

69



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"PROPUESTA JURÍDICA PARA QUE EL ESPIONAJE
TELEFÓNICO SE TIPIFIQUE DE MANERA DIRECTA EN
EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FABIOLA BAUTISTA MERCADO



CD. UNIVERSITARIA

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

OFICIO INTERNO FDER/164/SP//11/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna BAUTISTA MERCADO FABIOLA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, la tesis profesional intitulada "PROPUESTA JURIDICA PARA QUE EL ESPIONAJE TELEFONICO SE TIPIFIQUE DE MANERA DIRECTA EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "PROPUESTA JURIDICA PARA QUE EL ESPIONAJE TELEFONICO SE TIPIFIQUE DE MANERA DIRECTA EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna BAUTISTA MERCADO FABIOLA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 8 de noviembre de 2002.
DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO, DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Agradezco a la UNAM

*El darme una valiosa formación y permitir
concluir mis estudios profesionales*

A mis Padres MARTINIANO Y LIDIA

*Porque ellos han sido ejemplo de amor y esfuerzo
en mi vida, gracias por haber confiado en mí, pues
aunque no estén cerca, siempre su corazón me ha acompañado.*

A mis hermanos:

Minerva, Martín, Lidia, Omar y Fanny.

*Porque en el transcurso de mi vida hemos
salido adelante en los malos momentos y compartido
alegrías en los buenos. Por su apoyo ¡GRACIAS!*

Al profesor. Lic. Carlos Barragán Salvatierra.

*Por ser un manantial de conocimientos
del cual yo pude enriquecerme gracias por sus
observaciones y el permitirme concluir esta
fase tan importante de mi vida.*

Con cariño a mis sobrinos:

*Alejandro, Samantha, Clara y Andrea. Por ser un motivo
de felicidad y amor en mi vida.*

*A mis amigos: Israel, Ricardo, Mónica, Dolores
y Sandra. Por que en mi vida han estado conmigo y confiado
en mí.*

A mis cuñados:

*Rocio, Eva y Héctor por compartir con la familia
Y querer a los seres que yo amo.*

*A Jorge Gómez Velázquez: Por haberme
apoyado para concluir mi trabajo profesional.*

**"PROPUESTA JURÍDICA PARA QUE EL ESPIONAJE TELEFÓNICO SE
TIPIFIQUE DE MANERA DIRECTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL"**

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1

ESPIONAJE TELEFÓNICO

1. Antecedentes históricos.....	3
2. Concepto.....	9

CAPITULO 2

DEL DELITO EN GENERAL

1. Concepto.....	20
2. Elementos Positivos.....	24
3. Elementos Negativos.....	36
4. Clasificación del delito.....	40

CAPITULO 3

EL DELITO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 167 FRACCIÓN VI

1. Concepto.....	50
2. Elementos Positivos.....	53
3. Elementos Negativos.....	74
4. Clasificación.....	93

CAPITULO 4

EL DELITO DE ESPIONAJE TELEFÓNICO

1. Concepto.....	100
2. Evolución.....	101
3. Procedencia de la interceptación telefónica.....	104
4. Ley Federal contra la delincuencia organizada.....	115
5. Violaciones Constitucionales.....	123
6. Propuesta.....	128
CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	140

INTRODUCCIÓN

La elaboración, preparación y redacción de un trabajo de tesis profesional, es siempre una labor difícil pero a la vez ilustrativa porque nos conduce en el amplio e inagotable mundo del conocimiento jurídico es por ello que nuestro tema lo denominamos "PROPUESTA JURÍDICA PARA QUE EL ESPIONAJE TELEFÓNICO SE TIPIFIQUE DE MANERA DIRECTA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL." Lo anterior, lo concebimos en razón de que en la actualidad el espionaje se está llevando a cabo muy a menudo, no sólo para descubrir a delinquentes, sino para acceder a cualquier tipo de personas, muchas veces de bien tratando con éste de alterar el orden jurídico social y moral de estas, es por ello que con este estudio pretendo demostrar la inconstitucionalidad de ésta práctica.

HIPÓTESIS DE TESIS

El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven

las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que le entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio penal, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.

OBJETIVO ESPECÍFICO

El objetivo que perseguimos, consiste básicamente en que el espionaje telefónico se regule adecuadamente tanto su práctica como los casos en que este

deba proceder, de manera precisa y detallando los pros y contras de ésta práctica inconstitucional. Con lo anterior el delito de espionaje telefónico deberá regularse de manera directa en el Código Penal para el Distrito Federal.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método que utilizamos en el desarrollo de esta investigación será, del inductivo al deductivo apoyándonos en material bibliográfico especializado y cibernético.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 1

ESPIONAJE TELEFÓNICO

Podemos decir sin temor a equivocarnos que, el espionaje telefónico existió desde la aparición del teléfono, o, desde que se inventó éste. Es decir, con la evolución de las comunicaciones se incrementaron también los medios o artefactos para poder oír las conversaciones de otros, obviamente sin el consentimiento de éstos en primer lugar el espionaje telefónico se utilizó como broma, para ser practicado entre amigos o familiares y poder decirles parte de las conversaciones que sostenían por teléfono con otras gentes.

Con la evolución de la telefonía y los aparatos telefónicos se dieron nuevas formas de espionaje que en algunos países se han utilizado como pruebas para culpar al que hizo la llamada o entabló conversación todo esto se ocupaba y utilizó mucho en los Estados Unidos de Norteamérica con el celebre genio de las mafias "Alcapone".

"Los intentos fueron muchos, más sería el progreso del electromagnetismo durante el siglo XIX el que asentaría las bases para el uso práctico de la telefonía. A principios de 1800, investigadores de muchos países estudiaron los fenómenos eléctricos y magnéticos. El Danés Hans Christian Órsted descubrió el 21 de julio de 1820 que una corriente eléctrica podía influir sobre una aguja magnética y, en una carta dio a conocer su sensaciones descubrimiento a los científicos y académicos de todo el mundo: existía una relación entre la corriente eléctrica y la potencia. Había nacido el electromagnetismo, que los inventores intentaron utilizar rápidamente para

emitir mensajes por largas distancias construyendo diferentes aparatos telegráficos y telefónicos naciendo con éstos el teléfono, la telefonía y como consecuencia el espionaje telefónico.”¹

En la actualidad el espionaje telefónico se sigue utilizando, e inclusive en nuestro país se lleva a cabo para sacar información a los dirigentes de los partidos políticos, presidente de la República, Gobernadores de los Estados y en General a todo el personaje que tiene trascendencia dentro de la política, la economía y las finanzas. Lo anterior se hace con el propósito de incriminar a gente importante en el medio televisivo, del espectáculo o de lo social, violando con esto el derecho a la libre privacidad en sus conversaciones e intimidad personal.

En nuestros días el espionaje telefónico está cobrando un gran auge en los sectores antes mencionados siendo utilizado en gran medida, por nuestros representantes electorales que, en lugar de aportar nuevas leyes y propuestas para mejorar algunos problemas de antaño de las administraciones anteriores, se preocupan más por vigilar y saber lo que dicen sus adversarios políticos. Asimismo en nuestro Poder Judicial se está hablando y utilizando bastante el espionaje telefónico para tratar de probar mediante este medio la culpabilidad o inocencia de los presuntos responsables.

En el nuevo gobierno estas instancias persecutorias deben desaparecer y el delito de intervención telefónica sin mandamiento judicial debe ser considerado como delito grave. Hasta el momento los ofendidos no han mostrado una clara intención

¹ PAREDAS, Luis. Internet Derecho. 2ª edición. Edit. Masson, México, 2001. p. 52.

de promover la querrela correspondiente, no reclaman la acción enérgica de la justicia constituiría de hecho la convalidación de este delito y la permanencia de estas prácticas en la siguiente administración.

Es por lo anterior que, a continuación, trataremos de demostrar, lo concerniente al espionaje telefónico comenzando con sus antecedentes, y concepto, los primeros de manera genérica y el concepto de manera particular.

1.- Antecedentes históricos

En primer lugar diremos que, de manera genérica el espionaje "es una actividad muy antigua, sin embargo, como organización, se remonta al Estado moderno. Isabel I de Inglaterra, Luis XIV y Federico el Grande de Prusia contaron con este tipo de organizaciones, Napoleón, también instrumentó una red muy grande de espionaje, cuando se encontraba como Ministro de Policía el Miotraillieur de Lyon, José Fouché."²

Otro antecedente del espionaje, lo encontramos en la instrucción para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en campaña del 4 de abril de 1863, que señala "como requisitos del espionaje la clandestinidad, el intento de obtener información para transmitirla al enemigo y que el agente sea sorprendido in fraganti."³

"En 1874 la Conferencia Internacional de Bruselas, al intentar regular el derecho de guerra, en el artículo 19 expresa que "espía es el individuo que obrando

² CERDA LUGO, Jesús. Ataques a las Vías de Comunicación. 3ª edición, Edit. UAS, México, 2000. p. 13.

³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. 2ª edición, Edit. porrúa, México, 2001. p. 76.

clandestinamente o con falsos pretextos, recoge o trata de recoger informaciones en lugares ocupados por el enemigo, con intención de comunicárlas a la parte contraria.”⁴

En octubre de 1907, la Segunda Conferencia de la Paz de la Haya, en su anexo IV, establece en su artículo 29, que únicamente será considerada como espía, la persona que actuando en forma clandestina recoge o intenta recoger informaciones en la zona de operaciones de un beligerante, con la intención de comunicárlas a la contraria.

“En primer término y antes de definir lo que es el espionaje telefónico daremos la definición genérica de espionaje que encontramos en el Diccionario Enciclopédico Salvat, en donde se expresa “La convención de la Haya de 1907, trata del espionaje en tiempo de guerra y con fines exclusivamente militares. Notas esenciales son: 1) recogida o intento de recogida de información; 2) dentro de la zona de operaciones; 3) de forma clandestina; y 4) con intención de transmitirla al enemigo. En realidad el delito de espionaje es un delito relativo, pues si bien se considera como acto ilícito, ya que supone una ayuda para el Estado que se aprovecha de él (sobre todo teniendo en cuenta que están exceptuados de la consideración de espías los militares y los que sin serlo se hubieren unido al ejército al cual beneficiario), su aplicación se establece con fines utilitarios.”⁵

Los servicios de espionaje se vieron aún más adelantados con la Primera Guerra Mundial, pero a partir de la Segunda Guerra Mundial, las grandes potencias aumentaron y perfeccionaron sus servicios de espionaje en forma extraordinaria.

⁴ Ibidem. p. 77.

⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 78.

Los países que han encabezado el desarrollo durante estas últimas décadas, poseen una gran red de espionaje y de contraespionaje, por medio de las cuales prácticamente se mantienen en vigilancia permanente, preparados para cualquier acción contraria a sus intereses, o mediante la cual pueden obtener ventaja en cuanto a su líderato como potencia.

"En los pueblos precoloniales, los espías eran muertos, y cuando se atrevían a penetrar hasta la Ciudad de México, eran desarrollados y sacrificados en el templo de Macuilcal-li. El Código de 1871; agrupa al delito de espionaje dentro del Capítulo Único Traición y otros delitos contra la seguridad exterior, donde si bien no trata específicamente la figura que nosotros conocemos, si le impone una pena de cuatro años de prisión y multa de 300 a 1,000 pesos, al que ocultara o auxiliara a los espías o exploradores del enemigo, sabiendo que lo eran (artículo 1075)."⁶

También se castiga en el Código citado, con ocho años de prisión y destitución del empleo, al funcionario que, teniendo en su poder, por razón de su empleo, el plano de alguna fortificación, arsenal, puerto o rada (del antiguo inglés rade.- Bahía, ensenada, donde las naves pueden estar ancladas al abrigo de algunos vientos), o conociendo con el mismo carácter el secreto de una negociación, o de una expedición militar; entregue aquél o revele éste al enemigo (artículo 1077, fracción I).

En el artículo 1078, respecto del párrafo anterior, especifica que cuando la revelación del secreto o entrega de planos fuera hacia una potencia neutral, se le

⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 76.

castigaría con una pena de tres años de prisión y destitución del empleo. Pero si se tratare de un particular a quien se le entregaren los planos o revelare el secreto, la pena sería de la mitad de las penas señaladas en los artículos anteriores (artículo 1079).

Asimismo, más adelante se especifica que se castigaba con la pena de muerte a quien sirviera de espía al enemigo (Artículo 1081, fracción I).

De lo anterior se desprende, que a pesar de que el Código de 1871 no dedica un capítulo al delito de espionaje, si lo trata en varios artículos, dentro del capítulo de traición.

En esta legislación, el espionaje se sancionaba con reclusión de doce a quince años y multa de treinta a cuarenta días de utilidad, al que en tiempo de guerra tuviera relación o inteligencia con el enemigo extranjero, guiándolo, dándole instrucciones, consejos o proporcionándole noticias concernientes a las operaciones militares; y, al que siendo funcionario público, y teniendo en su poder, por razón de su empleo o cargo, el plano de alguna fortificación, arsenal, puerto o rada, o conociendo el secreto de una negociación o de una expedición militar, entregara aquél o revelara éste al enemigo (Artículo 372).⁷

Este ordenamiento establecía que cuando el funcionario entregara los planos o se revelara el secreto a una potencia neutral se impondría de dos a cinco años, multa de treinta a cuarenta días de utilidad y la destitución del cargo (Artículo 373).

⁷ GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. T. IV 4ª edición, Edit. Editorces, Argentina, 1992. p. 73.

Y si por lo contrario, el funcionario entregaba los planos o revelaba el secreto a un particular, la sanción era la mitad de las estipuladas en el artículo anterior (Artículo 374).

Es preciso señalar que el delito de espionaje, al igual del Código de 1871, también es citado en el Capítulo I "De La Traición a la Patria", artículo 359, fracción VI, imponiéndose de quince años de reclusión y multa de sesenta a noventa días de utilidad a quien ocultare o auxiliare a los espías o exploradores del enemigo, sabiendo que lo eran.

De igual forma, también se hace referencia al espionaje en el Título Segundo, "Delitos contra la Seguridad Interior de la Nación," Capítulo I "De la Rebelión", en el artículo 383, fracción I, donde se sancionaba con seis meses a un año de reclusión y multa de diez a quince días de utilidad a los que estando bajo la protección y garantía del gobierno, oculten o auxilien a los espías o exploradores de los rebeldes, sabiendo que lo son.

En el texto original de este ordenamiento, el espionaje era sancionado de veinte a treinta años de reclusión y multa de hasta dos mil pesos al que en tiempo de guerra tuviera relación o inteligencia con el enemigo extranjero; y, al funcionario público que teniendo en su poder, por razón de su empleo o cargo, el plano de alguna fortificación, arsenal, puerto o rada (lugar o bahía donde los barcos pueden anclarse al abrigo del viento), o conocido el secreto de una negociación o de una expedición militar, entregara aquél o revelara este al enemigo (Artículo 129).

Actualmente, el delito de espionaje está derogado, pero era tratado por el Código Penal Federal en sus artículos que a la letra establecían:

"Artículo 127.- Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos.

La misma pena se impondrá al extranjero que en tiempo de paz proporcione sin autorización, a persona, grupo o gobierno extranjero, documentos, instrucciones o cualquier dato de establecimientos o de posibles actividades militares.

Se aplicará la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación mexicana.

"Artículo 128.- Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos, al mexicano que, teniendo en su poder documentos o informaciones confidenciales de un gobierno extranjero, los revele a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación Mexicana."

"Artículo 129.- Se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, al que teniendo conocimientos de las actividades de un espía y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades."

2.- Concepto

En primer término y antes de definir lo que es el espionaje telefónico consideramos importante señalar lo referente a la definición genérica de telefonía esbozada por Luis Paredas que la define como "la transmisión del sonido, sobre todo de la voz de las personas a través del teléfono"⁸

El funcionamiento de la planta de telefonía se basa en centrales automáticas de conmutación electromecánicas, en centrales semielectrónicas de señales analógicas y en redes basadas en la utilización de hilos de cobre.

De lo anterior podemos decir que la telefonía es la red telefónica creada por el hombre para que estos se puedan comunicar entre sí a través de grandes distancias, pero también a través de esta se puede practicar el espionaje telefónico a través de "chicks" o tapones conectados en los cerebros de las bases telefónicas para poder oír las conversaciones del número telefónico que se desee.

Después de haber definido genéricamente lo referente a la telefonía consideramos oportuno dar la definición de teléfono misma que se entiende como "el aparato que permite hablar a distancia con otra persona u otras a la vez."⁹

⁸ PAREDAS, Luis. Op. Cit. p. 53.

⁹ Ibidem. p. 54.

Como podemos ver de lo anterior, se puede colegir que el espionaje data, de espiar con fines terroristas y atentar contra un país, pero a lo que al espionaje telefónico se refiere podemos decir, que este delito no se encuentra tipificado como tal en nuestro Código Penal y si en la "Ley de Vías Generales de Comunicación", en su artículo 78 pero únicamente de manera enunciativa, así que de acuerdo a fuentes directas de comunicaciones, el espionaje telefónico es una actividad de reciente creación e ilícita que se comienza a practicar a partir de los años 90 con fines totalmente contrarios a la privacidad de las personas en nuestro País, pero que tal actividad se ha dado en las guerras primera y segunda con el afán siempre de saber lo que el enemigo se propone, y es hasta los años noventa y principios del siglo XXI en que está cobrando mayor fuerza razón por la cual debe tipificarse de manera adecuada y acorde a los cambios políticos, jurídicos y sociales que estamos viviendo.

El diccionario que nos brinda el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, indica: "El espionaje pertenece a la constelación de figuras delictivas atentatorias de diversos bienes jurídicos que se plasman en torno a la idea de violación del secreto. En términos generales, él importa informarse de (intrusión o intromisión) e informar sobre (revelación) secretos políticos o militares relativos a la seguridad de la nación."¹⁰

El autor Rafael de Pina dice: "Espía es la persona que facilita informes, datos o noticias acerca de la capacidad militar, dispositivos de defensa, situación política o

¹⁰ CIT. POR VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 9ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 286.

cualquier otro elemento, útil para una acción militar, contra una determinada potencia, a otra que tiene interés en obtenerlos.

El espionaje es la actividad clandestina destinada a conseguir los datos indicados para ponerlos a disposición de la potencia en cuyo favor se ejerce. Puede ser realizado tanto por los nacionales, como por los extranjeros.¹¹

Para Maggiore, la realización del delito en estudio, se describe de la siguiente forma: "La acción consiste en procurarse noticias que, por interés de la seguridad del Estado, o por interés político, interno o internacional del Estado, deben permanecer secretas."¹²

Desde nuestro punto de vista, se considerará espía a la persona que realiza actividades de inteligencia en perjuicio del gobierno mexicano, y a favor de personas o gobiernos extranjeros, enviándoles a través de este mecanismo, información que cause daño a la República Mexicana.

El espionaje telefónico lo podemos definir como el acto ilícito que realiza uno o más sujetos utilizando un aparato telefónico y obviamente con el fin de obtener todo tipo de información atentando con ello contra la intimidad personal.

Respecto al espionaje telefónico, podemos decir que "recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse

¹¹ DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 349.

¹² CIT POR LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 78.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó el derecho a ser dejado en paz¹³. Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica, y numerosos aparatos mecánicos amenazan hacer buena la predicción de que lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados. Para sostener la tesis de que el *common law* reconoce y mantiene un principio aplicable a casos invasión de la privacidad, no es necesario invocar la superficial analogía con las injurias sufridas por un ataque a la reputación o por lo que los civilistas llaman una violación del honor, pues creemos que las doctrinas legales relativas a lo que se denomina ordinariamente el derecho a la propiedad intelectual y artística no son sino aplicaciones de un derecho general a la privacidad, que entendido apropiadamente permite un remedio a los males que consideramos.

El principio que protege escritos y todas las producciones personales, no contra robo o apropiación física, sino contra publicación en cualquier forma, no es en realidad el derecho a la propiedad privada, sino el de una personalidad inviolable. "Debemos, por tanto, concluir que los derechos así protegidos, cualquiera que sea su naturaleza exacta, no surgen de un contrato o de una relación de confianza, sino que son derechos contra todo el mundo. Y, como ya hemos señalado, el principio aplicado para proteger tales derechos no es en realidad el derecho de propiedad privada, a menos que este término sea usado en un sentido ampliado o inusual. El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la privacidad, y la ley no tiene que

¹³ DAVIES, Jessica. El Espionaje y Terrorismo. 5ª edición, Edit. Diana. México, 2000. p. 178.

formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y a las relaciones personales, domésticas, y otras cualesquiera.¹⁴

Aunque relativamente pocas líneas telefónicas son intervenidas lícitamente cada año en los Estados Unidos, el avance tecnológico ha hecho más fácil el espionaje telefónico ilícito, tanto como el grabar y escuchar las conversaciones telefónicas. Quizá tiene razón para preocuparse la gente con empleos delicados en el sector privado o en el gobierno, tanto como aquellos que participan en juicios en los que está en juego grandes cantidades de dinero.

Existe toda, una laguna jurídica por lo que concierne al delito concreto de espionaje telefónico o de interceptación de las comunicaciones privadas en la legislación penal que únicamente trata lo relativo a la correspondencia postal considerándolo, además, como un delito no grave.

Es necesario introducir una reforma en la ley penal para tipificar severamente estas invasiones a la privacidad y con mayor rigor cuando se trate de servidores públicos, en los casos, por supuesto, que no cuenten con la autorización expresa del Juez de Distrito y bajo las modalidades y tiempos establecidos en la autorización respectiva.

De lo anterior, podemos decir que el espionaje telefónico es la intervención ilegal de saber lo que a usted le sucede comunica a otra gente violando de manera flagrante su privacidad.

¹⁴ DE LA MOTA. Ignacio. Manual de Seguridad contra el espionaje y terrorismo. 6ª edición, Edit. Lymusa, México, 2000. p. 97.

Resumiendo lo anterior podemos decir que el derecho a la vida privada y el espionaje telefónico es un tema de coyuntura en la trama mexicana, pero reclama también un tratamiento intemporal que ponga en perspectiva este binomio, que no suele ser analizado en los medios de comunicación. De ahí que sea pertinente bordar sobre la cuestión. El primer punto que habría que despejar es definir qué es la vida privada (también llamada privacidad o intimidad) o, para decirlo en términos más técnicos, cuál es el bien jurídico que protege este derecho fundamental.

A mi juicio, el derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana, con miras a que cada uno pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa al momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas aquéllas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público.

El derecho a la privacidad contiene algunas peculiaridades que es conveniente puntualizar:

- a) Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente a la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual se está tutelado por el derecho positivo.
- b) Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable.
- c) Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del creciente aumento de datos y hechos noticiosos.

Respecto de lo anterior podemos decir que la revolución tecnológica de la telefonía se basa en la evolución de los componentes electrónicos, las computadoras, los teléfonos y las comunicaciones en general dan lugar a un proceso de digitalización y fácil espionaje de las telecomunicaciones no solo nivel nacional sino mundial basado en el uso de centrales digitales, radios, satélites y fibra óptica que evoluciona así una red de telefonía de servicios integrados que permite la capacidad de transmisión

simultánea de voz, datos, textos e imágenes cuando de espionaje de Internet se trata.

Considerando estas tendencias mundiales en telecomunicaciones, que aceleraban y de espionaje que aceleran el despojo de las centrales electromecánicas y semieléctricas, Teléfonos de México está realizando un estudio desde 1990 al 2000 con las 30 principales compañías telefónicas del mundo y con las principales firmas consultoras Internacionales que arroja como conclusión la conveniencia de basar el crecimiento de la telefonía libre de espionaje telefónico esto se podrá lograr, invirtiendo en gran parte en tecnología digital, misma que dará nuevos servicios se mejorará la calidad del servicio y sobre todo se automatizará en gran medida la telefonía para evitar en lo mayormente posible la práctica ilícita del espionaje telefónico.

Como podemos ver no concibo la idea de que una empresa privada como Telmex este tratando de evitar el espionaje a la sociedad mexicana donde que, debe ser tarea de nuestros legisladores que, en coordinación con la empresa de Telmex, que se encarga de proporcionar la comunicación a la sociedad mexicana deban dar respuesta en cambio y calificación de los medios de comunicación telefónica para censurar el trabajo, los procedimientos de operación y mantenimiento para cambiar radicalmente gran parte de las pruebas requeridas para demostrar el espionaje, deben ser estas hechas por un mismo equipo que tengan la habilidad, de captar ruidos que indican fallas o espionaje en los equipos telefónicos, teniendo facilidad de leer e interpretar diagramas para que se pase el procesamiento de información en

una terminal de computadora para detectar el menor signo de intervención en nuestro aparato telefónico.

Actualmente se considera que la red de telefonía está formado por unos 100.000.000 millones de usuarios y su ritmo de crecimiento se estima en miles de nuevos usuarios al día. Con los inicios del siglo se espera un número de usuarios cercanos a los 110.000.000 millones de usuarios porque en nuestros días todos tenemos un teléfono razón por demás suficiente para que nuestros legisladores y la compañía que presta el servicio se preocupe por brindarlo de manera adecuada protegiendo obviamente la calidad y privacidad de las conversaciones para sus usuarios de lo contrario estaríamos utilizando cada vez más el servicio de Internet ya que representa uno de los avances más espectaculares de los últimos meses, dado que permite llamar directamente a cualquier teléfono del mundo a precio de llamada local. Tal como hemos comentado anteriormente, en principio sólo permite llamar a teléfonos de Estados Unidos, aunque sin duda en los próximos meses proliferarán sistemas como éste en cada país del mundo, permitiendo las conferencias de larga distancia a precio irrisorio.

Mediante este sistema no necesitamos en absoluto que nuestro interlocutor esté con su ordenador encendido, conectado a la red, ni tan siquiera que tenga conocimientos de informática. Nuestro ordenador conectará directamente con el teléfono de su casa.

CAPÍTULO 2

DEL DELITO EN GENERAL

Desde tiempos remotos los hombres se han preocupado por obtener un concepto esencial del delito, valedero para todos los tiempos y lugares.

El Maestro Raúl Carrancá y Trujillo, escribe al respecto: "Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independientemente de tiempo y lugar. La ineficiencia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico política."¹⁵ (Lo más que podría decirse del delito así considerado, es que consiste en una negación del derecho, o en un ataque al orden jurídico y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien, que es la acción punible lo que desde luego la circunscribe a la sola actividad humana con exclusión de otra cualquiera. "Cuando la confusión entre delito y pecado era general la CETENA PARTIDA en su proemio definió los delitos como los malos hechos que se hacen a placer de una parte, y a daño o deshonra de la otra; estos hechos tales son contra los mandamientos de Dios y contra las buenas costumbres, y contra los establecimientos de las Leyes y de los fueros o derechos; modernamente se han formulado numerosas definiciones del Delito."¹⁶

¹⁵ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. T. I. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 17.

¹⁶ *Ibidem*. p. 18.

Nosotros consideramos que la ciencia del Derecho Penal propiamente toma cuerpo hasta la consolidación de la llamada Escuela Clásica, cuyo principal exponente es, el ilustre jurista italiano Francisco Carrara. Para el insigne pensador, el delito es: "la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."¹⁷ Sobre esta definición se ha comentado bastante, y se ha logrado un consenso de que es completa, porque da un concepto preciso de lo que es el ilícito penal.

Nótese que para la Escuela Clásica y consecuentemente para Francisco Carrara, "el hombre delinque porque así lo decide, de ahí que la responsabilidad sea de naturaleza moral, ya que las violaciones humanas corresponden al campo de lo moral (lato sensu); sin embargo, a fines del siglo pasado, debido al adelanto alcanzado por las ciencias de la naturaleza, se provocó una verdadera revolución en el campo científico, apareciendo en todos los órdenes y también en el penal, una verdadera revolución; en el campo del Derecho Punitivo, tal revolución se dejó sentir de modo preponderante en Italia, con la aparición de la corriente positivista debida a muchos pensadores, en la cual se destacan principalmente, Lombroso, Ferri y Garofalo, llamados los tres evangelistas."¹⁸

A efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema es oportuno puntualizar lo siguiente:

¹⁷ CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. 7ª edición, Edit. Themis, Colombia, 1972. p. 73.

¹⁸ *Ibidem*. p. 93.

1. Concepto

Diversas doctrinas penales se han elaborado a través del tiempo, de manera que no sólo encontramos múltiples definiciones, inclusive la noción misma del delito ha variado, ya que vemos que lo que en otras épocas se consideró delito, en la actualidad ya no lo es, y viceversa, también lo que en un lugar puede ser delito, en otro no lo es, de manera que nos concretaremos a enunciar algunas definiciones de Delito:

Para Mazger el Delito es: "una acción punible"¹⁹; para Jiménez de Asúa el delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"²⁰; Bettiol, por su parte, define el delito como "todo hecho humano, lesivo de intereses penalmente tutelados del cual se puede reprochar a su autor"²¹; y Alvaro Bunster define el delito como "la acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo amenaza de una pena o sanción criminal."²²

En México, Castellanos Tena expresa que los elementos esenciales del delito son: "Conducta, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad"²³; Jiménez Huerta manifiesta "que el signo distintivo del moderno derecho penal es la tipicidad"²⁴; Márquez Piñeiro

¹⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 19ª edición, Edit. Porrúa. México, 1999. p. 82.

²⁰ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal, parte general. 25ª edición, Edit. Cárdenas, Editor México, 1998. p. 121.

²¹ Cit. por MEZGER, Edmundo. Op. Cit. p. 122.

²² *Ibidem*. P. 123.

²³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 78.

²⁴ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 15ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 231.

proporciona diversas nociones de delito, "desde el punto de vista jurídico-formal, substancial, sociológico y en relación a la lesión del bien jurídico."²⁵

Es evidente que la noción del delito ha variado profundamente en el tiempo y en el espacio, influyendo la ideología, intereses, costumbres, etc., de cada pueblo, de tal suerte que es difícil establecer un concepto unitario del delito, que pueda ser aceptado en todo momento y lugar; el delito es un hecho social, pero su manejo jurídico y definición son elaboraciones culturales, variables en el tiempo y las áreas donde se aplique la norma penal.

De lo expuesto, consideramos que Delito es la conducta que viola un precepto penal expedido para la adecuada convivencia social, o sea que el delito es una forma de conducta que ataca gravemente la convivencia entre los hombres, la vida social.

El artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República, en materia de Fuero Federal expresa: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

El acto u omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. El acto o acción "stricto sensu" en su aspecto positivo y la omisión el negativo. El acto consiste en un actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer.

²⁵ Ibidem. p. 232.

Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de casualidad entre aquellos y éste.

La acción "stricto sensu o acto", es un hacer efectivo, corporal y voluntario; por lo que no son actos penalmente relevantes, ni los movimientos reflejos, ni los accidentales, ni los pensamientos, ideas o intenciones.

La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal; y en consecuencia no son omisiones penalmente relevantes las inactividades forzadas por un impedimento legítimo, ni todas las que no estén tipificadas penalmente.

La omisión puede ser material o espiritual, según qué deje de ejecutarse el movimiento corporal esperado o según qué se ejecute, pero sin tomar las debidas precauciones jurídicamente exigidas.

La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión (propios delitos de omisión), y a los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión); y la espiritual a los especialmente llamados así y en el Código Penal de imprudencia o no intencionales.

Conviene precisar lo importante que resulta que todos los Códigos Penales tengan la definición de lo que es el delito, pues al precisar el concepto deja el menor

margen posible para la interpretación que muchas veces puede ser equivocada, permitiendo una aplicación más exacta de la Ley Penal, y con esto no permitir la aplicación analógica ni por mayoría de razón, como lo expresa nuestra Carta Magna.

Conviene dejar asentado que desde nuestro punto de vista, el Delito no es jamás el resultante de fuerzas independientes del querer del hombre; sin duda alguna en la génesis de delito como de todo fenómeno humano influyen complejos factores, tales como la herencia, el medio social, el funcionamiento glandular, como es sabido, actúan a través de la libertad del hombre, quien en última instancia es el que decide si alberga tales.

Por nuestra parte nos adherimos a la definición tetratómica del penalista alemán Eduardo Mezger, para quien el delito "es la acción típicamente antijurídica y culpable."²⁶

De este concepto desprendiéndose los siguientes elementos: Acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. En el siguiente inciso, al ocuparnos de los elementos esenciales del delito. Daremos nuestro punto de vista para dejar perfectamente establecida la razón por la cual nos adherimos al concepto tetratómico, desechando como ingredientes esenciales los restantes.

²⁶ MEZGER. Edmundo. Op. Cit. p. 276.

2.- Elementos Positivos

Varios elementos concurren en el delito. Se habla de presupuestos generales y especiales, datos positivos (aspecto positivo del delito), y datos o circunstancias negativas (aspecto negativo del delito). Si aquellos se reúnen sin que nada los excluya, existe el comportamiento punible.

Puede ocurrir que habiendo delito, se haya extinguido la pretensión punitiva.

El delito es un fenómeno unitario, que se integra de una vez, no por adición de componentes que acudan sucesivamente. Asimismo, es pertinente estudiarlo en cada uno de sus elementos, mediante un ejercicio de abstracción. De las teorías que se ocupan en este asunto, la más conocida entre nosotros es la heptatómica, que sostiene la existencia de siete elementos: Conducta, hecho, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad. Cada uno de estos datos puede ser eliminado por una circunstancia o causa excluyente. A continuación me referiré a los aspectos positivo y negativo del delito.

En tanto que el Código Penal no contiene una definición del delito que muestre todos sus elementos, tema que concierne a la doctrina, ese ordenamiento y todos los de su género regula las excluyentes. El capítulo IV del Título 1º del Código Penal, se dedica a las circunstancias excluyentes de responsabilidad. Técnicamente, lo que se excluye es más bien la incriminación que la responsabilidad.

Hay casos, además, en que ésta permanece con otro carácter: Responsabilidad Civil que persiste, pese a la declaratoria de irresponsabilidad penal.

El artículo 15º del Código Penal, sobre esta materia, no cubre todos los supuestos de exclusión del delito. Algunos derivan del sistema general del derecho punitivo: Así, por ejemplo, la falta de tipicidad.

Conducta o Hecho

Como lo habíamos dicho anteriormente, el artículo 7º del Código Penal, caracteriza formalmente al delito como "el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales". Se alude a un comportamiento positivo (acto Prohibido) y a una conducta negativa (omisión de un acto debido).

La corriente doctrinal mexicana más difundida prefiere referirse a conducta o hecho. Aquélla implica la acción y la omisión, que bastan para que haya delito. La voz "hecho" abarca tanto la conducta como el resultado material que diversos tipos exigen.

Importa precisar la relación entre el comportamiento del agente y el resultado típico, del que depende la calificación de aquel como delictuoso y las consecuencias punitivas. No hay norma directa sobre casualidad.

El tema se examina en tres preceptos del libro segundo, en el capítulo del homicidio: Los artículos 303 y 304, que indica cuándo debe tenerse como mortal la

lesión, y que afirma el carácter mortal de la lesión, pese a la comprobación de ciertas circunstancias, respectivamente; y 305, que manifiesta cuándo no se tendrá como mortal la lesión, aunque muera quien la recibió.

Hay diversas clasificaciones del delito en orden a la conducta. Ya me referí a la acción y a la omisión; agréguese la comisión por omisión. Otra clasificación relevante, puntualizada en la reforma de 1983, distingue entre delito instantáneo, permanente o continuo y continuado. Esta distinción tiene efectos en diversos campos: Aplicación de la Ley Mexicana (y, en su caso, de una Ley Penal Local), competencia territorial, aplicación de pena, prescripción, entre otros.

El delito es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos (Artículo 7º fracción I); es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo (fracción II), interrumpidamente, sin solución de continuidad; y es continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal (fracción III).

Antes de la reforma de 1985, la fracción I del artículo 15º del Código Penal limitaba la exclusión de conducta al caso de fuerza física exterior irresistible (vis absoluta: el sujeto no actúa, otro lo obliga). "Ahora existe una fórmula amplia. Se excluye la responsabilidad por incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias. En tal virtud, opera la excluyente cuando la acción o la omisión ocurren sin la voluntad del agente, suprimida por una fuerza exterior insuperable (la

vis absoluta), o impuesta por un factor interno, controlable por la voluntad (movimientos reflejos, actos automáticos, por ejemplo).²⁷ Lo que importa es la falta de voluntad. Otra cosa es que la voluntad carezca de soporte intelectual o moral (inimputable) o se halle viciada o fuertemente condicionada (inculpabilidad).

Tipicidad

La tipicidad, segundo elemento del delito dentro de la prelación lógica que venimos siguiendo, consiste en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal. La integración del comportamiento en un supuesto de la norma penal, deriva del principio de legalidad, que reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 14º de la Constitución, e implícitamente el mismo artículo 7º del Código Penal.

Para la exclusión de tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminadora) y la falta de adecuación típica de la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.

“La dogmática penal establece que el tipo en sentido amplio contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, especiales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, precisiones sobre los sujetos activo y pasivo, y acerca del objeto; todos repercuten sobre el proceso lógico y judicial de

²⁷ PORTE PETIT, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 137.

tipificación e influyen en la comprobación del cuerpo del delito y la clasificación de los hechos.”²⁸

Antijuricidad

La antijuricidad o ilicitud significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, “desvalor” de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinada.

Existe pues, una cultura con sus componentes éticos que exige cierta conducta: La valora como plausible; y rechaza otra, la califica de “ilícita”, injusta, delictiva.

La prevención penal recoge esa contrariedad y la proyecta en la incriminación, la ilicitud penal no es la suma de los ilícito, sino una porción mínima, contra la que es preciso reaccionar con la suprema fuerza de la pena. Recuérdese, que el derecho es se ha dicho el minium ético exigible. El Derecho Penal es, a su turno, la parte menor otro minimum, ético y jurídico del derecho. Considera las conductas para la convivencia.

La ilicitud que no está recogida en el tipo, es penalmente irrelevante. No es posible sancionar una conducta, por injusta que se le considere, si no aparece en una figura delictiva. El primer párrafo del artículo 2º del Código Español, dispone que en “el caso que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley (un hecho gravemente injusto, pero

²⁸ *Ibidem.* p. 138.

atípico) se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.”

Hay factores que legitiman un comportamiento penalmente típico. Son las excluyentes de ilicitud o causas de justificación, que se hallan estipuladas en la Ley: como eximentes específicas, o como referencias que el tipo contiene: injustamente, ilícitamente, indebidamente, etc. En contraste con el rechazo a la punición de conductas diferentes de las previstas legalmente, existe un movimiento favorable a las excluyentes supraleales de ilicitud; se busca la justificación más allá de la Ley, en la cultura, que es su razón.

A este otro punto se refiere el segundo párrafo del artículo 2º del Código Penal Español. Sin perjuicio de ejecutar la sentencia, el tribunal acudirá al gobierno y expondrá lo que juzgue conveniente, cuando por la rigurosa aplicación de la Ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidas al grado de malicia y el daño causado por el delito.

El artículo 15º del Código Penal para el Distrito Federal vigente, menciona las causas que excluyen la antijuricidad. Que atendiendo a criterios comúnmente aceptados, podemos decir que son: El consentimiento, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho obediencia debida, impedimento legítimo.

Imputabilidad

La imputabilidad penal se examina desde varias perspectivas. En diversa, la ubicación que se le asigna en la integración del delito. Hay quienes entienden que se trata de un presupuesto general: Subordinación de la persona o de la Ley Penal; capacidad de Derecho Penal. Desde otro ángulo, se trataría de una capacidad de culpabilidad, de asunción del juicio de reproche. No puede ser culpable quien es inimputable aunque su conducta sea típica e ilícita.

Al tema de la imputabilidad acuden las más arduas cuestiones del Derecho represivo; ante todo, el libre albedrío.

La solución, en general, y en cada caso, demanda el concurso de varias disciplinas. La Criminología y el Derecho Penal, se comunican particularmente en el tema de la imputabilidad.

El artículo 85 del Código Penal Italiano de Rocco, influyó profundamente en el penalismo mexicano, resolvió que "nadie puede ser sancionado por un hecho previsto en la Ley como delito, si no era imputable al momento, de cometerlo."²⁹

Establecida la exclusión, el segundo párrafo fija el concepto de imputabilidad, donde indica: "Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer, hay que añadir el alcance de las dos nociones: Entender el carácter ilícito (antijurídico) del comportamiento, y conducirse conforme a ese entendimiento.

²⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 8ª edición. Edit. Porrúa, México, 2001. p. 73.

Para efectos normativos, la imputabilidad puede ser definida con fórmula positiva o negativa; o implícitamente, a través de las excluyentes, como ocurría en el Código Penal hasta 1983; o bien, por último, mediante una combinación entre la referencia y la capacidad y la mención de las causas que privan de ella, que es la técnica seguida en el texto vigente del Código Penal.

La fracción VII del artículo 15º del Código Penal establece que, el delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que la gente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de éste Código.

Sobre la imputabilidad y la inimputabilidad hablaremos más ampliamente en los capítulos siguientes, con la finalidad de hacer más comprensible nuestro tema.

Culpabilidad

“La culpabilidad constituye uno de los más complejos problemas del Derecho Penal. Las caracterizaciones son diversas y afectan la estructura del delito y la

ubicación, en ésta, del dolo y la culpa. La concepción psicológica entiende que la culpabilidad estriba en el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho delictuoso. La concepción normativa destaca la contradicción entre la voluntad del agente y la norma jurídica, contrariedad que genera un juicio de reproche. La teoría de la acción finalista retira el dolo y la culpa de la culpabilidad, los ubica en la acción y entiende que aquélla es un mal uso de las facultades del agente.³⁰

Aquí rige el principio *nullum crimen sine culpa*. A nadie puede serle atribuido un delito, con las consecuencias respectivas, si no hay culpabilidad de su parte. Se quiere evitar las consecuencias autoritarias que derivarían de una opinión contraria, delito sin culpabilidad.

Como lo establecimos en los antecedentes del Derecho Penal en México, el régimen tradicional en el Código Penal, desde el ordenamiento de 1871, distinguía entre delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia (que consistía en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión, o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional), y presumía la intención delictuosa, salvo prueba en contrario. Tal fue el controvertido sistema de los artículos 8º y 9º hasta la reforma de 1983.

En la actualidad, existe una clasificación legal de dos grados o formas de la culpabilidad. En efecto, el artículo 8º del Código Penal, indica que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

³⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 173.

El artículo 9º del Código Penal contiene las definiciones. "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

Como se dijo, hay en el último caso datos de dolo y de culpa, que ameritan un tratamiento jurídico-positivo especial. El agente desencadena su conducta dolosamente; quiere causar un mal; se propone o acepta un resultado típico. Sin embargo, el comportamiento produce consecuencias que no deseaba. El ejemplo más citado es el de quien busca golpear; el destinatario del golpe cae, se fractura el cráneo y muere; el autor, entonces, ya no responde por los golpes o las lesiones que se propuso inferir, sino por el homicidio doloso, y demasiado benévolo, por homicidio imprudencial.

En términos generales, la medida de la culpa es la medida de la pena, esto así, en los términos de la Ley misma, que inicia el proceso de individualización según las formas de culpabilidad; luego el juzgador ejercerá su arbitrio para avanzar en ese proceso hasta decidirla sanción en el caso concreto.

Las sanciones previstas en el libro segundo del Código Penal son aplicables en caso de dolo o culpa intencional.

El artículo 60 del Código Penal vigente, establece "En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199-Bis, 289 parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

- II. El deber del cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios;
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte, y en general, por conductores de vehículos; y
- VI. Derogada.

Como lo expusimos al principio de este punto, la culpabilidad debate su concepción sobre dos doctrinas penalistas, dos posiciones diversas: La psicología y la normativa, alrededor de éstas, encontramos los fundamentos de la culpabilidad y su importancia destacada en la concepción del delito.

Condiciones Objetivas de Punibilidad

Hay diferencia entre la condición objetiva de punibilidad y requisito de procedibilidad. El primero corresponde al derecho sustantivo; el segundo al derecho procesal. Si falta la condición objetiva de punibilidad, la conducta ilícita no será sancionada. Si se carece del requisito de procedibilidad, no habrá proceso; una vez satisfecho el requisito, se tendrá vía libre para la persecución.

Existen ciertos casos en donde la punición se supedita a la existencia de determinadas condiciones, que son consignadas en los tipos o de alcance general, como aquélla a la que se refiere la fracción III del artículo 4º del Código aludido, cuando exige para sancionar a quien delinquirió en el extranjero, que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República (identidad de la norma). Aunque para la mayoría de los autores las condiciones objetivas de punibilidad no son elemento esencial del delito, ya que son vistas como meras características típicas, es decir, elementos del tipo penal.

Punibilidad

La punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma "Nulla poena sine lege", consignado en el artículo 14º constitucional e implícitamente en el artículo 7º del Código Penal. El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio "nullum crimen sine poena."

3. Elementos negativos

El delito tienen diversos elementos que conforman un todo. "Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible"³¹; para Beling "es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las

³¹ MAURACH. Reinhardt. Tratado de Derecho Penal. T. I. 2ª edición, Edit. Ariel, España, 1962. p. 281.

condiciones objetivas de penalidad"³²; Max Ernesto Mayer define al delito "como acontecimiento típico, antijurídico e imputable"³³; Edmundo Mezger afirma "que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable"³⁴; por Jiménez de Asúa "es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."³⁵

El descubrimiento de los elementos del delito y su contenido ha sido producto de más de un siglo en varias etapas, sobre ello Jescheck hace un estudio sintético extraordinario.

La aportación de diversos estudiosos de nuestra ciencia ha traído en número de siete los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. Es decir, a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia al delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición (a la vida del delito).

Los elementos del delito que son conocidos como ya lo indicamos anteriormente y que no todos los autores aceptan, son siete:

³² BELING, Ernesto. Esquema de Derecho Penal. 7ª edición, Trad. de Sebastián Soler. Edit. Depalma, Argentina. 1992. p.245.

³³ Cit. por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 67.

³⁴ MEZGER, Edmundo. Op. Cit. p. 179.

³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3ª edición, Edit. Sudamericana, Argentina, 1998. p. 216.

<i>Positivos</i>	<i>Negativos</i>
1) <i>"Conducta</i>	1) <i>Ausencia de conducta</i>
2) <i>Tipicidad</i>	2) <i>Ausencia del tipo o</i>
3) <i>Antijuricidad</i>	<i>Atipicidad</i>
4) <i>Imputabilidad</i>	3) <i>Causas de justificación</i>
5) <i>Culpabilidad</i>	4) <i>Inimputabilidad</i>
6) <i>Condional Objetiva</i>	5) <i>Inculpabilidad</i>
7) <i>Punibilidad</i>	6) <i>Falta de condiciones</i>
	<i>Objetivas</i>
	7) <i>Excusas absolutorias</i> ³⁶

A cada aspecto positivo le corresponde su respectivo negativo en la forma en la que están enunciados. Cabe aclarar que cuando se hable del primero (aspecto positivo) estaremos ante la existencia del delito; cuando del segundo, de su inexistencia.

Por otra parte, según el número de elementos que se acepten para la formación del mismo, se estará dentro de la concepción atomizadora, en una postura que va desde la dicotómica o bitómica, hasta la heptatómica, pasando por la triédrica, tetratómica, pentatómica y hexatómica.

La segunda esfera se conforma por:

³⁶ LÓPEZ BETANCOURT. Eduardo. Op. Cit. p. 66.

1. "El iter criminis o camino del delito.
2. El concurso de delitos.
3. La participación criminal.³⁷

Ahora bien, como indica nuevamente Jescheck el "moderno concepto cuatripartido del delito, o sea el de la acción típica, antijurídica y culpable, se ha gestado sobre esa base, a lo largo de más de cien años y en varias etapas, a partir de las contribuciones de diferentes dogmáticos."³⁸

De acuerdo a nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal en su artículo séptimo define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, así la conducta o hecho se obtiene de este artículo, y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal, así como de los artículos 8º y 9º del ordenamiento mencionado. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal y de los ya señalados preceptos 8º y 9º del texto en cita; la antijuricidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud descrita en el artículo 15 de nuestro Código Penal. La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el Derecho penal, es decir, que no se presente la causa de inimputabilidad descrita en la fracción VII del artículo 15 de nuestra Ley Penal. Habrá culpabilidad de acuerdo al artículo 15 fracción VIII, inciso B y fracción IX (a contrario sensu) de nuestra ley penal. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutarias descritas por

³⁷ Ibidem. p. 66.

³⁸ PORTE PETIT. Celestino. Op. Cit. p. 117.

nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal; pueden o no presentarse.

Como podemos ver, el delito tiene un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen; precisamente, en relación a la estructura sistemática del delito, existen diversas teorías:

4.- Clasificación del delito

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. "Según una división bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes de atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno."³⁹

En México carecen de importancia estas distinciones, porque los Códigos Penales sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen también los que en otras legislaciones se denominan crímenes; la represión de las faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.

³⁹ Ibidem. p. 118.

Para nosotros, el delito, lo podemos calificar de acuerdo con el Lic. Eduardo López Betancourt de la siguiente manera:

A) "En función de su gravedad:

1. Bipartita, Delitos y faltas; son delitos los sancionados por la autoridad judicial, y las faltas son sancionadas por la autoridad administrativa.
2. Tripartita. Delitos, faltas y crímenes: esta clasificación no funciona en nuestro sistema penal.

B) Según la conducta del agente:

1. Acción: Son aquellos en que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito por ejemplo, para jalar el gatillo de la pistola, para clavar un puñal, entre otros.
2. Omisión. Son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir que deje de hacer lo que está obligado.
 - a) Omisión simple. La simple inactividad origina la comisión del delito independientemente del resultado; se viola una ley preceptiva.
 - b) Comisión por omisión. Necesariamente, como consecuencia debe haber un resultado, por ejemplo, el guardavías no realiza el cambio del vías del tren por tal

razón chocan los trenes, entonces se castigará esa omisión se viola una ley prohibitiva.

C). Por el resultado

1. Formales. Aquellos que para configurarse no requieren de ningún resultado, esto es, de ninguna materialización, por ejemplo, el abandono de un niño.
2. Materiales. Requieren de un resultado de un hecho cierto, por ejemplo, el homicidio.

D) Por el daño que causan:

1. De lesión. Causan una disminución del bien jurídicamente tutelado, por ejemplo, la muerte y el robo, entre otros.
2. De peligro. Sólo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado, por ejemplo, las lesiones que no causan la muerte, sino que se recupera afectado.

E) Por su duración:

1. Instantáneos. Cuando se consuman en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan, por ejemplo, el homicidio.
2. Permanentes. Cuando su afecto negativo se prolonga, al través del tiempo, por ejemplo, el secuestro.

3. Continuados. Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola lesión jurídica; varios actos y una sola lesión.

F) Por el elemento interno o culpabilidad:

1. Culposos. Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, por ejemplo, el que atropella a una persona por imprudencia.
2. Doloroso. Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito.
3. Preterintencionales. El resultado va más allá de intención del sujeto. Eliminados del Código Penal en la reforma del 10 de enero de 1994.

G) Por su estructura:

1. Simples. Cuando solo causan una lesión jurídica, por ejemplo, el robo.
2. Complejos. Cuando causan dos o más lesiones jurídicas, por ejemplo el robo en casa habitación.

H) Por el numero de actos:

1. Unisubsistentes. Cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.
2. Plurisubsistentes. Necesariamente requiere la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

I) Por el numero de sujetos:

1. Unisubjetivos. Cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto.
2. Plurisubjetivos Cuando el tipo penal requiere de dos o mas sujetos, por ejemplo, el adulterio requiere necesariamente de dos personas.
 - J) Por su forma de persecución.
 1. De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia de agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público, tiene la obligación de perseguir el delito, por ejemplo el homicidio.
 2. De querrela. También conocidos como de petición de parte ofendida se piensa que es una reminiscencia de la "venganza privada" en que la gente se hacía justicia por su propia mano.

Es importante recordar que en el periodo de la venganza privada, el ofendido agredía al causante en virtud del daño que había recibido, y es más, hasta existió la compensación, que era el pago por la venganza, o bien se daba el caso de la "Ley de Talió", de la que se desprendía la venganza del mismo físico del agresor, dependiendo del grado del delito; así se decía: "Ojo por ojo, diente por diente".

De esta forma el agredido, a través de la querrela ejercita, si quiere, una acción en contra de su agresor.

K) En función de su materia:

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1. Comunes. Son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial, en un Estado de la República Mexicana, por ejemplo.
2. Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente a los jueces federales.
3. Militares. En esta división nos referimos al Fuero Militar, el cual es sólo aplicable en los órganos militares, es decir, a todos los miembros, pero nunca a un civil.

L) clasificación legal:⁴⁰

1. Esta clasificación es la que aparece en la Ley, por eso es legal; aquí, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelar. En este sentido encontramos que la clasificación de los delitos desde el punto de vista legal es la siguiente:

- A) "Delitos contra la seguridad de la nación. Por ejemplo, traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotajes y conspiración;
- B) Delitos contra el Derecho Internacional. La piratería, violaciones de Inmidades y neutralidad;
- C) Delitos contra la humanidad. Violación de los deberes de la humanidad y genocidio.

⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 67.

- D) Delitos contra la Seguridad Pública. Evasión de presos, quebrantamiento de sanciones, armas prohibidas y asociaciones delictuosas;
- E) Delitos en materia de vías de comunicación y violación de correspondencia, uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo;
- F) Delito contra la autoridad. Desobediencia y resistencia de particular, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos, quebrantamiento de sellos, delitos cometidos contra funcionarios públicos y ultraje a las insignias nacionales;
- G) Delitos contra la salud. Producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos, también de peligro de contagio;
- H) Delitos contra la moral pública y de las buenas costumbres. Ultrajes a la moral, corrupción de menores, trata de personas, y lenocinio; provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio;
- I) Delitos de revelación de secretos;
- J) Delitos cometidos por servidores públicos. Ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, abuso de funciones, tráfico de influencias, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito;

- K) Delitos cometidos contra la administración de justicia. Cometidos por servidores públicos, ejercicio indebido del propio derecho;
- L) Delito de responsabilidad personal y delitos de abogados, patronos y litigantes;
- M) Delitos de falsedad. Falsificación, alteración de moneda, falsificación de billetes al banco, títulos al portador y documentos de crédito público, falsificación de sellos, llave, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, falsificación de documentos en general; falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, variación del nombre o del domicilio, usurpación de funciones públicas o de profesión y uso indebido condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, divisas, insignias y siglas;
- N) Delitos contra la economía pública. Delitos contra el consumo y las riquezas nacionales;
- O) Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación, rapto, incesto, y adulterio;
- P) Delitos contra el estado civil y la bigamia;
- Q) Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones. Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones;
- R) Delito contra la paz y seguridad de las persona. Amenazas y allanamiento de morada;

- S) Delitos contra la vida en la integridad corporal. Lesiones, homicidio, homicidio en razón de parentesco o relación;
- T) Delitos contra el honor, difamación y calumnia;
- U) Privación de la libertad y otras garantías;
- V) Delitos en contra de las personas en su patrimonio. Robo, abuso de confianza, fraude, extorsión, despojo de cosas inmuebles o de aguas y daño en propiedad ajena;
- W) Encubrimiento, y
- X) Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.⁴¹

⁴¹ *Ibidem*. p. 67.

CAPÍTULO 3

EL DELITO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 167 FRACCIÓN VI

El artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, en la actualidad, no tipifica de manera directa al espionaje telefónico por lo tanto se tiene que hacer una revisión exhaustiva para la localización de los artículos que se refieren a tal delito, pero, repito el espionaje telefónico como tal no se encuentra tipificado es por ello que el artículo 167 fracción VI que habla del delito referido a las vías de comunicación establece lo siguiente.

"Artículo 167. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

- VI. Al que interrumpiere la comunicación telegráfica o telefónica, alámbrica o inalámbrica, o el servicio de producción o transmisión de alumbrado, gas o energía eléctrica, destruyendo o deteriorando uno o más postes o aisladores, el alambre, una máquina o aparato de un telégrafo, de un teléfono, de una instalación de producción, o de una línea de transmisión de energía eléctrica;

En base a lo establecido en la fracción VI concluimos que el delito de espionaje telefónico no se tipifica adecuadamente ya que al rubro de interrumpir se refiere impedir, estorbar u obstaculizar la comunicación de una persona a otra, pero con el único afán de causarle alguna molestia.

A manera de referencia y no sin antes señalar que aún con todo y las reformas, del 16 de julio del 2002 el Código Penal en su artículo 334 el cual entrará en vigencia el 13 de noviembre del 2002 todavía, no tipifica de manera directa el delito de espionaje telefónico sino únicamente, la intervención de las comunicaciones privadas de la siguiente manera.

Artículo 334.- "A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a mil días de multa.

A quien revele, divulgue, utilice indebidamente, o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a mil días de multa."

1. Concepto

Como se pudo observar el Código penal no ha definido suficientemente el delito de intervención telefónica, razón por la cual atendiendo a la gravedad de tal ilícito y de acuerdo con Sergio García Ramírez se puede definir a la intervención de comunicaciones de la siguiente manera.

"Comete el delito de intervención de comunicaciones, aquella persona que, valiéndose, de cualquier medio intervenga las conversaciones producidas por medio de un aparato telefónico entre otras con el propósito de obtener un beneficio

personal o en beneficio de un tercero, ó simplemente, para satisfacer su morbo o conocer de los secretos de los sujetos que hablan por medio de éstos aparatos.⁴²

En base a la definición anterior podemos señalar que intervenir significa interponerse, mezclarse o entrometerse, en la comunicación telefónica entre personas con el objeto de obtener datos o saber de algunos secretos que para el intervenido son de suma importancia.

Respecto a lo anterior el Código Penal vigente para el Distrito Federal hasta el momento de escribir estas líneas, ha establecido respecto a las comunicaciones, ya sean escritas o privadas en sus artículos 173 al 177 lo siguiente.

"Artículo 173. Se aplicarán de tres a ciento ochenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad:

- II. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él, y
- III. Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.

⁴² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 1997. p. 201.

"Artículo 174. No se considera que obren delictuosamente los padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad, y los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia, y los cónyuges entre sí."

"Artículo 175. La disposición del artículo 173 no comprende la correspondencia que circule por la estafeta, respecto de la cual se observará lo dispuesto en la legislación postal."

"Artículo 177. A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa."

En coordinación con lo anterior, los artículos 210, 211 y 211 bis del Código Penal vigente establecen lo siguiente:

"Artículo 210. Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto."

"Artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios

profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.”

“Artículo 211-bis. A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.”

Queremos señalar que al momento de escribir estas líneas el Código Penal vigente para el Distrito Federal ha establecido lo que anteriormente hemos venido señalando, pero más aún el Código Penal reformado el 16 de julio del 2002 y que entrará en vigor hasta el 13 de noviembre del año en curso todavía no tipifica de manera directa el espionaje telefónico y habla exclusivamente en su capítulo cuatro de la violación de la comunicación privada, es por ello, que en esencia este delito sigue sin tipificarse.

El legislador en base a lo anterior, ha sido tibio en cuanto a regular el espionaje telefónico se refiere, es por ello que, a efecto de tener una adecuada comprensión del delito en comentario, puntualizaremos lo siguiente.

2.Elementos positivos

Este ilícito tiene diversas características, en principio se le consideran como un medio de agresión a la seguridad de las personas ya sean físicas o morales o en su defecto a la seguridad de un Estado o País.

En lo que a las personas se refiere, la intervención de comunicaciones, se lleva a cabo, para saber las intimidades o datos personales de otra gente con el ánimo de enterarse, ya sea de sus actividades personales, algún secreto profesional o de cualquier otro tipo con el ánimo y ventaja de sacar provecho con tal intervención.

Independientemente de lo anterior el Código Penal para el Distrito Federal, establece en su artículo 167 fracción VI que:

"Artículo 167. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

VI. Al que interrumpiere la comunicación telegráfica o telefónica, alámbrica o inalámbrica, o el servicio de producción o transmisión de alumbrado, gas o energía eléctrica, destruyendo o deteriorando uno o más postes o aisladores, el alambre, una máquina o aparato de un telégrafo, de un teléfono, de una instalación de producción, o de una línea de transmisión de energía eléctrica."

Como podemos ver el Código Penal no tipifica el espionaje telefónico, sino más bien la intervención de comunicaciones es por ello que, en base a lo anterior los elementos positivos del delito son: imputabilidad, conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad.

"**La imputabilidad** es la capacidad de querer y entender dentro del campo del Derecho Penal. De donde se desprende que el sujeto al momento de cometer el

ilícito de espionaje, debe tener tanto la capacidad física como la mental; ello significa que requiere tener cuando menos 18 años de edad y encontrarse en pleno uso de sus facultades mentales.⁴³

Sin lugar a dudas, es fundamental para nuestro delito a estudio, de tal suerte que se requiere el ente capaz mental y biológicamente para cometer el ilícito de espionaje telefónico. Para el caso de que el sujeto activo no reúna la salud mental y la madurez biológica exigida, se presentará la inimputabilidad.

Acciones libres en su causa.

“Las acciones libres en su causa se presentan cuando una persona imputable, es decir, mental y físicamente apta, dolosa o culposamente se pone en un estado de inimputabilidad produciéndose la ejecución del ilícito.”⁴⁴

Esta hipótesis es factible en el delito de intervención de comunicaciones, porque la persona con toda intención se puede colocar en un estado de inimputabilidad. Así, un consumidor de drogas o alguien que ingiera bebidas alcohólicas por su propia decisión, llega a entregar documentos a un gobierno extranjero causando con ello el daño tipificado en las diversas alternativas del artículo 1 ó revelando conversaciones de las personas físicas o morales con el objeto de revelar o vender alguna fórmula o secreto sobre algún bien o producto.

⁴³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 87.

⁴⁴ Ibidem. p. 88.

"La Conducta. Es otro de los elementos positivos del delito y lo podemos definir como el comportamiento humano, positivo o negativo, encaminando a la realización de un propósito."⁴⁵

La conducta constituye el primer elemento básico del delito de espionaje telefónico. Por su propia naturaleza se trata de un ilícito de acción, ya que necesariamente se requiere la actividad del agente, en cualquiera de las modalidades que nos presentan las hipótesis del delito de intervención de comunicaciones para su realización.

En el artículo 167 del Código Penal para el Distrito Federal en su fracción VI se requiere necesariamente la relación o actos de inteligencia, los cuales implican movimientos corporales, ello con la finalidad de guiar a una posible invasión de la privacidad de la persona divulgando interrumpiendo o transmitiendo su conversación sin su consentimiento.

Asimismo el artículo 177 del Código Penal para el Distrito Federal prevé "a quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa." Es decir se busca el movimiento voluntario corporal para la realización de tal conducta lo importante de este artículo y de lo establecido en los numerales 210, 211 y 211 bis del Código Penal para el Distrito Federal se establece que:

⁴⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 161.

Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

Se puede dar un caso de verdadera omisión cuando por no divulgar una conversación telefónica lo consideramos una fórmula de encubrimiento con una sanción específica; se prevé el caso de no informar a las autoridades las actividades o la identidad de un espía. Propiamente no se trata, insistimos, de un ilícito de espionaje telefónico, sino más bien de un caso concreto de encubrimiento, que evidentemente por sus características de peligrosidad conlleva un tratamiento punitivo específico, mismo que va de una pena de 6 meses a 5 años de prisión y multa hasta de 5 mil pesos.

De acuerdo a la conducta podemos hacer la siguiente clasificación.

1. *Acción.

Son de acción aquellos ilícitos, en que el agente de manera indispensable debe realizar movimiento corporales voluntarios, encaminados a la producción del resultado, esto es, el sujeto ejecuta una actividad, produciendo consecuencias en el mundo jurídico.⁴⁶

2. *Omisión.

Podemos decir que la omisión consiste en una conducta desplegada por medio de un no hacer, inactivo, corporal y voluntario, teniendo el deber legal de hacer.

La omisión se divide a su vez en omisión simple y comisión por omisión.

Omisión simple.- Se caracteriza por la inejecución de un mandato legal, es decir, el agente está obligado a realizar determinada acción y no la realiza, originando la infracción, no siendo necesaria la presentación de un resultado material. El tipo se llena con independencia del resultado material.⁴⁷

Comisión por omisión.-En este tipo de ilícitos, además de la inactividad del agente, observada frente al deber de cuidado ordenado en la ley, se requiere la presencia de un resultado material.

⁴⁶ PORTE PETIT. Celsino. Op. Cit. p. 121.

⁴⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 82.

El delito de intervención de comunicaciones es de acción, puesto que para cometerse requiere necesariamente del movimiento por parte del sujeto activo. El sujeto activo realiza movimientos corpóreos para que se pueda configurar el ilícito que nos ocupa.

De acuerdo a los sujetos que intervienen son el sujeto activo y el pasivo, el sujeto activo es quien mediante una conducta, positiva o negativa, realiza un hecho tipificado en la ley como delito. En el caso del delito en estudio el sujeto activo es esencia el que interrumpe la comunicación telegráfica o telefónica alámbrica o inalámbrica sin importar, sea nacional o extranjero.

3. Sujeto pasivo

En la practica del espionaje telefónico el sujeto pasivo puede ser cualquier persona incluyendo entre estos servidores públicos, empresarios, dirigentes y lideres sindicales, entre otros. La persona a quien se le practica sin su consentimiento la intervención telefónica se convierte en sujeto pasivo del delito, esto es clásico entre parejas que, por medio de la intervención o espionaje telefónico pretenden demostrar como prueba plena ante el juzgado correspondiente por medio de ésta intervención, la demostración de que su cónyuge le está siendo infiel aunque en la actualidad, el espionaje o intervención telefónica no hace prueba plena cuando este no haya sido ordena por el Juez correspondiente del caso.

El ofendido, vendrá hacer el que reciente de manera directa el daño ya sea una o varias personas que, con tal delación se vean afectadas.

Objetos del delito.

En cuanto a los objetos del delito estos pueden ser de dos tipos: jurídico y el material.

1. "Objeto jurídico.

Se identifica con el bien jurídicamente tutelado, esto es, aquélla parte esencial a la que el Estado le da seguridad y protección creando un ilícito que lo preserve; en consecuencia, el objeto jurídico en el delito de intervención de comunicaciones será en estricto sentido la privacidad de las personas.

2. Objeto material

El objeto material es el ente sobre quien recae el daño. En ocasiones hay coincidencia entre el objeto jurídico y el material. Precisamente en el delito a estudio se da ese fenómeno; el objeto material será la privacidad de las personas de tal manera que se identifica también con el objeto jurídico.⁴⁸

Lugar y tiempo de la comisión del delito.

Para sancionar a los delitos, hay tres teorías, las cuales son las siguientes:

1. Teoría de la actividad

Esta teoría expresa, que el delito debe sancionarse en donde se realizó la actividad.

⁴⁸ Ibidem. p. 89.

2. Teoría del resultado

Según la cual, se debe castigar el delito en el lugar donde se haya producido el resultado del hecho criminoso.

3. teoría de la ubicuidad

Nos indica que se pueden aplicar ambas teorías (actividad y resultado), pero lo importante es que no deje de sancionarse el ilícito.

De acuerdo al otro elemento positivo del delito, tenemos la **tipicidad** que es la adecuación de la conducta al tipo penal misma que podemos resumir en la fórmula ***nullum crimen sine tipo***.

El tipo penal del delito de Intervención de comunicaciones, está previsto en el artículo 167 fracción VI que textualmente señala:

"Artículo 167. Se impondrá de uno a cinco años de prisión y multa de quinientos a cincuenta mil pesos:

VI. Al que interrumpiere la comunicación telegráfica o telefónica, alámbrica o inalámbrica, o el servicio de producción o transmisión de alumbrado, gas o energía eléctrica, destruyendo o deteriorando uno o más postes o aisladores, el alambre, una máquina o aparato de un telégrafo, de un teléfono, de una instalación de producción, o de una línea de transmisión de energía eléctrica."

"Artículo 177. A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa."

"Artículo 210. Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto."

"Artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial."

"Artículo 211-bis. A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa."

Respecto a la clasificación penal utilizaremos el artículo 167 fracción VI del Código Penal, que es la que con más exactitud se refiere al ilícito de intervención de comunicaciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo anterior se puede resumir que de acuerdo a la reforma del 3 de julio de 1996, se agregaron dos párrafos al artículo 16 Constitucional con el siguiente texto:

"Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la Entidad Federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor."

Las intervenciones autorizadas deberán sujetarse a los requisitos y límites previsto por las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos carecen de todo valor probatorio.

1. "Por su composición:

Los tipos de acuerdo a su composición, pueden ser normales y anormales.

Normales.- Serán normales los tipos penales que contienen exclusivamente elementos objetivos.

Anormales.- Son aquellos que además de tener elementos objetivos se incorporan a ellos aspectos subjetivos.⁴⁹

El ilícito de Intervención de comunicaciones es normal, puesto que en todas sus formas y configuraciones es un tipo conformado por elementos objetivos; de esa suerte no se presentan elementos subjetivos de interpretación.

2. Por su ordenación metodológica:

Los tipos penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.

Fundamentales.- También denominados básicos, son los tipos que tienen plena independencia, formados por una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

Especiales.- Son los tipos penales que contienen en su descripción alguna característica, esto es, al tipo básico se le agrega algún elemento distintivo pero sin existir subordinación.

Complementados.- Son los que para su realización requieren de la ejecución de algún otro tipo penal, carecen de autonomía.⁵⁰

El tipo de Intervención de comunicaciones es fundamental o básico, ya que mantiene plena independencia de cualquier otro ilícito; la conducta delictiva, está

⁴⁹ Ibidem. p. 82.

⁵⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. p. 116.

formada sobre un bien jurídicamente tutelado, sin ninguna errónea, ni supuesta intervención de otro tipo penal.

3. Por su autonomía o su independencia:

En esta clasificación, los delitos pueden ser autónomos, independientes o subordinados.

"Autónomos.- Son aquellos tipos penales que tienen vida propia, no se requiere de la realización de algún otro tipo penal.

Subordinados.- Contrariamente a los autónomos, serán subordinados los que para existir necesitan de la presencia de otro tipo penal."⁵¹

El delito de intervención de comunicaciones es autónomo, en virtud de que tiene vida propia; es decir, para su existencia no necesita de ningún otro tipo penal; así, cuando el agente presenta el delito de espionaje, no requiere para su existencia, de que el mismo agente realice otro ilícito.

4. Por su formulación:

Los tipos pueden ser amplios y casuísticos.

"Amplios.- Serán los tipos que en su descripción no establecen una forma concreta de cometerse o ejecutarse.

⁵¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 217.

Casuístico.- Son los tipos que en su descripción legislativa, precisan los medios concretos por los cuales se puede colmar el tipo penal, mismos que a su vez pueden ser alternativos o acumulativos.

Los *alternativos* son aquellos en donde se plantean dos o más hipótesis, colmándose el tipo con la realización de uno u otro supuesto.

Serán *acumulativos*, los tipos penales que para su tipificación requieren que se den todas las hipótesis planteadas por el legislador, en el tipo.⁵²

El delito de intervención o interrupción de comunicaciones telefónicas es casuístico, ya que el tipo penal previsto en el artículo 167 fracción VI señala maneras específicas para su realización. Lo casuístico es de características alternativas, puesto que se plantean varios supuestos, y basta la ejecución de uno solo de ellos para la tipificación de la conducta ilícita.

Este ilícito, sólo se puede dar interviniendo la conversación telefónica con el propósito de obtener un beneficio para que el lo está cometiendo o para terceras personas.

5. Por el daño que causan:

Los tipos penales pueden ser de lesión o de peligro.

⁵² PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. p. 211.

Lesión.- Son los tipos en donde se requiere de un resultado, por el cual se materializa el daño al bien jurídicamente tutelado.

Peligro.- Son los tipos penales en los cuales no se requiere del resultado material, sino que únicamente se oponga en peligro el bien jurídicamente tutelado.⁵³

El delito de interrupción o intervención telefónica es de mero peligro ya que no necesariamente se requiere del daño.

De acuerdo con los elementos positivos del delito, tenemos la *antijuricidad*, "que es un elemento normativo del delito, mismo que se considera indispensable ya que si una conducta típica no es contraria a derecho se rompe cabal y abiertamente la configuración del ilícito. Por consiguiente, la antijuricidad es considerada como el golpe frontal de la conducta típica, al orden jurídico; esta antijuricidad puede ser material y formal; se estima que existe antijuricidad material cuando existe la convicción de que la conducta tipificada es socialmente dañosa, esto es, que la pena que se impone al delincuente es esencial y fundamental para la sociedad."⁵⁴

Se considerará que hay antijuricidad formal, cuando exclusivamente se esté violando una norma establecida.

En el caso del delito de interrupción telefónica se presentan tanto la antijuricidad material como la formal, entendida esta última como la simple violación de una norma estatal, sin que sea relevante que la sociedad la repudie o no.

⁵³ *Ibidem*, p. 212.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 213.

Culpabilidad

"La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto. Para muchos autores la culpabilidad es la base de sustentación de la Teoría del Delito; ello al margen de las diversas corrientes que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la propia culpabilidad."⁵⁵

a) Dolo

"El dolo es la plena voluntad del agente para que se realice la conducta ilícita; se divide en cuatro tipos: directo, indirecto, eventual e indeterminado."⁵⁶

En nuestro delito a estudio, sólo se admite la culpabilidad dolosa, esto es, aquélla en la que el sujeto tiene la plena intención de cometer el delito de tal suerte que no se aceptan ni la culpa ni la preterintencionalidad.

Respecto al dolo, a nuestro juicio pueden darse todos sus tipos.

Dolo directo

"El dolo directo constituye la manera más neutral de presentarse el espionaje y consiste en la realización de una conducta por parte del extranjero, descrita en el artículo 127; o del mexicano en el caso del artículo 128, que vaya exactamente encaminada a causar un perjuicio a la Nación mexicana, en su bien jurídicamente

⁵⁵ LÓPEZ BETANCOURT. Eduardo. Teoría del Delito. Op. Cit. p. 75.

⁵⁶ *Ibidem.* p. 91.

tutelado como lo es la Soberanía; en el dolo directo el objetivo del sujeto activo se cumple exactamente.⁵⁷

Dolo indirecto

El dolo indirecto por el cual se ejecuta una conducta ilícita, en la que el sujeto no tiene un interés primordial por la misma, pero sabe que necesariamente se efectuará para lograr su fin principal. Este sería el caso en que un sujeto con la idea de obtener dinero, debe realizar actos de espionaje para ese fin, e inclusive estaría dispuesto a obtenerlo por otros eventos; mediante la extorsión realiza actividades de espionaje telefónico para ese fin, e inclusive estaría dispuesto a obtenerlo por otros eventos; mediante la extorsión realiza actividades de espionaje como una idea colateral, siendo su fin primordial la obtención ilícita de un dinero, con lo cual el espionaje se estará cometiendo por dolo indirecto.

Dolo eventual

Este tipo de dolo se da cuando el agente para obtener su fin, sabe que probablemente se presenten otros resultados delictivos. Para ejemplificar este dolo, sería el caso de que un extranjero al pretender introducir drogas a México y con esa idea primordial (dolo directo) sabe que probablemente al enviar a sus cómplices información sobre las instalaciones telefónicas.

⁵⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito. Op. Cit. p. 117.

Dolo indeterminado

Por lo que hace al dolo indeterminado, es donde hay una intención genérica de delinquir; con mayor claridad se evidencia en el delito de intervención telefónica, ya que un extranjero con tal de causarle un daño irreparable a México, entre otras conductas delictivas pasa información a un gobierno extranjero, con lo cual pueden producirse actos de espionaje telefónico, de terrorismo, de conspiración, etc.; de esta manera es evidente por parte del sujeto activo, que su intención no sólo es el espionaje, sino la interrupción e intervención de las líneas telefónicas que causen un daño irreparable a la sociedad en general y a la persona en su privacidad.

Culpa

La realización de un ilícito por culpa, se da el agente carece de la intención para su comisión, y más bien se presenta, debido a la negligencia, imprudencia, impericia o torpeza del sujeto activo.

Como ya lo comentamos, en el delito de interrupción telefónica no se presenta la culpa porque es eminentemente doloso.

Las condiciones objetivas de punibilidad

Se definen como aquéllas circunstancias o requisitos establecidos en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan es imposible se configure el ilícito.

Con mucha claridad, Ernest Beling define a las condiciones objetivas de punibilidad, como "ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal, para la imposición

de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuricidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad.⁵⁸

Las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos básicos del delito y aunque entrañan una indudable relación con requisitos procesales y suelen en ocasiones confundirse con ellos, es claro que las condiciones objetivas de punibilidad, más que para ver la procedencia o posibilidad de aplicar una pena, son circunstancias que si no se dan, retardan la exacta configuración del ilícito; en cambio las condiciones procesales no son de fondo ni de esencia, son más bien formales o simplemente dilatorias.

Una condición objetiva de punibilidad será la previa declaración de quiebra para que se pueda configurar el ilícito de quiebra fraudulenta; en cambio un requisito procesal sería el desafuero de un funcionario público. La condición objetiva es de fondo, la declaración de quiebra es imprescindible, más no así el desafuero de un funcionario que es de forma, puesto que esta tardará más o menos tiempo en otorgarse pero deberá otorgarse, en cambio, la condición objetiva de punibilidad puede o no presentarse dependiendo de los elementos valorativos que se tengan.

En caso del delito de interrupción telefónica no se presenta ninguna condición objetiva de punibilidad. Por esta misma razón, resulta infructuoso referirnos a la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad en el caso del delito a estudio.

⁵⁸ BELING, Ernest. Op. Cit. p. 119.

"Por sistema se ha señalado que la punibilidad qué es un elemento secundario del delito, pero no por ello deja de ser importante y por supuesto relevante; la punición que es el merecimiento de una pena, implica sin lugar a dudas, la razón misma del delito; sería absurdo el de que los delitos existieran para mantener la paz social si no conllevaran la imprescindible sanción, empero, esta sanción que opera casi siempre, puede por voluntad del creador de la ley no imponerse en algunos casos, que son de excepción, el creador de la ley prefiere no castigar por que así conviene a un interés de mayor jerarquía; tal es el caso de no sancionar a quien robe algo sin violencia, lo restituya espontáneamente y pague los daños y perjuicios si el objeto de lo robado es de insignificante o de modesta monta (doctrinariamente se le denomina a este hecho excusa en razón de la mínima temibilidad).⁵⁹

Con lo anterior queremos dejar por sentado que el hecho de que la punibilidad no sea un elemento básico del delito, no significa que sea irrelevante. A mayor abundamiento de nuestro punto de vista, insertaremos las opiniones sobre el tema de Pavón Vasconcelos, Guillermo Sauer y Celestino Porte Petit, de la siguiente manera:

Vasconcelos expresa que la punibilidad es "la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."⁶⁰

⁵⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del delito. Op. Cit. p. 179.

⁶⁰ PAVÓN APARICIO, Manuel. Ensayo sobre la integración de la ley penal. 2ª edición, Edit. Jus, México, 1999. p. 127.

Sauer nos dice: "es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del derecho."⁶¹

Porte Petit indica: "para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7 del Código Penal que define al delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal nulla poena sine lege, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 Constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales.

Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absoluta, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7 del Código Penal."⁶²

Con lo anterior, quedaron demostrados y explicados los elementos positivos del delito, razón por la cual a continuación, exponemos lo relacionado a los aspectos negativos del delito en lo que al delito de espionaje telefónico se refiere.

⁶¹ SABER, Guillermo. Derecho Penal. 4ª edición, Edit. Bosch, España, 1999. p. 117.

⁶² PORTE PETIT, Celestino. Op. Cit. p. 99.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.- Elementos negativos

Así como el elemento positivo del delito es la imputabilidad, el aspecto negativo es la ***inimputabilidad*** misma que definimos "como la falta de capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal."⁶³

Tal y como apuntaremos, en el caso concreto de la interrupción telefónica consiste en que el sujeto que lo realice, carezca de la capacidad mental requerida o de la madurez biológica indispensable para ser considerada como un sujeto pleno, en la comisión del espionaje.

Inmadurez mental

Es evidente que los menores de edad pueden cometer el delito de interrupción telefónica, más aún cuando esa minoría es relativa como puede ser en el caso de un joven de 17 años de edad, el cual goza de una capacidad mental suficiente para entender y querer su conducta ilícita; lo que en su caso sucede es que por política criminal el Estado mexicano, en el ámbito federal ha dispuesto que son mayores de edad los individuos con 18 años cumplidos; en el caso del joven de 17 años sería una aberración jurídica considerarlo inimputable. Más bien en este supuesto, el menor de edad está sujeto a un régimen distinto, se le aplican leyes diversas de la destinada a los adultos, pero no por ello, se deja de sancionar a los menores de edad; por

⁶³ *Ibidem*, p. 119.

consiguiente, es un absurdo calificar de inimputabilidades a todos los menores de edad.

Los casos de excepción a nuestra anterior reflexión, lo constituyen los infantes, por ejemplo, un niño de 6 o 7 años, su misma inmadurez biológica le impide comprender la dimensión del problema delictivo, y en este caso esa inmadurez biológica es un impedimento para considerarlo imputable en el delito de interrupción telefónica.

De la anterior manera, la inimputabilidad referida a los menores de edad tiene dos enfoques, uno cuando los menores de edad sí entienden y quieren, y otro en que es la verdadera causa de inimputabilidad, cuando presentan una absoluta inmadurez biológica.

Miedo grave

“El miedo grave que constantemente se confunde con el temor fundado es la circunstancia en la que el sujeto activo, por causas eminentemente subjetivas internas ha perdido la capacidad de querer y de entender, con lo cual se debe necesariamente marginar de la aplicación de nuestras normas jurídicas. Es bien cierto y entendido, que al ser eminentemente subjetivo el miedo grave para decretarse en el caso del delito de espionaje telefónico, tiene que ser producto y consecuencia de peritajes profundos y serios que se le aplican al sujeto activo para estar debidamente convencidos de que su conducta se originó por un estado de

inimputabilidad, que impedirá obviamente la aplicación de la norma al agente involucrado.⁶⁴

Como lo vimos en su momento la conducta, es el elemento positivo del delito, y la **ausencia de conducta** es el aspecto negativo.

Tradicionalmente se han contemplado tres formas para considerar el aspecto negativo de la conducta: la fuerza mayor, la fuerza física superior e irresistible y los movimientos reflejos. Ninguna de las tres puede teóricamente considerarse válida para anular al delito de espionaje.

a) fuerza mayor

La fuerza mayor, entendida como la originada en el ámbito de la naturaleza, la cual pudiese obligar al sujeto activo para violentar su voluntad de cometer el ilícito de espionaje telefónico, resulta prácticamente imposible, esto es, verdaderamente inadmisibles considerar que un medio provocado en el ámbito de la naturaleza como pudiera ser un huracán, terremoto o algo semejante, obligará a alguien para intervenir una llamada telefónica, ya que es evidente el requerimiento doloso, intencional, del propio sujeto activo.

b) Fuerza física superior e irresistible

Por lo que hace a la fuerza física superior e irresistible, que es la que opera y violenta al activo, tampoco resulta entendible que pueda alguien actuar bajo esa

⁶⁴ FRANCO SODI, Carlos. Historia, Anatomía y Diagnóstico de un delito. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2000. p. 215.

presión para cometer el ilícito de interrupción telefónica. Insistimos en que es a todas luces inoperante, que un individuo provoque mediante una fuerza superior e irresistible que otro, este último extranjero, cause alguna de las múltiples opciones que están contempladas en el ámbito del delito de espionaje telefónico.

c) Movimientos reflejos

En lo referente a los movimientos reflejos, aquellos que son consecuencia y resultado de efectos materializables del sistema nervioso, y, por los cuales sea factible cometer un ilícito, es evidente su absoluta imposibilidad para que puedan operar en el delito que nos ocupa. En buena medida, ratificaríamos que la intención dolosa absorbería la conducta realizada por el sujeto y sería la base de la existencia del ilícito de espionaje telefónico, y por lo tanto resulta prácticamente imposible que opere un movimiento reflejo como conducta ajena a la voluntad del activo y pudiese configurarse al delito de interrupción telefónica.

"Algunos autores, incorporan al hipnotismo, sonambulismo y sueño como formas de ausencia de conducta. Para los más, son evidentemente causas de inimputabilidad; en cualquiera de los dos casos, sin lugar a dudas el hipnotismo y el sonambulismo sí pueden ser utilizados para que en contra de la voluntad del activo, éste cometa el ilícito de interrupción o intervención telefónica."⁶⁵

⁶⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XV. 20ª edición, Edit. Dris-Kill. Argentina, 1998. p. 104.

d) Hipnotismo

El hipnotismo consiste en el estado de letargo en que se coloca un activo, bajo la influencia de un tercero; indudablemente puede operar para la comisión del delito de interrupción o intervención telefónica. Esto no sería factible si ese mismo sujeto activo, por propia voluntad decidiese colocarse bajo un estado hipnótico; en ese caso tendríamos frente a una acción libre en su causa.

e) Sonambulismo

Por lo que hace al sonambulismo, enfermedad propia del sistema nervioso, es procedente admitir que en ese estado de inconsciencia, un sujeto activo lleve a cabo alguna de las conductas descritas para la comisión de la intervención o interrupción telefónica.

f) Sueño

Por último, el sueño que consiste en el estado de subconciencia indispensable para la vida humana, en el que el individuo permanece totalmente inactivo o por lo menos carente de los movimientos requeridos para la comisión del delito que nos ocupa, es totalmente imposible que pueda operar razón por la cual para la comisión de este delito es necesario e indispensable que el agente ejecutor se encuentre despierto de lo contrario no se puede llevar a cabo tal ejecución.

Siguiendo con nuestra exposición, diremos que la tipicidad es el elemento positivo del delito, y la **atipicidad** el elemento negativo, de ésta forma podemos

decir que tanto la atipicidad como la ausencia de tipo, mantienen una cercana relación, pero es evidente que existe una clara diferencia en ambas; la ausencia de tipo es la falta de la descripción legislativa, esto es, cuando no ha sido creada para alguna conducta determinada, la figura delictiva del caso.

Por su parte, la atipicidad es cuando existiendo un tipo penal, la conducta desplegada por el activo no se encuadra a lo descrito precisamente en la regla aprobada por el legislador.

En el caso del delito de interrupción o intervención telefónica, el tipo está previsto en los artículos 167 fracción VI, 177, 210, 211 y 211-bis del Código Penal para el Distrito Federal, por lo tanto, no puede presentarse la ausencia de tipo, por el contrario la atipicidad, o sea, la falta de adecuación de la conducta desplegada al tipo de espionaje telefónico, si se puede presentar; de esta manera en el delito a estudio se pueden dar las siguientes causas de atipicidad:

Por falta de calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo sería el caso del Artículo 177 del Código Penal para el Distrito Federal cuando el que intervenga las comunicaciones privadas lo haga por mandato Judicial de autoridad competente.

También se presentará esta misma causa de atipicidad de acuerdo a lo ordenado en el artículo 211 del Código Penal para el Distrito Federal cuando esté cumpliendo con su deber profesional o técnico o por funcionario o empleado público.

Ausencia del objeto material o Jurídico

El objeto materia lo constituye la privacidad de las personas, la seguridad de estas y de esta manera se identifica con el objeto jurídico. Así si no existe el objeto material o jurídico esto es, que la agresión, interrupción o intervención telefónica no vaya encaminado contra la privacidad y seguridad de las personas, no se presentará una tipificación del hecho, y si por el contrario hay una plena atipicidad.

Por falta de medios específicamente señalados en la ley

En el caso del delito de interrupción o intervención telefónica se consideran como medios para cometerlo diversas hipótesis entre ellas "al que interrumpiera la comunicación telefónica", "al que intervenga comunicaciones privadas sin mandato judicial revele algún secreto o comunicación", "al que divulgue o utilice indebidamente en perjuicio de otro información."

Es indudable que hay otros medios comisivos previsto en los artículos 167 fracción VI, 177, 211 y 211-bis.

El otro aspecto negativo del delito son ***las causas de justificación*** mismas que, "las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad. Para tratar las causas de justificación existen dos formas: la de considerar la conducta delictiva, bien dentro de el cumplimiento de un deber, o bien en el ejercicio de un derecho.

Esta forma bipartita de concebir las causas de justificación se debe a que todas las tradicionales operan, ya sea porque se ejercita un derecho, o porque se cumple con un deber.⁶⁶

De las tradicionales formas de causas de justificación, en el caso del delito de interrupción o intervención telefónica, sólo se admite actualmente, el Estado de Necesidad, que consiste en el sacrificio de un bien jurídico de menor valía, para salvaguardar uno de mayor valía.

El estado de necesidad no debe confundirse con la legítima defensa, a este respecto el Poder Judicial de la Federación ha sido claro al manifestar:

"El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente."⁶⁷

El estado de necesidad es una excluyente destacada, con la cual ante la imposibilidad de salvaguardar dos bienes jurídicamente tutelados, se sacrifica el de menor valía así, para salvaguardar una vida, se comete el delito de interrupción o intervención telefónica en este caso operará sin lugar a dudas la causa de justificación aquí reseñada.

⁶⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Op. Cit. p. 118.

⁶⁷ Semanario Judicial de la Federación, T. XLI. Sexta época, segunda parte, México, 1989. p. 31.

"Otra causa de justificación que es muy clara y se presenta en la interrupción o intervención telefónica, es la Obediencia Jerárquica, pero en forma por demás incomprensible, el Derecho Penal Mexicano proscribió el 10 de enero de 1994 esta forma excluyente de responsabilidad; pero ello no impide que teóricamente persista la plena seguridad de que la obediencia jerárquica sí opera como causa de justificación, ya que es evidente que cuando un superior, sobre el cual, el inferior no tenga poder de supervisión de las obras que dicta, dicho inferior estará imposibilitado para defender sus intereses."⁶⁸

Respecto a las demás causas de justificación como lo son el ejercicio de un derecho, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo, definitivamente no operan en el delito de espionaje. Por cierto que el impedimento legítimo al igual que la obediencia jerárquica, fue eliminado como causa de justificación en el Derecho Penal Mexicano, desde el 10 de enero de 1994, lo cual sin lugar a dudas nos parece una situación absurda y equivocada, la cual necesariamente en un futuro próximo deberá corregirse.

Inculpabilidad

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. Cuando se presenta elimina la configuración del ilícito; esto es, hay ausencia de nexo causal y emocional, que una al autor de la conducta con el acto o hecho delictivo.

⁶⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 261.

Doctrinariamente se consideran cuatro las causas de inculpabilidad:

- 2) "Error esencial de hecho invencible;
- 3) La no exigibilidad de otra conducta;
- 4) Caso fortuito;
- 5) Temor fundado.⁶⁹

A nuestro juicio, las cuatro formas de inculpabilidad pueden presentarse en el delito de espionaje telefónico.

a) Error esencial de hecho invencible

Consiste en aquéllas circunstancias que impiden de manera absoluta e inevitable que el agente conozca la realidad del hecho delictivo que comete; esta forma de inculpabilidad, atenta contra el factor intelectual. Del sujeto, ya que él cree haber actuado bajo los beneficios de una causa de justificación y lo que en realidad ha sucedido es que se encuentra equivocado; de esta manera, tiene una falsa apreciación de esa realidad.

Para ejemplificar en el caso del delito de interrupción o intervención telefónica es cuando un sujeto esté pasando información a otro por que cuenta con tales indicaciones por parte de los sujetos que lo contrataron y estos le dijeron que era por medio de mandato judicial sin que exista tal. En síntesis la persona ejecutante cree estar actuando bajo el beneficio del cumplimiento del deber.

⁶⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 270.

No exigibilidad de otra conducta

Es aquélla que se define como la coacción sobre la voluntad del agente, que opera estando en juego sentimientos afectivos de tal naturaleza, que obligan a dicho agente a actuar de manera ilícita. Es el caso del amor que entre sí se deben los familiares y que por ello les impide de manera supra-legal cumplir con sus obligaciones jurídicas; el caso más palpable de ello lo constituye el no denunciar por actividades ilícitas a los familiares o amigos.

El delito de interrupción o intervención telefónica contempla en el artículo 129 la obligación de denunciar las actividades de espionaje y de informar la identidad del espía; no obstante, si se tratara de una persona a la cual el agente le guarda afecto y cariño, es evidente que es un motivo suficiente, para no responsabilizarla a dicho agente por la comisión de este ilícito.

Caso fortuito

"El caso fortuito es lo que en realidad vendría a ser el verdadero accidente, esto es, cuando a pesar de que el agente haya tomado todas las providencias, el hecho delictivo se presenta; empero, en realidad el propio agente no tiene responsabilidad sobre ello, y en sí constituye el riesgo, por el cual no puede ni debe ser sancionado dicho agente."⁷⁰

En el caso de la interrupción o intervención telefónica, sin lugar a dudas, se presenta el caso fortuito, mismo que podríamos ejemplificar de la siguiente manera:

⁷⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. p. 197.

un extranjero, contratado por el gobierno mexicano para pasar mensajes a otro gobierno amigo; tales mensajes, aún habiendo tomado todas las precauciones del caso, son interceptados por un distinto gobierno extranjero que los utiliza para una invasión al territorio nacional. En este caso la conducta del agente no puede considerarse de ninguna manera ilícita.

Temor fundado

Al referirnos al miedo grave, en el punto referente a la inimputabilidad, expresamos que con frecuencia se confundía con el temor fundado; al respecto precisamos que el miedo grave es una circunstancia eminentemente subjetiva que nace y se desarrolla en el interior del sujeto, a diferencia del temor fundado que opera por circunstancias externas al sujeto, y que son evidentes, palpables y comprobables, sin necesidad de un especial conocimiento por parte de un técnico especializado, como sí se requeriría en el caso del miedo grave (por ejemplo un psiquiatra). Definitivamente en el delito de extorsión sí puede presentarse el temor fundado; esto es, cuando un agente tenga la plena convicción o seguridad y existan los elementos objetivos del caso de que si no comete el ilícito de interrupción o intervención telefónica, pierde la vida, es evidente que no habrá responsabilidad por parte del sujeto activo.

Excusas absolutorias, son aquéllas que conforman el aspecto negativo del delito las cuales como de alguna manera las hemos ya referido, implican disposiciones del creador de la ley para casos específicos, donde habiéndose

cometido el ilícito en base a una política criminal, tal conducta delictiva no se penaliza; es menester que las excusas absolutorias sean mencionadas en el texto de la ley y en el caso concreto del delito de interrupción o intervención telefónica no se contempla ninguna.

Para reafirmar lo anterior, es importante señalar los aspectos colaterales del delito, ya que "la vida del delito se denomina también el "iter criminis", el cual comienza como un proceso psíquico que tiende a transformarse en una conducta delictiva.

El "iter criminis" es el camino recorrido por el delito, el cual comprende desde la ideación del mismo en la mente del agente, hasta su ejecución."⁷¹

La fase interna es la que se produce en la psique del agente, por lo tanto, esta fase no es castigada en nuestro derecho positivo mexicano.

Esta fase, dentro de la vida del delito, a su vez se divide en tres etapas: Idea criminosa; Deliberación y Resolución.

La Idea Criminosa se produce en la psique del sujeto, y se concibe como la sola representación del delito en la mente del agente.

Una vez que el agente ha concebido la idea de delinquir, surge la deliberación, la cual consiste en que el sujeto realiza un análisis de la realización de su conducta delictiva, es decir, toma en consideración tanto el lado bueno como el malo, examina

⁷¹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. Cit. p. 216.

los beneficios o perjuicios que le acarreará su conducta. Es la fase donde el sujeto decide o no, perpetrar la acción criminal.

Resolución

En esta fase es cuando una vez que el sujeto ha pensado su conducta delictiva, decide cometerla, aunque todavía no se manifiesta exteriormente.

Fase externa

Esta fase sí tiene relevancia en el derecho penal, puesto que el sujeto exterioriza su resolución de delinquir, realizando actividades encaminadas a la preparación del hecho criminal.

Esta fase también se divide en tres etapas: Comunicación o exteriorización; Preparación y Ejecución.

Comunicación o exteriorización

En esta etapa ocurre que el individuo comunica su pensamiento criminal, da a conocer a los demás, por medio de la palabra, la idea criminal que ya se encontraba en su mente.

Preparación

Después de la exteriorización de la idea criminal, el agente prosigue con la preparación del acto delictivo, buscando los medios o las condiciones adecuadas para cometer el delito de interrupción o intervención telefónica.

Ejecución

"Esta es la última etapa del "iter criminis", en esta etapa el sujeto ya tiene la voluntad consciente de realizar actos de espionaje. Es un acto unívoco e idóneo; unívoco puesto que la intención de cometer el ilícito se distingue sin equivocación e idóneo porque es conveniente y adecuado para llenar la descripción legislativa."⁷²

En el caso de la interrupción o intervención telefónica se presenta tanto su fase interna como externa, ya que al ser de naturaleza dolosa, el agente ha concebido al ilícito y es claro que ha pasado por todo el proceso hasta llegar a su ejecución, la cual puede concluir en una consumación o en una tentativa.

La tentativa es cuando por causas ajenas al sujeto o por alguna omisión en cuanto a los medios de ejecución, el ilícito no se consuma; esto es, no llega a realizarse la descripción legislativa en su totalidad, más sí se expone la idea del sujeto en cuanto a la consumación del ilícito.

El Poder Judicial de la Federación ha manifestado lo siguiente:

"Tentativa de delito. No existe en la legislación el delito de tentativa, supuesto que ésta no constituye delito por sí sino en doctrina y legalmente es un grado del proceso externo del iter criminis, como acto de ejecución; es cierto que en determinadas ocasiones, por excepción, la forma externa del ilícito integra delito

⁷² CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op. Cit. p. 218.

autónomo (amenazas e hipótesis de traición a la patria, espionaje telefónico, rebelión, sedición, etc.), en que los actos de pura manifestación del propósito son punibles, pero en general, la ejecución de hechos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causa ajena a la voluntad del agente, constituyen grados del mismo.⁷³

Tentativa Acabada

Este tipo de tentativa la concebimos cuando el agente realiza todos los actos necesarios para ejecutar el ilícito, pero en nuestro delito en estudio no puede ser realizado por medio de tentativa sino que forzosamente debe ser consumado para que este se realice. De otra forma la tentativa no existe como delito puesto que no lo constituye y solo existe en la doctrina.

Tentativa inacabada

En esta clase de tentativa, ocurre que el sujeto al realizar la preparación de todos los medios de ejecución del delito, omite alguno, realizando esta omisión sin su voluntad, ya que ésta se encuentra en el sentido de realizar el ilícito, empero, el delito no se comete.

El autor material lo será cualquier persona, la cua ejecuta directamente el acto de espionaje.

⁷³ Semanario Judicial de la Federación. Op. Cit. p. 378.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En nuestro Código Penal Federal se define en el artículo 13 de la siguiente manera:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

IV. Los que lo realicen por sí."

Coautor

Lo será cualquier persona quien actúa en la misma proporción que el autor material, esto es, quien también ejecuta el acto de interrupción o intervención telefónica..

En nuestra Legislación Penal Federal, se estipula lo siguiente:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

III. Los que lo realicen conjuntamente."

Autor intelectual

En este supuesto, lo será quien instiga a otra persona, para que esta segunda cometa el acto de interrupción o intervención telefónica.

En nuestro Código Penal Federal se especifica:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito;

V Los que determinan dolosamente a otro a cometerlo."

Autor mediato

Este lo será, quien acude a un tercero extraño, al cual utiliza para que realice algún acto de interrupción o intervención telefónica.

En el Código Penal Federal se establece:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito;

IV.- Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro."

Cómplice

El cómplice es la persona que ejecuta acciones secundarias, pudiendo participar moralmente, instruyendo al autor material, o bien, ofreciendo su ayuda para que quede impune aquél acto de interrupción o intervención telefónica.

El cómplice se especifica en el artículo 13 de nuestro Código Penal, de la siguiente manera:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión."

Encubridor

El encubridor es quien oculta a la persona que ha cometido el acto de interrupción o intervención telefónica.

Este tipo de participación la encontramos prevista en el artículo 13 de nuestra Ley Penal Federal que a la letra dice:

"Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilie al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y"

El concurso ideal, consiste en que el agente del delito, con una sola conducta infringe dos o más disposiciones penales.

Un ejemplo puede ser, que al hacer llegar la información a un gobierno extranjero, en dicha información también vaya implícita la fórmula de un producto protegido por la Ley de la Propiedad Industrial.

Material

El concurso material, asimismo, denominado real, se presenta cuando el agente con diversas conductas comete distintos ilícitos.

Se podría dar el caso de que junto con el informe que se anexa se hayan realizado ilícitos colaterales como falsificación de documentos, alteración de ellos, etc.

Material

En la acumulación material simplemente se sumarán todas las penas correspondientes cada uno de los ilícitos cometidos, y el total es el que se aplica al delincuente.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Absorción

Este sistema consiste en que el delito mayor absorbe las penas de los demás delitos cometidos, imponiéndose sólo la pena correspondiente al ilícito mayor.

Acumulación jurídica

En este sistema, a la pena que corresponde al delito mayor se suman proporcionalmente las penas de los otros delitos cometidos, siempre tratando de que no sea exagerada la penalización, debiendo ser ésta justa y adecuada, tomando en cuenta todos los factores que influyeron en la ejecución del ilícito.

4.- clasificación

Como lo señalamos en su momento la clasificación del delito obedece a lo siguiente:

En función de su gravedad.

La interrupción o intervención telefónica es un ilícito, la característica de falta es inaceptable, puesto que este delito se analiza y se resuelve en los ámbitos del Poder Judicial Federal, mismo que en el ámbito penal, sólo conoce de delitos.

En orden a la conducta del agente

La omisión no se presenta en el delito de interrupción o intervención telefónico en ninguna de sus tres formas, esto es, por omisión simple o comisión por omisión.

Por el resultado

De esta manera, si el delito se puede configurar en una sola hipótesis sin requerirse el cambio material externo, todo el ilícito será de naturaleza formal en orden al resultado.

Por el daño que causa

Es eminentemente de lesión, ya que al efectuarse se presenta una disminución al bien jurídicamente tutelado, esto es, a la Privacidad de las Personas; donde se haya sobre entendida una garantía individual, aceptándose sin discusión el derecho a la intimidad.

Con esta salvedad y excepción, en las demás hipótesis consideramos se trata de un delito de lesión.

Por su duración

El delito de interrupción o intervención telefónica tiene una naturaleza que nos hace considerar la necesaria prolongación del mismo en el tiempo, de tal suerte que un espía realiza sus actos ilícitos durante un tiempo determinado y de ahí que podría presentarse el ilícito de permanencia o permanente; empero, del análisis de sus hipótesis consagradas en el Código Penal Federal, concluimos se trata de un delito instantáneo, puesto que es factible se configure con una acción única que se presenta en un solo momento.

Por el elemento interno

El ilícito que nos ocupa, por el elemento interno es eminentemente doloso, es decir, es implícita en la comisión del delito de interrupción o intervención telefónica la voluntad por parte del sujeto activo para delinquir.

Por lo tanto, descartamos de manera clara y evidente la posibilidad de que pueda cometerse este ilícito por imprudencia o negligencia; tampoco se admite la preterintencionalidad.

En función a su estructura

El ilícito de interrupción o intervención telefónica es simple, en virtud de que causa una sola lesión jurídica referente a un bien jurídico tutelado, único, como lo es la Privacidad de las Personas.

En relación al número de actos integrantes de la acción típica

"Este tipo de clasificaciones es bipartita. Por un lado los delitos unisubsistentes y por otro los plurisubsistentes.

Los unisubsistentes son definidos como aquellos en que sólo se requiere un acto para su tipificación, siendo ocioso el considerar varios eventos como indispensables para configurarse."⁷⁴

⁷⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p. 198.

Por lo contrario, los plurisubsistentes de acuerdo a su tipificación, reclaman dos o más acciones para su realización, de tal suerte que el mismo tipo precisa cual es el mínimo de eventos indispensables para configurarse.

El delito de interrupción o intervención telefónica se le puede clasificar como unisubsistente, porque basta un único evento como lo es la entrega de la información del teléfono intervenido o interrumpido a otra persona o asimismo para obtener un beneficio.

En relación al número de sujetos que intervienen en el hecho típico

Además del análisis específico sobre este tema del delito de interrupción o intervención telefónica, la misma naturaleza del ilícito nos indica que se trata, por el número de personas que intervienen en el mismo, de un delito unisubjetivo, esto es, donde basta la intervención de una sola persona para cometerse.

En efecto, la actividad de interrupción o intervención telefónica, generalmente la realiza un solo individuo que forme parte de una red, donde la colaboración y las actividades secretas resultan indispensables; por consiguiente, al margen de todas las hipótesis de los artículos 167 fracción VI, 177, 210, 211 y 211-Bis, insistimos que por naturaleza el delito en comentario es unisubjetivo.

Por su forma de persecución

Los delitos son de oficio y de querrela; los primeros son aquellos en que el Ministerio Público actúa obligadamente sin que tenga relevancia la opinión de la víctima.

Por lo contrario, en los ilícitos de querrela lo que pone en movimiento la acción persecutora es precisamente la decisión y resolución de la víctima, sólo opera la persecución de estos delitos cuando así lo indica la parte afectada, que técnicamente la conocemos como el sujeto pasivo.

El delito de interrupción o intervención telefónica que nos ocupa es un ilícito de oficio, donde la voluntad del sujeto pasivo en este caso la Nación mexicana, resulta irrelevante.

En función de su materia

De acuerdo a nuestra organización política los delitos se clasifican en tres grupos: ilícitos federales, comunes y militares.

Los ilícitos federales, son aquellos que se contienen en ordenamientos aplicables en todo el territorio nacional.

El delito de interrupción o intervención telefónica se encuentra descrito y regulado en el Código Penal Federal, de aplicación nacional, por lo tanto es un ilícito federal.

Clasificación legal

Esta clasificación se basa de acuerdo al lugar donde se encuentra ubicado el ilícito a estudio. Es interrupción o intervención telefónica, está contenida en el Título

V "Delitos en materia de vías comunicación y de correspondencia" del Capítulo I "Ataques a las vías de comunicación y de correspondencia del Código Penal Federal.

De lo anterior podemos deducir que el artículo 167 del Código Penal Para el Distrito Federal no regula de manera directa lo referido al espionaje telefónico sino más bien la intervención de la comunicación telegráfica o telefónica alámbrica o inalámbrica sin que se señale el concepto de espionaje telefónico, razón por la cual consideramos que tal artículo en su fracción VI debe especificar, de manera clara y concreta el delito de espionaje telefónico, sus formas de comisión causas de responsabilidad y excluyentes de la misma para que en su momento el legislador y las partes contendientes en un proceso no tengan duda en la sanción, medios de impugnación y formas de evadir tal responsabilidad.

El nuevo Código Penal que entrará en vigor el 13 de noviembre del 2002, establece en su artículo 334 respecto de la violación de la comunicación lo siguiente: "A quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de cien a mil días de multa.

A quien revele, divulgue (sic) utilice indebidamente, o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a mil días de multa."

Respecto a lo anterior, podemos decir que el nuevo Código sigue sin regular el delito de espionaje telefónico como tal e inclusive sigue sin precisar las formas de intervención, tipos de ésta y el daño que causa para el caso de una mayor penalidad.

CAPÍTULO 4

EL DELITO DE ESPIONAJE TELEFÓNICO

En la actualidad la Comisión del delito de espionaje telefónico, se está llevando a cabo de manera frecuente, no sólo para descubrir a delincuentes, sino para acceder a cualquier tipo de información de personas que tienen relevancia, dentro del ámbito político, social y empresarial de nuestro país muchas de las veces tratando con esto de alterar el orden jurídico social y moral de estas, es por ello que con este estudio pretendo demostrar la inconstitucionalidad de ésta práctica, para poder contribuir aunque sea modestamente en el combate contra la delincuencia y en una mejor regulación de este delito.

La falta de respeto al derecho de los ciudadanos a la vida privada, se extiende por toda la sociedad. Esa ha sido una de las causas para que nuestro país, el propio Gobierno o distintas fuerzas políticas y/o económicas practiquen la interceptación telefónica.

En la actualidad la intervención de las conversaciones telefónicas está cobrando relevancia en varios sectores de nuestra sociedad, sobre todo a aquellas personas que les afecta directamente. A diferencia de lo que a veces se piensa las leyes castigan esa interceptación e incluso, la publicación de conversaciones que hayan sido grabadas clandestinamente, aunque tal castigo no sea lo suficiente desde nuestro particular punto de vista para tratar de prevenir y erradicar tal actividad.

Quizá nuestra legislación no es tan actual como se pudiera, o como sucede en otros países. Pero sin lugar a dudas, en México la intervención telefónica sólo puede realizarse, sin que sea un delito, con autorización de un juez y con destinatarios y plazos específicos. Cualquier espionaje al margen de esas consideraciones amerita, según las leyes, sanciones de cárcel y pecuniarias. Para tener una mejor idea sobre este delito será oportuno puntualizar lo siguiente.

1. Concepto

Según Sergio García Ramírez "el espionaje telefónico es la intervención ilegal que hace una persona, por medio de aparato electrónicos para interferir la comunicación de otra ya sea persona física o moral con la intención de saber lo que el intervenido habla, o para revelar algún secreto para producir algo."⁷⁵

Siguiendo con nuestra exposición, tomando en cuenta lo antes anotado, consideramos que de acuerdo con el Jurista Francisco de la Maza el espionaje en las comunicaciones está cobrando auge de tal forma que tal ilícito el autor antes citado señala que "es una práctica ilegal muy frecuente del Gobierno Mexicano. Desde hace años, este Centro ha recibido testimonios de vigilancia telefónicas para inspeccionar desde las sombras conversaciones privadas, de estas acciones han sido víctimas militantes de oposición, miembros de organizaciones sociales, organismos civiles de

⁷⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 326.

derechos humanos y aún entre los mismos funcionarios públicos se han observado estos repudiable usos.⁷⁶

"Desde 1995 el Centro Pro ha demandado al Gobierno Federal la investigación de quienes ejercen esta intervención telefónica con fines políticos, pues las autoridades deben de combatir eficazmente una práctica que viola el derecho a la intimidad y a la privacidad de las personas, hasta ahora no ha habido resultados."⁷⁷

De lo anterior podemos decir, que el espionaje telefónico es una práctica que debe combatirse día con día y, debemos empezar por regularlo adecuadamente en el Código Penal para el Distrito Federal y en el Código Penal Federal.

2. Evolución

La protección jurídica de las comunicaciones y el problema de su intervención, no es nuevo. Así lo demuestra una de las ordenanzas del entonces Rey Don Carlos IV, por virtud de la cual, el Superintendente General de Correrros de España, "podría ordenar la apertura de cartas en los casos que hubiere alguna sospecha fundada. En el derecho patrio, podemos hallar como antecedentes de protección de las comunicaciones, los siguientes: El proyecto de reforma de 30 de junio de 1840, contiene en la fracción XIII, del artículo 9, el derecho del mexicano de no ser cateado en su casa ni sus papeles, sino en los casos y con los requisitos prevenidos

⁷⁶ DE LA MAZA, Francisco. El espionaje en las comunicaciones. 2ª edición, Edit. Trillas, México, 2000. p. 97.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 98.

literalmente en las leyes.⁷⁸ Si se atiende a la fecha del proyecto, resulta fácil concluir que la comunicación por excelencia de la época, era el correo y utilizando una interpretación extensiva, que en el caso de derechos es permisible, considero que tal proyecto y disposición en especial, brindaba protección a las comunicaciones privadas.

El artículo 9 del proyecto de la Constitución Federal Mexicana de 1857, permitía la detención de la circulación de la correspondencia privada y los demás papeles que circulaban por las estafetas por grave interés de la causa pública. Lo subjetivo de esta determinación, fue la condena de su fracaso, toda vez que no era posible dejar a la apreciación de una autoridad de correo, cuando una circulación era de grave interés para la causa pública; lo que motivó a que tan sólo se recogiera en esa Carta Federal, la protección de la correspondencia que bajo cubierta, circulara por las estafetas, en su artículo 25.

"El Código Postal de los Estados Unidos Mexicanos vigente desde el 1º de Enero de 1884, en su capítulo VI, denominado "Inviolabilidad de la correspondencia", recogía la garantía del secreto de la correspondencia y el artículo 248 del citado Código, nos da muestra de ello al disponer: "El respeto a la inviolabilidad de la correspondencia, es el primero y más sagrado de los deberes de todo empleado de correos en el desempeño de su cargo".⁷⁹

⁷⁸ Revista Proceso. No. 2503. 1º de Julio al 8 de Julio. Sección Política, México, 1999. p. 30.

⁷⁹ DE LA MAZA, Francisco. Op. cit. p. 98.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

103

Se penaba la acción del empleado postal que abriera una comunicación, así como la del encargado de la administración que omitiera tomar las precauciones necesarias para hacer efectiva la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia.

El artículo 25 de la Constitución del 57, sobrevivió de manera independiente en la Constitución de 1917, para posteriormente pasar a formar parte del actual artículo 16 de la Constitución vigente. La garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones, pertenece al grupo de las garantías de libertad.

En el ámbito penal, la tutela de las comunicaciones presenta problemas de concurrencia de normas, por la vaguedad e indefinición de algunos conceptos, aunado al avance tecnológico que dejó atrás a la dinámica legislativa. Por ejemplo, el artículo 210 del Código Penal Federal, establece la penalidad y el tipo básico del delito de revelación de secretos, el cual dispone: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pudiere resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto." Por su parte, la Ley de Vías Generales de Comunicación de 30 de diciembre de 1939, castiga en su artículo 571, con las mismas penas para el delito de revelación de secretos, al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes, noticias o informaciones que escuche y que no estén destinados a él o al público en general. El artículo 576, establece una penalidad de un mes a un año, al que indebidamente abra, destruya o

substraiga alguna pieza de correspondencia cerrada, confiada al correo. Por último, el artículo 578, prevé que a los empleados de comunicaciones eléctricas y postales que indebidamente proporcionen informes acerca de las personas que sostengan relaciones por esos medios de comunicación, se les aplicarán de diez días a tres meses de prisión y quedarán, además, destituidos de su cargo.

Es hasta el año de 1981, cuando en el Código Penal Federal, se establece una penalidad para aquellos que dolosa e indebidamente intervengan las comunicaciones alámbricas o inalámbricas de terceras personas, al adicionar al artículo 167, la fracción VI de la siguiente manera.

Artículo 167.- Se impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a diez mil días multa:

- VI. Al que dolosamente o con fines de lucro, interrumpa o interfiera las comunicaciones, alámbricas, inalámbricas o de fibra óptica, sean telegráficas, telefónicas o satelitales, por medio de las cuales se transfieran señales de audio, de video o de datos.

3. Procedencia de la interceptación telefónica

Las circunstancias en que se ha desarrollado la historia contemporánea de México, pueden considerarse como difíciles, debido principalmente a la ya perenne crisis económica. En materia política y criminal, la intervención de las

comunicaciones privadas es tan habitual, que los actores de cada campo, buscan la manera de evitar las escuchas, en tanto que el materialismo tecnológico ofrece a unos y otros, los mayores adelantos para intervenir y para evitar intervenciones.

"Considerando que la llamada delincuencia organizada ha utilizado diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones, el Ejecutivo consideró necesario reformar la Constitución, para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas. El término tan amplio, se decidió para abarcar todo el género que sobre la materia se puede presentar (telefonía convencional, celular, radio, mensajería, paquetería, télex, fax, correo electrónico, etc.) La iniciativa enviada a la Cámara de Diputados por el Presidente de la República, Ernesto Zedillo, pretendía que dicha intervención sólo se autorizará en tratándose de delitos graves y de delincuencia organizada."⁶⁰

En dicha iniciativa, se pretendió incluso, la colocación de aparatos de registro ambiental, como son los micrófonos. Esta intención, representaba una serie de dificultades, como el hecho de que la autoridad que los colocara, debería hacerlo en la clandestinidad y de manera furtiva para evitar que los sujetos de la intervención, no lo supieran; pero para el caso de acceder a una oficina, establecimiento u hogar, deberían contar con la respectiva autorización judicial.

"Cuando la iniciativa llegó a la Cámara de Diputados, rápidamente se establecieron dos posiciones: La primera, que sostenía que una reforma al artículo 16

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. p. 309.

de la Constitución General de la República, resultaba innecesaria, si se atendía al primer párrafo del mencionado artículo que dispone "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento." En consecuencia, según esta posición, al autorizar la misma Carta Magna, los actos de molestia en la persona y en el domicilio, mediante escrito fundado y motivado, la intervención de las comunicaciones privadas podría realizarse apegándose a este mandato federal. La segunda posición, alertó sobre la necesidad de autorizar de manera expresa, esta facultad a fin de evitar interpretaciones equívocas. Triunfó ésta última, aún cuando no obtendrá su finalidad de evitar distorsiones.⁸¹

La Cámara de Senadores, después de variar el dictamen de la Cámara de Diputados, aprobó la minuta que, de acuerdo al procedimiento previsto por el artículo 105 de la Constitución Federal, fue revisado por los Congresos Estatales para su ulterior aceptación y final publicación ocurrida el 3 de julio de 1996, para quedar de la manera siguiente:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad

⁸¹ www.bibliotecajuridica.com.mx

competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materia de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Con esta reforma, la comunicación privada en general, y ya no sólo la de correo, alcanza el grado de garantía individual, al establecer que aquélla es inviolable.

Surge la inquietud del porqué el legislador tan sólo permitió que la autoridad Judicial Federal, sea la que conozca de las peticiones para intervenir una comunicación privada. En México, existen diversos tipos de justicia? ¿El propio Estado desconfía de la capacidad de los jueces de primera instancia y por ello, prefiere apoyarse en la autoridad Judicial Federal?

Esto resulta interesante, si atendemos a que son dos los tipos de autoridades que, de acuerdo a esta reforma, pueden solicitar la autorización:

1. Cualquier autoridad federal, que determine la ley.
2. El titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente.

Respecto de la primera, podríamos pensar en el Procurador General de la República, necesariamente. Pero es posible que la ley secundaria, en este caso, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, permita que se realice esta petición, hasta por un Agente del Ministerio Público Federal.

En consecuencia, la intervención de las comunicaciones privadas, también se podrá autorizar en tratándose de delitos del orden común.

Los requisitos constitucionales de la petición de intervención de la comunicación privada, son los siguientes:

1. Que se formule por escrito.
2. Que funde y motive las causas legales de la solicitud.
3. Que se exprese el tipo de intervención.
4. Los sujetos de la misma.
5. su duración.

Respecto de los dos primeros requisitos, debe decirse que el proceso penal patrio, es escrito y no oral; además que, el legislador impone por tercera vez en un mismo artículo, una obligación a la autoridad, de fundar y motivar, no obstante que el primer párrafo del artículo 16 ya lo menciona. La segunda vez en que lo hace el artículo en cita, es en lo relativo a la obligación de fundar y motivar las órdenes de detención libradas por el Ministerio Público. Empero, en el caso reviste una situación especial. Al fundar la autoridad competente una petición de autorización de intervención, considero que no existirá problema. Pero sí al momento de motivarla.

¿Bastará una denuncia para solicitarla y concederla? ¿Bastará una simple sospecha?
¿Un simple informe de Policía Judicial (cuyo nombre correcto es Policía Ministerial),
podrá dar lugar a una intervención.

El tercer requisito, consiste en manifestar el tipo de intervención, lo que desde luego, significa, que la autoridad deberá precisar al Poder Judicial Federal, el objeto a intervenir: teléfono, fax, radiolocalizador, correspondencia, etc.

El cuarto requisito, se refiere a precisar los sujetos materia de la intervención, lo que dará lugar a serias discusiones, sobre todo, cuando la autoridad investigadora, desconozca inclusive, los nombres de las personas cuya comunicación desee intervenir.

El quinto requisito es el manifestar el tiempo de duración, que la Constitución no establece ni limita, pues ello fue labor del legislador secundario, como se verá en su oportunidad.

Esta intervención, tiene excepciones en las siguientes materias:

- a) Electoral,
- b) Fiscal,
- c) Mercantil,
- d) Civil,
- e) Laboral,
- f) Administrativo y
- g) Las comunicaciones del detenido con su defensor.

Lo anterior, nos remite necesariamente a concluir que las intervenciones sólo se realizarán en la materia penal. Pero aquí existe una omisión trascendental. Como sostuve al principio, la iniciativa presidencial estaba orientada a obtener la autorización de la intervención de la comunicación privada, para tener un elemento más en contra de la delincuencia organizada. En consecuencia, otra de las excepciones que debieron manejarse en la minuta, fue que tal intervención sólo procedería en casos de delincuencia organizada, como lo señalaremos en el siguiente inciso. Al no ser así, en cualquier delito, en cualquier caso, la autoridad podrá pedir la intervención de la comunicación privada.

Otra de las aristas jurídicas que presenta esta reforma, es la relativa al valor probatorio de las intervenciones.

Tratándose de objetos fácticos como los documentos o la paquetería, no existe problema respecto de su naturaleza. Pero, tratándose de la intervención de llamadas telefónicas; ¿qué tipo de prueba constituirán en el Proceso Penal Nacional?, ¿Documental?, ¿Testimonial? y ¿Confesión calificada divisible? Además, en el caso de que se transcriba y se ofrezca como documental, ¿Cómo se perfeccionará? ¿A través de una pericial en fonometría? ¿Y si el probable responsable se resiste, se le puede obligar a hablar para la toma de la prueba?.

De acuerdo con el artículo 235 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal "cuando el Ministerio Público creyere que pueden encontrarse pruebas del delito en la correspondencia que se dirija al indiciado, pedirá al juez y éste ordenará que se recoja dicha correspondencia."

En relación con lo anterior el artículo 237 del ordenamiento en cita establece que "El Juez leerá para así la correspondencia. Si no tuviere relación con el hecho que se averigua la devolverá al procesado o a alguna persona de su familia, si estuviere ausente. Si la correspondencia tuviere alguna relación con el hecho materia del juicio, el Juez comunicará su contenido al procesado y mandará agregar el documento al expediente. En todo caso, levantará acta de la diligencia."

Tomando en consideración los criterios de nuestras autoridades perseguidoras de los delitos, es fácil concluir que como el Constituyente sólo prohíbe intervenir las comunicaciones del detenido con su defensor; cuando aquél se encuentre en libertad o sustraído a la acción de la justicia, válidamente se podrá escuchar y aportar como prueba, el contenido de una comunicación.

Sin embargo, debe establecerse la causa de esta disposición. Como anoté al inicio, la intención de la reforma presidencial, fue la de dotar a los órganos de procuración de justicia, de mayores elementos para enfrentar a la delincuencia organizada. Como esta figura sólo tiene vida en tratándose de delitos graves, en que los probables autores no tienen derecho a gozar de la libertad provisional, era obvio que las comunicaciones que ya detenidos sostuviesen con su defensor, no podrían ser escuchadas.

La solución a este problema es que los órganos administradores de justicia, se alejen de la concepción positivista y, aplicando la hermeneútica jurídica, deduzcan, con base en la Teoría General de los Derechos Humanos, que aún cuando una

persona no esté detenida, pero sí sujeta a un procedimiento penal, sus comunicaciones con su defensor, son inviolables.

En nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido respecto a la procedencia del espionaje telefónico lo siguiente.

"COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL.- Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que, establece deberes a cargo de los gobernados, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2º, 4º y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquellos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución General de la República, que las comunicaciones privadas son inviolables, resulta inconcluso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir

una comunicación salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente.⁶²

"COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.- El artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no

⁶² Semanario judicial de la Federación. T. XLI. Op. Cit. p. 1041.

cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que fue voluntad del Poder Revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.⁶³

De manera general podemos decir que, de entrada las jurisprudencias en comentario prevén la intervención telefónica, únicamente, por medio de mandato judicial y, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica debe estar de acuerdo las personas para tal efecto, de lo contrario tal prueba carecerá de validez oficial cuando no haya sido ordenada por el juez o autoridad competente pero también tal disposición, contrapone el principio que dice, que, para el esclarecimiento de la verdad el juez o el juzgador, tomará en cuenta todas las pruebas que las partes ofrezcan para tal efecto es por ello, que consideramos que la práctica del espionaje telefónico deberá regularse de tal manera que no se violen los derechos de terceros.

⁶³ Ibidem. p. 1043.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4. Ley Federal contra la delincuencia organizada

El 7 de Noviembre del año de 1996, se aprobó y publicó esta ley.

En las últimas décadas se ha incrementado la inseguridad de las personas, bienes y hasta de Instituciones, a grado tal que es un problema nacional, al parecer sin solución inmediata.

La asociación delictuosa no es nada nuevo en nuestro medio, ni en la legislación, empero, también ha evolucionado en cuanto al número, medios, objetivos y fines.

En otras latitudes, cuando se presentan problemas entre grupos cuya hegemonía era y es el mercado de bienes o servicios, aunado a la competencia desleal, se les llamó y se les sigue llamando pandillas, gansters o mafias, y últimamente crimen organizado.

"En el medio mexicano, en 1994 los integrantes de una comisión de la Procuraduría General de la República elaboraron un documento denominado **Estrategia para enfrentar el crimen organizado**, en donde se planearon acciones para combatirlo a través de una estrategia intersecretarial para prevenir actos del crimen organizado."⁸⁴

En el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, se hace referencia a las medidas a adoptar en contra de quienes imprimen a sus conductas modalidades de actuación organizada.

⁸⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 835.

En el año de 1933, en el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se utilizó el nombre "delincuencia organizada", y a partir de ese momento se principia a expedir normas referentes a la misma, culminando todo esto en la ley que ocupa mi atención.

Para investigar, perseguir y sancionar a la delincuencia organizada no se requiere de una ley especial, hubiera bastado realizar supresiones o adiciones, tanto al Código Penal como al Código de Procedimientos Penales.

Se trata de un conjunto de normas sustantivas y adjetivas, complementadas con otras de orden reglamentario, todo lo cual acusa carencia de técnica jurídica, pérdida de tiempo y sobre todo un nuevo derecho penal que funcionará en forma paralela al ya existente.

Las necesidades sociales en constante evolución requieren ser reguladas de manera congruente con las mismas, sin olvidar que deben responder, no solamente a la necesidad misma, sino también al temperamento de las personas, respetando en forma prudente las tradiciones jurídicas, y los principios esenciales que normalmente deben privar en toda ley.

Toda exageración, tanto en las penas como en el procedimiento para aplicarlas es negativo, está demostrado que el rigorismo excesivo en las sanciones no produce intimidación alguna a los delincuentes, ya sean organizados o solitarios infractores del orden social.

"Esto consciente que la delincuencia, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo ha adquirido un poder preocupante, además, no soy ajeno a la inseguridad prevalente, ni tampoco a la gravedad y a la asiduidad de conductas delictivas cuyos efectos repercuten en los integrantes de la sociedad en diversas formas, por eso el Estado debe adoptar medidas más adecuadas para enfrentar esta problemática, sin olvidar que los procedimientos nunca se justifican ni se implementan en detrimento de los derechos del hombre y del ciudadano."⁸⁵

Es cierto, la llamada delincuencia organizada está estructurada en gran parte en el poderío económico, es éste su base de sustentación, y también como medio para la realización de conductas tan graves como: Terrorismo, narcotráfico, acopio y tráfico de armas, secuestro, tráfico de indocumentados, falsificación y alteración de moneda, robo de vehículos, lavado de dinero, etc. Por ello es necesario tomar medidas, pero sin que estas rebasen las garantías instituidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y sobre todo que sean producto o ideación nuestra. La inteligencia, las ideas, el ingenio, la sensibilidad, etc., no son patrimonio de una nacionalidad, lo son de todos los habitantes del mundo.

Partiendo de esta premisa, es oportuna la afirmación siguiente: Como seres humanos dotados de capacidad de querer y entender y de libertad, no requerimos de imitar el proceder de gobiernos como el de Allende el Río Bravo, ni de Alemania, España o cualquier otro país.

⁸⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit. p. 836.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

118

Es inadmisibile que hasta en lo jurídico se importen normas, ideas o instituciones como las que existen en el contenido de toda esta nueva ley.

En el artículo 1º se lee lo siguiente: "La presente ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada."

Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

"Existirá delincuencia organizada: "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas, tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: "Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal; acopio y tráfico de armas, previsto en los artículos 83-bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; tráfico de órganos, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en los artículos 366, tráfico de menores, previsto en el artículo 366, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381-Bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la

República en materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.⁸⁶

Lo primero que advierto del concepto de delincuencia organizada es lo siguiente: ¿Bastará que tres o más personas acuerden organizarse para que la conducta sea típica?.

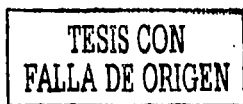
Semejante supuesto es ridículo y además una monstruosidad jurídica, así como lo es todo el contenido del precepto de marras.

Nadie ignora que la delincuencia organizada es una amenaza para la seguridad nacional y una fuente de violencia que engendra también violencia; sin embargo, tal parece que muchos de los que legislaron ignora o pretendieron ignorar las determinantes sociales de la criminalidad, como la descomposición social, la falta de educación adecuada y la desarticulación política y económica que nos agobia.

La Facultad de Atracción. - Esta innovación consiste en que tanto el Ministerio Público de la Federación, como las Autoridades Judiciales Federales sean competentes para conocer de los delitos de asalto (artículo 286 y 287); secuestro (artículo 366); tráfico de menores (artículo 366); robo de vehículos (artículo 38-bis), preceptos todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, o en las legislaciones correspondientes de las entidades federativas.⁸⁷

⁸⁶ Ibidem. p. 836.

⁸⁷ Ibidem. p. 837.



Esta facultad, arroja estruendosamente por tierra el apotegma clásico *locus regit actum*, recogido ha muchos años por los constituyentes de nuestra patria.

No cabe duda que "el pez más gordo sigue devorando al más pequeño", ¿Será que algunas autoridades judiciales de las entidades federativas siempre han estado y siguen estando en *capitis diminutio*?

Esmerado cuidado se tuvo para cubrir la afectación al federalismo y a la soberanía de los Estados, estableciendo criterios para justificar lo que no es justificable, y que por ende subyuga a las entidades federativas.

Aunque se determinen tales criterios, el caso es que una u otra forma se afecta la soberanía de los Estados de la Unión, además no faltarán pretextos ni ocasiones para que se sigan vulnerando, lo único que faltaba es el desconocimiento absoluto de los aforismos *nullum poena sine lege* y *nullum crimen sine iudicio*, afortunadamente no se llegó a esos extremos, puesto que en los casos previstos en el artículo 5º de esta ley, las conductas o hechos están previstos en las legislaciones correspondientes, al igual que las penas, mismas que no pueden ser agravadas.

En el artículo 8º de esta ley se dispone que está integrada por: Agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la policía judicial federal, peritos y con los integrantes de un cuerpo técnico de control.

A los agentes del Ministerio público de la Federación incumbe la investigación de los delitos a que se refiere el legislador, así como a la persecución de los probables

autores de los mismos, atento, en su caso, a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Para el objetivo y fines de esta tarea, el titular de dicha unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la administración pública federal o de las entidades federativas, como en el caso de las investigaciones de operaciones de los integrantes de la delincuencia organizada, con recursos de procedencia ilícita, en los cuales la coordinación será con las autoridades competentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Cuando se requiera de información de documentos relacionados con el sistema bancario y financiero ésta se hará por conducto de los integrantes de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de seguros y Finanzas y los de naturaleza fiscal, a través de los funcionarios de la Secretaría antes mencionada.

En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta ley, la investigación deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización; forma de operación y ámbitos de actuación.

El Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.

"En esos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino a las personas morales de que se valgan para la realización de sus fines delictivos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Resumiendo lo anterior podemos decir que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Noviembre de 1996 y comenzó su vigencia al día siguiente, siendo el artículo 8 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada el que establece las reglas generales para la investigación de la delincuencia organizada de la siguiente manera:

"Artículo 8.- La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos.

La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privas verificarán la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar; así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.

El Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establecerá los perfiles y requisitos que deberán satisfacer los servidores públicos que conformen a la unidad especializada, para asegurar un alto nivel profesional de acuerdo a las atribuciones que les confiere esta Ley.

Siempre que en esta Ley se mencione al Ministerio Público de la Federación, se entenderá que se refiere a aquellos que pertenecen a la unidad especializada que éste artículo establece.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En caso necesario, el titular de esta unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la Administración Pública Federal o Entidades Federativas."

En líneas generales, debe decirse que la mencionada Ley, señala como requisitos para la procedencia de la intervención, la existencia de indicios que hagan presumir que la persona objeto de la intervención, está involucrada en la delincuencia organizada, entendiéndose por tal, la organización de tres o más personas con la finalidad de cometer delitos contra la salud, blanqueo de capitales y secuestro. El tiempo máximo por el cual un Juez Federal puede autorizar la intervención es de seis meses, prorrogables si existen nuevo elementos de prueba que justifiquen el aplazamiento. El término el tiene el juzgador para conceder o negar la petición es de tan sólo 12 horas.

5. Violaciones Constitucionales

Este tipo de espionaje telefónico es propio de regímenes totalitarios e irrumpe grotescamente en contra de un Estado de Derecho.

¿Esos delatores, serán confiables? No cabe duda que tal disposición significa un retroceso a etapas que desde hace años se consideraban superadas. ¿Significa tal precedente que el espionaje telefónico llegue a institucionarse?

Otra de las funciones del personal integrante de la unidad especializada, concretamente, cuerpo técnico de control, es que en las intervenciones de las

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

comunicaciones privadas verifiquen la autenticidad de sus investigaciones y establezcan lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos o sistemas autorizados, así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos. Aunque, con base en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado y vuelto a reformar, ahora se puede, aunque no se deba, mediante orden judicial irrumpir en la privacidad de las personas, lo cierto es que, con autorización o sin ella, lo harán algunos agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial y otros más, incrementándose así un sistema de espionaje telefónico propicio también para el chantaje; proceder muy común en los Estados Unidos de América. Ahora, en la nueva ley, como cualquier producto de importación, se nos ha hecho llegar, so-pretexto de que es un medio entre otros para fortalecer la lucha en contra de la delincuencia organizada.

Para que la ley no sea letra muerta, no es válido ni justificable llegar a semejantes excesos, sobre todo en un país de gran tradición jurídica como el nuestro, en donde aún hay quienes se preocupan y luchan para que las normas jurídicas sean portadoras de un minimum ético.

Las técnicas y los medios que proporcionan los adelantos técnicos y científicos de nuestros días, deben utilizarse para el bienestar humano y nunca para su degradación o franco envilecimiento.

En un ámbito ideal podrían tener aceptación semejantes incursiones en la vida privada, pero en el nuestro aún estamos muy alejados de ello, dada la realidad e que nos desenvolvemos.

Aunque en su oportunidad me referí al cateos, previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, en la ley contra la delincuencia organizada, se regula especialmente para que pueda realizarse tratándose de aprehensiones o investigaciones de sujetos autores de la citada delincuencia.

Como ya indiqué en el título de este apartado, si el Ministerio Público, tratándose de los delitos previstos en esta ley, considera necesario realizar un cateo, lo solicitará a un Juez de Distrito.

La solicitud tiene por objeto:

- I. La investigación de los hechos referentes a la delincuencia organizada, o
- II. La aprehensión de una o más personas.

Para conceder o negar la solicitud de cateo, el Juez de Distrito se basará en indicios suficientes de que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada y que el cateo es el medio para allegarse elementos probatorios.

"Si el juez de Distrito resuelve dictar orden de aprehensión, deberá también acompañarse de una autorización de orden de cateo, si procediera, en el caso de que ésta haya sido solicitada por el agente del Ministerio Público de la Federación, debiendo especificar el domicilio del probable responsable o aquél que se le señale como el de su probable ubicación, o bien del lugar que deberá catearse por tener

relación con el delito, así como los demás requisitos que se señalan en el párrafo octavo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁸⁸

Intervención de Comunicaciones Privadas.- Sobre esto ya hice algunas referencias en renglones anteriores, cuando me ocupe de la unidad especializada; empero, insisto en que la eficacia en el combate al crimen organizado debe tener como fundamento el respeto al derecho y a las garantías individuales establecidas desde hace muchos años en nuestra Constitución Política.

La intervención de comunicaciones privadas, ahora reguladas por el legislador, crea un régimen de excepción con facultades discrecionales en grave detrimento de garantías fundamentales.

Dicha intervención se solicitará por el Procurador General de la República o por el titular de la unidad especializada, cuando la considere necesaria durante la averiguación previa o la instrucción procesal.

Lo harán por escrito ante el Juez de Distrito, indicando: "El objeto y la necesidad de la intervención; los indicios que hagan presumir fundadamente que en los hechos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar; la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación que será intervenida; su duración y el

⁸⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 838.

procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención (Artículo 16).

Las comunicaciones privadas que pueden ser intervenidas son las siguientes: Las que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

Todo esto significa que la intervención es en tal forma exhaustiva que se requerirá de todo un aparatoso equipo y elementos cuyo costo y operación significará un gran desembolso económico para una población víctima de la peor crisis económica de su historia.

¿Estos operativos serán el medio para obtener los resultados que se espera lograr?

Por otra parte, durante la averiguación previa impera el secreto y como excepción tienen únicamente acceso a ellas, el indiciado y su defensor, pero exclusivamente con relación a los hechos imputados en contra del primero.

En el artículo 20 de esta ley, se establece: "Durante las intervenciones de las comunicaciones privadas, el Ministerio Público de la Federación ordenará la transcripción de aquéllas grabaciones que resulten de interés para la averiguación

previa y las cotejará en presencia del personal del cuerpo técnico de control de la unidad especializada prevista en el artículo 8º anterior, en cuyo caso serán notificadas por quien las realizó, la transcripción contendrá los datos necesarios para identificar la cinta de donde fue tomada. Los datos o informes impresos que resulten de la intervención serán igualmente integrados a la averiguación.

Las imágenes de video que se estimen convenientes podrán, en su caso, ser convertidas a imágenes fijas y ser impresas para su integración a la indagatoria. En este caso se indicará la cinta de donde proviene la imagen y el nombre y cargo de la persona que realizó la conversión.

No es posible que durante las intervenciones de las comunicaciones privadas se ordene la transcripción de las grabaciones, etc., como en el precepto transcrito se indica, porque es de lógica elemental que todo ese quehacer tendrá que ser posterior a ese acto.

La intervención puede ampliarse a otros sujetos o lugares, para lo cual el Procurador General de la República lo solicitará al Juez de Distrito.

6. Propuesta

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a todo habitante del Territorio Nacional el derecho de disfrutar, junto con su familia de privacidad, que le permita alejar por un tiempo su vida de la complejidad de la

dinámica social, siendo el lugar de su residencia el espacio físico que se reserva para llevar a cabo las diferentes actividades privadas que le plazcan.

"La vida privada del ser humano comprende aspectos meramente personales, que él determina guardar en el secreto de la intimidad en virtud de su conveniencia o porque así lo determinen sus convicciones, decisiones, acciones íntimas, comunicaciones, decisiones, acciones íntimas, comunicaciones, papeles, posesiones, vida familiar. Esta faceta de la vida; por lo tanto, no debe ser objeto de injerencia de otras personas o de la autoridad estatal."⁸⁹

Esta garantía se traduce en la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, papeles, posesiones y de su propia familia, contenidas dentro del mismo, y que las autoridades del Estado están obligadas a respetar y defender. Sin embargo, esta garantía encuentra límites jurídicos, como ocurre cuando una persona realiza determinados actos considerados delictivos. Es en este caso cuando la autoridad competente debe ejercer sus facultades legales, a fin de garantizar derechos de tercero, de la sociedad o del Estado mismo. Las facultades legales atribuidas a una autoridad para causar molestia a determinada persona se funda en la necesidad de preservar para los demás miembros de la comunidad la vigencia del orden jurídico establecido, el cual indispensablemente obliga a todos a cumplirlo y respetarlo sin condición alguna.

⁸⁹ CARPIZO, Jorge. Derechos Humanos y Ombudsman. 20ª edición, Edin. UNAM, México, 1999. p. 21.

La autoridad competente sólo puede proceder legalmente a interrumpir la privacidad de la persona, su familia, papeles o posesiones para cumplimentar una orden de cateo expedida por la autoridad judicial, para la práctica de una visita domiciliaria proveniente de un mandato de la autoridad administrativa, o para proporcionar alojamiento, alimentos y bagajes a los miembros de las fuerzas armadas, con motivo de un estado de guerra con alguna potencia extranjera.

El cateo consiste en el registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad, con el propósito de buscar personas u objetos que estén relacionados con la investigación de un delito. Al respecto, el documento que se expida para la práctica de esta diligencia contendrá:

"a). El señalamiento del lugar a inspeccionar, b) la persona que ha de aprehenderse y c) los objetos que son motivo de la búsqueda."⁹⁰

Una vez concluida la diligencia, será obligatorio para las autoridades que intervinieron en ella levantar acta circunstanciada, en la que conste que ésta se ajustó en su práctica estrictamente a los puntos ordenados en ella, así como los hechos sucedidos durante lo actuado, en presencia de dos testigos, propuestas por la persona que ocupe el sitio cateado o, en su ausencia o negativa, por los funcionarios que la hubieran practicado.

⁹⁰ Ibidem. p. 22.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto a la visita domiciliaria, ésta consiste en la atribución de las autoridades administrativas, ejercitable a efecto de comprobar la situación legal de los administrados respecto del cumplimiento de ordenamiento administrativos o fiscales.

En todo caso la visita domiciliaria estará sujeta a los procedimientos que se desprendan de los ordenamientos que dicte la autoridad correspondiente, y siempre deberá ser firmada por el funcionario público que ordena dicha visita contendrá también el señalamiento preciso del lugar o lugares donde ha de efectuarse, indicando el fundamento y motivo que se tenga para practicarla y los nombres de los funcionarios que deban desahogarla. Si la persona afectada se encuentra en el lugar, el visitador le hará saber la causa y motivo de la orden de dicha visita, y acto seguido procederá a su ejecución.

De no estar presente el interesado, el funcionario visitador procederá a dejar citatorio para que lo espere determinado día y hora, para la práctica de la diligencia, apercibiéndolo de que, de no cumplir con la cita, procederá a practicarla con la persona que se encuentre presente o con la que designe el propio interesado como su representante, siendo obligación indispensable de la autoridad visitadora, la de identificarse plenamente. Antes de iniciar la diligencia, solicitará al visitado o a su representante, que designe a dos testigos de asistencia y, en caso de negarse a hacerlo, la autoridad los designará, levantándose acto seguido un acta en la que se anotara el resultado correspondiente de la visita practicada al lugar y los papeles o posesiones de la persona.

La ley establece que, para que la autoridad competente pueda proceder a la práctica de un cateo o de una visita domiciliaria, debe garantizar que los funcionarios públicos que las realicen no se extralimitarán en sus funciones, ni cometerán abusos que lesionen los derechos que corresponden a la garantía de la inviolabilidad del domicilio.

Esta garantía se extiende a otros medios o vías de comunicación privada del pensamiento humano, ya que la esencia misma del principio de la inviolabilidad de la correspondencia radica en la noción de que toda persona tiene el derecho a la facultad de comunicarse con quien desee, a fin de intercambiar sus pensamientos, sentimientos o decisiones más personales de manera estrictamente confidenciales, sin que ninguna autoridad fiscalice estos intercambios.

Ahora bien, jurídicamente, dicho principio podría ser caracterizado como la obligación que pesa sobre todos aquellos a quienes no está dirigida determinada correspondencia o comunicación, de respetarla escrupulosamente y de la manera más absoluta, no atentando contra ella bajo ningún pretexto y de ninguna manera, tanto en su contenido como en su integridad, como lo establecen los artículos 235, 236 y 237 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal anotados anteriormente.

Con lo anterior consideramos, que se atenta contra la inviolabilidad de la correspondencia tanto abriendo una carta cerrada, aunque no se lea su contenido, como tomando conocimiento de una tarjeta postal o de una comunicación telegráfica, escuchando una conversación telefónica, interceptando o suprimiendo una carta, un

telegrama, un mensaje telefónico o copiando, enmendando, alterando o trastornando el orden de un mensaje, o bien revelando todo o parte del tenor de una correspondencia o comunicación cualquiera caída, por inadvertencia o no, bajo nuestro oído o bajo nuestra mirada.

Por lo que respecta a la obligación constitucional que tiene toda persona de responder afirmativamente a la exigencia de los militares de proporcionarles alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en tiempo de guerra, obedece fundamentalmente a que los miembros de las fuerzas armadas tienen la misión de defender la integridad, independencia y soberanía de la Nación, intereses supremos de la Patria. "El núcleo original de toda garantía relacionada con los derechos de libertad o seguridad expresa el Jurista Fix Zamudio ha fructificado en forma tan espléndida en nuestro medio que, independientemente de su contenido, los impedimentos frente a todo acto arbitrario están constituidos, sin duda alguna, por instrumentos eficaces de defensa de los derechos humanos, que no sólo comprenden la libertad física protegida tradicionalmente entre nosotros, sino toda la gama de derechos subjetivos públicos establecidos en la Constitución en beneficio de los habitantes del país, siendo la integridad física y moral de los propios habitantes la que ha recibido una atención especial, que a su vez ha permitido superar los innumerables ejemplos de la falta de respeto a la vida, la libertad y propiedad de los mexicanos, y aun de cualquier habitante de nuestra patria, sobre todo en las etapas tormentosas de las revueltas y las revoluciones."⁹¹

⁹¹ *Ibidem*, p. 35.

La propuesta, que pretendo realizar, será basada en los principios antes expuestos y de esta forma al adicionar el Código Penal en su articulado correspondiente, deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- ❖ Definición del delito de espionaje telefónico.
- ❖ Formas de Comisión.
- ❖ Su sanción.
- ❖ Se penalidad.
- ❖ Sus excepciones o excluyentes de responsabilidad.
- ❖ Pero, lo más importante es respetar los derechos y garantías individuales de los que en éste ilícito participen presunto responsable y víctima.

Artículo 167-Bis.- Se entiende por espionaje telefónico el acto ilícito que realizan una o más personas por medio del teléfono, o cualquier otro medio para intervenir la comunicación de otra, con la intención de obtener cualquier tipo de información, violando con esto, la intimidad del intervenido, imponiéndose de cuatro a ocho años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, máxime cuando se demuestre que el espionaje se está realizando con el objeto de difamar la vida privada del intervenido o cualquier otra causándole con esta actividad. daños en su persona, bienes, familia, patrimonio o posesiones. Lo anterior no es procedente cuando la intervención telefónica sea producto de una orden de un Juez.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las circunstancias en que se ha desarrollado la historia contemporánea de México, pueden considerarse como difíciles, debido principalmente a la crisis económica. En materia política y criminal la intervención de las comunicaciones privadas es tan habitual, que los actores de cada campo, buscamos la manera de evitar las intervenciones telefónicas, en tanto que los adelantos tecnológicos ofrecen a unos y otros, los mayores adelantos para intervenir y para evitar intervenciones pero esto, se facilitaría, si todos respetáramos la garantía individual del derecho a la intimidad.

SEGUNDA: Considerando que la llamada delincuencia organizada a utilizado diversos sistemas de comunicación para coordinar sus operaciones, el poder ejecutivo consideró reformar la Constitución, para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas abarcando con esto todo el género sobre la materia en telefonía convencional, celular, radio, mensajería, paquetería, teles, fax, correo electrónico, entre otros. Con lo anterior se pretende que dicha intervención solo se autorizara en, tratándose de delitos graves y de delincuencia organizada.

TERCERA: La iniciativa del ejecutivo, pretendió incluso, la colocación de aparatos de registro ambiental como son los micrófonos esta intención, representó una serie de dificultades, como el hecho de que la autoridad que los colocara, debería hacerlo en la clandestinidad y de manera furtiva para evitar que los sujetos de la intervención

no lo supieran; pero para el caso de acceder a una oficina, establecimiento u hogar deberán contar siempre con la autorización judicial.

CUARTA: La vida privada del ser humano comprende aspectos meramente personales, que él determina guardar en el secreto de la intimidad en virtud de su conveniencia o porque así lo determinen sus convicciones, decisiones, acciones íntimas, comunicaciones, papeles, posesiones, vida familiar. Esta faceta de la vida; por lo tanto, no debe ser objeto de injerencia de otras personas o de la autoridad estatal.

QUINTA: El derecho a la intimidad frente a las conversaciones telefónicas se puede definir como aquel derecho por virtud del cual se pretende por parte de su titular la inexistencia de interceptaciones telefónicas, bien realizadas por órganos del Estado, bien realizadas por particulares, que pongan en peligro o lesionen su intimidad, su libertad o su seguridad.

SEXTA: El derecho a la intimidad frente a las conversaciones telefónicas representa la síntesis de los problemas que se cuestionan en relación a la relación Estado-libertad individual, y más concretamente en la relación poder punitivo del Estado-Libertad e Intimidad Individual, siendo esta una barrera infranqueable tanto por parte del poder público, tanto del poder punitivo, como parte de los particulares, pues en conexión directa con ella, debe ser reconocida como derecho fundamental, para que

exista la posibilidad de ejercicio de los demás derechos, así como de sus correspondientes garantías.

SÉPTIMA: Se atenta contra la inviolabilidad de la correspondencia tanto abriendo una carta cerrada, aunque no se lea su contenido, como tomando conocimiento de una tarjeta postal o de una comunicación telegráfica, escuchando una conversación telefónica, interceptando o suprimiendo una carta, un telegrama, un mensaje telefónico o copiando, enmendando, alterando o trastornando el orden de un mensaje, o bien revelando todo o parte del tenor de una correspondencia o comunicación cualquiera caída, por inadvertencia o no, bajo nuestro oído o bajo nuestra mirada.

OCTAVA: Por consiguiente el patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de cualquier otra especie así como los objetos de valor testimonial no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las correspondientes autoridades.

NOVENA: La intervención de comunicaciones privadas, ahora reguladas por el legislador, crea un régimen de excepción con facultades discrecionales en grave detrimento de garantías fundamentales.

Dicha intervención se solicitará por el Procurador General de la República o por el titular de la unidad especializada, cuando la considere necesaria durante la averiguación previa o la instrucción procesal.

Lo harán por escrito ante el juez de distrito, indicando: "El objeto y la necesidad de la intervención; los indicios que hagan presumir fundadamente que en los hechos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; los hechos, circunstancias, datos y además elementos que se pretenda probar; la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación que será intervenida; su duración, y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.

DÉCIMA: Las comunicaciones privadas que pueden ser intervenidas son las siguientes: Las que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores.

Todo esto significa que la intervención es en tal forma exhaustiva que se requerirá de todo un aparatoso equipo y elementos cuyo costo y operación significará

un gran desembolso económico para una población víctima de la peor crisis económica de su historia.

DÉCIMA PRIMERA: En la adición que debe hacerse al Código Penal para el Distrito Federal en lo que al espionaje telefónico se refiere se debe precisar lo siguiente:

- ❖ Concepto de espionaje telefónico.
- ❖ Penalidad.
- ❖ Formas de Comisión.
- ❖ Excluyentes de responsabilidad y
- ❖ Quienes lo pueden cometer.

La adición al Código Penal deberá quedar de la siguiente manera:

Artículo 167-Bis.- Se entiende por espionaje telefónico el acto ilícito que realizan una o más personas por medio del teléfono, o cualquier otro medio para intervenir la comunicación de otra, con la intención de obtener cualquier tipo de información, violando con esto, la intimidad del intervenido, imponiéndose de cuatro a ocho años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, máxime cuando se demuestre que el espionaje se está realizando con el objeto de difamar la vida privada del intervenido o cualquier otra causándole con esta actividad. daños en su persona, bienes, familia, patrimonio o posesiones. Lo anterior no es procedente cuando la intervención telefónica sea producto de una orden de un Juez.

BIBLIOGRAFÍA

BELING, Ernesto. Esquema de Derecho Penal. 7ª edición, Trad. de Sebastián Soler, Edit. De palma, Argentina, 1992.

CARPIZO, Jorge. Derechos Humanos y Ombudsman. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 1999.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. T. I. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. 7ª edición, Edit. Themis, Colombia, 1972.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 19ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.

CERDA LUGO, Jesús. Ataques a las vías de comunicación. 3ª edición, Edit. U.A.S. México, 2000.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

DAVIES, Jessica. El espionaje y terrorismo. 5ª edición, Edit. Diana, México, 2000.

DE LA MAZA, Francisco. El espionaje en las comunicaciones. 2ª edición, Edit. Trillas, México, 2000.

DE LA MOTA, Ignacio. Manual de Seguridad contra el espionaje y terrorismo. 6ª edición, Edit. Lymusa, México, 2000.

FRANCO SODI, Carlos. Historia, Anatomía y Diagnóstico de un Delito. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El nuevo Procedimiento Penal Mexicano. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 1997.

GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. T. IV. 4ª edición, Edit. Editores Argentina, 1992.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3ª edición, Edit. Sudamericana, Argentina, 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 15ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 8ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

MAURACH, Reinharth. Tratado de Derecho Penal. T. I. 2ª edición, Edit. Ariel, España, 1962.

MEZGER, Edumundo. Derecho Penal Parte general. 2ª edición, Edit. Cárdenas Editor México, 1998.

PAVÓN APARICIO, Manuel. Ensayo sobre la integración de la Ley Penal. 2ª edición, Edit. Jus México, 1999.

PORTE PETIT, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida a la salud personal. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

SAVER, Guillermo. Derecho Penal. 4ª edición, Edit. Bosch, España, 1999.

VILLA LOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 9ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 20ª edición, Edit. Delma, México, 2002.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 4ª edición, Edit. Sista, México, 2002.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. Edit. Procuraduría General de la República, México, 2002.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 6ª edición, Edit. Sista, México, 2002.

CÓDIGO PENAL ANOTADO. 19ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Mc Graw Hill; México, 2002.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Enciclopedia Jurídica Ormeba. T. XV. 20ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 1998.

OTRAS FUENTES

Revista Proceso No. 2503 1º de Julio al 8 de Julio Sección Política México, 1999.

Semanario Judicial de la Federación. T. XLI. Sexta época, Segunda parte, México, 1989.

www.bibliotecajudica.com.mx