. 2229-2010. Acción de inconstitucionalidad de carácter general por Omisión del Congreso de la República de Guatemala en la emisión de la ley que debe regular las materias relativas a Comunidades Indígenas promovida por Carlos Abraham Calderón Paz quien actuó con el patrocinio de los abogados Israel Benito Ajucum López, Jorge Raúl Rodríguez Ovalle y Joel Rigoberto Baquix Baquix.
<http://cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx>

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Expediente 1270-96. Acción de inconstitucionalidad de carácter general parcial de los artículos 1, 2, 3, 6, 8, 9, 10 inciso d), 12, 14 incisos c) y d), 16, 17 inciso c), 18, 21, 26, 28, 29, 33, 35, 38, 40 y 41 del Decreto 43-95 del Congreso de la República, Ley de Anuncios en Vías Urbanas, Vías Extraurbanas y Similares y total del Acuerdo 190-96-D del Instituto Guatemalteco de Turismo,

promovido por Gabriel Orellana Rojas.
<http://cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx>

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de fecha catorce de marzo de dos mil doce.

Expediente 4238-2011. Acción inconstitucionalidad de ley de carácter general parcial de los artículos 1, 2, 61 y 62 de la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República de Guatemala, promovida por la Asociación Sobrevivencia Cultural, por medio de su Mandatario Especial Administrativo con Representación, Anselmo Xunic Cabrera.
<http://cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx>

Solicitud de Opinión Consultiva por parte del Congreso de la República, a través de su

Presidente, para el efecto formuló la pregunta sobre "LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES." de

fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco.
Expediente 199-95. <http://cc.gob.gt/sjc/frmConsultaW.aspx>

De León, A. (2011). EL USO ILEGAL Y LA INTERFERENCIA DE FRECUENCIAS RADIOELECTRICAS Y SU ADECUACION AL TIPO PENAL DE HURTO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Informe de la procuraduría de los Derechos Humanos (2013) sobre Radios Comunitarios.

Movimiento de Radios comunitarias de Guatemala. (2012). Radio Comunitaria: SU HISTORIA ANTE UN ESTADO RACISTA EN GUATEMALA Y SUS FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Organización de las Naciones Unidas. (2009). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Palacios, J. (2010). INTERPRETACIÓN ANALOGICA EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO: ANALISIS A UN CASO LEGAL.

[http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que es el fluido redioel ctrico.php](http://www.observatel.org/telecomunicaciones/Que_es_el_fluido_redioel%C3%A9ctrico.php)

http://www.windows2universe.org/physical_science/physies/mechanics/fluids.html&/ang=sp

[http://www.teoriadeldelitopenall.es/que es la teoría del delito](http://www.teoriadeldelitopenall.es/que_es_la_teor%C3%ADa_del_delito) [http:// que es teoría del delito/](http://que_es_teor%C3%ADa_del_delito/)