

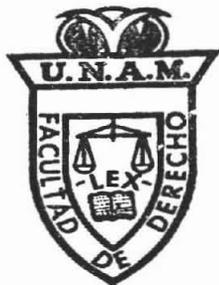


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"REFORMAS AL ART. 211 BIS INCISO 1 AL 7,
DEL CODIGO PENAL FEDERAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HORACIO GARAY CABRERA



ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA



CIUDAD UNIVERSITARIA

2005.

0350203



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/190/SP/10/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

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

El alumno **GARAY CABRERA HORACIO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **"REFORMAS AL ART. 211 BIS INCISO 1 AL 7 DEL CODIGO PENAL FEDERAL"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA** en su calidad de asesor, nos informa 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 **"REFORMAS AL ART. 211 BIS INCISO 1 AL 7 DEL CODIGO PENAL FEDERAL"**, puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **GARAY CABRERA HORACIO**.

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., a 05 de octubre de 2005

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Dedicatorias

A DIOS:

Te agradezco haberme dado vida, la iluminación y la capacidad de llegar a este camino, culminando un trabajo y cerrando un ciclo tan anhelado, gracias por todo Dios mío.

A MI ALMA MATER:

Me siento orgulloso y honrado de pertenecer a esta máxima casa de estudios, **gracias Universidad Nacional Autónoma de México** por abrirme las puertas de tus aulas y del conocimiento, ya que de lo contrario no hubiera obtenido una educación tan digna y basta que me has dado, gracias a tus excelentes y brillantes maestros, que han transmitido no sólo a mi, sino a miles de estudiantes, un cúmulo de conocimientos y vivencias invaluableles, espero Dios, me preste vida para poder retribuir, todo lo que me has dado.

A mi maestro, él Licenciado Carlos Barragán Salvatierra, le agradezco las recomendaciones tan atinadas, la paciencia, los conocimientos que me transmitió así como el valioso tiempo que destinó a guiarme y conducirme a realizar esta tesis, gracias por su apoyo ya que este trabajo se debe a la valiosa asesoría que usted me brindo.

A MI MADRE:

A ti mujer que me diste la vida, que te preocupabas cuando estaba enfermo, que le pedías a Dios que me guiara por el camino correcto, que llevabas el pan y el vestido a casa, que eras mi padre al mismo tiempo, a tu valentía y sacrificio, a tú insistencia de darme una educación, a ti mamá te dedicó este humilde trabajo que lo he realizado pensando en los sacrificios que haz hecho por mí.

Tú lucha no ha sido en vano, ya que has sembrado en mi mente y corazón ese espíritu de lucha por alcanzar la meta del conocimiento, tú deseo de que algún día fuera un profesionalista, esta por cumplirse, y este logró se debe al gran equipo que hemos formado, ¡lo logramos mamá!

Gracias, por creer en mí.

A LA MEMORIA DE MI PADRE:

Donde quiera que te encuentres, este paso es tuyo también, ya que vives en mis recuerdos y eres mi ejemplo a seguir, aunque creó que todavía no te he alcanzado.

A MI ESPOSA:

La mujer que cambio mi vida y mi historia, la que me da fuerza cuando me siento débil, a ti que con tus ánimos y comentarios me han impulsado a seguir adelante, gracias por tú amor y comprensión.

A MI HIJO:

No sabes Gael cuanto has contribuido a que terminará con este estudio, a ti hijo que eres mi luz, mi alegría, él que me da energía para vivir día con día, espero el día en que tú leas estas líneas, y te des cuenta de la magnitud del amor que brota de mi ser, y la motivación que me causas, ya que en cada uno de mis objetivos estas tú presente.

A MI HERMANO:

A ti que has sido mi amigo fiel con quien he compartido los mejores y peores momentos de mi vida, ahora puedo decirte que el camino se ve largo, pero no imposible, se puede llegar, el cierre de este ciclo tan importante es también tuyo, esperando sea un aliciente para ti. Valora la vida que nos ha dado nuestro ser supremo y aprovecha todas y cada una de las oportunidades, siéntete alagado y orgulloso de haber sido elegido y alojado en nuestra máxima casa de estudios, que espera a que tu regreses, el día de mañana que decidas alcanzar la meta estaré contigo, y si por azares del destino, te desvías del camino, voltea hacia tu costado que siempre estaré presente.

A LA FAMILIA GARCÍA CABRERA:

Gracias, por estar conmigo en cada etapa de mi vida, por su apoyo incondicional, por la estimación y el afecto que me han proporcionado a lo largo de todos estos años, este resultado lo comparto con ustedes.

A MI FAMILIA Y AMIGOS:

Les agradezco las palabras de aliento que en determinados momentos me han externado, las bellas vivencias y tristezas que he pasado con ustedes, gracias por aceptarme como soy, por abrirme las puertas de su casa y de su corazón, y dejarme ser su amigo, sobrino, primo, cuñado, concuño, su yerno, etcétera.

REFORMAS AL ART. 211 BIS INCISO 1 AL 7 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

Introducción.	3
CAPÍTULO I.	
DISPOSICIONES GENERALES DE LAS COMPUTADORAS.	
1.1. Concepto de computadora.	6
1.2. Elementos que componen la computadora.	9
1.3. Antecedentes históricos de la computadora.	16
CAPÍTULO II.	
UBICACIÓN DE LA INFORMÁTICA EN EL DERECHO.	
2.1. Concepto de informática.	28
2.1.1. Concepto de cibernética.	32
2.2. Diferencias de la cibernética, la informática y el derecho.	38
2.3. El derecho a la información.	40
CAPÍTULO III	
EL DELITO Y SUS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.	
3.1. Concepto de delito.	51
3.2. Conducta.	55
3.2.1. Ausencia de conducta.	57
3.3. Tipicidad.	59
4.3.1. Atipicidad.	70
3.4. Antijuricidad.	72
3.4.1. Causas de justificación.	75
3.5. Imputabilidad.	85
3.5.1. Inimputabilidad.	89
3.6. Culpabilidad.	96
3.6.1. Inculpabilidad.	101
3.7. Condiciones objetivas de punibilidad.	107
3.7.1. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.	110
3.8. Punibilidad.	112
3.8.1. Excusas absolutorias.	114
CAPÍTULO IV.	
ANÁLISIS DEL ART. 211 BIS INCISO 1 AL 7 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.	
4.1. Concepto del art. 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal.	122
4.2. Elementos positivos y negativos del art. 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal.	127
4.3. Clasificación de los delitos de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.	137
4.4. Concepto de delito informático.	139
4.5. Bien jurídico tutelado.	150
4.6. Sujetos del delito informático.	152
4.7. Forma de la decisión judicial.	156

4.7.1. Concurso.....	157
4.7.2. Acumulación.....	162
4.8. Legislación Española.....	163
4.8.1. Constitución española.....	175
4.8.2. Código penal español.....	177
4.9. Legislación de los Estados Unidos de Norte América.....	191
4.10. Legislación Nacional.....	194
4.11. Tratados y Convenciones Internacionales.....	202
4.12. Estrategias para prevenir los delitos informáticos.....	217
CONCLUSIONES.....	221
PROPUESTAS.....	227
BIBLIOHEMEROGRAFIA.....	231

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad en aras de la globalización la ciencia y la tecnología se han transformado y como consecuencia la sociedad también ha cambiado ya que con los avances tecnológicos se pueden realizar actividades con mayor facilidad y rapidez y menos esfuerzo, algunos inventos forman parte de las herramientas de trabajo y estudio, pero el hombre en sentido genérico ha aprendido a utilizar la tecnología no sólo en su aspecto positivo sino también en el negativo, realizando ilícitos, viendo la forma de aprovechar estos avances tecnológicos para realizar conductas delictivas. La sociedad tiene que ir acorde a la globalización, para que haya una evolución en la misma ya sea de carácter cultural, social, económico y político. Al crecimiento de la tecnología, la ciencia encargada de regular, restringir o prohibir determinadas acciones u omisiones que se realizan con los inventos creados por esta, es el derecho, cabe señalar que el avance de la tecnología le lleva delantera al derecho, pero este va ir estudiando las consecuencias jurídicas que generan los avances tecnológicos y al mismo tiempo evoluciona.

Uno de los más importantes inventos que ahora en la actualidad es indispensable para la sociedad es la creación de la computadora o procesador de datos, esta maquina a desplazado a las maquinas mecánicas y eléctricas de escribir e inclusive la mano de obra de trabajadores, se ha convertido en un instrumento básico ya que es utilizada no sólo para almacenar o transformar información sino también es uno de los medios de comunicación dejando atrás al correo, al telegrama, la televisión y la radio ya que através del Internet se puede comunicar e informar y contratar servicios o realizar operaciones bancarias de un país a otro en fracciones de minutos.

Es necesario regular la utilización de las computadoras, con el objeto de prevenir el delito, esta es el principal elemento de nuestro objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

Iniciaremos indagando los orígenes de las computadoras desde la primer computadora hasta las diferentes generaciones que se han desarrollado, previamente es menester saber el significado que entraña la palabra computadora así como los elementos que la conforman.

En el capítulo II analizamos los conceptos de informática, cibernética y derecho. La computadora forma parte del estudio de la informática por lo que conceptualizaremos cada una de estas ramas de forma independiente una de la otra, y después estableceremos sus similitudes y diferencias así como su vinculación. La cibernética es una ciencia autónoma y se apoya de la informática para realizar sus inventos e instrumentos, pero esta última no es una subrama de la cibernética como algunos autores lo señalan, sí enlazamos a la informática con el derecho de esta combinación surge como consecuencia la informática jurídica y el derecho informático algunos autores no lo consideran como una materia independiente y autónoma, sin embargo, esta materia es incluida en el plan de estudios de algunas universidades tal

es el caso de las universidades; Anáhuac, del Valle de México, y en el posgrado de la Unam se imparte la materia informática jurídica.

Es necesario hablar de la información y el derecho y de esta relación deriva el derecho a la información, la forma de estudiar este tema es incursionando en la doctrina y la legislación nacional ya que la información juega un papel importante en la descripción legislativa que se plasma en el artículo 211 bis I al VII del Código Penal Federal.

Antes de analizar la parte medular de esta investigación es indispensable estudiar al delito, describiendo lo que se entiende por delito en la doctrina así como en la descripción legislativa plasmada en el Código Penal Federal así como sus elementos positivos y negativos para desarrollar el siguiente capítulo y haya una mejor comprensión del mismo.

Como último capítulo tenemos el pilar de esta investigación y le denominamos el análisis del artículo 211 bis inciso 1 al 7 del Código Penal Federal, como se desprende del título de esta investigación, le denominamos inciso, ya que desde nuestra perspectiva la descripción que realiza el legislador creando los artículos 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal, no son más que incisos, tomando en cuenta que se entiende por inciso la expresión que se intercala en otra con autonomía gramatical para explicar algo relacionado con esta, por lo que en el desarrollo de esta investigación aludimos a la palabra inciso o art. 211 bis 1 al 7. Se estudiara el multicitado artículo señalando el concepto de lo que estableció el legislador y sus elementos positivos y negativos.

Analizamos el artículo 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal ya que es lo único que tenemos legislado en materia penal y en el estado de Sinaloa en su código penal contempla en su artículo 217 el delito informático y menciona varias conductas que serán consideradas como delito informático, las cuales se desarrollaran en el presente capítulo. El Código Penal Federal regula las actividades realizadas a través de los equipos de cómputo y sistemas informáticos formando parte del título noveno de este código. Aunado a lo anterior se conceptualizara lo que se entiende por delito informático aunque no lo describa el multicitado artículo objeto de estudio de este trabajo de investigación.

Una vez definido el delito informático precisaremos el bien o los bienes jurídicos tutelados por la ley penal y los que no contempla según nuestro punto de vista de ahí que nace el título reformas al artículo 211 bis 1-7 del Código Penal Federal. Continuamos determinando a los sujetos que intervienen en este delito, entendiendo por sujetos; al activo y al pasivo, así como su clasificación y denominación de cada uno de estos, establecida por la doctrina, pero no así por la ley.

En este orden de ideas es de suma importancia la decisión judicial y consideramos que en este tipo de delitos puede haber un concurso o bien una

acumulación desde nuestra perspectiva ya que cada juez tiene su criterio para emitir una resolución de acuerdo a un caso en concreto.

Por la escasez de información nacional que hay sobre el tema ya que es nuevo para nuestra sociedad fue necesario consultar fuentes extranjeras y recurrimos a dos países; España y Estados Unidos de América, de los cuales se realizó un análisis de su constitución y legislación penal. Por otro lado consultamos organismos de carácter internacional que han escrito y regulado sobre el delito informático o determinadas conductas realizadas en las computadoras y consideradas como delitos sólo retomando las más importantes respecto al tema que nos incumbe. Regresando a nuestro país estudiamos la legislación, los tratados y convenios internacionales que ha celebrado con relación al tema de la presente investigación.

El objetivo de esta investigación es ver la problemática que representan las computadoras cuando se usan para fines delictivos y esto sucede a falta de legislación y de una cultura informática no sólo en la sociedad sino en los servidores públicos encargados de la impartición de justicia y en el ámbito internacional es mayor la problemática ya que carecemos de tratados y acuerdos internacionales, y no sólo se presenta en el derecho penal, sino también en diferentes áreas del derecho como en el derecho fiscal, civil, mercantil, internacional, patentes y marcas, propiedad intelectual, etcétera.

Estamos en desventaja con los países de la comunidad europea y nuestro vecino del norte, esto sucede en países en vías de desarrollo como el nuestro ya que vamos adoptando la tecnología electrónica más lentamente. Y basta tan sólo un ejemplo para darnos cuenta del atraso de nuestro país, en países como España en el año de 1995 ya se regulaba este tipo de delitos llevados a cabo por medio de una computadora y tiene una policía especializada en estos delitos y en nuestro país a partir del año de 1999 se incluyó en el artículo 211 bis 1 al 7 en el Código Penal Federal y tenemos pocos años de la creación de la policía cibernética, creada por la policía federal preventiva.

Los estudiosos del derecho tenemos que estar evolucionando a la misma velocidad de los avances tecnológicos proponiendo soluciones de carácter jurídico a las nuevas conductas delictivas que van surgiendo ya que ahora se cometen delitos sin estar en el lugar de los hechos y además puede perpetrarse al otro lado del continente atravesando fronteras y es tan veloz el tiempo empleado en la comisión del delito y tan largo el tiempo para ser descubierto, por lo tanto el delincuente tiene suficiente tiempo para evadir a la justicia.

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES DE LAS COMPUTADORAS.

1.1. Concepto de computadora.

La computadora, también llamada ordenador o computador, es una máquina de suma importancia en la sociedad actual, estableceremos un concepto de esta máquina en los párrafos siguientes así como el origen de estas palabras.

“Los términos computador y ordenador son sinónimos; no son más que las traducciones de los correspondientes vocablos “computer”, inglés, y ordeneur, francés, siendo esta última palabra la más utilizada en castellano.”¹

El término ordenador es más usado en España y computadora en nuestro país, sin embargo uno y otro término son sinónimos, pero si desciframos el significado de cada palabra encontraremos diferencias entre estas y una pluralidad de criterios doctrinales que se inclinan por uno u otro de los términos citados estableciendo cual es el más completo para designarle a esta máquina.

Una vez que sabemos de donde provienen las palabras ordenador y computadora en su sentido literal es indispensable citar los siguientes conceptos en sentido amplio:

1. “La computadora como cualquier máquina capaz de ejecutar secuencias o series de operaciones aritméticas o lógicas preestablecidas, así como aceptar información, aplicarle los procesos prescritos para la misma y finalmente proveer el resultado de esos procesos”².

2. “En términos generales, se ha dicho que la computadora es un aparato o un conjunto de máquinas interconectadas capaz o capaces de realizar, según un programa establecido, una sucesión de operaciones que le son suministradas y que se recuperarán en las salidas.”³

3. “A la computadora la definiremos como un dispositivo electrónico capaz de interpretar y ejecutar comandos programados para entrada, salida, cálculos y operaciones lógicas”.⁴

¹ LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, Miguel. “Informática jurídica documental”. 1ª Edición. Editorial Díaz de Santos. Madrid, España 1984. Pág. 231.

² PENICHE OSORIO, Carlos de J. “El contador, las computadoras y la informática”. 1ª Edición. Edit. Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México, 1992. Pág. 50.

³ AMAT NOGUERA, NURIA. “Técnicas documentales y fuentes de información.” 1ª Edición. Editorial Barcelona. Barcelona, 1979. Pág. 365.

⁴ LONG, Larry. “Introducción a las computadoras y al procesamiento de información”. 2ª Edición. Edit. Prentice Hall. México, 1990. Pág. 9.

4. "Una computadora efectúa automáticamente operaciones lógicas (matemáticas) con base en información de entrada, entregando respuestas, según un programa de instrucciones predeterminado."⁵

5. En el diccionario de computación del autor Freedman nos define a la computadora como "Una máquina de propósito general que procesa datos de acuerdo con el conjunto de instrucciones que están almacenadas internamente, ya sea temporal o permanente"⁶.

En este orden de ideas determino que la computadora u ordenador es una máquina electrónica que funciona por medio de la energía eléctrica y tiene un propósito general, la cual acepta información ya sea para procesarla o almacenarla y como consecuencia va a emitir resultados o información, todo este proceso se lleva a cabo a través de sus elementos que la conforman que es el hardware y software.

Aunado al párrafo anterior la computadora es capaz de registrar, entregar, ordenar y analizar informaciones, trabajando sobre datos proporcionados con anterioridad. Con este fin, la computadora es sometida a una adecuada programación, o sea, recibe una serie de instrucciones para ejecutar operaciones específicas en una determinada sucesión y alta velocidad.

Podemos observar de los conceptos citados que las computadoras tienen tres funciones fundamentales las cuales son las siguientes:

1. Almacena datos o información de forma temporal o permanente que permiten recuperar información.
2. Procesa datos o información ya sea copiando, calculando o comparando información; con datos ya incluidos en su programa.
3. Emite resultados, derivado de las instrucciones dadas por el operador y la información aceptada por la máquina y estos resultados pueden ser impresos en hojas de papel o simplemente se visualizan en el monitor de la computadora.

La computadora es similar al ser humano en cuanto a su funcionamiento, ya que el ser humano tiene una memoria que se encuentra en su cerebro y un sistema nervioso y su unidad básica es la neurona que tiene como función principal la conducción de los impulsos nerviosos y todo funciona bajo el control del cerebro, asimismo la computadora tiene una unidad central de proceso, entradas y salidas.

⁵ JACOBOWITZ, Henry. "Computadoras electrónicas simplificadas." 6ª Edición. Edit. Compañía general de ediciones S.A. México, D.F., 1979. Pág. 3.

⁶ FREEDMAN, Alan. "Diccionario de Computación". 1ª Edición. Edit. Mc Graw Hill. México D.F., 1994. Pág. 148.

DISPOSITIVOS DE ENTRADA--CPU--DISPOSITIVOS DE SALIDA.

En sentido general los dispositivos de entrada son los que permiten el acceso de la información o datos y los dispositivos de salida van a ser los que emiten de forma impresa o en la pantalla de la máquina los resultados o información que a capturado la computadora, estos dispositivos se desarrollaran en el siguiente tema de forma más detallada. Estos dispositivos son los que nos permiten comunicarnos con la computadora y forman parte del hardware.

Si bien es cierto que la computadora es similar a la estructura humana, no hay que olvidar que es una herramienta o máquina que funciona por medio de las instrucciones que el hombre le indica aunque tienen peculiaridades muy parecidas a la de los seres humanos tales como; recordar, tomar decisiones lógicas, ajustarse a circunstancias cambiantes, cabe señalar que algunas personas al surgimiento de estas máquinas tenían temor a las computadoras, algunos psicólogos crean el término ciberfobia para identificar a estas personas, y es necesario formular la pregunta ¿Por que hay este temor hacia las computadoras?. A la cual le damos respuesta en primer lugar, aunque parezca absurdo pero en un principio el hombre tenía miedo a ser desplazado por las computadoras en su trabajo y fue evidente este factor ya que algunas empresas despidieron personal debido a que las computadoras realizaban más ágil el trabajo y ocupaban menos hombres por lo tanto las empresas requerían de menos personal, en segundo lugar es obvio que hay un miedo a lo desconocido y surge debido a la falta de conocimiento sobre estos aparatos. Las computadoras indudablemente jamás podrán ser iguales al hombre, ya que estas carecen de todo juicio crítico, no saben identificar entre la verdad y la mentira, no tienen sentimientos, no pueden utilizar el conocimiento para realizar inventos como lo hacemos los hombres en sentido genérico, mientras que las computadoras no sean superiores a la inteligencia humana no serán más que los robots o máquinas que siempre han sido.

Algunas de las características de las computadoras que se desprenden por la lógica y de la opinión de algunos autores como el ingeniero Oscar Richer Vela, son las siguientes:

- Es un aparato electrónico.
- "Capacidad de comparar letras o números y decidir una acción.
- Gran rapidez en la ejecución de instrucciones o cálculos.
- Capacidad de almacenar instrucciones e información"⁷.
- Es un aparato no pensante que puede funcionar a altas velocidades y que es equivalente a una calculadora extremadamente poderosa.
- Es una máquina capaz de realizar un sin fin de hazañas inteligentes.

⁷ RICHER VELA, Oscar. "Computación". 1ª Edición. Edit. Ciencia y Técnica, S.A. México, 1997. Pág. 17-18.

- La computadora es una máquina que sirve para manipular, alterar y destruir información y equipos informáticos así como violar sistemas de seguridad para obtener información confidencial.
- Es un medio de comunicación ya que se puede emitir información de forma nacional o internacional. La primera forma atiende a la información que se expida en un mismo país. La segunda forma implica la transmisión de información de un país con el mundo. Y esta se da en fracciones de minutos.
- Es una herramienta fundamental ser humano para realizar sus actividades y negociaciones de carácter comercial.
- Realiza operaciones aritméticas, ecuaciones, cálculos y estadísticas en fracciones de segundos.
- Emite sus resultados o conclusiones, es decir información de forma material no sólo en la pantalla de la computadora sino también en hojas de papel esto es a través de una impresora que es la encargada de plasmar la información en estas hojas.

Una vez definido el concepto de computadora y sus características, así como el significado del término ordenador y computadora, es menester señalar la diferencia entre ordenador y computadora. Bien la palabra ordenador en materia de estas máquinas, sería que toda maquina electrónica tiene un orden para realizar sus funciones y además necesita de una orden, emitida por una parte ajena a sus componentes que es la actividad humana, es decir un usuario, para que esta las ejecute. Y computadora de acuerdo al sentido literal de la palabra quiere decir contar, calcular o computar.

Sin embargo, estos dos términos como lo señale al iniciar este tema son sinónimos. La computadora funciona a través de diversos elementos que la conforman, mismos que serán desglosados en el siguiente tema.

1.2. Elementos que componen la computadora.

La computadora básicamente se conforma de dos elementos principales que son:

1. El hardware.
2. El software.

HARDWARE.

El origen de esta palabra es del idioma inglés, y para su traducción es necesario dividirla en dos, que sería hard y ware.

El diccionario inglés y español establece una definición de las siguientes palabras:

* "Hard: Es un adjetivo que significa duro".⁸

* "Ware: s. artículos; cerámica, pl. mercancías."⁹

Por lo tanto de la unión de estas dos palabras surge la palabra Hardware que en nuestro idioma la traducción sería mercancía dura. Cabe, señalar que esta palabra también tiene su propio significado y es el siguiente;

"Hardware: s. (artículos de) ferretería; COMPUT. equipo, maquinaria."¹⁰

La palabra que se acerca más a la descripción de hardware es equipo, entendiéndose esta última como la agrupación de varios elementos, y como veremos más adelante el hardware esta conformado por varias piezas.

Sin embargo, el hardware esta conformado por piezas o partes que conforman una computadora, y estos componentes físicos son de carácter electrónico, mecánico o bien magnético. Y todos estos elementos físicos conformados en su conjunto conforman a las computadoras y es así como realizan sus funciones.

En el diccionario de computación del autor Freedman define al hardware como "toda la maquinaria y el equipamiento"¹¹, hablando técnicamente concluiríamos que el hardware es la estructura física de todas las computadoras y esta compuesto por todas las piezas tangibles que se aprecian a simple vista, ya sean las que están al exterior como el teclado, o bien las que se encuentran dentro de la computadora.

Como lo señaló en los párrafos anteriores el hardware lo conforman varias piezas, hablaremos de las piezas externas que se observan a simple vista y forman parte del hardware, no hay que olvidar que el hardware también lo componen las piezas que se encuentran en la parte interna de la computadora, mismas que no serán objeto de análisis ya que de este tema se podría escribir un libro. Sin embargo es necesario establecer la definición de aquellas piezas externas ya que al ver una computadora son las que percibimos y es importante saber para que sirven y si son dispositivos de entrada o salida.

Las piezas externas que se observan a simple vista en una computadora son;

- El teclado.
- El monitor o pantalla.
- El mouse o ratón.
- El scanner.

⁸ TRAINOR SENETH, Diane. "Diccionario español inglés". 1ª Edición. Editorial Larousse. México D.F., 1995. Pág. 416.

⁹ IBIDEM. Pág. 496.

¹⁰ IBIDEM. Pág. 416.

¹¹ FREEDMAN, Alan. OP CIT. Pág. 380.

- La pluma óptica y digitalizadora.
- La impresora.
- Las bocinas.

A continuación estableceré los conceptos de una forma general de los componentes físicos citados en el párrafo anterior.

Teclado: Es uno de los elementos que conforman la computadora y su principal función es la de introducir información a la PC, es decir, el teclado es un dispositivo típico que sirve para la captura de datos.

Los elementos primordiales del teclado e independientemente de los diversos tipos que hay son los siguientes;

1. "Las teclas alfanuméricas normales: que son las teclas de caracteres y números así como teclas especiales y su ubicación dentro del teclado están en la zona central se asemejan a las teclas de las máquinas mecánicas". Int. Al uso de las computadoras personales.

2. Las teclas de función: se distinguen de las demás teclas y se identifican con la letra F en mayúscula y seguida de un número, "estas nos permiten dar instrucciones, elegir las diferentes opciones contenidas en los menús así como responder a preguntas realizadas por los usuarios"¹². Estas teclas se encuentran en la parte superior del teclado.

3. Las teclas de calculadora: son teclas numéricas y nos sirven para efectuar operaciones aritméticas básicas, también forman parte de estas las teclas de comandos y las teclas de cursor. Estas teclas se localizan del lado derecho del teclado.

Actualmente existen teclados de silicón, y la característica principal de estos es que son flexibles y nos permiten doblarlos y llevarlos a cualquier parte ya que son ligeros.

Monitor o pantalla: es una forma versátil de obtener la información de la computadora. En otras palabras en la pantalla, vamos a observar inmediatamente lo que estamos escribiendo en el teclado, así como los diferentes iconos que contienen los diversos programas. El monitor es el que nos muestra visualmente los datos contenidos en la computadora de forma instantánea. "Es a través de la pantalla que el sistema operativo, el paquete o lenguaje que se esté utilizando envía mensajes al usuario y le proporciona menús o ayuda y en muchos casos también resultados."

¹² DUFFY, Tim. "Cuatro herramientas de software". 1ª Edición. Edit. Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V. México, 1990. Pág. 5.

Existen monitores de diferentes colores tales como: "blanco, negro, amarillo, café"¹³ y ámbar. Asimismo las pantallas miden entre "12 cm y hasta 61 cm en diagonal."¹⁴

Algunos autores denominan con el nombre común de terminal a las computadoras que tienen unidos la pantalla y el teclado formando una sola pieza.

Mouse o ratón: "es un dispositivo pequeño y útil, esta conectado a la computadora mediante un cable, y cabe bajo la palma ahuecada de la mano para moverlo con facilidad sobre una superficie plana y así trasladar un apuntador o cursor de manera equivalente en la pantalla". En su estructura física se observa que tiene dos o tres botones y al oprimir estos emiten o fijan comandos.

Las operaciones más comunes que se realiza con el mouse son;

Apuntar: se traslada el apuntador del ratón hasta colocarlo sobre algún elemento en pantalla.

Dar click: se oprime y se suelta alguno de los botones del ratón.

Seleccionar: se apunta a un elemento en la pantalla y se da click.

Doble click: como su nombre lo indica se presiona dos veces alguno de los botones del ratón y se suelta.

Arrastre: se apunta a un elemento en el monitor, se oprime uno de los botones del ratón y se mantiene así mientras se traslada el mouse a la posición deseada.

Scanner: "Los scanners nos permiten convertir imágenes, textos, fotografías, gráficas, etc., del medio en donde se encuentran a información digital, para después ser usadas en la computadora. El mecanismo de estos dispositivos es muy similar al de una fotocopidora, pero es diferente ya que la fotocopidora obtiene una copia en papel y en el scanner se obtiene un archivo en la computadora".¹⁵

Hay diversos tipos de scanner, sólo mencionare tres;

"Image scanner. Es un aparato del tamaño de una copiadora, que se usa para digitalizar cualquier tipo de información en papel: dibujos, fotografías, textos, etc.

¹³ IBIDEM, pág. 16.

¹⁴ LONG, Larry. OP CIT. Pág. 86.

¹⁵ PAREDES OLEA, Héctor, BARCELATA MONTART, Saydé, MÉNDEZ MÉNDEZ, M. Angel, DE LEÓN ÁNGELES, Luis Alberto, MORALES RUBIO, Enrique. "Conceptos básicos de computación". 1ª Edición. Edit. Trillas. México D.F., 1997. Pág. 37

Fax. Esta máquina es muy común actualmente y envía información, pero primero la digitaliza. Además puede mandar información directamente a una computadora. Además un fax puede mandar información directamente a una computadora apropiada.

Lectores de código de barras. Son scanners pequeños se especializan en leer los códigos de barras¹⁶, son muy usados en las tiendas de autoservicio ya que a través del scanner al leer el código de barras que tiene adherido el producto va a especificar el precio de venta.

Pluma óptica y digitalizadoras: es muy similar a las plumas comunes y esta "detecta la luz por medio de un tubo de rayos catódicos cuando se mueve cerca de la pantalla. El cursor se une automáticamente a la posición de la pluma y sigue la trayectoria de ésta sobre la pantalla. La pluma digitalizadoras es sensible a la presión¹⁷ y se visualiza en el monitor, esta pluma se utiliza por ejemplo: en el trámite de licencias de conducir ya que al firmar en el reverso de la licencia se efectúa por medio de la pluma digitalizadora y después sale impresa en el plástico.

Impresora: "La impresora de papel recibe los puntos eléctricos desde el computador y los manifiesta en caracteres impresos"¹⁸. La impresora escribe caracteres en papel o acetatos.

Hay diferentes tipos de impresoras y se van a caracterizar de acuerdo a la velocidad de impresión.

Algunos de los tipos de impresoras son las siguientes;

Impresoras láser: son las de reciente creación y las más usadas en la actualidad, estas "usan tecnología xerográfica para formar los caracteres en el papel por medio de cargas electrónicas; forman los caracteres con un tonalizador (toner) y unen el tonalizador al papel por medio de calor"¹⁹.

Impresoras de línea: son aquellas que "la impresión se hace por línea en forma simultánea, es decir toda la línea se imprime al mismo tiempo. Para ello se emplea un rodillo con anillos, cada uno de los cuales será responsable de imprimir un carácter sobre la línea".²⁰

Impresora de carácter: valga la expresión y como su nombre lo indica "imprime un carácter a la vez y así sucesivamente hasta terminar la línea. Y se determina si es direccional o bidireccional, con relación a la forma de imprimir, si regresa a imprimir el

¹⁶ IDEM.

¹⁷ LONG, Larry. OP CIT. Pág. 85.

¹⁸ DEL POZO, Luz María, HERNÁNDEZ, Ricardo. "Informática en derecho". 1ª Edición. Edit. Trillas. México, 1992. Pág. 58

¹⁹ DUFFY, Tim. OP CIT. Pág. 21.

²⁰ RICHER VELA, Oscar. OP CIT. Pág. 29.

siguiente carácter en la línea inmediata inferior estaremos dentro del primer término, y si espera a obtener toda la información de la siguiente línea y no regresa y la imprime de derecha a izquierda nos encontraremos en el segundo término.

Impresora de matriz de punto: esta formada por una serie de puntos, normalmente de 5 de ancho por 7 de alto. Los caracteres se imprimen en puntos que en conjunto integran y dan forma a las letras²¹.

"Impresora de inyección de tinta: estas disparan pequeños chorros de tinta en el papel en patrones que forman los caracteres"²².

Impresora margarita": llamada así porque los caracteres parecen los pétalos de una margarita²³ y su impresión en papel es muy similar a la de las máquinas de escribir.

Impresora en serie: estas impresoras les llaman así, porque están conectadas a varias computadoras.

Bocinas: forma parte de los dispositivos de audio y es un aparato que nos sirve para escuchar los sonidos y la música. Es un elemento que se puede considerar como accesorio, pero sin embargo forma parte del hardware.

Los elementos que citamos con antelación se clasifican en dispositivos de entrada y de salida.

De conformidad con los autores Richer Vela, Larry Long y Héctor Paredes Olea y otros, llegamos a la conclusión de que los dispositivos de entrada son: el teclado, el mouse, el scanner, la pluma óptica y digitalizadora. Los dispositivos de entrada "son los componentes tangibles que permiten introducir datos a la computadora."²⁴

Los dispositivos de salida son: el monitor, la impresora, bocinas (dispositivo de audio). Los dispositivos de salida nos permiten visualizar la información transmitida a la computadora ya sea en el monitor o en hojas de papel, etc. En términos más precisos los dispositivos de salida son los que "nos permiten obtener datos de la computadora."²⁵

²¹ IDEM.

²² DUFFY, Tim. OP CIT. Pág. 21.

²³ IBIDEM. Pág. 19.

²⁴ PAREDES OLEA, Héctor, BARCELATA MONTART, Saydé, MÉNDEZ MÉNDEZ, M. Angel, DE LEÓN ÁNGELES, Luis Alberto, MORALES RUBIO, Enrique. OP CIT. Pág. 33.

²⁵ IBIDEM. Pág. 49.

SOFTWARE.

Esta palabra deviene al igual que hardware del idioma inglés y la dividimos para desentrañar su significado.

En soft y ware la primera es un adjetivo que significa "(adj.) blando; bajo; suave"²⁶ y la segunda palabra significa "s. artículos; cerámica, pl. mercancías."²⁷ Por lo tanto su traducción en español sería una mercancía suave.

Atendiendo al significado técnico sería el siguiente de acuerdo con el diccionario de computación "Instrucciones para una computadora. Una serie de instrucciones que realizan una tarea en particular se llama programa o programa de software. Las dos categorías principales son software de sistemas de aplicaciones. El software de sistemas se compone de programas de control, incluyendo el sistema operativo, software de comunicaciones y administrador de bases de datos. El software de aplicaciones es cualquier programa que procesa datos para el usuario (inventario, nómina, hoja de cálculo, procesador de texto, etc.)."²⁸

El ingeniero Richer Vela lo define de la siguiente forma: "Software: es la parte abstracta (programa) de la computadora. Procedimiento interno o externo que se encarga de que el hardware funcione apropiadamente para realizar una tarea específica."²⁹ Esta definición es más fácil de comprender ya que la primera utiliza palabras muy complejas.

Sin embargo y tomando en consideración las definiciones citadas, desde mi perspectiva considero que el software es el conjunto de programas, creados por empresas especializadas en computadoras, e instalados en la memoria de las máquinas y nos sirve para dar instrucciones a las computadoras. En estricto sentido algunos autores definen al software como el nombre que se le da a los programas o la parte lógica de las computadoras.

Nos preguntamos ¿Qué son los programas? Los programas son un conjunto de instrucciones con una secuencia lógica que le dicen a la computadora que hacer y como procesar los datos.

Hay diversos tipos de software y cada día se crean más, como por ejemplo: los sistemas informáticos que utilizan las bibliotecas para encontrar la localización de los libros, es un software especial.

²⁶ TRAINOR SENETH, Diane. OP CIT. Pág. 552.

²⁷ IBIDEM. Pág. 605.

²⁸ FREEDMAN, Alan. OP CIT. Pág. 717.

²⁹ RICHER VELA, Oscar. OP CIT. Pág. 21.

Aunado a lo anterior es menester señalar que el software es un elemento intangible, es decir que no se puede tocar o ver físicamente, ya que sus programas se encuentran grabados en la memoria de las computadoras.

Finalmente es menester comentar que el software y el hardware son elementos que se conjugan entre sí, y gracias a estos las computadoras funcionan ya que si estuvieran de forma aislada no funcionaría la computadora y estos no cumplirían con sus funciones.

1.3. Antecedentes históricos de la computadora.

Los siguientes antecedentes fueron extraídos de los autores Mario G. Losano, Téllez Valdés Julio y Ríos Estavillo Juan José, retomando líneas y párrafos que citan en sus obras.³⁰

De acuerdo con Téllez Valdés "el hombre en la época primitiva tiene la necesidad indispensable de contar sus pertenencias, animales, objetos de caza, pieles, etcétera, ha tenido que procesar datos. En un principio este procedimiento fue muy rudimentario: comienza utilizando lo que está a su alcance y en su entorno físico así es como se observa a él mismo, utilizando sus manos y almacenaba toda la información posible en su memoria"³¹. Comienza el cálculo matemático para tener una estadística de sus objetos u herramientas. Por lo tanto era imposible el traslado de la información, porque al no existir otro sistema de cálculo, la información que tenían almacenada en su memoria se iba borrando con el transcurso del tiempo. "El hombre en esta etapa estaba limitado en cuanto a tener un procesamiento de información ya que dependía de su capacidad física de su cuerpo como la memoria y sus dedos de las manos y de los pies como un instrumento o herramienta para obtener un cálculo o estadística, a través de su imaginación y su inteligencia utiliza diferentes elementos naturales que lo rodean en su medio ambiente, como los granos, las semillas y piedras de colores, etc."³².

El hombre evoluciona e inventa sistemas numéricos, después máquinas de cálculo mecánicas para facilitar el cálculo matemático de la forma más ágil y fácil y sin esfuerzo.

El principal elemento de las máquinas de cálculo y ahora en la actualidad las máquinas electrónicas "es el paso de la numeración romana a la numeración indo-arábiga, que presenta dos ventajas respecto a los sistemas precedentes (por ejemplo, el

³⁰ Véase las obras de estos autores en las siguientes páginas. LOSANO, Mario G. "Curso de Informática jurídica" 1ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid, España 1987. Pág. 101-112.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio. "Derecho Informático" 1ª Edición. Edit. Macgraw-Hill. México, 1996. Pág. 6, 7.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José. "Derecho e informática en México". 1ª Edición. Edit. UNAM. México, 1997. Pág. 42-44.

³¹ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. "Derecho Informático" 1ª Edición. Edit. Macgraw-Hill. México, 1996. Pág. 5.

³² LOSANO, Mario G. "Curso de Informática jurídica" 1ª Edición. Edit. Tecnos. Madrid, España 1987. Pág. 22.

romano): introduce la noción del cero y permite establecer el valor de una cifra en base a su posición en el interior del número.³³

“Un grupo, produjo la idea de hacer agujeros en las piedras y unir las cuentas resultantes en grupos de diez, sobre un marco de alambre; otro usó lianas. En ambos casos, las cuentas podían moverse con facilidad y rapidez a lo largo del alambre o de las lianas, con lo que resultó una tremenda aceleración en los cálculos. Este dispositivo, en forma algo más sofisticada, se conoció como ábaco en China y soroban en Japón³⁴. Históricamente, es el instrumento temprano de la informática más importante y tuvo su origen hace al menos 5000 años³⁵. “La palabra ábaco tiene su raíz etimológica de la voz fenicia abak que significa tabla lista cubierta de arena.”³⁶Aún en la actualidad este instrumento se utiliza en la educación de los niños para enseñarles a realizar operaciones de la aritmética ordinaria como: sumas, restas e incluso divisiones y multiplicaciones.

Posteriormente surgen tablas de logaritmo. La dificultad para realizar las multiplicaciones, divisiones fue lo que motivo a John Napier que era un matemático escocés, aproximadamente en el año de “1617 invento un dispositivo mecánico de varillas numeradas que podían multiplicar y a este invento se le conoció más tarde como los huesos de Napier.”³⁷ “Con estas tablas es posible realizar multiplicaciones en forma sencilla y rápida; las multiplicaciones se traducen en sumas y las divisiones en restas. Sin embargo, había que crear las tablas y sus antilogaritmos e imprimirlas. Esto representaba un enorme trabajo, que fue realizado por un compañero de Napier, H. Briggs.”³⁸

“En 1623, Wilhelm Schickard inventó lo que llamó el reloj calculador, que reproducía mecánicamente esquemas lógicos para hacer cálculos diseñados por su amigo el matemático Kepler.”³⁹

El siguiente invento son las llamadas “reglas de cálculo que aparecen en el año 1630. Esta funciona con base en la medición de longitudes de dos reglitas que guardan relación, utilizando la escala logarítmica. Esta herramienta ha sido sumamente utilizada, inclusive en la actualidad, y los resultados de las operaciones que se realizaba con ella se aproximan con gran exactitud”⁴⁰.

³³ IBIDEM. Pág. 101.

³⁴ JACOBOWITZ, Henry. OP CIT. Pág. 4.

³⁵ LONG, Larry. OP CIT. Pág. 30.

³⁶ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 6.

³⁷ JACOBOWITZ, Henry. OP CIT. Pág. 5.

³⁸ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 6.

³⁹ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. “Derecho e informática en México”. 1ª Edición. Edit. UNAM. México, 1997. Pág. 42.

⁴⁰ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág.7.

“La Pascalina. El inventor y pintor Leonardo da Vinci (1452-1519) trazó las ideas para una sumadora mecánica. Siglo y medio después, el filósofo y matemático francés Blaise Pascal (1623-1662) por fin inventó y construyó la primera sumadora mecánica. Se le llamó la Pascalina y funcionaba con maquinaria a base de engranes y ruedas. A pesar de que Pascal fue enaltecido por toda Europa debido a sus logros, la Pascalina resultó un desconsolador fallo financiero, pues para ese momento, resultaba más costosa que la labor humana para los cálculos aritméticos. Pascal construyó la Pascalina para ayudar a su padre, un cobrador de impuestos, a calcular las entradas por contribuciones. Los dígitos se ordenaron en ruedas, de manera que una sola revolución de una de ellas era la décima parte de una vuelta de la rueda que estaba inmediatamente a la izquierda.”⁴¹

“La tarjeta perforada (1804)

Joseph Marie Jacquard en Francia, construyó una máquina para tejer complicados diseños de telas. Esta máquina funcionaba con tarjetas perforadas que contenían información del camino que debían seguir los hilos de la tela para lograr un diseño determinado. La idea de Jacquard tuvo grandes repercusiones: introdujo la automatización y con ella se convirtió en el padre de las tarjetas perforadas.”⁴²

“El inglés Charles Babbage comprendió (1812) que muchos cálculos largos, sobre todo aquellos necesarios para preparar tablas matemáticas, consistían en operaciones rutinarias que se repetían regularmente; a partir de esto él conjeturó que debería ser posible hacer estas operaciones automáticamente. Babbage empezó a diseñar, por consiguiente, una máquina calculadora mecánica automática que llamó el “motor diferencial,” y para 1822 había construido un modelo pequeño en funcionamiento para propósitos de demostración. Con la ayuda financiera del gobierno británico, Babbage empezó la construcción de un motor diferencial a gran escala en 1823. Se pretendía que fuera impulsado por vapor; totalmente automático, e incluso que imprimiera las tablas resultantes; y sería ordenado por un programa de instrucciones fijas.

El motor diferencial, aunque de flexibilidad y pertinencia limitadas, era, conceptualmente, un gran adelanto. Babbage continuó trabajando en él durante 10 años, pero en 1833 perdió interés por tener una “idea mejor”, la construcción de lo que hoy se describiría como una computadora digital mecánica automática de propósito general, controlada totalmente por un programa. Babbage llamó a su máquina el “motor analítico o máquina analítica”; las características que se evidencian en el diseño mostraban una verdadera presciencia, aunque esto no llegaría a apreciarse totalmente hasta después de más de un siglo. Los planes para el motor analítico especificaban a una computadora decimal paralela que operaba en números (palabras) de 50 dígitos decimales con una capacidad del almacenamiento (memoria) de 1,000 de tales

⁴¹ LONG, Larry. OP CIT. Pág. 30-31.

⁴² TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 7.

números. Las operaciones en funcionamiento incluirían todo lo que una computadora moderna de propósito general necesitaría, incluso la tan importante capacidad de "traslado del mando condicional" que permitiría ejecutar las instrucciones en cualquier orden, no sólo en una sucesión numérica. El artefacto analítico usaba una tarjeta perforada (similar en eso a las usadas en el telar de Jacquard), que sería leída en la máquina por cualquiera de varias estaciones de lectura. La máquina fue diseñada para operar automáticamente, a través del poder del vapor, y requeriría a un solo sirviente⁴³. Para su funcionamiento se dividía en dos rubros: el primero que ordenaba y el segundo que ejecutaba las órdenes. Además almacenaba resultados intermedios en un dispositivo interno: contaba con las tablas de logaritmos, efectuaba decisiones simples y finalmente entregaba un resultado impreso de manera automática.

"Un paso hacia el cómputo automatizado fue la introducción de las tarjetas perforadas que se usaron para computar, por primera vez con éxito, en 1890 por Herman Hollerith y James Powers, trabajando para el Departamento del Censo de los E.U. Juntos desarrollaron dispositivos que podían leer la información que se había perforado en las tarjetas automáticamente, sin la intermediación humana⁴⁴. "Estas tarjetas consistían en emplear tarjetas perforadas de tres por cinco pulgadas, con las esquinas cortadas una prensa de alfileres, contadores electromagnéticos y una caja distribuidora.

El Dr. Herman Hollerith en 1901 crea un teclado perforador numérico."⁴⁵

Se redujeron por consiguiente mayormente los errores de lectura, el flujo del trabajo se aumentó, y, de manera más importante, se pudieron usar pilas de tarjetas perforadas como una forma de almacenamiento de memoria accesible de capacidad casi ilimitada; además, diferentes problemas podían guardarse en diferentes lotes de tarjetas para trabajarse más adelante cuando fuera necesario.

"Estas ventajas fueron reconocidas por las corporaciones con intereses comerciales y pronto llevaron al desarrollo de sistemas mejorados de máquinas de negocios de tarjetas perforadas como los de Máquinas Comerciales Internacionales (International Business Machines - IBM), Remington-Rand, Burroughs, y otras corporaciones. Estos sistemas usaban dispositivos electromecánicos en los que el poder eléctrico proporcionaba el movimiento mecánico como el girar de las ruedas de una máquina sumadora. Tales sistemas incluyeron rasgos para alimentar automáticamente un número específico de tarjetas desde una estación de lectura; para realizar operaciones como sumar, multiplicar, ordenar y producir tarjetas perforadas con los resultados. Según las normas modernas, las máquinas de tarjetas perforadas eran lentas, procesando típicamente de 50 a 250 tarjetas por minuto, con cada tarjeta

⁴³ Véase la página web: www.ivoocfcontour.com

⁴⁴ IDEM.

⁴⁵ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 8.

conteniendo unos 80 números decimales. Sin embargo, para su tiempo, las tarjetas perforadas estaban muy adelante y constituyeron un enorme paso.

En esta etapa descrita, hay autores que lo relacionan como la revolución de los engranes y ruedas y otros como de la relojería, en cuanto a su funcionamiento. La denominación adecuada a esta etapa es la era mecánica.⁴⁶

En la doctrina a la siguiente etapa, que es donde surgen las primeras computadoras, se denomina las generaciones de las computadoras.

“La primera generación surge en los años de 1944 a 1951 el desarrollo de estas computadoras se basa en circuitos de tubos de vacío⁴⁷ en esta generación se invento la Mark I, la Eniac, la Edvac y la Univac, dando inicio a lo que conocemos como las computadoras digitales automáticas.

“La Mark (1937-1944) realizada en la Universidad de Harvard con el apoyo de la IBM, por Howard Aiken, a finales de la década de los treinta y principios de los cuarentas. Fue la primera computadora electromecánica automática. Era capaz de realizar largas secuencias de operaciones codificadas previamente, registrándolas en una cinta de papel perforada y calculando los resultados con la ayuda de las unidades de almacenamiento (memoria)⁴⁸.” Manejaba números de 23 lugares decimales (palabras) y podía realizar todas las cuatro operaciones de la aritmética. Es más, tenía programas especiales en su arquitectura, o subprogramas, para manejar logaritmos y funciones trigonométricas. La Mark I se controlaba originalmente por medio de una cinta de papel perforado sin la provisión para la inversión (devolverse), de forma tal que instrucciones de “transferencia de mando” automático no podían programarse. La información de salida se registraba en tarjetas perforadas y máquinas de escribir eléctricas. Los componentes de esta maquina eran tubos de vacío y un lenguaje binario y usaba ruedas de contar además de paradas electromagnéticas, la máquina fue clasificada como una computadora de parada. Era lenta, requiriendo de 3 a 5 segundos para una multiplicación, pero era totalmente automática y podía completar cálculos largos. Mark I fue la primera de una serie de computadoras diseñadas y construidas bajo la dirección de Aiken.⁴⁹ En esta primera generación y con la aparición de la Mark I se da inicio a lo que conocemos como las computadoras digitales automáticas.

“La Eniac (Electronic Numerical Integrator and Computer 1943-1945) es diseñada por un equipo dirigido por el ingeniero J. Presper Eckert y el físico John Mauchly de la Universidad de Pennsylvania, se caracterizaba porque contenía 18, 000 tubos de vacío(bulbos)⁵⁰. Aunque el uso de las válvulas electrónicas permitió reducir

⁴⁶ página web: www.ivoocfcontour.com

⁴⁷ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 43.

⁴⁸ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág.9.

⁴⁹ página web: www.ivoocfcontour.com

⁵⁰ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 43.

sus dimensiones, éstas seguían siendo considerables: el peso del ENIAC se situaba en torno a las treinta toneladas. El calor producido por las válvulas electrónicas hacía necesario la construcción de una instalación de refrigeración que consumía más energía eléctrica que el propio ordenador.

La Univac 1. Es la última computadora que se inventa en esta generación, y para no variar, "la historia se repite, y así fue con la instalación de la primera computadora comercial en la Oficina de Censos estadounidense en 1951."⁵¹ Sus siglas significan "Universal Automatic Computer", la construyeron Mauchly y Eckert para la Remington-Rand Corporation. El gobierno aprovechó muy bien el dinero invertido en la Univac 1: la oficina de censos la utilizó por 12 años.⁵²

La segunda generación se crea otro tipo de sistemas para hacer más ágiles a las computadoras y se "sustituyen los tubos de vacío o bulbos por los transistores"⁵³ y surge en el año de "1959 a 1964. Las características principales de esta generación fueron las siguientes:

1. El transistor.
2. Compatibilidad limitada. Los programas escritos para una computadora generalmente requerían modificaciones antes de que se pudieran ejecutar en otra computadora.
3. Orientación al procesamiento secuencial en cinta.
4. Lenguajes simbólicos de programación de bajo nivel."⁵⁴

La tercera generación se lleva a cabo en el año de "1965 a 1971"⁵⁵ y su "principal característica es el uso de circuitos integrados monolíticos"⁵⁶. Las capacidades de memoria son casi ilimitadas gracias a los discos. Los circuitos integrados o chips están constituidos por "un agrupamiento de circuitos de transistores gravados en pequeñas placas de silicio"⁵⁷. "Las computadoras de esta generación trabajan con una gran velocidad que ejecutan más de un programa de manera simultánea. Se crean las minicomputadoras creando una gran demanda en el mercado ya que ocupaban un menor espacio que las primeras computadoras y eran de gran utilidad para las empresas"⁵⁸.

La cuarta generación se particulariza por la creación de los microprocesadores, esta generación se da en los años de 1972 a 1982 aproximadamente. Surgen los circuitos

⁵¹ LONG, Larry. OP CIT. Pág.36

⁵² IBIDEM. Pág.36-37.

⁵³ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 10.

⁵⁴ LONG, Larry. OP CIT. Pág.39.

⁵⁵ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 43.

⁵⁶ TÉLLEZ VALDÉS, Julio. OP CIT. Pág. 10.

⁵⁷ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 43.

⁵⁸ LONG, Larry. OP CIT. Pág.41.

integrados a escala media y gran escala, acompañados de otras estructuras similares al transistor como: los semiconductores metal-óxido, utilizados en computadoras, calculadoras, satélites y mecanismos de robot. Los transistores llegan a ser casi microscópicos.

Hay algunos autores como Juan J. Ríos Estavillo que comentan del desarrollo de una quinta generación de computadoras refiriéndose a la inteligencia artificial, "sin embargo, no han podido aún alcanzar el nivel que se desea: la capacidad de comunicarse con la computadora mediante el lenguaje natural y no a través de códigos o lenguajes de control especializados."⁵⁹ Pero no dudo que un día lleguemos a la cima de esta nueva generación.

A continuación mencionamos las actualizaciones de las computadoras digitales electrónicas, es decir los cambios que se han efectuado a través de los años, de acuerdo con lo que plasma Margarita Ramírez en su página de Internet.⁶⁰

Adelantos en los años cincuenta.

Temprano en los 1950s dos importantes descubrimientos de la ingeniería cambiaron la imagen del campo de la computadora electrónica, desde un campo de hardware rápido pero a menudo inestable hasta uno de fiabilidad relativamente alta y capacidad aún mayor. Estos descubrimientos fueron: la memoria de centro magnético y el elemento del circuito transistor.

Estos nuevos descubrimientos técnicos encontraron rápidamente su lugar en los nuevos modelos de computadoras digitales; la RAM aumentó su capacidad de 8,000 a 64,000 palabras en máquinas disponibles comercialmente a principios de los años sesenta, con tiempos de acceso de 2 o 3 milésimas de segundo. Estas máquinas eran muy caras para comprarse o alquilarse y era especialmente costoso operarlas debido al precio en aumento de la programación. Tales computadoras se encontraban típicamente en centros de cómputo grandes operados por la industria, el gobierno, y los laboratorios privados, provistos de personal con muchos programadores y personal de apoyo. Esta situación llevó a modos de operación que habilitan el compartir la alta capacidad disponible; uno de tales modos es el procesamiento por lotes en el que se preparan problemas y se mantienen listos para su cómputo en un medio de almacenamiento relativamente barato, como tambores magnéticos, discos magnéticos condensados, o cintas magnéticas. Cuando la computadora termina con un problema, típicamente "vierte" el problema entero, el programa y los resultados, en una de estas unidades de almacenamiento periférico y toma un nuevo problema. Otro modo de uso para máquinas rápidas y poderosas se llama de tiempo compartido. Usando tiempo compartido la computadora procesa muchos trabajos de espera en una sucesión tan

⁵⁹ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 44.

⁶⁰ Margarita Ramírez es miembro del Centro de Investigaciones Computacionales de Córdoba, y esta información se encuentra disponible en la siguiente página web: www.ivoocfcontour.com.

rápida que cada trabajo progresa tan velozmente como si los otros trabajos no existieran, dejando así a cada cliente satisfecho. Tales modos de operación requieren detallados programas "ejecutivos" para asistir a la administración de las varias tareas.

Adelantos en los años sesenta

Diseñar y desarrollar las posibles computadoras más rápidas y con mayor capacidad alcanzó un punto cumbre con la realización de la máquina LARC para los Laboratorios de Radiación Livermore de la Universidad de California por la Corporación Sperry-Rand en los años 1960s, y la computadora Stretch (Estiramiento) por IBM. El LARC tenía una memoria central de 98,000 palabras y multiplicaba en 10 milésimas de segundo. Stretch proporcionaba varias líneas de memoria, con un acceso más lento para las líneas de capacidad mayor: el tiempo de acceso más rápido era de menos de 1 milésima de segundo y la capacidad total en la vecindad de 100 millones de palabras.

Durante este periodo los fabricantes de computadoras mayores empezaron a ofrecer un amplio rango de capacidades de cómputo y de costos, así como varios equipos periféricos, para entrada tales como consolas y alimentadores de tarjetas; y para salida tales como copiadoras de página, pantallas de tubos de rayos catódicos, dispositivos de gráficos; además de cinta magnética optativa y almacenamiento de archivos en disco magnético. Estos equipos encontraron un vasto uso en los negocios con aplicaciones tales como contabilidad, nómina, control de inventario, petición de suministros, y cobro de cuentas. Las unidades del procesamiento central (CPUs) para tales propósitos no necesitaban ser aritméticamente muy rápidas y accedían a cantidades grandes de información principalmente desde archivos, manteniéndose siempre al corriente. Por lejos el mayor número de sistemas de cómputo se vendió para las aplicaciones más modestas, como en hospitales para llevar el rastro de archivos de pacientes, medicaciones, y tratamientos dados. También se usaron en sistemas de bibliotecas automatizadas, como MEDLARS, el sistema de recuperación de la Biblioteca Médica Nacional, y en el sistema de Resúmenes Químicos, donde la computadora graba en archivos casi todos los compuestos químicos conocidos.

Recientes adelantos

La tendencia durante los años setenta estuvo, en alguna magnitud, lejos de la computación sumamente poderosa, enfocándose hacia un rango más amplio de aplicaciones para los sistemas de computadoras menos costosas. La mayoría de los procesos de fabricación continua, como la refinación del petróleo y los sistemas de distribución de poder eléctrico, usaron computadoras de capacidad relativamente modesta para controlar y regular sus actividades. En los años sesenta la programación aplicada a problemas fue un obstáculo para la autosuficiencia de las instalaciones de cómputo, clasificadas según su tamaño, pero los grandes adelantos en lenguajes de programación para aplicaciones están removiendo estos obstáculos. Los lenguajes de

aplicaciones están ahora disponibles para controlar un gran rango de procesos industriales, para el funcionamiento de computarizado de herramientas y máquinas, y para muchas otras tareas.

Es más, una nueva revolución en el hardware de la computadora ocurrió, involucrando la miniaturización de la circuitería de la computadora lógica y de sus componentes manufacturados por lo que se ha dado en llamarse integración de gran escala, o LSI (Large Scale Integration). En los años cincuenta se comprendió que "reduciendo" el tamaño de los circuitos de las computadoras digitales electrónicas y sus partes, aumentaría la velocidad y eficacia y por eso mejoraría la actuación, si tan sólo los métodos industriales necesarios estuvieran disponibles para hacer eso. Aproximadamente en 1960 la fotoimpresión de tableros de circuitos conductivos para eliminar el alambrado se desarrolló favorablemente. Entonces fue posible construir resistencias y condensadores en la circuitería por medios fotográficos (en un circuito impreso). En la década de los 1970s la deposición al vacío de transistores era ya común, y ensamblajes enteros de componentes, como sumadoras, contadores y desplazamiento de registros, estuvieron disponibles en "pastillas" diminutas (chips). En los 1980s la integración a muy gran escala (very large scale integration- VLSI), en la que cientos de miles de transistores se ponen en una sola pastilla, resultó más y más común. Muchas compañías, algunas nuevas en el campo de las computadoras, introdujeron en los años setenta el miniordenador programable proporcionado con paquetes de software. La tendencia hacia la reducción del tamaño continuó con la introducción de computadoras personales que son máquinas programables bastante pequeñas y baratas para ser compradas y usadas por individuos. Muchas compañías, como Apple Computer y Radio Shack, introdujeron computadoras personales muy exitosas en los años setenta. Aumentado en parte por la novedad de las computadoras, el video, y los juegos, el desarrollo de estas computadoras pequeñas se extendió rápidamente.

En los años ochenta el enorme éxito de la computadora personal y los adelantos resultantes en la tecnología del microprocesador iniciaron un proceso de roce entre los gigantes de la industria de la computadora. Es decir, como resultado de los adelantos que continuamente se hacen en la fabricación de pastillas, rápidamente se pudieron comprar cantidades crecientes de poder informático por los mismos costos básicos. Los microprocesadores se equiparon con ROM, o memoria de sólo lectura (que almacena programas inmutables constantemente usados), y empezaron a realizar un número creciente de controles de procesos, pruebas, supervisión, y diagnóstico de funciones, como en los sistemas de ignición automovilísticos, en el diagnóstico de los motores automovilísticos, y en tareas de inspección de producción en línea. A principios de los años noventa estos cambios estaban obligando en conjunto a la industria de la computadora a hacer ajustes llamativos. Los gigantes del campo largamente establecidos y algunos más recientes, notablemente, compañías tales como IBM, la Corporación de Equipo Digital (DEC), y Olivetti de Italia--estaban reduciendo su planta de personal, cerrando fábricas, y dejando caer subsidiarias. Al mismo tiempo, los productores de computadoras personales continuaron proliferando y las compañías

especializadas surgieron en números crecientes, cada compañía consagrándose a alguna área especial de la fabricación, distribución, o el servicio al cliente. Estas tendencias probablemente continuarán en el futuro previsible.

Las computadoras continúan menguando en tamaño hasta dimensiones cada vez más convenientes para el uso en oficinas, escuelas, y hogares. La productividad en la programación no ha aumentado tan rápidamente, sin embargo, y como resultado el software se ha vuelto el costo mayor de muchos sistemas. Nuevas técnicas de programación como la programación orientada a objetos, sin embargo, se han desarrollado para ayudar a aliviar este problema. El campo de la computadora continúa experimentando un tremendo crecimiento en conjunto. Mientras que la computadora y las tecnologías de las telecomunicaciones continúan su integración, las redes computacionales, (como la red mundial de Internet), el correo electrónico y la publicación electrónica son algunas de las aplicaciones que han madurado rápidamente en los años recientes, revolucionando la sociedad a gran escala.

En el área de las super computadoras y los sistemas de computadoras más poderosas, las empresas americanas de Investigación Cray (Cray Research) y Control Data, Inc. Permanecieron como los líderes de los años ochenta hasta los años noventa. Hoy, los investigadores buscan nuevas maneras de construir computadoras mejores continuamente. Las metas de sus esfuerzos normalmente están en una o más de las áreas siguientes: reducción de costos, aumento de la velocidad de procesamiento, capacidades crecientes, y lograr que las computadoras sean más fáciles de usar. Esta última cualidad la facilidad de uso, normalmente ha sido llamada "amigabilidad". A veces las mejoras involucran nuevos dispositivos; en otros momentos ellos son provocados por nuevos métodos de integrar hardware o elementos del software.

La memoria, primaria y secundaria, es una parte de la computadora que ha recibido considerable atención durante los años. Originalmente, la unidad de memoria de cualquier computadora era una serie de anillos férricos pequeños que podían cada uno ser magnetizados con cualquiera de dos polaridades. El proceso resultante era lento, voluminoso, y caro. Desde entonces, las astillas de semiconductores se han vuelto los soportes principales de memorias primarias, con las cintas magnéticas y discos manejando el almacenamiento de memoria secundaria. Otros fenómenos continúan siendo estudiados como posibles formas de tecnologías de memoria. Éstos incluyen dispositivos como la burbuja magnética, el electrón "que socava" dispositivos, y los discos compactos. En el área de almacenamiento magnético, el esfuerzo considerable se ha aplicado para encontrar maneras de acopiar información más densamente.

El progreso en las tecnologías del semiconductor continúa, produciendo aumentos en las velocidades de procesamiento y el montaje de más circuitería en menos espacio. Gracias a la integración a muy gran escala (VLSI) que hemos mencionado, la integración de centenares de miles de circuitos en una oblea de silicón, y a los adelantos en semiconductores, los diseñadores tienen la libertad de construir

funciones en hardware que previamente tenían que ser proporcionadas por el software, y las computadoras ganan en velocidad y versatilidad.

El uso de la óptica para guardar información es principalmente atractivo porque la alta frecuencia inherente a la luz implica que debe proporcionar densidades altas de transmisión de información. Desgraciadamente, el ojo humano es más tolerante a los errores informativos que una computadora. Por esta razón, así como por la dificultad de crear un material que puede escribirse repetida y rápidamente por la luz del láser, la apariencia de los medios de almacenamiento óptico aún está evolucionando. Están desarrollándose otras tecnologías de óptica láser, sin embargo, como las fibras ópticas que transmiten información en muchas redes. El uso de métodos ópticos de cómputo para el procesamiento real todavía está en las fases tempranas de desarrollo pero ofrece la esperanza de computadoras muy rápidas y eficaces en el futuro.

Otra área de experimentación está en la organización de las partes de la computadora. La mayoría de la memoria está organizada para que una situación se dé en una dirección, y los volúmenes son encontrados localizando esa dirección. La memoria de dirección de volumen, CAM, es un nuevo estilo del arreglo en el que se localiza la información según su volumen de valor. Con este método una computadora puede buscar un artículo en un grupo para encontrar el grupo entero rápidamente. Como un ejemplo, si el texto de este artículo se guardara en una CAM, la tarea de hallazgo una cierta frase se haría más fácil si la computadora pudiera buscar una frase particular. CAM está jugando un papel importante en los esfuerzos por modelar las capacidades del cerebro. Otro cambio en la organización de la computadora es uno que se usa ahora en un porcentaje creciente en las computadoras y es el uso de menos instrucciones para aumentar al máximo la velocidad de procesamiento. Ésta es la base de las computadoras con un conjunto de instrucciones reducidas, llamadas computadoras de RISC.

Existe una significativa cantidad de interés en el campo de la inteligencia artificial. Las tecnologías y beneficios que derivarán de esta área de estudio se filtrarán indudablemente a todas las áreas de la informática. Gran parte del trabajo en la investigación de inteligencia artificial involucra la construcción de programas para realizar tareas de manera similar a la manera en la que los humanos piensan. Un ejemplo es la estrategia empleada en los programas de juegos en los que la computadora guarda un registro de todas las posibles contestaciones, ganando y perdiendo, y entonces se figura un camino de decisión que refuerza ganando y detiene perdiendo. En cierta medida, éste es un algoritmo que aprende. A pesar de ciertos adelantos en inteligencia artificial, las computadoras no pueden hacer todavía más de lo que sus programas les indican que hagan. Los más grandes éxitos comerciales en este campo han venido en los sistemas expertos, grandes "expertos" que actúan como los consultores especialistas en campos como la medicina y el análisis del químico. El procesamiento en paralelo, un método de usar las computadoras en redes para que varias instrucciones pequeñas se ejecuten simultáneamente, está jugando un papel

cada vez mayor en la investigación de la inteligencia artificial debido a su gran velocidad informática.

Otras investigaciones de punta en el área de las computadoras incluyen la integración de microprocesadores con formatos biológicos, (como en el desarrollo de un chip que envía una primitiva señal visual al cerebro de un ciego, o en las pastillas que integran transistores con neuronas, o en la computación con ADN), y la computación cuántica (que promete ser capaz de procesar rápidamente operaciones muy lentas hoy en día, como la factorización de grandes números). Aunque este y otros tipos de procesamiento de cómputo y arquitecturas están en las etapas más primitivas, ofrecen la posibilidad de adelantos en líneas de trabajo totalmente distintas a las de la computación digital estándar.

Estos cambios que se han desarrollado en las computadoras a través del tiempo se han clasificado como las generaciones de las computadoras, habiendo una revolución de sus elementos internos y externos que se han llevado a cabo por el avance de la tecnología.

En la actualidad los ordenadores son más pequeños, tienen una inmensa capacidad en sus memorias y tienen una gran velocidad para ejecutar las órdenes emitidas. En el mercado mundial los precios de estas han decrecido debido a la producción de chips y otros elementos.

Las computadoras pueden ser conectadas a cualquier red teleinformática, pueden comunicarse los usuarios de un país a otro a través de estas máquinas, es lo que denominamos Internet.

Los ordenadores dirigen actualmente fábricas enteras, viajes espaciales, operaciones quirúrgicas, se dan diplomados y maestrías a través del Internet y es lo que se conoce como educación a distancia, dibujan, toman decisiones y hasta juegan ajedrez.

Hoy en día se realizan compraventas de bienes, se contratan servicios, se hacen transferencias de dinero, se crean conductas ilícitas navegando por Internet. Así mismo se ha creado el Internet a través de la televisión, de los celulares y algunas de estas compañías propulsoras son: iusacell y cablevisión.

Sin duda alguna, es uno de los principales descubrimientos que propicio la globalización que se vive en todo el mundo.

CAPÍTULO II.

UBICACIÓN DE LA INFORMÁTICA EN EL DERECHO.

2.1. Concepto de informática.

Atendiendo al sentido literal, el término informática surge de la unión de dos palabras que son: la información y automática, utilizando las dos primeras sílabas de la primer palabra y las tres últimas de la segunda palabra, y su esquema sería de la siguiente forma: infor + mática = informática, atendiendo el significado de estas dos palabras por lógica entendemos que la informática es la información automática. Este tipo de construcciones se denomina compuesto, contrato o contracción. "El término fue creado en 1962, el francés PHILIPPE DREYFUS inventó un término nuevo, Informatique, unificando de esta manera los dos términos de información y automática."⁶¹ El objeto de esta palabra se hizo para designar a las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones. En los párrafos posteriores nos abocamos a definir más detalladamente a la informática ya como ciencia y su impacto en la vida de los seres humanos.

En el Diccionario de Informática de Anthony nos define brevemente a la informática como la "Ciencia y arte de proceso de datos con el fin de obtener y proporcionar información."⁶²

Consideramos que la palabra informática es un término amplio en el que tiene cabida toda metodología relacionada con el tratamiento automatizado de la información, a través de las computadoras, y cuyo fin es la organización de los datos, el proceso de captación, almacenamiento, procesamiento, búsqueda y difusión de información. La explicación de esta definición se da con relación a palabras clave y son las siguientes:

Tratamiento automatizado, es automático ya que la computadora capta y recupera la información suministrada en segundos.

Información, nos referimos a los datos de cualquier índole.

Computadora: es la **máquina que realiza** todo el proceso de información, no descartando la creación de otra máquina que sustituya a la computadora ya que la tecnología va evolucionando.

De los conceptos citados, se observa que el objeto de estudio de la informática es el estudio de la información.

⁶¹ FROSINI, Vittorio. "Informática y Derecho". 1ª Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1988. Pág. 43.

⁶² CHANDOR, Anthony. "Diccionario de informática". 1ª Edición. Editorial Alianza. Madrid, 1989. Pág. 203.

La informática ha sido una disciplina de gran relevancia en la sociedad, superando en la historia a la creación de la imprenta, ya que en la actualidad se puede difundir la información de un país al mundo, y ha facilitado la búsqueda del conocimiento y del aprendizaje. Es por eso que ahora se habla de una sociedad informatizada que usa los avances tecnológicos de la información y las telecomunicaciones, es decir la informática, la radio y la televisión, asimismo se obtiene conocimientos, elevando la alfabetización en cualquier sociedad, tal es el caso de la enseñanza a distancia, derivada de programas especializados o el Internet, permitiendo el flujo de datos transfronteras.

La informática ha incursionado en todas las ciencias, no siendo la excepción el derecho ya que se apoyado de ésta para recopilar datos jurídicos entre otras cosas. Y como consecuencia surge el término de informática jurídica. En un principio se trataba que a través de la informática, ayudara al juzgador a tomar decisiones en las controversias legales, otorgando una decisión para solucionar ese problema legal, podemos decir que aún en la actualidad no ha sido posible este fin. No obstante, ha sido de gran ayuda al jurista ya que se apoya de esta para realizar investigaciones, registrar información, y el sistema judicial se ha beneficiado ya que le permite guardar en las computadoras grandes volúmenes de información, le permite realizar retratos hablados de delinquentes, etcétera.

La primera noción que se desprende de la palabra informática jurídica, atendiendo a la definición de informática analizada en los párrafos anteriores, es el tratamiento automatizado de toda información de carácter legal. Es menester profundizar más sobre este concepto.

Con relación a lo anterior, los autores Celia Fernández de Aller y Joaquín María Suárez Sánchez de León establecen en su obra que "la Informática jurídica aparece así como la disciplina que estudia el tratamiento automatizado de la información jurídica, incidiendo en las fuentes de producción jurídica a través de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial."⁶³ No sólo incide en el proceso legislativo o judicial, sino en todas las áreas del derecho e instituciones públicas y privadas.

El maestro Héctor Fix Fierro nos dice que: "La informática jurídica debe entenderse entonces el conjunto de estudios e instrumentos derivados de la aplicación de la informática al derecho, o más precisamente, a los procesos de creación, aplicación y conocimiento del derecho".⁶⁴

⁶³ FERNÁNDEZ ALLER, Celia y SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, Joaquín María. "Informática para abogados". 1ª Edición, Editorial Anaya Multimedia. Madrid 1991. Pág. 28.

⁶⁴ FIX FIERRO, Héctor. "Informática y documentación jurídica". 2ª Edición, Editado por la Facultad de derecho, UNAM. México 1990. Pág. 56.

En sentido estricto la informática jurídica: "Contiene los estudios y las realizaciones de recuperación de informaciones jurídicas mediante ordenador."⁶⁵

Por lo tanto la aplicación de la informática en el mundo del derecho es lo que conocemos como la informática jurídica. Es obvio que este término surge debido al impacto de la computadora, trayendo efectos sociales, políticos, económicos y jurídicos.

La informática general utiliza las mismas técnicas o métodos para llegar a un fin determinado y se aplica de igual forma a la informática jurídica, lo único que cambia en la informática jurídica es la naturaleza o el origen de la información y esta va a ser siempre de carácter jurídico. Este término se creó para identificar la aplicación de la informática con el derecho. Y la aplicación material de este tratamiento lógico lo realiza la computadora. Algunos autores como López Muñoz Goñi y Héctor Fix Fierro han clasificado a las diversas aplicaciones de la informática en el derecho. El primero divide a la informática jurídica en:

- a) Operacional: esta beneficia a las instituciones públicas y privadas, agilizando los trámites, los estudios jurídicos.
- b) Decisional: es aquella que pretende dar soluciones a problemas específicos.
- c) Registral: como su nombre lo especifica se encarga de registrar todo tipo de información, beneficiando a usuarios, instituciones públicas y privadas, un ejemplo: es el folio mercantil que se está creando, y va a contener la historia de las sociedades mercantiles registradas en las diferentes oficinas de los registros públicos de comercio.
- d) Documental: es aquella que contiene bases de datos o información jurídica, estas bases se les conoce como bancos de datos jurídicos. Un ejemplo es el sistema Unam-lure que contiene legislaciones de nuestro país y lo realiza el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam.

Para el maestro Héctor Fix Fierro la informática jurídica se divide en:

"i) Informática jurídica documental.

La informática jurídica documental se ocupa del tratamiento automatizado de los documentos jurídicos.

⁶⁵ LOSANO, Mario G. OP CIT. Pág. 49.

ii) Informática jurídica de gestión y control.

Es la rama de la informática jurídica relativa a la utilización de las computadoras en la organización y administración de los órganos encargados de crear y aplicar el derecho.

iii) Informática jurídica metadocumental

Esta rama de la informática jurídica abarca una gran variedad de esfuerzos y proyectos que intentan obtener de las aplicaciones de la informática al derecho resultados que vayan más allá de la recuperación y reproducción de información (documental o no), con la pretensión de que la máquina resuelva por sí misma problemas jurídicos, o al menos auxilie a hacerlo, y contribuya al avance de la teoría jurídica.

iv) Aplicación de la informática a la enseñanza del derecho

La enseñanza auxiliada por computadora representa la conjunción de la informática y pedagogía para la consecución de un objetivo de transmisión del conocimiento, en este caso, el jurídico.⁶⁶

Antes de acuñar el término de informática jurídica, se utilizaron palabras como; jurimetría resaltando que es la primera palabra que establece la aplicación de la informática en el derecho y fue creado por Loevinger, otro término es la iuscibernética, propuesto por Losano. Desde mi punto de vista estos términos son los principales antecedentes de la Informática jurídica.

La informática jurídica ha sido muy polémica ya que algunos autores en sus obras se han cuestionado si forma parte de la informática o del derecho, y considero que forma parte de ambas ya que es una palabra compuesta que deviene de estas dos disciplinas.

Es imprescindible, que la informática, y en mayor proporción la cibernética, han liberado, el descubrimiento de una nueva forma de generar energía y conocimiento, transformando, los sistemas nucleares, moleculares, y la sociedad en general, dejando huella en la historia, y caracterizando a las últimas décadas del siglo XX e inicios de este siglo, sin duda alguna es un parte aguas de la era mecánica a la digital, la automatizada, convirtiéndose en un acontecimiento histórico, como en su momento lo fue, la imprenta, la revolución industrial, aunque el fenómeno informático y cibernético, en que vivimos actualmente, tiene una inmensa diferencia con los sucesos históricos mencionados, pero, gracias a estas etapas de avances científicos, han permitido el desarrollo de la humanidad, ya que con la invención de las máquinas, han facilitado la producción de bienes y servicios, y satisfacción de éstos, trayendo un desarrollo

⁶⁶ FIX FIERRO, Héctor. OP CIT. Págs. 56-58.

nacional e internacional, e incluso han determinado el ascenso de empresas y personas a un status económico.

La informática aplicada al derecho, no es la subordinación de una con la otra, al contrario ha retomado gran importancia en la enseñanza, en la investigación y en el ejercicio del derecho, siendo una disciplina que en el futuro, es indispensable, e incluso en el presente. Y el jurista, que quiera evolucionar, tiene que abrir sus ideas y pensamientos al conocimiento de las nuevas tecnologías, tomando en cuenta las implicaciones jurídicas del desarrollo tecnológico, formando su criterio profesional, en relación a los avances tecnológicos.

Finalmente, el derecho debe de ser flexible, frente a los cambios tecnológicos, cuyo impacto e influencia, han tenido en las relaciones sociales, políticas y económicas de la sociedad, surgiendo consecuencias jurídicas, es por eso, que tenemos el deber de prepararnos día con día, para que la tecnología no rebase los límites del control legislativo, y judicial, bueno también sucede en otras áreas, tales como la educación y el comercio, entre tantas transformaciones que se dan en todos los ámbitos científicos.

2.1.1. Concepto de Cibernética.

El primero en utilizar la palabra cibernética y establecer su significado de acuerdo a su criterio fue "Platón, la ciencia que se ocupaba del control de la navegación de los barcos y, más tarde, para describir la ciencia o arte de la que las personas podían valerse para preservar sus cuerpos y riquezas de los peligros que les acechaban."⁶⁷

En este orden de ideas, el autor Javier Livas, expresa en su libro, que posteriormente, quien usa este término es "el físico y filósofo francés Ampere, allá por el año de 1843, en una clasificación de las ciencias, para designar la ciencia de gobernar al Estado. Generalmente se reconoce que la Cibernética, como ciencia moderna tiene su origen en los trabajos matemáticos de carácter estadístico que Norbert Wiener, norteamericano y exniño prodigio llevó a cabo. Uno de los proyectos que vieron aplicados los conocimientos de Wiener se dio durante su colaboración en el esfuerzo de guerra, cuando ayudó a mejorar la puntería de las baterías anti-aéreas de los aliados durante la Segunda Guerra Mundial. Predecir donde estaría localizado un avión alemán en los siguientes segundos, de manera que las armas antiaéreas pudieran disparar adelante y hacer blanco, era un problema para ser resuelto por la estadística. El paso probable del avión es tratado como uno entre muchas posibles trayectorias, dice Jeremy Campbell. Las matemáticas de Wiener tenían como fin hacer mejores pronósticos de la posición de los aviones atacantes en un momento futuro tomando en cuenta la secuencia de datos disponibles sobre sus posiciones anteriores y mediante el

⁶⁷ SARRA, Andrea Viviana. "Comercio Electrónico y Derecho". 1ª Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires 2001. Pág. 31.

cómputo instantáneo hacer ajustes sucesivos rápidamente, utilizando para ello el concepto y los mecanismos de la realimentación de información”⁶⁸.

Respecto a la clasificación que realiza Ampere, cabe comentar que el maestro López Muñiz Goñi, explica que “designaba la ciencia que se ocupa de los métodos de gobierno, en un sentido político, dentro del sistema por él concebido para coordinar todo el saber humano.”⁶⁹

Ahora bien, hay escritores que hablan, de que la cibernética se debe a dos figuras fundamentales, es decir a dos precursores, una de estos autores es Viviana Andrea Sarra, que en su obra denomina quienes son estos, y describe las obras del primero de estos, por lo que reproduzco a la letra las líneas que escribió. “Podemos decir que los dos grandes precursores de la cibernética moderna son Weiner y Von Neumann... Cybernetics (1948), en esta obra, el autor presenta a la cibernética como el campo que se ocupa de la teoría del control y la comunicación, tanto respecto de una máquina como de un animal... The human use of human beings: cybernetics and society (1950), obra en que se afianzan las ideas sugeridas en la anterior acerca de la influencia de los ordenadores en las sociedades y se empieza a vislumbrar como una posibilidad realizable. Finalmente, God and Golem (1964) fue la obra publicada poco antes de su muerte y en ella Weiner se muestra interesado en los problemas filosóficos (e incluso religiosos) que la cibernética plantea. De este modo, afronta las grandes interrogantes de la comparación hombre-máquina y el control de los hombres por las máquinas creadas por ellos mismos...

El otro padre de la cibernética, Von Neumann, focalizó su visión en la comparación cerebro-ordenador y publicó el resultado de sus teorías e investigaciones en varias obras. Analiza el sistema nervioso central desde un punto de vista matemático y compara el funcionamiento del cerebro con el de un ordenador, señalando las analogías y diferencias.”⁷⁰

Una vez que analizamos los antecedentes históricos de esta palabra, es necesario desentrañar su significado, iniciando por su raíz etimológica y posteriormente citamos diversas definiciones.

El Diccionario de Informática describe a la cibernética como la “ciencia que estudia los sistemas de control y la relación o comunicación en general, entre los seres vivos y la máquina. Podemos decir que, para un sistema o máquina, la cibernética es la lógica de las operaciones que la controlan y dirigen.”⁷¹

⁶⁸ LIVAS, Javier. “Cibernética, Estado y Derecho”. 1ª Edición. Editorial Ediciones Gernika S.A. México D.F., 1988. Pág. 85.

⁶⁹ LÓPEZ MUÑIZ, Goñi. OP CIT. Pág. 7.

⁷⁰ SARRA, Andrea Viviana. Op CIT. Págs. 32-34.

⁷¹ PUIG TORNE, Juan. “Diccionario de Informática”. 1ª Edición. Editorial Ediciones Ceac, S.A. Barcelona, España, 1985. Pág. 33.

El autor López Muñiz Goñi que a su vez cita a Antonio Enrique Pérez Luño, y en referencia al vocablo cibernética, describen etimológicamente, el origen y el significado de esta palabra, estableciendo que proviene de "la traducción de la voz griega *kybernetes*, que significa el arte de gobierno del timonel"⁷²

Javier Livas cita en su obra varios conceptos, de diversos autores, siendo estos los que a continuación describo:

"Wiener mismo, en 1954, redefinió la Cibernética como el estudio analítico del isomorfismo de la estructura de las comunicaciones en los mecanismos, en los organismos y las sociedades...

W. Ross Ashby nos dice que la Cibernética estudia los mecanismos mediante los cuales tanto los sistemas naturales como los inventados por el hombre son controlados, o su actividad es coordinada o regulada...

La Cibernética es la ciencia del control y de la comunicación con especial referencia a los sistemas adaptables o autocontrolados...

Para Neville Moray, la Cibernética estudia los sistemas de comportamiento de todo tipo. Es la ciencia que relaciona las entradas y salidas de un sistema, sus inputs y outputs. En los diseños de los sistemas tipo artefactos, se busca que la relación entre las entradas y las salidas correspondan a las del sistema cuyo comportamiento se trata de imitar. Es una ciencia de control, porque por una parte se ocupa de especificar una máquina que dé una salida en particular cada vez que una cierta entrada sea recibida por esa máquina. Tratamos de construir sistemas que hagan cosas, aclara Moray, y para eso debemos entender el arreglo de las partes para establecer el control de unas sobre las otras, y también el medio ambiente que rodea la máquina, para que la salida deseada sea alcanzada. Queda implícito que es también una ciencia de la comunicación deberá existir entre el sistema y su medio ambiente para que pueda establecer un control y asimismo deberá existir comunicación entre las diferentes partes que integran el sistema. Concluye Moray: La cibernética es la ciencia de la lógica aplicada...

Por último, el polaco H. Greniewsky, sin necesidad de explorar el aspecto matemático de la Cibernética, afirma que ésta investiga aquello que es común a los procesos de comunicación"⁷³.

En este orden de ideas, llegamos a descifrar que el objeto de estudio de esta ciencia es la comunicación que se da entre el hombre y las máquinas inventadas por este, así como el comportamiento de ambos, y el control que ejecute la máquina o el hombre sobre esta.

⁷² LÓPEZ MUÑIZ, Goñi. OP CIT. Pág. 7.

⁷³ LIVAS, Javier. OP CIT. Págs. 86-88.

Observamos que en los conceptos citados, encontramos dos palabras comunes que son: control y comunicación. "Por tanto la palabra cibernética podría significar ciencia de los mandos. Estos mandos son estructuras con elementos especialmente electrónicos y en correlación con los mecanismos que regulan la psicología de los seres vivos y los sistemas sociales humanos, y a la vez que permiten la organización de máquinas capaces de reaccionar y operar con más precisión y rapidez que los seres vivos, ofrecen posibilidades nuevas para penetrar más exactamente las leyes que regulan la vida general y especialmente la del hombre en sus aspectos psicológicos, económicos, sociales etc. Dentro del campo de la cibernética se incluyen las grandes máquinas calculadoras y toda clase de mecanismos o procesos de autocontrol semejantes y las máquinas que imitan la vida"⁷⁴.

La cibernética ha incursionado en la electrónica, logrando grandes avances tecnológicos, como la robótica en donde aplica a informática al diseño y empleo de aparatos que en sustitución de personas, con el objetivo de realizar operaciones de alta peligrosidad, para el hombre, es donde a través de la inteligencia artificial, se han desarrollado sistemas que desarrollan tareas que requieren decisiones y autoprogramación y se han incorporado sensores de visión y tacto artificial. Con la robótica se ha conocido planetas tales como Marte, ya que se ha creado un individuo parecido al hombre, cuyo destino es imprevisible, puesto que nacido en la tierra morirá en otro lugar, ya que el hombre en las regiones interplanetarias puede tener trastornos en su composición física y, el cambio brusco que sobreviene durante el paso de la tierra a otro planeta, no permite al hombre sufrir el mecanismo de adaptación.

"La palabra robótica procede de la palabra robot. La robótica es, por lo tanto, la ciencia o rama de la ciencia que se ocupa del estudio, desarrollo y aplicaciones de los robots...

Los robots son dispositivos compuestos de sensores que reciben datos de entrada y que pueden estar conectados a la computadora. Esta, al recibir la información de entrada, ordena al robot que efectúe una determinada acción. Puede ser que los propios robots dispongan de microprocesadores que reciben el input de los sensores y que estos microprocesadores ordenen al robot la ejecución de las acciones para las cuales está concebido. En este último caso, el propio robot es a su vez una computadora"⁷⁵.

Al oír la palabra robot, a menudo se produce en nuestra mente la imagen de una máquina con forma humana, con cabeza y extremidades. Esta asociación es fruto de la influencia de la televisión o del cine, cuyos anuncios o películas muestran máquinas con forma humana, llamadas androides, que generalmente son pura ficción, ya que o son hombres disfrazados de máquina o, si realmente son máquinas, no efectúan trabajos de los que el hombre se pueda aprovechar.

⁷⁴ <http://lamar.cs.buap.mx/~oscar/FFC/ciber.html>

⁷⁵ <http://www.giovanni.guillen@eniace.com>

En la actualidad, los avances tecnológicos y científicos no han permitido todavía construir un robot realmente inteligente, aunque existen esperanzas de que esto sea posible algún día.

Hoy por hoy, una de las finalidades de la construcción de robots es su intervención en los procesos de fabricación. Estos robots, que no tienen forma humana en absoluto, son los encargados de realizar trabajos repetitivos en las cadenas de proceso de fabricación, como por ejemplo: pintar al spray, moldear a inyección, soldar carrocerías de automóvil, trasladar materiales, etc. En una fábrica sin robots, los trabajos antes mencionados los realizan técnicos especialistas en cadenas de producción. Con los robots, el técnico puede librarse de la rutina y el riesgo que sus labores comportan, con lo que la empresa gana en rapidez, calidad y precisión.

En la actualidad científicos de la Nasa, han creado dos vehículos robots, con el objetivo de investigar, si hay vestigios de agua, en el Planeta de Marte.

En una publicación, de fecha ocho de marzo de dos mil cuatro, la Nasa comenta sobre las misiones, de sus robots que lanzo al planeta rojo, al respecto, me refiero a lo siguiente:

"La NASA afirma que el explorador 'Spirit' también ha encontrado indicios de la pasada presencia de agua en Marte, después de anunciar esta semana que el "Opportunity" llegó a una región del planeta que estuvo inundada hace millones de años. Ambos vehículos exploradores de la agencia espacial estadounidense descendieron en enero en puntos totalmente opuestos de la superficie marciana. En una conferencia de prensa, un portavoz del Laboratorio de Propulsión a Chorro (JPL) de la NASA en Pasadena, California que el 'Spirit' encontró indicios de que hubo agua en una roca llamada 'Humphrey'. El vehículo utilizó un instrumento de abrasión con el que reveló que las fisuras de la roca fueron talladas por agua. "Creo que el agua estaba en el magma y al cristalizarse este magma, se produjo la formación de estos depósitos blancos, tal vez con algunos depósitos minerales que llenaron la roca", afirmó Ray Arvidson en una conferencia de prensa desde Pasadena. Los científicos del JPL manifestaron que hasta el momento no se ha determinado si la zona estuvo cubierta por agua, pero sí están seguros de que el agua subió y se filtró por entre las rocas.

No estamos hablando de mucha agua. Pero esto significa que Marte es un planeta muy diverso y que allí sí hubo agua.

Las autoridades de la NASA han intensificado las actividades de los exploradores marcianos 'Spirit' y 'Opportunity' para aprovechar cada minuto de su corta vida útil en el planeta. Los científicos de la agencia espacial estadounidense calculan que cada uno de los vehículos todo terreno podrá realizar su recorrido y estudios de la topografía marciana durante unos tres meses.

Al cabo de ese tiempo, el polvo marciano cubrirá los paneles solares con que los vehículos se abastecen de energía para desplazarse, transmitir fotografías y realizar análisis geológicos. Eso significa que, teóricamente, el trabajo del 'Spirit', que llegó a

Marte a comienzos de año, acabará en abril, en tanto que el del 'Opportunity' se prolongará tres semanas más, según los cálculos.

Los robots, han cumplido con sus misiones, ya que encontraron evidencias, de agua en Marte.

La aplicación de la biología a la electrónica, el estudio de los fenómenos fisiológicos que puedan inducir los dispositivos electrónicos, ha incitado a los electrónicos a examinar su propia disciplina bajo un ángulo nuevo: la biónica.⁷⁶

Estos robots, fueron creados para que tuvieran vida, por un determinado tiempo, y cumplieran con sus objetivos, y efectivamente realizaron el avance por el planeta rojo, cumpliendo con su objetivo.

Ahora bien, también se ha logrado un gran avance en la medicina, ya que cuando dos disciplinas se fusionan, es muy raro que la colaboración se haga en sentido único.

La inteligencia artificial tiene varios elementos que forman parte de su área de conocimiento entre los cuales son: la robótica, la biónica y los sistemas expertos.

El sistema experto parte de la creación de software y hardware especiales para una determinada ciencia, y ayudan al operario a determinar con mayor facilidad un concepto a tomar una decisión, etc. Sin embargo retomare algunas de las ideas de la publicación realizada por Giovanni, el cual dice lo siguiente:

"Los sistemas expertos o especializados constituyen una instrumentalización de la I. A. apasionante y muy útil. Son sistemas que acumulan saber perfectamente estructurado, de tal manera que sea posible obtenerlo gradualmente según las situaciones. Aquí desaparece el concepto de información en favor del de saber. Un sistema experto no es una biblioteca que aporta información, sino un consejero o especialista en una materia de ahí que aporte saber, consejo experimentado.

Un sistema experto es un sofisticado programa de computadora. Posee en su memoria y en su estructura una amplia cantidad de saber y, sobre todo, de estrategias para depurarlo y ofrecerlo según los requerimientos. Ello convierte al sistema (software-hardware) en un especialista en la materia para lo que está programado; se utiliza como apoyo o elemento de consulta para investigadores, médicos, abogados, geólogos, y otros profesionales. En la actualidad existe un gran número de sistemas expertos repartidos entre los campos más activos de la investigación y de la profesionalidad.

Veamos un ejemplo. Se trata de INTERNIST, un sistema experto en medicina. La medicina atrae, por el momento, buena parte de la atención de los diseñadores de sistemas y cuenta con el mayor número de programas. El sistema INTERNIST

⁷⁶<http://www.cultura.terra.es/cac/articulo/hmtl/cac2570.htm>

contempla el diagnóstico de las enfermedades de medicina interna u hospitalaria. Fue desarrollado en la Universidad Norteamericana de Pittsburg en 1977.

En los centros médicos que disponen de dicho sistema, el médico acude a la consola de la computadora después de haber reconocido al paciente y haber realizado los análisis que cree pertinentes. Entonces la máquina solicita al médico información sobre el paciente, y se establece una conversación a través de la pantalla y el teclado, similar a la que se establecería entre un médico y un reputado especialista al que se acude para contrastar un diagnóstico.

La computadora recibe el historial médico del enfermo, los síntomas y los resultados de pruebas y análisis. Con esta información, el sistema experto relaciona los datos de forma muy elaborada y comienza por desechar posibles diagnósticos hasta que llega a los que parecen más probables. Finalmente, elige uno y lo da a conocer con todo el detalle del proceso. Luego justifica su elección y el porqué de la posible enfermedad: cuadro clínico, historial, tratamiento, posibilidades de error, etcétera.

La elaboración de los sistemas expertos exige el despliegue de un amplio equipo de ingenieros de I. A. y una larga tarea de organización del saber. El equipo trabaja con algún especialista en la materia de la aplicación; en el caso del INTERNIST, con brillantes y especializados médicos. Estos especialistas son denominados «informantes». La meta consiste en plasmar computacionalmente los «pasos» que el informante sigue para descartar unos diagnósticos y escoger el más acertado. Ello requiere pacientes sesiones para trasvasar el conocimiento del médico especialista a una programación que ha de incluir procedimientos de diagnóstico y conocimientos de enfermedades.⁷⁷

2.2. Diferencias de la Cibernética, la Informática y el Derecho.

Estas disciplinas son autónomas, por lo tanto tienen diferencias, las cuales vamos a analizar comenzando primeramente con la Cibernética y la Informática, retomando las ideas del autor Juan José Ríos Estavillo nos dice que hay diversas diferencias:

- "La cibernética, en sus aspectos más generales, trata del empleo de métodos científicos para explicar fenómenos en la naturaleza o en la sociedad y la forma de representación del comportamiento humano de forma matemática en una máquina.
- La informática parte del estudio de las computadoras, de sus principios básicos y de su utilización. Comprende materias tales como programación; estructura de la información; ingeniería del software; lenguajes de programación; hardware; arquitectura de las computadoras, entre otras.

⁷⁷ <http://www.giovanni.guillen@eniac.com>

- La cibernética, entre otros aspectos, trata de la creación de instrumentos informáticos que simulen actividades del hombre, por ejemplo, robots; desarrollo de la inteligencia artificial; utilización de métodos heurísticos; entre otros.
- La informática es un instrumento de apoyo para el desarrollo de la propia cibernética.
- La cibernética implica en esencia un sistema en el cual puede o no existir la relación entre las partes. (isomorfismo).
- La informática, por su parte, implica también un sistema en el que siempre habrá relación entre las partes que lo integran⁷⁸.

La cibernética a influido en varias áreas del conocimiento e incluso se dice que la informática es parte de ella, aunque hay una pluralidad de criterios en los cuales, algunos autores no están de acuerdo con esta afirmación, si bien es cierto que cada una de estas tiene un objeto de estudio determinado y diferente, por lo que al respecto plasma en su obra esta diferencia el maestro Héctor Fix Fierro y versa así: "La informática, como tal, ha sido comúnmente considerada como una ciencia particular integrada a la cibernética. Aunque esta opinión parece en sí misma lógica y evidente, existen sin embargo diferencias de objeto y finalidad entre ambas disciplinas. En efecto, la cibernética se ocupa de los fenómenos de control y comunicación, lo cual puede traducirse en diseño y construcción de máquinas, y más recientemente, desemboca en los problemas de la llamada inteligencia artificial. La informática, por su parte, si bien hace uso de las tecnologías desarrolladas con auxilio de la cibernética, se centra en cuestiones de tratamiento, representación y manejo automático de la información"⁷⁹. Estas dos ramas del conocimiento se relacionan entre sí y tienen similitudes muy diferentes con el derecho.

En cuanto al objeto de estudio y la finalidad, de la Cibernética, y la Informática, podemos establecer que en comparación con el Derecho es totalmente diferente y citamos estas divergencias:

1. El hombre es el centro en donde se enfoca el derecho y no en las máquinas.
2. Objeto del derecho es coordinar la actividad del hombre en sociedad y no en la construcción y comportamiento de las máquinas o en el tratamiento automático de la información.
3. Su función es garantizar la coexistencia y convivencia del hombre en sociedad.

⁷⁸ RÍOS ESTAVILLO, Juan José. OP CIT. Pág. 39.

⁷⁹ FIX FIERRO, Héctor. OP CIT. Pág. 60.

4. El derecho implica orden que se traduce en leyes de orden público y que son obligatorias.

5. Su finalidad es otorgar una paz social en toda sociedad, aplicando la justicia, la equidad y la igualdad a diferencia de la Cibernética que sigue investigando el cómo implantar el comportamiento del hombre a una máquina.

6. La cibernética y la informática se encuentran clasificadas en la física, química y las matemáticas, y el derecho se clasifica en las ciencias sociales.

Sin embargo, estas ramas tienen similitudes mismas que se observan y se desprenden de su análisis, una de estas es la siguiente:

El derecho regula la conducta externa de los individuos y la Cibernética estudia el comportamiento de las máquinas. Es decir, estudian ambas el comportamiento pero, desde distintas perspectivas ya que la cibernética analiza cualquier conducta que materializan las máquinas, y el derecho estudia la conducta externa del hombre, violando o quebrantando el orden jurídico.

Estas ramas del conocimiento se interrelacionan no sólo entre sí, sino con varias áreas del conocimiento.

De acuerdo con lo anterior, el derecho debe de ser flexible a los impactos tecnológicos, ya que las consecuencias de estos, se refleja en la sociedad, por lo tanto debe de beneficiarse de la informática y la cibernética, y sobre todo, proteger jurídicamente a las personas, estableciendo un sano equilibrio, de estos elementos.

2.3. El Derecho a la Información.

Este derecho a tenido un gran auge en nuestra sociedad, podríamos decir que esta de moda, sin embargo es una garantía que surgió desde hace varios años, pero gracias a la tecnología, a la informática, la cibernética y la telemática ha cobrado mayor importancia en la actualidad, debido a que anteriormente no existía tanta tecnología y por lo tanto era más difícil el estar informado y difundir información, ya que los medios de comunicación eran primitivos, nos referimos a una comunicación tan básica como la del juglar que transmitía las noticias de pueblo en pueblo, después surgieron los periódicos, y evoluciono hasta llegar a lo que hoy se conoce como la comunicación satelital.

El derecho a la información es instituido y reconocido internacionalmente, por diferentes declaraciones, tratados, convenciones, etc. Esta garantía se ha otorgado no sólo en nuestro derecho nacional, sino también en el derecho internacional, señalando, las siguientes disposiciones que han sido de gran relevancia, para legislar en esta materia.

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y pronunciada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resol. 217 (III) del 10 de diciembre de 1948, consagra el derecho a la libertad de opinión y de expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La Novena Conferencia Internacional Americana que se llevo a cabo en Bogotá, Colombia, aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. IV dice: Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión, y de difusión del pensamiento por cualquier medio.

Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resol. 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, que expresa:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica firmado en la misma en 1969, reconoce al derecho de la información como uno de los derechos humanos y por ende merecedor de su reconocimiento y protección. Su art. 13 que norma esta cuestión requiere ser transcrito (sic) por la claridad conceptual que aporta al tema. Así:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respecto a los derechos o a la reputación de los demás o, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otro medio encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2°.

5. Estará prohibida por ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”⁸⁰

Como podemos observar es una garantía inherente al hombre y sustentada, desde hace varios años por los diversos ordenamientos jurídicos de carácter internacional. Estos ordenamientos legales citados en los párrafos que preceden, en los que México ha sido integrante, sin lugar a dudas, sirvieron de base para legislar en nuestro país.

En nuestro derecho constitucional surge desde sus orígenes, a lo que citaré al escritor Ernesto Villanueva, ya que en su libro, escribe sobre los documentos constitucionales que han contemplado directa o indirectamente el derecho de la información. Siendo estos los siguientes:

“Así, el artículo 29 de los Elementos Constitucionales de 1811 elaborados por Ignacio López Rayón, manifestó:

Habrá una absoluta libertad de imprenta en puntos puramente científicos y políticos, con tal que estos últimos observen las miras de ilustrar y no zaherir las legislaciones establecidas.

Los documentos constitucionales a partir de 1810 y hasta el triunfo de la República en 1867 respondieron a diversas concepciones políticas y filosóficas. Sin embargo, respecto a las libertades de expresión y de imprenta se pueden encontrar en ellas diversas similitudes. Con los inconvenientes de las generalizaciones, se pueden afirmar que aquellas fueron las siguientes:

a) Se reconoció y protegió la libertad de expresión, y sus manifestaciones más importantes como son el derecho a escribir y a publicar, como uno de los derechos fundamentales de especial trascendencia,

b) Se prohibió la censura previa en varios de esos documentos constitucionales,

c) Durante la guerra de independencia y en las primeras décadas del México libre, existieron restricciones a esas libertades que lesionaban otros derechos humanos.

⁸⁰ UICICH, Rodolfo Daniel. “Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidación”. 1ª Edición. Editorial Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires-Argentina, 1999. Págs. 20-23.

El ejemplo por antonomasia fueron las limitaciones por motivos religiosos, de dogma decían algunos de esos documentos.

d) Esas libertades no eran ilimitadas sino que debían ser compatibilizadas con con otras libertades-hoy en día diríamos, con otros derechos humanos-; entre las cuales se mencionaban: el honor de los ciudadanos, la vida privada, los derechos de los terceros, así como la no-perturbación del orden público y la provocación a algún crimen.

e) La remisión a leyes específicas para la reglamentación de estas libertades y derechos: algunas de las cuales sí llegaron a expedirse.

El principal y más importante debate sobre la libertad de imprenta aconteció en México durante el desarrollo del Congreso Constituyente de 1856-1857. Los temas controvertidos fueron dos: a) las limitaciones que el artículo 14 del proyecto de Constitución señalaba a dicha libertad: el respecto a la vida privada, a la moral y a la paz pública y b) la fiscalización de un tribunal en los jurados que conocerían de los delitos de imprenta.

Las ideas de ese Congreso Constituyente respecto a las libertades de expresión e imprenta quedaron plasmadas en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución de mediados del siglo pasado, las que fueron ratificadas en la actual Norma Suprema y que fundamentalmente continúan vigentes en los mismos artículos constitucionales de nuestra Carta de 1917.

El artículo sexto de la Constitución de 1857 dijo.

La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso que de ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque a algún crimen o delito, o perturbe el orden público.

Dicho artículo no fue reformado durante la vigencia de aquella constitución y la actual la incorporó, textualmente, incluso con el mismo numeral.

A partir de 1917, el artículo 6 constitucional sólo ha sufrido una reforma para adicionarle una oración.

El 6 de diciembre de 1977, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que modificó 17 artículos constitucionales, entre ellos el sexto para adicionarle la oración. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

En las audiencias que se celebraron en la Secretaría de Gobernación y cuyo resultado fue la denominada reforma política de 1977, en este asunto, se manifestó la diferencia-según los ponentes- entre la libertad de expresión como una garantía individual y el derecho a la información como una garantía social de los receptores de aquélla, encuadrada dentro de modelo de la preeminencia del interés social, y que

garantizaría el pluralismo ideológico de la sociedad; también señaló la obligación del Estado de informar clara y profusamente a la nación y la situación de que existía-¿existe?- un cuasi monopolio del control de la información por parte de los grandes intereses económicos privados, nacionales y extranjeros.

En la Cámara de Diputados se puso de relieve la relación del derecho a la información con el juego democrático y electoral, ya que sólo puede optar conscientemente quien está informado y no quien está influido o desorientado; por tanto, el derecho a la información se exige a través del Estado para hacer posible la democracia.

En el dictamen de las comisiones del Senado se insistió en la conexión entre esta garantía social y la democracia como sistema de vida, ya que en los regímenes dictatoriales se entrega a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o de personas, o se obstaculiza la posibilidad de conocer la verdad para participar libremente en la vida política y, durante los debates en esa cámara legislativa, se reafirmó que el derecho a la información implica superar la concepción exclusivamente mercantilista de los medios de comunicación.⁸¹

La Constitución en el artículo sexto, es la primera norma jurídica, que nos habla del derecho a la información ya que los ordenamientos de carácter internacional citados, se refieren a la libertad de opinión o expresión, aunque lleva implícito el significado de información, podemos afirmar que la connotación moderna es derecho a la información y la antigua es libertad de opinión y de expresión.

“Tenemos así que el derecho a la información es un conjunto de tres facultades interrelacionadas- investigar, recibir y difundir informaciones- que busca dar respuesta jurídica global a los problemas de las actuales estructuras de la información”⁸².

El maestro Ernesto Villanueva, define el Derecho a la Información “ como el conjunto de normas jurídicas que permiten regular el acceso o conocimiento de informaciones sobre la gestión pública, particularmente de los órganos del Estado, para ejercer la noción ciudadana.”⁸³

El derecho a la información engloba el derecho a informar y el derecho a ser informado, en el primero, otorga la libertad de investigar y difundir, en el segundo nos otorga, el derecho de solicitar información o recibir la información que el ciudadano desee, a través del medio de comunicación que este elija.

⁸¹ VILLANUEVA, Ernesto (Coordinador). “Hacia un nuevo derecho de la información”. 1ª Edición. Editorial Adenauer-Stiftung. México D.F., 2001. Págs. 44-46.

⁸² LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. “El Derecho a la Información”. 1ª Edición. Editorial Miguel Ángel Porrúa S.A. México, 1984. Págs. 161.

⁸³ <http://www.fundaciónburndia.org.mx>. pág. 1.

Los periodistas y directores de revistas han propugnado durante varios años, para que surgiera una ley que garantizará el derecho de la información ya que estos son informadores, y juegan un papel importante en esta área del conocimiento, ya que difunden la información de carácter social, político, cultural y económico, etc. A través del ejercicio de este derecho, la sociedad se encuentra más informada de los quehaceres de nuestros servidores públicos, partidos políticos y acontecimientos sociales e históricos, otorgándole al ciudadano la facilidad de hacer una evaluación social de la actividad pública, y por que no la critica constructiva o destructiva de nuestros gobernantes, asimismo le han dado mayor libertad a la prensa escrita, televisiva y radio, para difundir información de las actividades irregulares de servidores públicos, a manera de ejemplo cito: los videos que han transmitido los noticieros de Televisa y Televisión Azteca en donde aparece el Senador y Presidente del Partido Verde Ecologista de México el C. Jorge Emilio González corrompiéndose a cambio de otorgar un permiso para crear un Hotel en Cancún, Quintana Roo, basándose en la influencia que él tiene con el regidor de esta entidad, obvio pertenece a su partido. Esta información en los sexenios anteriores, era prohibido publicar noticias de esta índole y ahora en la actualidad los periodistas tienen mayor libertad, para comunicar sus notas. Los medios de comunicación pueden transformar a través de la tecnología los diversos escenarios y transmitir noticias en vivo de un país de otro continente al nuestro. Sin embargo, la televisión ha tenido un fuerte auge de manera que parece insustituible y crea una adición principalmente en aquellas personas que carecen de recursos o de formación para divertirse en esta. En cualquier caso la presencia de este aparato es innegable, ya que este presente en la mayoría de los hogares de nuestro país. Hecho que pensamos que la información que transmite no puede ser indiferente.

Todos los que se dediquen a difundir la información ya sea por radio, televisión, u otro medio, tiene una responsabilidad social, que es el de informar con la verdad, siguiendo fuentes reales y respetando el derecho de los terceros, por ejemplo; el no difamar ni calumniar, a personas físicas y morales. Ya que el periodista ocupa los oídos y los ojos de los lectores, ya que este puede hacer tanto el bien como el mal, o dar éxito a determinada persona u otorgarle el fracaso.

La lucha de los periodistas no fue en vano, y retomando el principio constitucional de que el Estado garantizara el derecho a la información, se crea una ley secundaria llamada la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el "Diario Oficial de la Federación el once de junio del dos mil dos y entró en vigor el doce de junio del dos mil dos"⁸⁴. También surge como derivación de esta ley y para velar el cumplimiento de la misma el denominado Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (IFAI)

Retomare algunas ideas expuestas en el Foro Anticorrupción, celebrado en la ciudad de México el veintiséis de junio del año dos mil tres;

⁸⁴ "Diario Oficial de la Federación" de fecha once de junio del 2002.

"Naturaleza jurídica del IFAI.

Órgano de la administración pública federal con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión.

Organismo descentralizado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Sus resoluciones no están sujetas a autoridad administrativa alguna.

Implicaciones de la autonomía.

Las resoluciones del IFAI sólo competen a las dependencias y entidades de la APF.

Sus decisiones son de cumplimiento obligatorio para la APF.

En todo momento el IFAI tiene acceso a la información reservada y confidencial.

La autonomía asegura el equilibrio y la objetividad necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información del gobierno federal.

IFAI y derecho a la información

El Instituto cubre un vacío institucional para que el Estado garantice el derecho de acceso a la información pública y se convierte en interlocutor esencial para cualquier persona, ya que resuelve sobre las negativas de acceso a la información, así como en autoridad en la materia para todas las dependencias y entidades de la administración pública federal.

Ejes fundamentales del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Garantiza el acceso a la información, protege los datos personales y fomenta una cultura de la transparencia y rendición de cuentas.

El derecho de acceso a la información pública cuenta ahora con la respuesta legal e institucional para que el Estado garantice a toda persona el ejercicio de este derecho.

Retos para el derecho de acceso a la información pública.

Construcción de una nueva cultura de rendición de cuentas.

Resistencias al cambio entre los sujetos obligados.

Obtención de la legitimidad institucional del IFAI a partir de sus resoluciones⁸⁵.

Esta ley regula el acceso a la información de carácter pública siendo una variante o manifestación del derecho de la información, sin embargo hay autores que establecen un criterio opuesto al mencionado, tal es el caso del escritor Raúl Trejo Delarbe que dice: "El derecho a la información ha sido entendido de muchas maneras. Ahora hay quienes lo confunden con el acceso a la información pública. Se trata de asuntos emparentados, pero diferentes"⁸⁶. Considero que el acceso a la información, es una de las vertientes del derecho a la información que es el derecho de las personas de ser informados e investigar, por lo tanto forma parte del multicitado derecho.

El derecho a la información es limitativo ya que tiene restricciones concediéndoles ese carácter las propias leyes, estas limitaciones son las siguientes:

- El secreto profesional
- El secreto bancario
- El secreto industrial
- El secreto comercial
- Datos personales.

La ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, también establece limitaciones y las plasma en el Capítulo III, "Información Reservada y Confidencial", concretamente en los artículos 13, 14 y 18, en donde se señala la clasificación de lo que es la información reservada y confidencial, mismos que a la letra dicen:

"Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda:

- I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional;
- II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros Estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano;
- III. Dañar la estabilidad financiera, económico monetaria del país;
- IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o

⁸⁵ http://www.atlatl.com.mx/docs/Marvan_ForoACWeb.pdf. Págs. 11-14. 2/04/04

⁸⁶ <http://www.etcetera.com.mx/pagtrejo1ne7.asp>. Pág. 1.

V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

Artículo 14. También se considerará como información reservada:

I. La que por disposición expresa de una ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial;

II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal;

III. Las averiguaciones previas;

IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado;

V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o

VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva. La cual deberá estar documentada.

Cuando concluya el periodo de reserva o las causas que hayan dado origen a la reserva de la información a que se refieren las fracciones III y IV de este Artículo, dicha información podrá ser pública, protegiendo la información confidencial que en ella se contenga.

No podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de esa humanidad.

Artículo 18. Como información confidencial se considerará:

I. La entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, Y

II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley.

No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público⁸⁷.

La citada ley también protege los datos personales de las personas, creando medidas de seguridad que garanticen estos datos evitando que sean alterados, se pierdan, se transmitan o se tenga acceso sin previa autorización.

La información reservada y confidencial se podrá tener acceso a esta, una vez que ya no sea considerada con tal carácter, para esto la ley fija los plazos en los que se reservara y se negara a todo ciudadano que solicite esta información. La información reservada permanecerá con tal carácter hasta por un periodo de 20 años⁸⁸.

Es por eso, que los comunicólogos, deben de tener cuidado con la información que publiquen y divulguen, ya que deben de respetar, el derecho de las personas, como es el derecho a la intimidad, sus datos personales, etc. Y en caso de que omitan, cumplir con las normas que regulan estos derechos, se harán acreedores a las sanciones que establece el Código Penal Federal, obviamente, dependiendo de la conducta que realicen, ya que algunos de los delitos en los que incurrir los informadores, debido a su irresponsabilidad, son: el delito de difamación, calumnia, etc. Estos delitos se encuentran tipificados en nuestro Código Penal Federal, en los siguientes artículos:

"TITULO DECIMO CUARTO DELITOS CONTRA EL HONOR.

CAPÍTULO I. DIFAMACIÓN

ARTICULO 214. Al que con ánimo de dañar, comunique a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física o moral de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causar o cause a ésta una afectación en su honor, dignidad o reputación, se impondrá prisión de seis meses a dos años o cien a seiscientos días multa o ambas sanciones, a juicio del juez.

CAPÍTULO II. CALUMNIA

ARTICULO 216. Al que impute falsamente a otro la comisión de un hecho que la ley califique como delito, a sabiendas de que éste no existe o de que el imputado no es el que lo cometió, se le impondrá prisión de dos a seis años.

⁸⁷ "Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental". 1ª Edición. Editorial Secretaría de Gobernación. México, 2004. Págs. 87,88 y 89.

⁸⁸ Véase, para un mayor abundamiento sobre el tema consulte el artículo 16 de la ley que comento, en las citas que preceden.

Cuando el delito imputado sea grave la pena será de tres a siete años de prisión.

Si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la misma sanción que a aquél, pero en ningún caso será menor a las previstas en este precepto.⁸⁹ Obviamente no sólo, los periodistas, pueden cometer este delito, ya que el tipo legal es claro en su literalidad, y es de carácter general, por lo que cualquier persona, puede cometer este ilícito. También se protege la intimidad de toda persona y se fundamenta en el artículo 212 del Código Penal para el Distrito Federal, en el título decimotercero denominado Delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto, dicho artículo dice lo siguiente.

“ARTÍCULO 212. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión, al que sin consentimiento de quien esté legitimado para otorgarlo y, para conocer asuntos relacionados con la intimidad de la persona:

- I. Se apodere de documentos u objetos de cualquier clase; o
- II. Utilice medios técnicos para escuchar, observar, grabar la imagen o el sonido.

Este delito se perseguirá por querrela.⁹⁰

Estos artículos transcritos, forman parte de la protección a los datos personales, siendo una de las limitantes al derecho de la información, citadas en los párrafos que anteceden, podemos decir que a su vez, es un elemento integrante, de lo que en la doctrina, se conoce como el derecho a la privacidad o derecho a la intimidad o como lo clasifica nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su título decimocuarto, delitos contra el honor. Se entiende que el derecho, del que estamos mencionando, es la garantía jurídica, que tiene toda persona, de imponerse contra cualquier tercero, por la revelación de sus datos personales, ya sea que los haga saber, por cualquier medio de comunicación, llámese, periódico, revista, radio, televisión y informático, afectando su entorno social, económico, psicológico, siempre y cuando los divulgue sin su consentimiento. Por consiguiente es uno de los principales límites del derecho a la información, sin embargo ambos contribuyen en el desarrollo del hombre.

⁸⁹ “Agenda Penal del D.F. Código Penal para el D.F.” 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales Isef. México, enero de 2005. Pág. 54.

⁹⁰ IBIDEM. Pág. 53.

CAPÍTULO III.

EL DELITO Y SUS ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

3.1. Concepto de Delito.

Es conveniente, hablar del origen de esta palabra, es decir, de su raíz etimológica, ya que así, podemos explicar, en un sentido amplio, lo que se entiende por delito. "Los etimologistas dicen que la voz delito se deriva de delinquere, en el sentido de una omisión de lo que no debe dejarse de cumplir. Así pues, tomado este término en su más amplio significado, comprende todas las infracciones de las leyes que dirigen la conducta humana."⁹¹ Este significado, forma parte de uno de los elementos del delito, que es la conducta, ya que hace referencia a la omisión, claro, este tema se desglosará de forma detallada en el siguiente punto de este capítulo.

En la doctrina, hay diversos conceptos, algunos opinan que deben de estar conformados todos los elementos del delito, para que este se considere como tal, y otros dicen que sólo con dos o tres elementos, por lo que a continuación citare diferentes conceptos de delito.

Hay algunos autores que pretendían realizar un concepto de delito universal y tomaban en cuenta la moral de la sociedad y de los individuos, así como también enfocado a la religión, uno de estos autores, perteneciente a la escuela positiva es Garofalo el cual nos dice lo siguiente: "partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, afirma que el delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad"⁹². Sin embargo, este concepto fue criticado por diversos autores, ya que es predominantemente moralista y religioso, dejando afuera valores como la vida y dejando una gran laguna en lo que se entendía para cada persona como piedad y probidad, claro hay que entender que en esta época estaban en boga los valores religiosos.

"Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable".⁹³

⁹¹ CARMIGNANI, Giovanni. "Elementos de Derecho Criminal". 1ª Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1979. Pág. 31.

⁹² CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho Penal." 18ª Edición. Tomo I. Editorial BOSCHI, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1980. Pág. 296.

⁹³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Teoría del Delito". 10ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F., 2002. Pág. 65.

Tener una definición universal, no la hay, pero de lo que debemos de estar seguros y como se ha venido estudiando este concepto del delito en el que se ha llegado a diversas definiciones por parte de los estudiosos y los doctrinarios, pero de lo que podemos estar de acuerdo con ellos, ¿Qué es el delito? el delito es un acto penado por la ley, que es la negación del derecho, que choca o se contra opone a las normas jurídicas vigentes.

Ahora bien, es de señalarse que en nuestro derecho positivo penal, nos otorga una definición de delito, plasmada en el artículo séptimo del Código Penal Federal, el cual reza así:

“Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”⁹⁴

De acuerdo con esta definición, observamos que hace referencia a la conducta al decir acto u omisión, asimismo a la punibilidad al decir que sancionan las leyes penales, es decir la amenaza de un castigo, interpretado en términos jurídicos a una pena, deja fuera los demás elementos que componen al delito. En el cuerpo del Código Penal en diversos artículos, vamos a encontrar los demás elementos, mismos que serán analizados en este capítulo.

Al hablar de delito, lleva de forma implícita la protección de un bien jurídico, ya sea de carácter individual (privación de la libertad, robo, fraude, extorsión) o social (salud pública) o estatal (violación a la soberanía, seguridad del país), dicha protección va encaminada a la pérdida de este bien o simplemente a la puesta en peligro, podemos hacer referencia a lo que se entiende por tentativa, y todos y cada uno de los artículos de nuestro Código tienen como objeto o fin la protección de un bien.

De acuerdo con el criterio de los autores que pugnan de que el delito es un todo y que se conforma de varias partes o elementos, es decir todos en su conjunto forman al delito, por lo que es indispensable señalar, cuales son estos elementos, mismos que serán objeto de estudio en los temas subsecuentes, ahora bien, estos elementos se dividen en positivos y negativos, siendo estos los siguientes:

Positivos	Negativos
a) Conducta	a) Ausencia de conducta
b) Tipicidad	b) Ausencia del tipo o Atipicidad
c) Antijuricidad	c) Causas de justificación
d) Imputabilidad	d) Inimputabilidad

⁹⁴“Agenda Penal del D.F. Código Penal Federal.” 12ª Edición. Editorial Ediciones fiscales ISEF, S.A. México, 2005. Pág. 2.

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------------|
| e) Culpabilidad | e) Inculpabilidad |
| f) Condicionalidad objetiva | f) Falta de condiciones objetivas |
| e) Punibilidad | e) Excusas absolutorias |

Desde mi punto de vista, expreso mi inclinación hacia el criterio citado en el párrafo que antecede, ya que el analizar el delito, de una forma lógica, llegamos a la conclusión de que se tienen que manifestar todos los elementos, ya que primeramente tiene que haber una conducta externa de un sujeto activo, pero esta conducta debe de ser contraria a las normas vigentes y sino hay un tipo penal establecido no hay delito ni pena alguna, sin pasar por alto de que debe de ser imputable al sujeto, y culpable. Por lo tanto una de las características principales del delito es la descripción que realiza el legislador y la plasma en una ley.

Siguiendo la idea expuesta en el párrafo anterior, es de hacer notar que las funciones que realiza la autoridad judicial son averiguar si el hecho viola o lesiona a un bien jurídico, si proviene de un acto humano doloso o culposo o bien si surge por circunstancias o causas de la naturaleza, tiene que encuadrar este hecho a un determinado tipo penal o si se trata de una infracción de carácter administrativo, sino encaja en ninguna norma jurídica, no hay delito que perseguir y termina con su investigación, dejando en libertad al presunto delincuente, ahora bien si dicha conducta encuadra en un tipo penal tiene que indagar sino se presenta ninguna excluyente o un elemento negativo del delito tales como las causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, etc.), asimismo si el sujeto actuó de forma dolosa, es decir tenía la intención de realizar su cometido o de forma culposa, si el sujeto es imputable, etcétera. Y al culminar sus indagaciones, concluye en que se cumplieron todos los elementos ejercitará la acción penal, imponiéndole la pena prevista por el artículo que tipifica el actuar de la persona, es decir cumple con el elemento de la punibilidad.

El delito para su estudio se clasifica, en diversas concepciones, de acuerdo con la doctrina y el Código Penal Federal.

Iniciaremos con una de las clasificaciones que establece nuestro código, las cuales son las siguientes:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en tiempo;

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal⁹⁵.

⁹⁵ IBIDEM. Pág. 3.

Es decir, el instantáneo se ejecuta en un sólo acto, y produce todos sus efectos, y el permanente se ejecuta la acción, produce sus efectos y además se sigue perpetuando el hecho delictuoso, en otras palabras el delito continúa, ya sea que sólo sea una figura delictiva o varias, existiendo en este caso un concurso de delitos. Un ejemplo de este delito es cuando una persona secuestra a otra, y lo priva de su libertad, por varios días, y en este lapso de tiempo abusa sexualmente de esta, violándola. En este ejemplo se observa que comete dos delitos que es el de secuestro y violación.

Hay una pluralidad de ideas sobre este tema, sin embargo, nos enfocaremos a señalar, algunas clasificaciones, para esto recurrimos citar al autor Eugenio Cuello Calón, el cual, en su obra, dedica un capítulo a este tema.

Aunado al párrafo anterior, mencionamos las diversas clasificaciones del delito:

“Delitos de lesión y de peligro.- Son delitos de lesión los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada.

Delitos de peligro son aquellos cuyo objeto constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para estos una situación de peligro. Por peligro debe entenderse la probabilidad de la producción, más o menos próxima, de un resultado dañoso...

Delitos formales y materiales.- Delito formal es el que jurídicamente se consuma por el sólo hecho de la acción o de la omisión del culpable sin que sea precisa la producción de un resultado externo (falso testimonio). Por delito material se entiende el que no puede consumarse si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener (la muerte en el homicidio, la aprehensión de la cosa en el robo, etcétera)...

Delitos simples y complejos.- Se denominan delitos simples los que violan un solo bien jurídico o un solo interés jurídicamente protegido. (El homicidio que viola el bien jurídico de la vida, las lesiones que violan el bien jurídico de la integridad corporal). Son delitos complejos los constituidos por la infracción de diversos bienes jurídicos mediante hechos diversos, cada uno de éstos constituye por sí un delito (por ejemplo, el homicidio con motivo u ocasión de robo)...

Delitos de acción de omisión.- Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo, dañoso o peligroso que viola una prohibición de la ley penal; los delitos de omisión consisten en la inacción, en la abstención de la agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

En los delitos de acción el precepto penal es prohibitivo, no matarás, no robarás; en los de omisión el precepto exige una determinada actividad...

Delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte. Delitos públicos y privados.- La casi totalidad de los delitos previstos y penados en el Código Penal son delitos que dan lugar a procedimientos de oficio. Por el contrario, un escaso número de ellos no pueden ser perseguidos sino a instancia de (querrela o denuncia) de la persona ofendida o de determinadas personas a quienes la ley reserva este derecho⁹⁶.

En esta clasificación cabe señalar, que en los delitos de acción y de omisión, se refiere básicamente al elemento de la conducta, es decir, a la acción o la no-acción, sin embargo este elemento será objeto de análisis, en el siguiente punto. Ahora en los delitos simples y complejos, este último, es muy semejante a lo que se entiende por delitos permanentes ya que en ambos puede haber un concurso de delitos.

Anteriormente, en la doctrina, establecían, clasificaciones tales como: los delitos políticos, los cuales son cometidos por figuras públicas, por lo que en nuestro Código Penal no contempla estos delitos y creó que esta en lo correcto, ya que son sancionados como delitos comunes, aunque hay algunos tipos penales que agravan la pena, debido a ciertas circunstancias, tales como la información nacional en temas de seguridad, destrucción de información, etcétera. Los delitos contra la humanidad, los cuales, se caracterizan por que atacan a un grupo global de la sociedad, que en muchas ocasiones son consecuencia, de ideas raciales, religiosas o por sujetos enajenados mentalmente, un claro ejemplo es el terrorismo, como el que se efectuó en las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York, el 9 de septiembre de 2001, este tipo de delitos si son penados por nuestra legislación, así de que intrínsecamente confirma esta concepción doctrinaria.

Por último comentaré que en la doctrina, establecen diversos autores, que existen los delitos de guerra, y que se pueden efectuar durante y después de la guerra, por lo regular se dice, que surgen cuando afectan a la población civil o en la captura de prisioneros de guerra, dándoles un maltrato, es decir tortura física y mental, hasta lograr quitarles la vida, en estos supuestos se deben de regir por los tratados y convenios internacionales y a su vez, estos juicios se ventilarán en las cortes internacionales.

Pasaremos a estudiar y desarrollar los elementos positivos y negativos del delito.

3.2. Conducta.

Antes de entrar al análisis de la conducta, haremos una reflexión, de lo que es el acto, la acción, el resultado y el hecho, que si bien es cierto, da lugar a confusiones, por decir, el acto y la conducta o el hecho y el resultado, para esto comenzaremos con lo que se entiende por el acto.

El acto es la exteriorización de la voluntad de un sujeto, el cual genera una mutación en el mundo exterior o deja inerte el mundo exterior, debido a que no realizo

⁹⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. OP CIT. Págs. 312- 314.

la acción que se esperaba, este tema se va analizar en los párrafos siguientes, ya que tocaremos el tema de la omisión.

La manifestación de la voluntad, que primeramente se premedita lo que se quiere hacer, es decir, analiza en su mente que es lo que va a hacer y que efecto puede producir, y como afecta al mundo exterior, esta manifestación se da por el libre albedrío de los sujetos, también puede ser que no ha previsto el resultado que surja, por lo tanto tenemos un procedimiento de dos pasos, en el primero el sujeto maquina sus ideas y elige realizar una acción o en caso contrario debiendo efectuar la acción decide no efectuarlo, el segundo paso, representa esa manifestación de forma física, a través de su cuerpo anatómico ó una inactividad.

Posteriormente se tiene el resultado de la acción, que sería lo que es el hecho, es decir el acontecimiento ocurrido, y la alteración del mundo externo o la no-afectación del mundo exterior, esto es por la manifestación de la voluntad, llevada a cabo por una acción o una inacción, que consiste en no realizar lo que se debe hacer, es decir un acto esperado y no ejecutado. En otras palabras, el resultado es el efecto producido por la conducta de la persona, surgiendo un cambio en el exterior, realizado por un hacer o un no hacer, y el hecho es acto consumado.

Como consecuencia del resultado, surge lo que se conoce como daño, que no es más que la afectación de un bien jurídico tutelado por las leyes positivas, y este daño se da al realizar una acción o una inacción por un sujeto, afectando un bien jurídico tutelado de otra persona, también se puede dar este daño en la psique, es decir, puede afectar psicológicamente a una persona, por decir, un ejemplo sería: los delitos de secuestro, violación, estupro, en estos casos el sujeto pasivo, queda traumatizado por la ejecución del acto, teniendo que estar en terapias por un determinado tiempo. En estos sucesos da cabida a demandar en la vía civil, el daño moral.

Podemos decir que, el resultado, el hecho y el daño, son elementos que conforman a la conducta, por lo que, ahora analizaremos, el concepto de conducta, desde una forma natural y psicológica, hasta tocar los conceptos establecidos, por la doctrina jurídica.

El acto y la acción son considerados, por varios autores como sinónimos de la conducta, tal es el caso que los legisladores, en su concepto de delito lo describen como acto.

En la obra de Jiménez de Asúa, que a su vez cita al "profesor Karl Wolff, que explicó en aquella universidad ciencia del derecho y del Estado, dice que la conducta humana se manifiesta en la acción o en su correlativa omisión. El movimiento corporal caracteriza a la primera, es decir, a la acción, que consiste en un movimiento corporal consciente y espontáneo. Ahora bien, la acción, que se diferencia de otras nociones del

movimiento corporal, como ahora veremos, se caracteriza por tender a un resultado⁹⁷. Cabe señalar que no toda acción se realiza en forma consciente, ya que se puede ejecutar la acción no previniendo el resultado, es decir, la persona que la ejecuta no tiene la intención de producir un resultado que cambie o altere el mundo exterior, y por lo tanto sea susceptible a una pena contemplada en algún tipo penal, sin embargo esta idea se desarrollara de forma más detallada en el análisis del elemento de la culpabilidad.

Lo primero que pasa por nuestra mente, al pensar ¿Qué es la conducta? es un comportamiento de una persona, ya que los animales no tienen un raciocinio, por lo tanto no entran en el mundo del derecho penal, aunque antiguamente, pensaban que eran susceptibles de alguna sanción, sin embargo, en la actualidad se ha superado esa concepción, y ahora sí un animal provoca un daño físico a una persona, a quienes se sanciona son a los dueños de los animales.

Así tenemos que la conducta, es el primer elemento positivo del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad de realizar una acción u omisión.

3.2.1. Ausencia de Conducta.

Es uno de los elementos negativos del delito, esta ausencia se puede dar por diversos supuestos, el maestro Eduardo López Betancourt, establece los siguientes supuestos:

- “1. Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible.
2. Vis mayor o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.
4. El sueño.
5. El hipnotismo
6. El sonambulismo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho respecto a la vis absoluta que: De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior e irresistible, cuando sobre el se ejerce

⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Teoría del delito” 1ª Edición. Editorial IURE. México 2003. Pág. 94

directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella.

La siguiente hipótesis de ausencia de conducta es cuando se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, es cuando el sujeto realiza una acción, en sentido amplio (acción u omisión) coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

Los sueños o proceso psíquico realizado mientras se duerme, y en el cual la actividad instintiva del espíritu se evade del control de la razón y de la voluntad, pueden explicarse por el aumento de la actividad del sistema nervioso.

El hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales. Según el maestro Porte Petit, pueden presentarse los siguientes casos:

1. Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la ley penal.

En este caso el sujeto no es responsable.

2. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.

En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la *actio liberae in causa*, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste.

En esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella, según el caso.

El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo".⁹⁸

⁹⁸ LÓPEZ BETANCURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 107,108,109 y 111.

La ausencia de conducta, podemos decir, que surge debido a la falta de voluntad del sujeto, es decir el no tiene la intención de realizar un hecho delictivo, sin embargo este resultado ocurre, el artículo 15 del Código Penal Federal en su fracción I, sirve de apoyo a lo citado, ya que reza así:

“ARTICULO 15. - El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”⁹⁹;

Haciendo referencia a los movimientos reflejos, considero que no es factible impedir movimientos reflejos que provienen del automatismo del sistema nervioso. En tal supuesto no existe una acción voluntaria, y esta surge a consecuencia del reflejo.

En los supuestos del sueño, hipnotismo y sonambulismo, estos son estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico. Entendemos que la inconsciencia es un estado reflejo. Por lo tanto, para ser admitidos como excluyentes de la acción se requiere de un estudio, emitido por un especialista en la materia.

En la ausencia de conducta no están dados los elementos o aspectos subjetivos de la misma (finalidad, exteriorización), es decir, la planeación de los fines y medios para alcanzarlos.

Este es uno de los elementos del delito de los cuales, la falta de voluntad y su fin, dan como resultado, un delito que no es castigado por la ley penal, ya que podríamos decir, que se excusa, cuando aparece alguno de los supuestos mencionados.

3.3. Tipicidad.

Antes de analizar este elemento, es indispensable estudiar previamente a un elemento esencial o presupuesto o antecedente, el cual sino existiera no habría tipicidad, a este antecedente sine quanon, se le denomina tipo legal, algunos autores de forma acertada opinan que la tipicidad es uno de los elementos constitutivos del tipo.

El estudio del tipo legal se efectuará, atendiendo primeramente a su significado, luego a sus elementos y por último a la clasificación de los diferentes tipos legales que hay, para esto tenemos que apoyarnos en los criterios que emiten los doctrinarios, respecto de este tema.

A continuación citare, las definiciones que plasman diversos autores, siendo estas las siguientes:

⁹⁹ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 6.

El autor "MEZGUER comenta que la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica.

Dentro de la estructura beligniana se debe distinguir:

a) El deliktstypus (tipo de delito) o sea la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena; privar de la vida a otro, etc.); es el esquema legal o la llamada por los italianos figura del delito...

ANTOLISEI al expresar que el tipo, modelo o figura del delito no es únicamente el conjunto de los elementos materiales indicados en la norma penal sino el complejo de notas, sean objetivas o subjetivas, que deben concurrir para la existencia de un delito dado y que se desprenden también de la Parte General del Código.

En síntesis, ¿Qué es el tipo? Múltiples son las definiciones dadas. MEZGUER dice: El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. JIMÉNEZ DE ASÚA lo define como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.

Para IGNACIO VILLALOBOS, el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo. En fin, JIMÉNEZ HUERTA concibe el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.¹⁰⁰

El tipo legal, dándole connotación propia jurídico penal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal.

En este orden de ideas podemos decir que el tipo penal es la descripción que realiza el poder legislativo, sobre una conducta que es a todas luces contraria a la moral, a las costumbres y al derecho, estableciendo como consecuencia una sanción penal. Los legisladores al crear las normas jurídicas plasman conductas estimadas como antijurídicas y tomando en consideración los factores y valores de la sociedad y contienen un carácter imperativo al establecer prohibiciones y mandatos.

El tipo penal realiza una descripción pormenorizada de los hechos o las conductas que efectúan las personas al exteriorizarlas, y las calificara si son delitos o no, y esto se va a dar con la tipicidad, es decir, al efectuar una acción u omisión, no

¹⁰⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 14ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999. Págs. 295, 300-302.

existe ley penal que la sancione, no hay delito, ya que no hay un tipo penal descrito por los legisladores.

En nuestra legislación se ha dicho que para que exista delito se deben de acreditar los elementos del cuerpo del delito, esto a ocurrido en diversas etapas históricas, sin embargo, no hay que confundirse, estas dos palabras son sinónimos y se refieren a lo mismo.

Haciendo referencia al cuerpo del delito, algunos autores como el maestro Pavón Vasconcelos, dicen que proviene de la teoría de Beling ya que él se refería no al tipo legal sino al corpus delicti.

En nuestro sistema jurídico, se han plasmado dos conceptos respecto al delito, tanto el tipo penal y el que rige actualmente el cuerpo del delito, por lo que realizaremos una reseña de los artículos que se enfocan a estas palabras, desde los que están vigentes así como de las reformas que han tenido a través de los años, en términos concisos nos referimos a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que en las líneas subsecuentes citaremos el recuento por el que han pasado ambos artículos, iniciando por el texto original y hasta llegar al texto vigente, comenzaremos por el artículo 16 y posteriormente el 19, los cuales a la letra versan, de la siguiente forma:

“ PUBLICACIÓN ORIGINAL ”

PUBLICACIÓN: 05-02-1917

Artículo 16. - Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial sin que proceda denuncia, acusación a querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en cualquiera persona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos

testigos propuestos por el ocupante cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar o en ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Reforma 01.

Publicación: 03-02-1983.

Artículo 16

.....

La correspondencia que bajo cubierta circula por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Reforma 02

Publicación: 03-09-1993

Artículo 16. -

.....

.....No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...

Reforma 04
Publicación: 08-03-1999

Artículo 16. -

.....
No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado"¹⁰¹...

"Artículo 19. -

PUBLICACIÓN ORIGINAL
PUBLICACIÓN: 05-02-1917

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el que se expresarán; el delito que se le impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben de ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado...

REFORMA 01
PUBLICACIÓN: 03-09-1993

Artículo 19. -

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste.

REFORMA 02
PUBLICACIÓN: 08-03-1999

Artículo 19. -

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la

¹⁰¹ http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/refens/pdfs/res_16.pdf. Págs. 1,2,5-8. México D.F., 2004.

averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado"¹⁰²...

Texto actual.

"Artículo 19. - Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado"¹⁰³...

Tal y como se observa en los artículos citados, han imperado las dos palabras, predominando en la actualidad, el cuerpo del delito.

El tipo legal esta conformado por elementos, siendo estos los que a continuación describiré:

I. Elemento objetivo. "Por tales debemos de entender aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

II. Elemento normativo. Al decir de MEZGER son presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho. Para nosotros forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos...

Los elementos normativos, al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, se encuentran vinculados a la antijuricidad, pero no puede por ello excluirseles de la descripción típica y negarles su carácter de elementos como pretende MEZGER.

III. Elementos subjetivos. Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita.

HAROLD FISCHER como el primero en referirse a ciertos momentos subjetivos que intervienen en la necesaria relación entre lo ilícito y lo lícito, observando que en ocasiones lo antijurídico de la acción se califica en razón del propósito del agente.

Las distintas posiciones de los autores nos llevan a formular una síntesis de la doctrina, en la siguiente forma:

¹⁰² <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/refens/pdfsres/19.pdf>. Págs. 1,3,4. México D.F., 2004.

¹⁰³ "Agenda Penal del D.F. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales ISEF. México, 2005. Pág. 9.

a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuricidad.

b) Otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad. Este es el punto de vista expuesto por GOLDSCHMIDT.

c) Otro criterio mixto encuentra referencias, en tales elementos, tanto a la antijuricidad como a la culpabilidad, debiéndose hacer la separación con vista a los tipos en particular.

JIMÉNEZ DE ASÚA, al establecer el deslinde de los elementos de índole subjetiva, los separa así:

- 1) Elementos que de modo indudable se refieren a la culpabilidad;
- 2) Elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y a lo injusto;
- 3) Elementos que al vincularse al fin originan los delitos de tendencia interna trascendente;
- 4) Elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad;
- 5) Elementos de exclusiva referencia a lo injusto, como el animus lucrandi en el robo y el animus iniuriandi en los delitos contra el honor.

En síntesis, los elementos subjetivos del tipo son parte de la acción, pues a ella están referidos en la descripción legal¹⁰⁴.

De acuerdo a lo manifestado en los párrafos anteriores, es de hacer notar que se refiere al motivo y al fin dentro de los elementos subjetivos, entendiéndose por motivo la causa que genera una determinada conducta y por fin el propósito de realizar un daño, ya que va encaminada a un objeto.

Considero que los elementos subjetivos, pueden estar dentro de la culpabilidad y la antijuricidad o de cualquier otro elemento, lo importante es que este elemento específicamente pertenece al tipo legal y que a su vez esta relacionado con el elemento denominado tipicidad.

Hay algunas peculiaridades que derivan de los mismos tipos legales que establecen nuestra legislación penal, tales como:

- I. La calidad del sujeto activo,
- II. La calidad del sujeto pasivo,
- III. Circunstancias de tiempo y lugar,
- III. Medios comisivos, etcétera.

¹⁰⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. OP CIT. Págs. 307, 310-313.

Con relación al sujeto activo, podemos citar como ejemplo los tipos penales que se refieren a los delitos efectuados por los servidores públicos, siendo estos el delito de peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, tráfico de influencias (arts. 221-224 del Código Penal Federal), etc.

En cuanto a los artículos que requieren de una calidad en el sujeto pasivo, se encuentran, entre otros, el estupro, el cual requiere que el sujeto pasivo sea menor de 18 años, el abandono de personas, siendo estas, sus hijos o cónyuge (art. 336 C. Penal Federal), etc.

Las normas jurídicas penales que contemplan circunstancias de tiempo y lugar, sirven de ejemplo las siguientes:

a) Allanamiento de morada que se debe de llevar a cabo en un departamento, vivienda, casa habitada (art. 285 Código Penal Federal),

b) Al que en despoblado o paraje solitario haga algún mal a las personas, utilizando violencia. (art. 286 C. Penal Federal)

c) En el aborto, el sujeto pasivo es el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez (art. 329 C. Penal Federal).

d) Cuando se cometa el delito en lugar cerrado (art. 381 C. Penal Federal)

Referentes a los medios comisivos, están los artículos que se refieren a la violación, el cual se requiere la violencia física o moral (art. 265 C. Penal Federal), el engaño que realiza el sujeto activo en el delito de fraude (art. 386 del C. Penal Federal), etc.

En la doctrina clasifican al tipo penal en diversas subramas, sin embargo sólo indicaremos algunas, recurriendo a la obra del autor Francisco Pavón Vasconcelos.

“Tipos básicos o fundamentales, especiales y complementados. Se estiman tipos básicos o fundamentales, a los que constituyen, por sus elementos integrantes, la esencia o fundamento de otros tipos legales.

Los tipos especiales se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico.

Son tipos complementados los que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual

se forman. Tanto los tipos especiales como los complementados pueden ser: a) cualificados o agravados, y b) privilegiados o atenuados.

Tipos autónomos y tipos subordinados. Los tipos autónomos o independientes deben distinguirse de los tipos subordinados, tomando como criterio de clasificación su relación o autonomía. Los primeros no han menester de ningún otro tipo para tener existencia o vida propia, mientras los segundos, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que es siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan.

Tipos de daño y tipos de peligro. En torno al alcance y sentido de la tutela penal, Mariano JIMÉNEZ HUERTA se refiere a los tipos de daño y de peligro, poniendo de relieve que la tutela penal tiene, por cuanto a los bienes jurídicos, un doble alcance y significado; unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y otras el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle. Los tipos de peligro los subdividen en: tipos de peligro efectivo y de peligro presunto: tipos de peligro individual y de peligro común.

Tipos simples y tipos complejos: El mismo JIMÉNEZ HUERTA, tomando como criterio orientador la unidad o pluralidad de bienes tutelados, clasifica los tipos en: tipos simples y tipos complejos,... Los tipos de delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples; complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos.

Tipos de formulación alternativa y acumulativa. En la primera se establecen diversas modalidades de realización; diversos actos se prevén alternativamente de manera que su valor fungible hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma. La segunda, formada por hechos acumulativamente previstos implica autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos, en razón de su diversa exigencia valorativa; en este tipo se recogen una pluralidad de actos delictivos autónomos entre sí ¹⁰⁵.

Una vez analizado el tipo legal, entonces, comenzaremos con el desarrollo de la tipicidad, siendo un elemento que es indispensable, para la configuración de un delito y se complementa con el tipo legal, es decir, se interrelacionan, podemos plasmar que es un elemento accesorio del tipo legal ya que sin este no existiría en el mundo del derecho penal.

En un artículo publicado por la Universidad Abierta, por el autor Jesús Escamilla Ramírez, realiza un análisis de la tipicidad, en el que comenta que "la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha por la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

¹⁰⁵ IBIDEM. Págs. 316-318.

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.

Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciarla de la antijuricidad.

Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, considerando que la tipicidad, más que un indicio, es la verdadera razón de la antijuricidad.

Mezger adelanta un criterio más aventurado en considerar que la tipicidad es la esencia de la antijuricidad basándose en la legislación, en virtud de que los comportamientos ya descritos en la ley son antijurídicos y por ende penaliza dicha conducta al ir en contra del orden jurídico ya establecido.¹⁰⁶

Coincidimos con las ideas de estos autores, y sólo a manera de interpretación, comento que la tipicidad es la adecuación de la conducta exteriorizada por las personas, y al adecuarse la conducta en algún tipo legal vigente, se configura el delito, he aquí el pensamiento de Mezger al decir que es un indicio de la antijurídica, no sólo es un indicio, es el fundamento de la antijuricidad, ahora bien, habrá que preguntarnos ¿Por qué es un indicio la tipicidad de la antijuricidad?. A lo que contestamos, es un indicio ya que puede existir en algún otro tipo penal, alguna causa de justificación, aunque es de subrayar que la conducta encuadra en un determinado tipo, pero no existe delito ni sanción, debido a la causa de justificación establecida en otro tipo penal. También es aceptable el razonamiento de que la tipicidad es la verdadera razón de la antijuricidad, ya que al adecuarse una conducta en un tipo legal vigente, es totalmente antijurídica, ya que el legislador al describirla le da ese carácter, porque considera que va en contra de la sana y pacífica convivencia en la sociedad, y por eso de entrada, toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista en otra disposición legal, alguna excluyente, y suponiendo que si hay una excluyente, entonces, no habría delito que perseguir ya que actuó el sujeto activo con pleno derecho. En las líneas siguientes citaremos otros conceptos de la tipicidad, con el objeto de tener un concepto preciso y un entendimiento de este elemento esencial para el delito.

“Por ello, entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal, como dice el propio Soler, de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal.

En efecto, el objeto de la interpretación de las normas penales no es otro que el de averiguar si una determinada conducta encaja o no dentro de un tipo legal... Este proceso de adecuación de la conducta al tipo puede realizarse de dos maneras

¹⁰⁶ www.taverayasociados.net/tipicidad.htm

diversas: o el concreto comportamiento humano encuadra directa e inmediatamente en uno de los tipos de la parte especial del código y entonces habrá una adecuación directa, o tal encuadramiento se produce mediante uno de los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa, complicidad), en cuyo caso la adecuación es indirecta”¹⁰⁷.

De conformidad con todos los conceptos descritos por los autores citados, se observa en sus definiciones, que concuerdan con palabras comunes como lo es la adecuación o encuadramiento, por lo que la tipicidad en estricto sentido, es la adecuación de la conducta al tipo penal vigente.

Con el fin de esclarecer este estudio, ejemplificare lo descrito como tipo y la tipicidad.

Ejemplo:

Delito: Violación

Fuente: Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo: 174.

Tipo: “Al que por medio de una violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.

Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela”¹⁰⁸.

Tipicidad: Juan y Pablo en una fiesta por los efectos del alcohol, invitan a cenar a su amiga de nombre Verónica, pero en el trayecto la despojan de su ropa, y la someten por medio de la fuerza física, acto continuo copulan ambos sobre ella.

La conducta de Juan y Pablo, concuerda y se adecua o encuadra en lo indicado por el tipo, por lo tanto como resultado se configura el delito de violación.

¹⁰⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. OP CIT. Pág. 320.

¹⁰⁸ Código Penal para el D.F. OP CIT. Pág. 43.

Por último haremos hincapié de que el tipo y la tipicidad son dos palabras diferentes y no tienen ninguna similitud, sin embargo, se relacionan entre sí, ya que una sin la otra no existiría, cabe resaltar que el tipo es un presupuesto de la tipicidad y esta a su vez es un elemento constitutivo del delito, asimismo el tipo es la creación que realiza el poder legislativo y la tipicidad valga la redundancia es la adecuación de la conducta realizada por alguna persona a la contenida en un tipo.

3.3.1. La Atipicidad.

“La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica.

Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

Para JIMÉNEZ DE ASÚA existe ausencia de tipicidad cuando en hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con característica antijurídica, ausencia de tipicidad, en sentido estricto¹⁰⁹.

En referencia a las hipótesis mencionadas, todos estos requisitos nos los exige el tipo penal, y sino se cumplen no hay delito.

¹⁰⁹ IBIDEM. Pág. 321.

En este orden de ideas, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Es por eso que cuando se exterioriza una conducta que no es típica, nunca se dará el delito, y de acuerdo con lo establecido en las citas anteriores, es de distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad. La ausencia de tipo aparece cuando el Poder legislativo, deliberada o inadvertidamente, no contempla una conducta, que de acuerdo al sentir de la sociedad, debería ser incluida como delito.

La ausencia de tipicidad se presenta cuando existe el tipo penal vigente, pero no se amolda o adecua la conducta exteriorizada por el sujeto activo, a manera de ejemplo, podemos decir que en el caso de que se realice cópula con persona mayor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento con engaño; el hecho no es típico ya que la conducta no encuadra en el tipo penal que determina el delito de estupro, es decir, no es exacta a la descripción plasmada por el poder legislativo, en donde especifica, que cometerá el delito de estupro, cuando la víctima o sujeto pasivo sea menor de dieciocho años, entonces en este caso, el sujeto pasivo es mayor de edad, por lo que, no existe delito que perseguir, ni sanción alguna, si bien es cierto cumple con los demás requisitos, pero siendo un requisito esencial la edad de la víctima para configurarse el delito de estupro y al no cumplirse, la conducta del sujeto activo no encuadra en este delito, es decir no se tipifica, porque se presenta el elemento negativo de la atipicidad, por tal motivo no hay delito que perseguir, ni sanción alguna. Este ejemplo, apoya a esclarecer lo citado en los párrafos anteriores en relación con la hipótesis marcada con el inciso b).

La reflexión realizada sobre el estudio de este tema, nos refleja que la ausencia de tipicidad en el delito elemento esencial del mismo, produce su inexistencia ya que es una pieza fundamental para lograr la adecuación de la conducta y aplicar las penas establecidas, siendo una tarea del Ministerio público y posteriormente del juzgador analizar y constatar que efectivamente el delito en proceso cumple con todos los elementos del cuerpo del delito y obviamente, con los requisitos exigidos por la ley penal positiva.

Ahora, de manera destacada, nuestro Código Penal Federal se refiere a la ausencia de tipicidad implícitamente. Se incluyó en la fracción II del artículo 15, relativo a las causas de exclusión del delito. Cuando "Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate"¹¹⁰.

Es de resaltar que no toda conducta humana es un indicio de antijuricidad, por lo que se separan las que son punibles y las que son excluibles de delito; con el objetivo de tener una mayor agilidad y facilidad para consignar y sancionar las conductas que reúnen los elementos del delito y así crear un dispositivo de castigo y solución al mismo.

¹¹⁰ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 4.

Por último, y de forma sintetizada opinamos que en toda atipicidad hay falta de tipo, ya que si una determinada conducta no se adecua o amolda exactamente en lo descrito por la norma penal positiva, respecto de esta no existe tipo.

3.4. La Antijuricidad.

Respecto a la terminología con relación a la antijuricidad, hay algunos autores que utilizan otros términos, y entre los más comunes o los más utilizados son: "antijuricidad, antijuricidad, injusto,..." Mezger por ejemplo, afirma que injusto y antijuricidad son sinónimos y, así su obra se desarrolla con el empleo indiscriminado de esos dos términos, Jiménez de Asúa está de acuerdo con el autor alemán y dice que debemos emplear indistintamente con carácter sinónimo tanto la voz injusto como la de antijurídico.

En este sentido puede verse la opinión de Welzel, cuando afirma que la antijuricidad no es, naturalmente, un mero juicio de disvalor, sino una característica de disvalor de la acción. Por ello, la antijuricidad es un juicio de valor objetivo, en cuanto se realiza sobre la acción, con base en una escala general, precisamente del orden social jurídico. Similar idea aparece vertida por Fontán Balestra, quien dice que la antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico.

Además, puede observarse que en las líneas precedentes se ha hecho referencia a antijuridicidad o antijuricidad; entre estos términos no existe, en realidad, diferencia alguna y la opción por uno u otro es más de elegancia o facilidad para la enunciación, que de contenido; a nosotros nos parece preferible el término antijuridicidad, primero por la vinculación indisoluble que lo negativo tiene con lo positivo, que en este caso es con lo jurídico, y que se establece con el prefijo anti, o sea, si decimos antijurídico, conservando igual idea debemos decir antijuridicidad, por que juricidad no es vocablo común y tampoco lo será antijuricidad... Lo que entendemos por antijuridicidad, como contradicción entre la conducta y el orden jurídico general, resulta de la simple relación contradictoria y corresponde al campo de la teoría del delito; en cambio, lo injusto o antijurídico se refiere a la conducta misma, ya valorada como antijurídica y tiene que ser estudiado en el momento en que haya que resolverse si una conducta particular es o no delictuosa, por contener, entre los otros elementos del delito, el que se refiere a la antijuridicidad"¹¹¹. Sin embargo, en el desarrollo de este tema y para una mejor comprensión nos referimos al término, que es más utilizado en la doctrina de nuestro país, siendo este la antijuricidad, una vez expuesto estas ideas que emplean diversos autores, es necesario continuar con las definiciones de este término.

Por lo que recurrimos a la obra del maestro Fernando Castellanos Tena, el cual expresa que "la antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe

¹¹¹ VELA TREVIÑO, Sergio. "Antijuridicidad y Justificación." 1ª Edición. Editorial Trillas. México, D.F., 2001. Págs. 21-23. .

dificultad, para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. Javier Alba Muñoz escribe: El contenido último de la antijuricidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales... en el núcleo de la antijuricidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente...

Según Cuello Calón, la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere un cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del Derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario...

La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa... Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Según Carlos Binding... descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal...

Si una persona mata o roba se quebranta la norma, más no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe.

Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuricidad. Dice que la antijuricidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado...

Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuricidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuricidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuricidad material)¹¹².

¹¹² CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos elementales de Derecho Penal." 42ª Edición. Editorial Porrúa. México 2001. Págs. 178-181.

Aunado a lo descrito en los párrafos que anteceden, es de comentar que la antijuricidad o antijuridicidad, son sinónimos, nosotros nos referimos al vocablo antijuricidad. Tal y como se ha expuesto, el prefijo anti significa contrario y complementándose esta palabra con juricidad, nos da el resultado de contrario a la jurídico, es decir, a las normas jurídicas penales que están vigentes y no a las normas de cultura, como lo establece el autor Max Ernesto Mayer, sin embargo considero que todo tipo legal, lleva implícito el sentir de la sociedad y el quebranto de las normas culturales, obviamente expresadas por los legisladores, de ahí que al momento de que se produzca una conducta, típica y antijurídica, va existir la contrariedad a los tipos legales y su resultado causa un daño o afectación a los intereses colectivos e individuales.

De conformidad con lo manifestado por el autor Carlos Binding, es de resaltar que si retomamos su idea y la trasladamos al tema que estamos analizando, desde nuestro peculiar punto de vista, creemos que tiene una razón lógica su idea, ya que se aprecia que no necesariamente una conducta, típica y antijurídica es contraria a la ley, sino que también hay cabida de que se ajuste a lo que establece el tipo legal, es decir, que este conforme a lo descrito por la ley penal positiva, y a través del siguiente ejemplo, se especifica de una forma concisa y fácil de asimilar, lo expresado.

Ejemplo:

En el delito de homicidio, el tipo penal establece que comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otra persona, entonces, Juan le dispara con un arma de fuego cinco balazos y los coloca en el abdomen de Pablo, y como resultado, se produce la muerte de Pablo, si le damos un enfoque lógico, no se está contraviniendo la norma jurídica sino está conforme a lo establecido en el tipo legal, ahora bien, si fuera contrario a lo dicho por el tipo penal, el ejemplo versaría de la siguiente manera:

Juan no priva de la vida a Pablo, por lo tanto no comete el delito de homicidio, cometerá otro tipo de delito, como el de lesiones, pero su conducta no encuadra en la norma jurídica que describe el delito de homicidio.

Sin embargo y atendiendo al significado del término antijuricidad, se desprende del mismo, lo antijurídico, es decir, lo contrario a la ley.

Este elemento del delito, requiere de un juicio valorativo, tal y como lo escriben algunos autores en sus obras, ¿Por qué es necesario un juicio valorativo? para saber si la conducta exteriorizada por el sujeto activo a parte de ser típica es antijurídica y esta tarea la va a realizar primeramente el ministerio público y posteriormente el juez entrará al estudio del caso en concreto, verificando que se cumple en su totalidad con este elemento, y resolverá si la conducta es considerada como delito o no lo es. Una vez comprobada la existencia de la conducta, hay que introducimos a la materia del derecho penal que delimita la diversificación de los tipos; cuando la conducta encuadre en un tipo, se estará en presencia de una conducta típica, que recordando lo

mencionado en el tema referente a la tipicidad y de acuerdo con las ideas expuestas por los autores citados, en donde dicen que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, ya que como se ha observado, el tipo cumple la función de especificar la conducta típica, lo que surge como consecuencia la antijuricidad. Podemos establecer como regla general que la conducta considerada como típica es un indicio de que es antijurídica, sin embargo hay excepciones que establece la propia ley penal y al existir éstas no se constituye el delito, por otro lado la conducta se consume como típica y antijurídica, sólo que se puede presentar alguna causa de justificación, siendo este el elemento negativo del estudio que se expone a continuación.

3.4.1 Causas de Justificación.

Este es el elemento negativo de la antijuricidad y de tal frase deriva que hay causas que van eximir el delito, y a la antijuricidad misma, por lo que en las líneas subsecuentes analizaremos su terminología, la definición y las causas que actualizan los diferentes tipos penales vigentes, así como las problemáticas que se pueden presentar al valorarlas por el juzgador, tomando en consideración las ideas que exponen en sus obras los autores que hemos citado en el tema de la antijuricidad.

En este orden de ideas, y respecto a la terminología, hay diversos autores que critican al sostener que no es correcto denominarle, al elemento negativo de la antijuricidad, causas de justificación, una de estas críticas es la que expresa el jurista Jiménez Huerta y dice: "La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico o quien lesiona algún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada... Damos toda la razón a Jiménez Huerta en cuanto a que no puede haber causa que justifique lo que siempre ha estado justificado..."

Una solución afirmativa equivale a la información de la antijuridicidad, existente antes sólo indiciariamente, mientras que la solución negativa implica que se está ante una conducta típica que no es antijurídica o, lo que es igual, que se trata de una conducta típica conforme a derecho...

Por lo anterior, y la convivencia de no incluir en la definición que se busca un elemento negativo, las causas que afectan a la antijuridicidad y que traen como consecuencia su inexistencia y la del delito deben denominarse conductas típicas conformes a Derecho"¹¹³. En el Código Penal para el D.F., señala excluyentes de responsabilidad y no se refiere a causas de justificación, sin embargo, en el desarrollo de este tema nos abocaremos al término causas de justificación, ya que es más conocida, debido a que la mayoría de los doctrinarios aluden a esta palabra, siendo más común este término en el ámbito académico. No por esto, estoy en desacuerdo con lo manifestado por los juristas, sino al contrario, considero que a través del análisis lógico que realizan sobre la palabra y en comparación con la ley penal, sirviendo de

¹¹³ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 159,160.

complemento el elemento de la tipicidad, llegan a la conclusión de que debería de llamarse conducta típica conforme a derecho, teniendo una razón lógica el término que se analiza.

Ahora bien, una vez, redactado la terminología de este elemento, da a lugar a establecer las diferentes definiciones de este elemento negativo.

“Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan en aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc.

Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales...

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa...

Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.

Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren el acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuridicidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuridicidad formal que da vida también una declaración legal...

El estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de la antijuridicidad se funda: a) en la ausencia de interés y, b) en función del interés preponderante...

a) Ausencia de interés. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero

ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuricidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, esta ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Más debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso", etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación...

b) Interés preponderante. Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del mayor de valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante"¹¹⁴.

De conformidad con lo indicado, observamos que las causas de justificación, son creadas por la propia norma penal que este vigente, teniendó dos características, siendo la primera la objetividad y la segunda impersonal, es decir, se aboca al hecho y es general, por lo tanto se aplica a todo sujeto que realice una conducta tipificada en los artículos que establecen las causas de exclusión o de justificación, ya que si lesiona un bien jurídico, lo hace actuando conforme a derecho, por lo tanto no va ser sujeto a sanción penal ni civil. Si retomamos de nueva cuenta la definición citada por el jurista Cuello Calón, en la que establece que el obrar conforme a Derecho, desde nuestro peculiar punto de vista, considero que si se puede lesionar bienes o intereses jurídicos ajenos, lo único es que se hace de forma justificada, tal y como se refleja en las líneas que preceden. Asimismo tiene dos pilares en los que se reflejan las causas de justificación, siendo estas la ausencia de interés y el interés preponderante.

Nos hemos referido a las excluyentes de responsabilidad o causas que norma el Código Penal Federal, pero no he plasmado, el artículo específico que contempla estas causas, siendo menester mencionarlo.

Artículo 15. - "El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

¹¹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. OP CIT. 183-188.

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente 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 sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.”¹¹⁵

En las tres primeras fracciones se refiere la primera a que no hay intención del sujeto activo, la segunda a la inexistencia de algunos de los elementos del delito, esto es si no cumple con los elementos del delito que son exigibles por la propia norma, un ejemplo, cuando surge a una causa de justificación, asimismo la tercera fracción la explicaremos claramente, cuando una persona enferma, por decir, del apéndice o un embarazo, otorga el consentimiento, para que el médico realice una intervención quirúrgica, es decir lo habilita, aunque puede haber ocasiones en que el paciente este en coma, y en este sentido otorguen los familiares el consentimiento, podemos establecer que este consentimiento es tácito, también dice que el sujeto pasivo debe de tener capacidad para dar su consentimiento, podemos ver que en los sujetos inimputables, quien da el consentimiento serán sus tutores, siendo también una causa de justificación para el médico que lo asiste, aunque es de mencionar que el referido artículo en cita, no establece esta situación, pero se desprende a través de la interpretación de la ley que realice tanto el jurista litigante como la autoridad competente. Por lo tanto el actuar del profesionista es legítimo, ya que se actúa en protección de un bien jurídico tutelado por la ley e incluso podemos hablar también del deber que tiene como médico, que sería lo que es la ética profesional que a su vez se relaciona con el cumplimiento de un deber, por lo que el consentimiento en el ámbito del derecho penal, es de suma importancia ya que a través de éste se va establecer si una conducta es delictiva o no lo es. Con relación a las siguientes fracciones, citaremos las ideas de los autores que hemos estado refiriéndonos en el tema positivo, es decir la antijuricidad, expresando en primer lugar los conceptos que contempla la obra del maestro Fernando Castellanos Tena, robusteciendo estas líneas con la obra del Jurista Sergio Vela Treviño.

“La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa la

¹¹⁵Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 4, 5 y 6.

legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.

El derecho canónico se ocupó de ella al establecer: *Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt* (todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza). Pero aún se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

Para la Escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuanto se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Para Hegel, si la agresión injusta es la negación del Derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del Derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia.

De acuerdo con Jiménez de Asúa, viene a fundamentar la defensa legítima la preponderancia de intereses pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente.

En la legítima defensa está de por medio siempre un bien más valioso; por eso es jurídico el sacrificio del interés que socialmente resulta menor, aún cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor.

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una agresión injusta y actual; b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y c) Repulsa de dicha agresión.

Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente, es decir, presente. O muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato. Si la agresión ya se consumó no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por el artículo 17 de nuestra

Constitución al establecer: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”...

Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos.

El Código Penal en vigor, en el último párrafo de la fracción IV del artículo 15, preceptúa: “Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio en donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión. El dispositivo comprende dos hipótesis: La primera, cuando se cause daño a quien en las condiciones descritas trate de penetrar a los lugares señalados; la segunda, si el intruso ya se encuentra dentro de los sitios indicados, en circunstancias reveladoras de la probabilidad de una agresión.

Las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho.

El artículo 16 del Código Penal del Distrito Federal, a quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposos...

De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposos, no significa que el exceso participe de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposos sólo por la levedad de la pena y para aprovechar la amplitud de los márgenes mínimo y máximo del artículo 60.

La riña excluye la legítima defensa, de conformidad con lo establecido en el artículo 314 del Código Penal.

Giuseppe Maggiore sostiene que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa.

Quien injustamente acomete sobre otro no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

Partiendo de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe de ser valorada objetivamente y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona (Cuello Calón). Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico (Sebastián Soler). Von Liszt en su *Lerhbuch* afirma que el estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos...

Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde el nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuricidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria.

El interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente...

Para la Escuela Positivista, siguiendo el mismo criterio subjetivo, el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor, si se atiende al móvil, que no se manifiesta como antisocial; por ello debe quedar impune...

Hegel... al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida. No permitirle poner a salvo su vida-expresa-, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos.

Curiosa tesis sostiene Michailoff; al hablar del estado de necesidad (sin distinguir entre las diversas jerarquías de bienes) nos dice que el interés del Estado se inclina a la salvación de una vida y no a la pérdida de dos, cuando por razón del conflicto de bienes, se hace necesario el sacrificio de una de ellas.

Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo...

En el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos. En nuestra legislación tales bienes son la propia persona y sus bienes, o la persona o bienes de otro; c) que el peligro no haya sido provocado dolosamente d) que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y, e) no-existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.

El aborto terapéutico ante el Derecho Canónico. Como opinión contraria a la legal, debe citarse la de la Iglesia Católica. Con fundamentos espirituales sobre la redención del ser en formación, prohíbe el aborto aun por estado necesario, imponiendo a la mujer una maternidad heroica, a pesar de la incompatibilidad de su vida con el desarrollo normal del embarazo. El derecho seglar, ante el choque entre dos bienes, procura la salvación del más importante para la sociedad, como lo es la vida de la madre de quien, como dice González de la Vega, generalmente necesitan otras personas como sus anteriores hijos o familiares; en cambio, la Iglesia exige a la mujer la maternidad a pesar de los grandes riesgos para su propia existencia.

El robo famélico en el Código Penal. El artículo 379 dice: "No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

La redacción del artículo 379 es defectuosa. En su sentido estricto, caben las actuaciones de personas acomodadas, con tal de que ejecuten el apoderamiento en los momentos precisos de experimentar la necesidad.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho

En el pugilato, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que de uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un pugilista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate

en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuricidad del acto, por el reconocimiento que de éstos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales.

Se trata pues, de una verdadera causa de justificación; los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado... En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta (salvo casos de excepción claramente delictuosos) es jurídica, al menos formalmente.

Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante¹¹⁶.

En esta causa, tenemos que diferenciar del cumplimiento de un deber al ejercicio de un derecho, el primero de estos, podemos traducirlo en la obligación que tiene que cumplir de acuerdo a una disposición normativa, y el ejercicio de un derecho, los reconoce el Estado y es aplicable a todo sujeto que realice una acción acorde a la ley penal, es decir no es su obligación realizar una determinada conducta a contrario sensu, es su voluntad de actuar y exterioriza su consentimiento al materializar esa actividad. Los ejemplos más citados por los doctrinarios son los deportes, tales como el pugilismo que expresó el maestro Castellanos Tena en su obra, habiendo deportes que implican una gran magnitud de que se lesionen, a parte del boxeo, tales como; las modalidades de los artes marciales, el fútbol americano, el jockey sobre hielo, entre otros más.

En el ejercicio de un deber, la ley reglamenta los parámetros, en otras palabras limita el alcance de este cumplimiento, entonces, operara en el sujeto que tiene que cumplir un deber, el actuar o no actuar, tomando en consideración el interés que considere de mayor plusvalía, y si actúa de forma excesiva, será analizada por el juez que estudio el caso que se llegue a suscitar, sin embargo, y haciendo memoria de uno de los principios del derecho, el cual nos dice que donde la ley no distingue no ha lugar a distinguir, en este caso la ley no distingue, pero hay que interpretarlo de acuerdo a las razones lógicas y humanas, conforme a las reglas que rigen a la sociedad, evitando caer o quebrantar las disposiciones normativas-penales. Un ejemplo clásico de esta causa es el que se da en el cuerpo policiaco, ya que si bien es cierto, tienen la facultad de aprehender a alguna persona, porque ha cometido algún ilícito y lo presenta ante el ministerio público a la siguiente semana, o priva de la vida por su actuar, en ambos casos esta abusando de las facultades conferidas y por lo tanto incurriría en algún delito, por lo que debe recurrirse al criterio del juzgador, quien a realizar el juicio

¹¹⁶CASTELLANOS TENA, Fernando. OP CIT. Págs. 192-216.

valorativo de la contradicción hecho-norma, determinará si el deber del servidor público abarcaba o no la conducta típica de que se trate.

“Jiménez Huerta dice: En la mayoría de estos deberes jurídicos, la ley no regula específicamente la forma en que el funcionario ha de proceder a su cumplimiento; falta una determinación objetiva de los límites del deber. En éstos casos, el funcionario no actúa antijurídicamente en tanto se mueva dentro de un margen adecuado a la misma naturaleza del deber... La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: Cumplimiento del deber, no autoriza homicidio. Obrando en cumplimiento del deber, es obvio que la ley no autoriza a que se prive de la vida a un fugitivo, porque existen otros medios legales para lograr su captura”¹¹⁷.

Sólo falta de comentar la fracción VII, del artículo 15, el cual se refiere a los sujetos activos que realizan una conducta típica, pero al momento de efectuarla no se encuentran en un estado de lucidez, debido a un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, en este caso considero que la persona que padece este problema mental, obviamente previos exámenes psicológicos y médicos, en el cual determinen el grado de entendimiento o intelecto de este sujeto, y de acuerdo con el diagnóstico emitido por los profesionistas, el Ministerio Público determinará si el sujeto entendía y sabía lo que iba a suceder debido a su actuar, ahora bien, si en el dictamen médico y psicológico, consideran que es un sujeto que no podía comprender lo que estaba haciendo, entonces, podrá exceptuarse de la sanción penal aplicable a la conducta típica efectuada ya que sería un sujeto inimputable, en este caso en particular se observa la vinculación con uno de los elementos negativos del delito, que es la inimputabilidad. Ahora bien esta fracción, también contiene la hipótesis, referente a que si el sujeto activo provocó ese estado mental, ya sea dolosamente o culposamente cuando lo haya previsto o fuere previsible, con el objetivo de delinquir, haciendo referencia a lo mencionado, esto lo descifrarán a través de los diagnósticos médicos y psicológicos, y de ser cierto, entonces el sujeto activo ya no estará dentro de las causas de justificación, y se le aplicará la pena correspondiente.

3.5. Imputabilidad.

Este es un elemento positivo del delito, y tiene la misma importancia que los demás, ya que sino se cumple este elemento no existirá delito que perseguir o sancionar, sin embargo, tenemos que analizar más a fondo, para desentrañar el concepto de este elemento, por lo que en las líneas siguientes, se establecerá el concepto, retomando las diversas ideas plasmadas por algunos doctrinarios.

Consultando la obra del maestro Rafael Márquez Piñero, cita los siguientes conceptos:

¹¹⁷ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 206-207

"En el ámbito del derecho penal, esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que, por sus condiciones psíquicas, tenga posibilidades de voluntariedad. Como acertadamente dice el maestro Carrancá y Trujillo, será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas (abstractas e indeterminadamente) por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo aquel que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Fernando Castellanos señala, siguiendo a Max Ernesto Mayer, que la imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente; y, citando a Franz Von Liszt, es la capacidad de obrar en derecho penal, o sea, la capacidad para realizar actos referidos al derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. Para Castellanos, en definitiva, la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal...

La imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral. De acuerdo con esta posición, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma, aplicada en concreto al autor de un delito. En este sentido, Jiménez de Asúa da la definición del padre Jerónimo Montes: imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el derecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre...

Los penalistas de la escuela clásica, congruentes con los postulados de su doctrina, consideran al libre albedrío como el fundamento de la imputabilidad y distinguen entre imputables e imputables. El profesor Puig Peña señala que el fundamento de la legislación de los pueblos cultos, hasta ahora vigente, se apoya en el libre albedrío y en la imputabilidad moral, y que sólo puede responsabilizarse a una persona cuando sus actos han nacido de su libre albedrío, de su culpabilidad moral; no hay reproche, pues, ni sanción, ni castigo, ni pena, sino cuando el hombre consciente y voluntariamente, en virtud de su libertad y conciencia, viola un precepto legal...

a) Determinismo y responsabilidad social.

Los imputables y los imputables responden por igual del hecho realizado (el único fundamento es la infracción de la ley penal), aunque, naturalmente, los segundos recibirán su tratamiento punitivo en función de su curación para los enfermos, o de su reeducación para los demás.

b) Imputabilidad ecléctica

Franz Von Liszt sostiene que el fundamento de la imputabilidad reside en la capacidad de obrar normalmente, de conducirse con arreglo a las exigencias de la vida común; por consiguiente, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo

normal (y mentalmente sano), cuya conciencia no se halle perturbada (doctrina de la normalidad). Para Manzini, es capaz de pena todo hombre que reúna, actualmente, condiciones para llegar a ser cooperador normal de la sociedad, (los incapaces son absolutamente inadaptables a la sociabilidad, y excluidos de la responsabilidad penal están locos, los menores y los delincuentes habituales, incorregibles, sólo se aplicarán medidas de policía, (esta teoría se denomina de la capacidad penal)."¹¹⁸

La imputabilidad es el querer y entender las conductas prohibidas o restringidas y reglamentadas por el derecho penal, obviamente a través de las legislaciones penales vigentes, es decir, el sujeto activo goza de absoluta salud mental, no tiene alguna enfermedad que le evite tener lapsos de lucidez, y por lo tanto, tiene el libre albedrío de realizar su voluntad, representada por una conducta.

En este párrafo escribiremos las ideas que emite el autor Sergio Vela Treviño, el cual desde su opinión, liga a la imputabilidad con el sistema normativo, es decir como su fundamento. Y a la letra describe lo siguiente:

"Para este reconocimiento por parte del sistema normativo se han empleado tres procedimientos fundamentales: el biológico, el psicológico y el mixto. Consiste el primero en afirmar que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperiencia e ignorancia de conocimientos esenciales y, por tanto, no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a la facultad de comprensión. En el procedimiento psicológico se afirma que para la plena comprensión de la ilicitud de la conducta y la determinación del sentido, se requiere un mínimo de salud mental que permita una acertada valoración en cuanto a la ilicitud.

El tercer procedimiento o mixto, usado por la mayoría de los sistemas, consiste en una enumeración de las causas que provocan falta de capacidad y de autodeterminación en la conducta y que tornan no imputable o inimputable al sujeto.

La imputabilidad, hemos dicho que es la capacidad de autodeterminación para actuar conforme al sentido y teniendo la facultad, que debe reconocerse normativamente, de comprender la antijuridicidad de la conducta. El sistema normativo mexicano, por especial valoración del legislador, ha considerado que únicamente quienes tengan 18 años de edad o más, tienen la facultad de comprensión que requiere conceptualmente la imputabilidad. Esto quiere decir, que quienes sean menores de 18 años de edad carecerán del reconocimiento normativo y no podrán ser sujetos imputables, con la consecuencia de que las conductas típicas y antijurídicas que realicen no podrán ser útiles para la cabal integración del delito, porque falta la posibilidad de realizar el juicio de reproche relativo a la culpabilidad.

¹¹⁸ MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. "Derecho Penal". 1ª Edición. Editorial Trillas. México D.F., 1986. Págs. 233,234 y 235.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que a efectos de poder considerar imputable a una persona, es necesario que ésta tenga la capacidad suficiente para conocer y valorar su conducta en cuanto al contenido de antijuridicidad. Desde luego, en cualquier caso debe tratarse de una persona de edad superior a 18 años.

Ha dicho la Suprema Corte:

ANOMALIA MENTAL, interpretación de, en el supuesto del artículo 68 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales. La normalidad psíquica es un dato puramente ideal, que sirve como término de comparación; y cuando la ley, en su artículo citado, establece un régimen especial para quienes padezcan anomalías mentales, está significando que se trata de condiciones psíquicas que impidan conocer y valorar el hecho que se ejecuta; pues sólo en esas circunstancias será inimputable el sujeto; pero mientras en el agente exista la facultad de conocimiento y valoración, debe afirmarse su capacidad penal (mental) cualquiera que sea la tendencia de lo que en psicología se conoce como personalidad.

Directo 2863/1951; María de Lourdes Rodríguez de Villalíz. Resuelto el 4 de abril de 1956, por unanimidad de 4 votos: Excusa el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez. Ponente el Sr. Mtro. Olea y Leyva. Srío. Lic. Javier Alba Muñoz.-1ª SALA. Boletín 1956, pág. 295."¹¹⁹

Una persona es imputable, cuando cumpla con las características, señaladas por la ley penal vigente y se encuentre en un estado psicológico sano, y comprenda el alcance legal de su comportamiento ante la sociedad, previa decisión premeditada. Al referimos del estado psicológico, queremos decir que el sujeto puede valorar y comprender el sentido de su conducta así como la ilicitud de la misma.

Nuestra ley penal regula tanto a los sujetos imputables como inimputables, algunos autores han manifestado que para la ley penal todos son sujetos imputables, diferimos de esta idea, ya que del sujeto imputable al inimputable hay una gran diferencia, misma que se observara a detalle en el siguiente tema, lo que sí podemos confirmar es la regulación de estos sujetos de acuerdo a su conducta típica y antijurídica, la diferencia existe, también normativamente, por un lado al sujeto imputable se aplica la punibilidad o la sanción que contempla el artículo en el cual encuadra la conducta y en el otro supuesto, el juez en vez de aplicar la sanción, los juzgará bajo un procedimiento especial tomando en consideración las características psicológicas y físicas del sujeto activo, ya que como se desarrollará en el aspecto negativo, estas pueden ser distintas, adelantándonos al tema, podemos citar a manera de ejemplo: los menores de edad, a los cuales se rige por un procedimiento distinto al establecido a los sujetos mayores de edad (imputables), y este proceso lo regula la ley del consejo tutelar de menores y la institución que conoce de este tipo de delincuentes es el Consejo Tutelar de Menores.

¹¹⁹ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 20, 22-24.

La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad de acuerdo con lo plasmado por las ideas de los autores citados en los párrafos que preceden, desde un punto de vista lógico, tienen razón, ya que recordando el tema de la culpabilidad, el cual se manifiesta de forma dolosa o culposa, en cualquiera de estas dos formas es indispensable el elemento de la inteligencia, por lo que el sujeto debe tener la capacidad mental, ya sea para exteriorizar la conducta delictiva teniendo conocimiento de que es ilícita o en el segundo caso, para evitar o prevenir el resultado, entonces si un sujeto es imputable, puede haber la posibilidad de que se cumpla el elemento de la culpabilidad. Sin embargo, continuamos reafirmando nuestra idea, que todos los elementos en conjunto forman un todo, en otras palabras y específicamente al tema que se estudia en este capítulo, consideramos que todos los elementos son presupuestos del delito, por lo tanto, para fines didácticos considero que no es pertinente quedarnos con la posición doctrinaria expuesta en las primeras líneas de este párrafo.

3.5.1. Inimputabilidad.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, y al presentarse alguna de las causales de este elemento, producirá como consecuencia exceptuar al sujeto activo de la penalidad contemplada en el artículo que encuadre la conducta. En los párrafos subsecuentes expresaremos los conceptos que han escrito diversos autores y siguiendo las obras citadas, comenzaremos con el autor Jorge Alberto Mancilla Ovando que a su vez cita el comentario respecto de este tema que han descrito los autores que mencionaremos en las siguientes líneas.

“Fernando Castellanos Tena.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas ellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Las causas de inimputabilidad naturaleza legal sin los estados de inconsciencia que puede: 1) Permanentes como los trastornos mentales: y, los transitorios, como los producidos por ingerir sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, sin que se haya producido esa capacidad en forma intencional o imprudencia además, los trastornos originados en las toxiinfecciones y los trastornos patológicos; 2) el miedo grave; 3) La sordomudez, y 4) Los menores de 18 años de edad...

Francisco Pavón Vasconcelos.

Son casos de inimputabilidad los delitos cometidos por menores de edad, enfermos mentales, sordomudos; y, cuando operen las excluyentes de incriminación de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado del inculpaado, el miedo grave...

Opinión personal.

La no-imputabilidad, es una figura jurídica que no existe en el Derecho Penal. Para la ley penal, todos somos sujetos desde los menores hasta los que la codificación denomina inimputables.

Los menores son sujetos de la ley que crea el Consejo de Menores Infractores...

Es falso considerar a la imputabilidad como soporte, presupuesto de la culpabilidad, ya que se trata de elementos jurídicos distintos e independientes entre sí.¹²⁰

La ley regula la imputabilidad y los supuestos de inimputabilidad, de los conceptos expresados consideramos que el más acertado es el que nos da el autor Fernando Castellanos Tena y en relación con la opinión del autor citado en el párrafo que precede, en el que difiere que la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad ya que son distintos, es cierto, no hay que decir que un elemento es presupuesto de otro, sino más bien establecer que todos y cada uno de los elementos positivos son de gran importancia para configurar al delito, entonces todos son presupuestos del delito.

Las causas de inimputabilidad establecidas en las citas mencionadas son: los trastornos mentales permanentes o transitorios, el miedo grave, la sordomudez y los menores de 18 años de edad, retomaremos los conceptos de Sergio Vela Treviño, mismos que indicaremos a continuación.

“Existe inimputabilidad cuando se realiza una conducta típica y antijurídica pero el sujeto carece de la comprensión de la antijuricidad de su conducta, sea porque la ley le niega esa facultad de comprensión o por que al producirse el resultado típico era incapaz de autodeterminarse...”

El primer comentario que resulta es el de la mención que hacemos a cuando la ley niega la facultad de comprensión. A este respecto debe decirse que la ley, en forma drástica y absoluta, establece una limitación al conocimiento de la antijuricidad de las conductas típicas sin excepciones posibles. Siguiendo un criterio que no tiene validez universal, pero que es absolutamente legal, el legislador señala los límites que en razón del desarrollo mental concede para la valoración de la antijuricidad de la conducta...

Valora como inimputables genéricos a los menores de edad y a los sordomudos...

La ley utiliza el presupuesto consistente en que los menores de 18 años cometan infracciones a las leyes penales (art. 119)- que debemos interpretar como conductas

¹²⁰ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. “Teoría legalista del delito”. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Págs. 39,43 y 54.

que producen resultados típicos-para que entre en funcionamiento la maquinaria del Estado, tendiente, en estos casos, a la educación correctiva del menor, como una medida de seguridad para la sociedad y para el propio menor...

Los límites de edad para efectos de la imputabilidad no han sido tratados en forma idéntica por los legisladores, sean nacionales (a nivel de los Estados de la Federación) o extranjeros...

La naturaleza de las medidas aplicables a los menores infractores se obtiene del párrafo primero del artículo 120 del Código Penal; ellas pueden ser apercibimiento (definido por el artículo 42) e internamiento en cualquiera de las formas establecidas en las fracciones I a VI del propio artículo...

El día 26 de diciembre de 1973 se promulgó la Ley que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1974, bajo la denominación de "Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales... entró en vigor treinta días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación...

En cuanto a que las cuestiones relativas a los menores infractores quedan sustraídas de la justicia penal y pasan a la competencia de organismos (Tribunales o Consejos) especializados y no represivos, donde no se va a resolver si el hecho determinado es o no constitutivo del delito, sino simplemente si el menor de que se trate manifiesta la necesidad de ser sometido, para beneficio y el de la sociedad, a un tratamiento adecuado a su personalidad...

Lo anterior significa que los menores que infrinjan leyes penales federales quedan sometidos al régimen de los Consejos Tutelares a los que se refiere la Ley que venimos citando...

LA SORDOMUDEZ

Maurach a la ley alemana en el sentido de que el sordomudo solamente será inimputable cuando carezca de la capacidad de discernimiento o de dirección por retraso en su desarrollo psíquico debido precisamente a su estado de sordomudez y siempre que el padecimiento sea congénito o tempranamente adquirido; cuando la sordomudez se produce después de haber tenido uso de la razón, el sordomudo que realiza un acto ilícito no queda bajo el amparo de la causa de inimputabilidad...

a) El trastorno mental transitorio.

Quien carece de la posibilidad de valoración y de la libertad de actuar conforme a esa valoración, no debe ser sancionado, cuando la causa que haya determinado la pérdida de la capacidad de entendimiento sea ajena a su voluntad y siempre que la afectación producida por esa misma causa haya sido de tal magnitud que provocara la

pérdida de la facultad de autodeterminación conforme al sentido de lo jurídico y antijurídico...

También es necesario que se tenga en consideración que la pérdida es anormal y referida al momento preciso, o sea que transcurrido cierto lapso la causa de la pérdida deja de tener eficacia, con lo que el sujeto vuelve a la normalidad anterior y el trastorno mental se convierte en transitorio...

Conceptualmente, el trastorno mental transitorio puede definirse como la pérdida temporal de las facultades intelectivas necesarias para la comprensión de lo antijurídico y para la actuación conforme a una valoración normal...

El concepto queda así integrado por tres elementos sustanciales:

- Pérdida de facultades intelectivas
- Que esas facultades sean las necesarias para comprender lo justo y lo injusto y actuar conforme a una valoración.
- Temporalidad de la pérdida...

Transitorio quiere decir pasajero o temporal, desde su aspecto puramente gramatical; psiquiátricamente, por otra parte, no puede obtenerse la connotación del simple adjetivo "transitorio", por lo que debe acudirse al concepto del trastorno mental transitorio y en este sentido, se dice que es toda alteración mental de poca duración y de gran intensidad, sea cualquiera la causa que la produzca. Jurídicamente debe entenderse por transitorio, para efectos del trastorno mental, la pérdida temporal de las facultades superiores. Esto quiere decir que hay que referirse, como ya se ha expuesto, al momento previo al hecho típico y a aquel en que se produce el propio acontecimiento, ó sea que la temporalidad (transitoriedad) está limitada según cada caso particular, a esos dos precisos momentos. Antes y después de ellos el sujeto es normal y por tanto un imputable...

Características del trastorno mental transitorio

a) Involuntario.

Lo que quiere decir la Ley es que el trastorno mental transitorio se haya producido sin intervención de la voluntad del sujeto que lo padece... este es ajeno a la voluntad del individuo que lo padece quien, ni dolosa ni culposamente ha puesto los medios necesarios para que se produzca la afectación de las facultades intelectivas...

b) Patológico.

El carácter patológico que la ley requiere ha sido interpretado como proveniente de una enfermedad, o sea como una alteración del estado normal del hombre, que le impide la realización de las funciones inherentes a su naturaleza orgánica...

LOS ENFERMOS MENTALES

Dice Welzel que la capacidad para reconocer lo injusto y actuar correspondientemente, presupone la integridad de las fuerzas mentales superiores de la persona, que son las que posibilitan la existencia de una personalidad moral. Donde estas funciones mentales están eliminadas por influencias causales, allí está también excluida la capacidad de culpa...

La enfermedad mental puede estudiarse, para efectos penales, bajo un doble aspecto: enfermedad por un deficiente desarrollo de las facultades intelectivas superiores, que corresponde a las personas que la ley mexicana denomina idiotas, imbéciles o débiles mentales y, en segundo término, la enfermedad mental que impide a quien la padece una adaptación lógica y activa a las normas de convivencia social, que corresponde a quienes son llamados locos por la ley nacional.¹²¹

Anteriormente la ley penal definía a los enfermos mentales tal y como lo cita el autor, (idiotas, imbéciles o débiles mentales), siendo estos términos muy grotescos, en la actualidad estas palabras ya no las describe la normatividad penal vigente, si describe en forma general al especificar los enfermos mentales, asimismo no consideramos sujetos inimputables a los sordomudos ya que en la doctrina si los consideran como inimputables, siendo un error, ya que el que sean sordomudos y no puedan comunicarse verbalmente ni escuchar, no por tal motivo están mal de sus facultades mentales, además pueden leer, escribir y comunicarse a señas con sus manos, por lo tanto si pueden diferenciar entre lo bueno y lo malo, es decir, determinar si una conducta es lícita o ilícita, al menos que de su incapacidad física se derive alguna enfermedad mental, entonces en este supuesto si fuese un sujeto inimputable, por tal motivo sólo citamos en los párrafos anteriores un concepto que se asemeja a nuestro particular punto de vista.

La inimputabilidad encontramos su fundamento en el sistema normativo penal específicamente en el artículo 15 fracción VII, que a la letra dice:

"VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente,

¹²¹ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 45,46,48,51,52,53,55,59,60,69,70,116 y 117.

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 sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código¹²².

Se desprenden de este artículo, dos elementos, siendo estos; dolosamente y culposamente, es decir se refiere el legislador que si el sujeto activo provoca un estado de inconsciencia con el fin de realizar una conducta típica y antijurídica o estando en posibilidades de haber prevenido el estado de inconsciencia, no lo hizo y comete la conducta ilícita, entonces será un sujeto imputable.

De los elementos expresados, de forma implícita y a contrario sensú, asimismo, retomando las ideas citadas del autor Sergio Vela Treviño, con relación a las características del trastorno mental transitorio, estamos de acuerdo con las que él indica, siendo estas; involuntario y patológico. El trastorno debe darse automáticamente y sin voluntad de la persona, es decir, por causas ajenas al sujeto que sufre este estado de inconsciencia a esto se refiere con involuntario y es patológico, porque es una enfermedad la que padece el sujeto.

El artículo en cita, al referirse al trastorno mental y valga la redundancia, lo describe de una forma general, pero tal y como se ha descrito en el desarrollo de este tema el trastorno mental puede darse de dos formas, las cuales son:

1. De forma transitoria
2. De forma permanente.

La característica esencial de estas formas y de la cual surge esta clasificación, es el lapso de tiempo, ya que en la primera es transitoria es decir de forma repentina repercute en la persona una disminución mental o un estado de inconsciencia a causa de un trastorno mental pero antes y después de efectuar alguna conducta el sujeto es normal, es decir tiene lucidez y en la segunda tiene un trastorno mental estático o continuo.

Hay que resaltar que a los sujetos inimputables se le imponen medidas de seguridad no penas. Que entre otras, son el internamiento a centros donde los ayuden a capacitarse a readaptarse a las costumbres y a los patrones de conducta que deben de realizar en la sociedad, esa es la intención del legislador que plasma en el artículo 67 del Código Penal Federal, el cual establece lo siguiente:

¹²² Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 5.

“CAPÍTULO V

Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad

Artículo 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido¹²³.

Los sujetos que sean menores de 18 años, son considerados como inimputables, dándoles este carácter la propia ley penal vigente, creemos que se debería de reformar esta situación y reducir la edad a los 16 años, ya que los índices de delincuencia, día con día son más frecuentes los ilícitos que cometen los menores infractores, debido a que tienen conocimiento de que no se les aplica las penas que norman los artículos penales, y a la edad propuesta ya tienen la capacidad mental de discernir entre una conducta lícita e ilícita y no se les puede considerar inimputables como a los que padecen algún trastorno mental, ojalá en un lapso de tiempo próximo los legisladores, tomarán en cuenta la proposición que manifestamos, esta proposición no es nueva hay un sinnúmero de ciudadanos que pugnan por esta reforma.

Del análisis del artículo 15 fracción VII, no menciona como sujetos inimputables a los menores de edad, consideramos que el legislador debió de haber especificado como causal de inimputabilidad a los menores de edad en este artículo, sin embargo no lo hace. El fundamento de la minoría de edad, lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos del 500 al 503, el primer artículo es el que específicamente norma o se sustenta al menor infractor, mismo que se cita a continuación:

“TÍTULO DÉCIMO SEGUNDO PROCEDIMIENTO RELATIVO A LOS ENFERMOS MENTALES, A LOS MENORES Y A LOS QUE TIENEN EL HÁBITO O LA NECESIDAD DE CONSUMIR ESTUPEFACIENTES O PSICOTROPICOS.

¹²³ IBIDEM. Pág. 18.

CAPÍTULO II MENORES

ARTICULO 500. -En los lugares donde existan tribunales locales para menores, éstos serán competentes para conocer de las infracciones a las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicando las disposiciones de las leyes federales respectivas."¹²⁴

Los sujetos menores de 18 años, tienen que estar contemplados en un primer plano en el Código Penal Federal, ya que no lo regula, y posteriormente tal y como consta en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Finalmente concluimos que las causales de inimputabilidad son:

- i. Trastorno mental;
- ii. Desarrollo intelectual retardado;
- iii. La minoría de edad en los sujetos activos

El último elemento hay que considerarlo como causa de la inimputabilidad, aunque no lo establezca el Código Penal Federal. La segunda causal en estricto sentido, es la disminución de intelecto con relación a su edad biológica, esto se observa, por ejemplo en las escuelas en donde hay niños que tienen un retraso en su nivel escolar de dos o tres años en comparación con los niños que tienen su misma edad.

3.6. Culpabilidad.

Este elemento positivo del delito, determina el nivel de responsabilidad del sujeto activo al momento de efectuar un acto delictivo, sin embargo, señalaremos los diversos conceptos que mencionan las obras que citaremos, para que se especifique de una forma clara y concisa de lo que se entiende por culpabilidad.

En primer lugar recurrimos al autor Jorge Alberto Mancilla Ovando, el cual en su obra menciona diversas definiciones de este elemento, citando a diversos autores, tales como: Fernando Castellanos Tena, Francisco Pavón Vasconcelos, Raúl Carrancá y Trujillo y finalmente emite su opinión personal.

“Fernando Castellanos Tena

La culpabilidad es el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto...

¹²⁴ “Agenda Penal del D.F. Código Federal de Procedimientos Penales. ” 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México, 2005. Pág. 101.

Francisco Pavón Vasconcelos

La culpabilidad en sentido estricto es reprochabilidad; en su sentido amplio la culpabilidad se estima como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica...

El autor precisa: Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma. La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad... Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: 1) El error, y 2) La no-exigibilidad de otra conducta.

En los primeros casos se encuentra comprendida la excluyente de incriminación de error invencible (art. 15-XI, Código Penal Federal); y, las eximentes putativas de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

En el segundo de los supuestos están comprendidas las excluyentes de incriminación de estado de necesidad, de temor fundado o irresistible, el encubrimiento de parientes, el aborto "honoris causa", el aborto por causas sentimentales...

Raúl Carrancá y Trujillo

La culpabilidad es, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma...

Opinión personal

La culpabilidad precisa quien es el autor de la conducta constituye delito en términos de ley.

a) No es culpabilidad el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto, porque la responsabilidad penal se determina por resultados materiales criminosos y no en elementos objetivos como ideas y emociones, de tal forma que lo que se juzga es el acto en la forma en que se realizó y no como se imaginó o se pensó instrumentar.

b) La culpabilidad no es reprochabilidad, porque la reprochabilidad es la facultad del Estado para sancionar a los ciudadanos que han cometido delitos y ello es la responsabilidad penal.

c) La culpabilidad no es reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello, exigido por la norma, porque el delito no es la sanción penal que impone el juez al delincuente al castigarlo; eso es consecuencia.

La culpabilidad, permite determinar la responsabilidad penal que puede corresponder al autor del delito, según el tipo de conducta que realizó¹²⁵.

La culpabilidad si tiene un nexo intelectual y emocional, obviamente, este se da antes de la ejecución de la conducta delictiva, y diferimos del criterio de la opinión personal del autor en cita, en cuanto a la reprochabilidad, y por consiguiente opino que esta surge en cada uno de los elementos y se refleja al configurarse el delito.

“La culpabilidad, de acuerdo al sistema penal mexicano, puede presentarse en las formas dolosa (intencional) o culposa (no intencional o imprudencia) y entendida esa culpabilidad en cuanto al contenido de voluntad del sujeto agente. Voluntad intencional será aquella que determine del tipo; así, quien quiere apoderarse de algo ajeno y realiza todos los actos encaminados a la aprehensión del bien mueble, comete el delito de robo, que únicamente se da en la forma intencional; en cambio, quien no impone a su conducta, pudiendo hacerlo, un sentido determinado adecuado a la norma y produce un resultado que se hubiera evitado mediante el correcto sentido de la voluntad, comete un delito no por intención, o sea por culpa...

Nuestro Código Penal limita la culpabilidad conforme al contenido de la norma plasmada en su artículo 8; atendiendo a su contenido, puede afirmarse que la exigibilidad queda enmarcada en los campos de la intención (dolo) y de la no-intención (culpa o imprudencia). Ambos conceptos son eminentemente subjetivos, pero también jurídicos y deben ser entendidos así: dolo es voluntad de concreción del tipo, cuando era posible imponer volitivamente a esa conducta un sentido diferente que hubiera impedido la producción del resultado sobrevenido... Welzel, culpabilidad, en su más amplio sentido, es solamente la reprochabilidad, como valoración de la voluntad de la acción...

Vemos, en síntesis, que para el Derecho penal mexicano, la culpabilidad es normativa y los jueces, al resolver el juicio de referencia relativo a la culpabilidad, deben fundar su resolución en la correcta interpretación del artículo 8 del Código Penal, tomando como bases fundamentales la exigibilidad y la reprochabilidad, por ser estas las fórmulas más adecuadas para atribuir el resultado sobrevenido a una conducta.¹²⁶

De acuerdo con lo señalado en el párrafo que precede es de suma importancia citar lo que estable el artículo octavo del Código Penal Federal, mismo que a la letra dice:

Artículo 8. -“Las acciones u omisiones solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”¹²⁷

¹²⁵ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. “Teoría Legalista del Delito”. 1ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. Págs. 38,41,42,44 y 49.

¹²⁶ VELA TREVIÑO, Sergio. “Culpabilidad e Inculpabilidad” 2ª Edición. Editorial Trillas. México, 1991. Págs. 204,208 y 209.

¹²⁷ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 3.

En cuanto a que se refiere a omisiones u sanciones, se refiere a la conducta y de forma implícita y de acuerdo con lo indicado por el autor citado en los párrafos que anteceden, se entiende que la culpabilidad se puede, dar en dos formas, ya sea dolosa o culposamente, en las líneas siguientes se conceptualizarán ambos términos.

Dolo.

“Soler, define al dolo diciendo que existe no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha obrado.

Por su parte Mezger afirma que actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado... Welzel considera que dolo es conocimiento y querer la concreción del tipo...

Luis Jiménez de Asúa, expresa el maestro español, que dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo, y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no-mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o consiente.

LA NO INTENCIÓN O CULPA.

Debe entenderse siempre como segunda denominación, en orden de la culpabilidad y sustitutiva de no intención o imprudencia...

La Suprema Corte de Justicia de la Nación prefiere la denominación de culpa, como puede verse en la ejecutoria que dice:

Ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo CXIV, Quinta Época, páginas 699 y 700:

La culpabilidad, en su modalidad culposa, consiste esencialmente en la no previsión de un resultado previsible, o bien, en los términos en que la define la ley sustantiva penal, dando una certera interpretación de lo que es imprudencia, en la falta de reflexión y de cuidado...

En cambio la culpa tiene su característica más clara justamente en el no querer lo antijurídico y típico, lo que ha motivado una permanente inquietud ya manifestado por Alimena porque la penalidad del hecho culposo viene a chocar bruscamente contra aquella máxima que estaba en la conciencia de los hombres mucho antes que fuese escrita en los códigos; a saber: que nadie puede ser penado por una acción no querida por él...

La Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha establecido:

CULPA, ELEMENTOS DE LA. La culpa requiere por parte del sujeto activo, en primer término, un comportamiento irreflexivo, negligente, descuidado, en una palabra, omisivo de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida gregaria; en segundo término...

Amparo directo 779/1963. Alfredo Cortés García. Enero 29 fr 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. Alberto González Blanco. 1ª Sala. Sexta Época, vol. LXXIX, 2ª Parte, pág. 16.

CULPA, ELEMENTOS DE DELITO POR. Para la existencia del delito culposo (imprudencial, para emplear la terminología de la ley), se necesita demostrar la verificación de un daño igual al causado por un delito intencional; en segundo término, una conducta omisiva de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida en común; ...

Amparo directo 7453/1963. Leobardo Pulido Burgos y otro. Marzo 30 de 1964. 5 votos. Ponente: Mtro. Agustín Mercado Alarcón, 1ª Sala. Sexta Época, vol. LXXXI, 2ª Parte, pág. 10...

Lo que quiere decir nuestra Suprema Corte en las ejecutorias citadas es que en toda conducta culposa hay siempre una omisión en cuanto al contenido psíquico de la propia conducta, más no en cuanto a la forma en que se manifiesta. Vemos que lo convierte en reprochable una conducta culposa es el hecho de que su autor no haya impuesto a su conducta esos ingredientes de precaución, diligencia, cautela, cuidado, etcétera, que son indispensables para la preservación de los bienes jurídicamente protegidos y que todo individuo, por ser parte de la sociedad, debe incluir como elementos de su comportamiento social.

Expresa Carrara que la culpa se define como la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho...

Stoppato define la culpa diciendo que es el resultado dañoso contrario al Derecho y que es punible cuando es el producto inmediato o mediato de un acto voluntario del hombre, cuyo acto, a pesar de no dirigirse a un fin jurídico, se realiza con el empleo de medios que se revelan como no normales con la idea del Derecho...

La culpa es la forma de manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productora de un resultado típico que era previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento."¹²⁸

¹²⁸ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 210-212,230-234,237 y 245.

En términos generales el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad, se aprecian en la expresión común, de los delitos llamados como dolosos, imprudenciales o culposos, y en esta última palabra, tal y como se desprende de la misma deriva del término culpa, analizado por el autor en cita, en el dolo es la intención del sujeto activo de quebrantar el orden jurídico, por lo tanto se desprende el elemento de la inteligencia ya que esta previendo el resultado que producirá su actuar, independientemente del conocimiento que tenga sobre las disposiciones de carácter penal, y en la culpa, es la falta de intención del sujeto, sin embargo se caracteriza, por los elementos de la falta de cuidado o pericia y negligencia, ya que la conducta manifestada de forma voluntaria, se podía haber prevenido evitando el resultado de la conducta y no lo hizo, por lo tanto comete un delito culposo, estas ideas sobre el dolo y la culpa se explican brevemente, es decir en estricto sentido.

Una vez plasmado los conceptos e ideas referentes a la culpabilidad es indispensable pasar a estudiar el siguiente elemento negativo, siendo el de la ausencia de culpabilidad.

3.6.1. Inculpabilidad.

Es la falta de culpabilidad, en la doctrina también es conocida como inculpabilidad, y de esta ausencia surge como consecuencia la no aplicación de la punibilidad a la conducta efectuada por el sujeto activo, en las líneas subsecuentes desarrollaremos este elemento negativo.

“Fernando Castellanos Tena.

La inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad. Conocimiento y voluntad. Dice el autor que tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta...

Francisco Pavón Vasconcelos.

Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad. Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad: 1) El error, y 2) La no exigibilidad de otra conducta.

En los primeros casos se encuentra comprendida la excluyente de incriminación de error invencible (art. 15-XI, Código Penal Federal); y, las eximentes putativas de legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

En el segundo de los supuestos están comprendidas las excluyentes de incriminación de estado de necesidad, de temor fundado o irresistible, el encubrimiento de parientes, el aborto “honoris causa”, el aborto por causas sentimentales...

Raúl Carrancá y Trujillo.

La ausencia de culpabilidad hace inexistente el delito por operar las excluyentes de incriminación de: Estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía, miedo grave o temor fundado; de inculpable ignorancia; de obediencia jerárquico legítima y, de caso fortuito...

Celestino Porte Petit Candaulap

La inculpabilidad opera en los siguientes casos: 1) Por error de hecho esencial invencible: a) Inculpable ignorancia,... y b) Obediencia jerárquica,... 2) Por no exigibilidad de otra conducta: a) Estado de necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado (art.15, fracción IV, Código Penal); b) Encubrimiento entre parientes (art. 15, fracción IX, Código Penal); c) Artículo 151, Código Penal; d) Artículo 154, Código Penal; e) Aborto por causas sentimentales (art. 333, Código Penal)...

Opinión personal.

La no culpabilidad significa que el acusado no es el autor de la conducta que constituye delito en la ley...

La eximente de responsabilidad es un derecho que integra el espacio jurídico de los gobernados dentro del cual sus conductas son válidas constitucionalmente y lícitas en sus efectos...

El error de hecho, no está previsto en la Ley Penal como derecho de los ciudadanos. Es la falsa apreciación que el inculpado vive de los sucesos que lo rodean, que le hacen actuar en base a premisas equivocadas, sin que su conducta sea concordante con la realidad. El ejemplo doctrinario de ello, son las excluyentes de incriminación putativas de legítima defensa, estado de necesidad, de deber y derechos legales, obediencia jerárquica, de temor fundado...

El error de derecho es la equivocada interpretación de la ley. La ley es obligatoria, independientemente que se interprete correctamente o no. La ley penal no le da la categoría de excluyente de responsabilidad y por ello no es derecho eximente...

Ahora bien, la ignorancia, en la Legislación Penal vigente, sólo tiene la calidad de atenuante por el extremo atraso cultural o aislamiento social del individuo¹²⁹.

De acuerdo con lo afirmado por los autores citados y de la lectura de sus ideas, se desprende que la inculpabilidad opera cuando falta alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad. Y atendiendo a que la culpabilidad se basa en el error, la no exigibilidad de una conducta.

¹²⁹ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. OP CIT. Págs. 38,42,44,47,53 y 54.

Se ha dicho que la inculpabilidad opera a favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo cual, para que sea culpable un sujeto, deben concurrir en la conducta el conocimiento y en la voluntad de realizarla.

Sin embargo, retomaremos el criterio del autor Sergio Vela Treviño, respecto a este tema.

“Las causas de inculpabilidad, expresando que son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada...”

Las causas de inculpabilidad tienen también que encontrarse en un hecho aislado y respecto de una persona determinada, que es a quien pertenece la conducta como sujeto imputable...

La doctrina moderna considera que las causas de inculpabilidad deben ser estudiadas bajo los rubros del error, la inexigibilidad y en algunos casos de la no exigibilidad de otra conducta como causa supralegal de inculpabilidad. Así se expresa por ejemplo, Jiménez de Asúa, aun cuando reconoce que “en última instancia y teniendo en cuenta que la culpabilidad normativa se caracteriza por la posibilidad de exigir una conducta conforme al derecho, podríamos decir que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no puede exigirse esa conducta adecuada a la norma...”

Por tanto, nos ocuparemos de analizar las causas de inexistencia del delito por inculpabilidad dividiéndolas en dos grandes grupos, el primero relativo a la inexigibilidad o no exigibilidad de otra conducta, y el segundo con relación a la irreprochabilidad...

1. INEXIGIBILIDAD O NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Atendiendo a estas ideas, no podrá haber culpabilidad por el hecho aislado que es motivo del enjuiciamiento cuando el sujeto particular no le era exigible que actuara conforme al derecho, porque no tenía el deber de hacerlo o porque no podía cumplir con esa obligación. Estamos ya en estas condiciones plenamente ubicados dentro del campo de la inexistencia de delito por inculpabilidad, proveniente de la no exigibilidad de una conducta diferente a la que es motivo del enjuiciamiento...

Doctrinariamente la inexigibilidad sigue el camino inverso que determina la inexigibilidad; con lo anterior queremos expresar que hay inexigibilidad y consecuentemente inexistencia de delito en todos aquellos casos en los que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma, porque al sujeto

particular y respecto del hecho aislado no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado a la pretensión del Derecho...

Así habrá inexigibilidad cuando el sujeto imputable actúa produciendo injustamente un resultado típico, sin que debiera haberlo omitido o sin que pudiera evitarlo. Deber y poder vienen a constituir, en estas condiciones, la esencia misma de la inexigibilidad, solo que entendidos negativamente, o sea no deber o no poder como causas que provocan la desaparición de la exigibilidad...

CASOS DE INEXIGIBILIDAD O DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA INCLUIDOS EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO PENAL 294

a) Estado de necesidad...

b) Temor fundado o vis compulsiva...

Como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, al temor lo definimos como la reacción anímica consciente y voluntaria que produce un resultado típico y antijurídico por la huida y rechazo en que se manifiesta la reacción ante la presencia cierta de un factor externo amenazante...

c) Encubrimiento de personas por razones de parentesco o de especial afectividad...

d) Aborto del producto de una violación...

4. LA IRREPROCHABILIDAD.

La irreprochabilidad se funda en la circunstancia de que esa voluntad adoleció de algún vicio no atribuible al sujeto y que fue la causa determinante para la formación de la voluntad rectora. Así, por ejemplo, cuando alguien actúa típica y antijurídicamente bajo una concepción errónea de las circunstancias de hecho que ocurren en el acontecimiento, esa errónea concepción puede hacer que al tenerse que juzgar la conducta específica se resuelva en sentido de afirmar que habiéndose omitido una conducta exigible, la realizada en su lugar no es reprochable por la anormal formación de la voluntad rectora. Luego de esto estamos ya ubicando toda la problemática relativa a la reprochabilidad en la teoría del error.¹³⁰

El autor en cuanto se refiere a la no exigibilidad de una conducta, menciona una de las causas de justificación que es el estado de necesidad y por la simple lógica es comprensible por ejemplo; que si una madre no tiene dinero, para comprar alimentos a su hijo, la misma necesidad la haga robar los mismos, en este caso no se esperaba otra conducta ni se le puede exigir otra diferente a la efectuada, a esto es a lo que expresa como la no exigibilidad. También con relación al temor fundado y al encubrimiento de

¹³⁰ VELA TREVIÑO, Sergio. OP CIT. Págs. 275,276,277,280,281,294,295,301,306,315 y 333.

algún pariente, el único que considero que es difícil de juzgar es el temor fundado ya que primero hay que establecer lo que es el temor y por otra parte hay que comprobarlo, sin embargo, el juez tomará en cuenta todas las probanzas valorando las mismas, y emitirá una sentencia en un determinado sentido, sin descartar las limitantes del propio Código Penal vigente en el Distrito Federal o de la entidad de que se trate, ya que recordando lo visto en las causas de justificación y específicamente en la legítima defensa, si bien es cierto en este caso la víctima, obviamente tiene temor y en este acto priva de la vida al sujeto activo, pero si excede al defenderse, entonces cometerá el delito de forma culposa, por lo tanto no podrá existir causa de inculpabilidad por el temor que sufrió al ser atacado.

La irreprochabilidad, la integran todos los errores de acuerdo con lo expresado por los autores citados, por lo tanto definiremos en forma breve y concisa al error y algunos tipos en que se manifiesta.

“El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental.

Para que el error esencial de hecho tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible, ya que de lo contrario dejará subsistente la culpa, en el error esencial, el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su Antijuridicidad.

En la doctrina, también se ha dividido al error de hecho en error de tipo y de prohibición; el primero versa sobre la conducta, cuando el sujeto cree atípica su actuación, considerándola conforme a Derecho, siendo en realidad contraria al mismo.

El error de prohibición es el que se refiere al caso de obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato.

El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en secundarias. Se subdivide, en: error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

Error en el golpe, es cuando hay una desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, menor o mayor al propuesto por el sujeto, es decir, el sujeto enfoca todos sus actos relacionados al ilícito, hacia un objetivo, que es la realización del mismo; no recae sobre ese objetivo por un error, y sin embargo, sí provoca daño a otra, por lo que el sujeto responderá de un ilícito doloso, siendo indiferente para la ley, que el mismo haya recaído en un bien jurídico protegido, distinto.

Error en la persona, se da debido a una errónea representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona, creyendo equivocadamente que es otra.

El error en el delito, que ocurre cuando un sujeto piensa inexactamente que realiza un acto ilícito determinado cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro.

El error de Derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error de la ley, no habrá inculpabilidad. Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo, toda causa eliminativa de alguno de los dos, debe ser estimada como causa de inculpabilidad¹³¹.

En el Código Penal para el D.F., en el artículo 29, el cual indica las causas de exclusión del delito, sirve de fundamento al error, pero solamente en su modalidad de error de tipo y de prohibición, citando a la letra esta disposición penal:

"CAPÍTULO V CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

ARTÍCULO 29 (*Causas de exclusión*). El delito se excluye cuando:

- I...
- II...
- III...
- IV...
- V...
- VI...
- VII...

VIII. (*Error de tipo y error de prohibición*). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

- a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o
- b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código¹³².

¹³¹ [universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Gonzalez Fernando-El delito.htm](http://universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Gonzalez%20Fernando-El%20delito.htm)

¹³² Código Penal para el D.F. OP CIT. Pág.7.

El artículo 83, establece la aplicación de la punibilidad en los errores previstos por el artículo 29, sin embargo, consideramos que es indispensable citarlo, para efectos de que se entienda que puede ser sancionado, dejando de ser una causa de inculpabilidad, en términos proporcionales con relación a la punibilidad, por lo tanto el artículo versa así:

"CAPÍTULO VI
ERROR VENCIBLE Y EXCESO EN LAS CAUSAS DE LICITUD

ARTÍCULO 83 (*Punibilidad en el caso de error vencible*). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.

Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito"¹³³.

Finalmente concluimos que es de resaltar que la ignorancia la han retomado como causa de inculpabilidad, algunos de los autores citados en el desarrollo de este tema, sin embargo desde nuestro peculiar punto de vista, opinamos que la ignorancia no puede ser una eximente del delito y de la aplicación de la punibilidad, ya que la ignorancia, es decir, el desconocimiento de la ley no debe eximir la aplicación de la ley, y por tal motivo debe de aplicarse la pena establecida en el tipo penal. La normatividad penal vigente, no establece que la ignorancia sea causa de exclusión de la penalidad a una determinada conducta delictiva, por tal motivo discernimos de lo manifestado por los autores citados en este tema, con él que estamos de acuerdo en alguna de sus ideas en concordancia con nuestro criterio es el autor Jorge Alberto Mancilla Ovando, al decir que la ignorancia, en la Legislación Penal vigente, sólo tiene la calidad de atenuante por el extremo atraso cultural o aislamiento social del individuo.

3.7. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este elemento positivo del delito primeramente se analizará su concepto desde el punto de vista de los autores que consultamos, este tema es muy polémico en la concepción doctrinaria debido a que algunos autores manifiestan que este elemento no es constitutivo ni presupuesto del delito, por lo que es un error considerarlo como tal, otra parte se inclina por la postura de que es un elemento que integra a la punibilidad, otro que pertenece al elemento de la tipicidad, y algunos otros establecen que si es un

¹³³ IBIDEM. Pág. 22.

elemento constitutivo del delito, entre las opiniones de los doctrinarios que dicen que no puede ser elemento del delito, se basan en decir que no todos los tipos penales contienen condiciones objetivas de punibilidad, sino sólo se presentan en casos excepcionales en algunos tipos legales, por consiguiente no puede considerarse como elemento constitutivo del delito, entonces por un lado hablaremos del concepto de las condiciones objetivas de punibilidad y en segundo plano de la polémica comentada.

El catedrático Eduardo López Betancourt en su libro cita lo siguiente:

“Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son 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 carácter de culpabilidad.

Para Liszt Schmidt, las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicabilidad de la sanción.

Jescheck considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias que se hallan fuera del tipo injusto y del de culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación...

Para el maestro Celestino Porte Petit, las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia.

Pannain considera a las condiciones objetivas de punibilidad como elementos esenciales, porque cuando se requieren, y no están presentes no hay punibilidad y, por lo tanto, no hay delito; sin embargo, anota, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura delictiva, y su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital.

Florain dice que no se puede considerar la condición objetiva fuera del delito, si es precisamente tal condición la que determina la calidad delictiva del delito, supuesto que no es posible considerar como ilícita una conducta humana desprovista de sanciones, esto es, antes de que sea punible...

Las condiciones objetivas son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, lo cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que al manifestarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.”¹³⁴

Por otra parte el autor Luis Jiménez de Asúa en su texto describe a las condiciones de punibilidad en el sentido que se expresa en las líneas subsecuentes.

¹³⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 247,248 y 254.

“Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad a las que prefiere denominar Rittler presupuestos de la punibilidad (Lehrbuch, pág 68) son aquellas de las que el legislador hace depender, en una serie de casos, la efectividad de la pena conminada y que por ser extrínsecas e independientes del acto punible mismo no han de ser abarcadas por la culpabilidad del agente... mientras que Kohlrausch-Lange, en más amplia descripción, aluden a la peligrosidad y necesidad de penar la acción adecuada a un tipo...

Responde esta definición a la época en que Beling las consideraba como uno de los elementos del delito que podía ocupar el número sexto...

No por mera propiedad de los términos usados, sino por razones de contenido dogmático, se piensa por ejemplo por Mussolotto y por G. Sabatini (istituzioni, parte general, vol I, 2ª ed. pág 260)-, que debería decirse condiciones de punibilidad del hecho, en vez de titularlas del delito, puesto que este se halla integrado por la punibilidad, requisito específico de la infracción penal. En cambio, las dichas condiciones no son elementos constitutivos del delito, sino tan sólo condiciones para que el hecho sea punible.”¹³⁵

En dos artículos publicados en internet, expuestos por Julio Alfonso Mauricio Velásquez Villegas y Fernando Eneidino González Falcón, dedican unos renglones en relación a la diferencia citada así como la descripción de estas condiciones.

“Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación...

Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicación suspenden. Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito; las condiciones de punibilidad existen solo excepcionalmente.”¹³⁶ El segundo artículo nos dice que las condiciones objetivas de punibilidad son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad, las circunstancias exteriores nada tienen que ver con la acción delictiva, pero su presencia condiciona la aplicabilidad de la sanción. “Se considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como circunstancias que se hallan fuera del tipo injusto y del de culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación. Como no pertenecen al tipo, no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni por la imprudencia, el error, se halla jurídicamente desprovisto de significación. La producción de las condiciones objetivas de punibilidad es indiferente en orden al lugar y al tipo de la acción...

¹³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. OP CIT. Págs. 528 y 529.

¹³⁶ <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/V/Velazquez%20Julio-Homicidio.htm>

Existen varias diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito:

Los elementos constitutivos integran el hecho vivificado por el elemento psicológico; las condiciones de punibilidad lo presuponen.

Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicabilidad suspenden.

Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito, las condiciones de punibilidad existen sólo excepcionalmente.¹³⁷

Una vez que hemos citado alguna de las posturas que niegan a las condiciones objetivas de punibilidad como elemento constitutivo del delito, concluimos al decir que si es un elemento del delito a lo mejor no se le da la misma importancia que a los demás y esto se debe al principio de generalidad, es decir, este elemento surge en determinados tipos penales y los otros se aplican o más bien se deben de cumplir en todos los tipos para configurar el delito, por tal razón, es considerado como un elemento secundario o indirecto, sin embargo, es un elemento que si constituye y configura al delito, ya que sino se cumple con la condición objetiva punitiva establecida en alguna disposición penal, traerá como consecuencia la no-aplicación de la punibilidad, aunque esta idea es parte del aspecto negativo que se analizará a continuación.

3.7.1. Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Es el elemento negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. En los renglones subsecuentes se establecerá su concepto, retomando las definiciones de los autores que hemos consultado en este capítulo.

“En caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad...”

Los particulares efectos de su ausencia. Cuando, la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias-que luego estudiaremos-, hacen para siempre imposible perseguir el hecho.¹³⁸

“Maggiore por su parte dice que las condiciones objetivas de punibilidad se diferencian de los elementos, en que si no se verifican, el delito existe ontológicamente,

¹³⁷ <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Gonzalez%20Fernando-El%20delito.htm>

¹³⁸ GRANADOS ATLACO, Jose Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. “Teoría del Delito” 1ª Edición. Editorial UNAM, México, 1994. Pág. 290.

aunque no pueda ejecutarse la pretensión punitiva del Estado; en tanto que si falta uno sólo de los elementos, no hay delito.

El maestro Porte Petit dice: Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito.

Cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad, no podrá castigarse la conducta. Asimismo, la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecúe a alguno de los tipos penales, por lo que no podrá sancionarse.

En conclusión, el incumplimiento de las condiciones de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente. Cabe mencionar que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad difiere de la ausencia de éstas, en virtud de que en la primera hipótesis no se realizan los requisitos exigidos por la ley, mientras en la segunda, como explicamos en el punto anterior, el precepto jurídico no las establece.¹³⁹

Consideramos que el incumplimiento y la ausencia de las condiciones objetivas de la punibilidad, se presta a confusión ya que el término ausente nos dice que no están o no se presentan, pero al momento de que un artículo de la normatividad penal vigente no contenga condiciones objetivas de punibilidad para configurar el delito, podemos decir que hay ausencia, a contrario sensu en el caso que si haya condiciones que se especifiquen en el tipo penal y el sujeto activo no cumpla con estas condiciones, también entra dentro del significado de ausencia y el incumplimiento porque no se cumple con las condiciones, es decir se realiza la conducta delictiva y los demás elementos, pero al momento de realizar la acción u omisión no la realiza conforme a las condiciones que establecen los tipos penales, por lo tanto hay un incumplimiento y una ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, toda vez que no se efectuaron.

Los efectos o consecuencias que surgen de la ausencia de este elemento negativo, valga la redundancia es la no atipicidad de la conducta y la afectación al último elemento que conforma al delito que es la punibilidad, es decir no habrá delito que perseguir, por lo tanto no hay delito, entonces la ausencia de este elemento nos trae como consecuencia la no-configuración del delito, creemos que sí es un elemento constitutivo del delito, tal y como se manifestó en el elemento positivo que se desarrollo en las páginas anteriores.

¹³⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 256,257 y 258.

3.8. Punibilidad.

Este es otro de los elementos positivos del delito, el cual va a establecer la sanción, es decir, es la amenaza del Estado de derecho, invocada a través del legislador que plasma en los artículos de la legislación penal positiva, al que realice tal conducta se le impondrá una pena de tantos años o una multa según sea el caso, aquí es donde el estado aplica este elemento.

Realizaremos una reseña de lo que manifiestan los autores que hemos venido citando en este capítulo, sus conceptos e ideas respecto de este tema.

Para el autor Francisco Pavón Vasconcelos, expresa que “por punibilidad entendemos, en consecuencia, 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.”¹⁴⁰

El catedrático Eduardo López Betancourt, define a la punibilidad como “un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito: dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal...”

Guillermo Sauer dice que la punibilidad 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.¹⁴¹

No estamos de acuerdo en expresar que la punibilidad es un elemento secundario del delito, por el contrario, la punibilidad es un elemento primario que constituye al delito. Y por razones obvias y de lógica al haber punibilidad se presume que hay una pena.

Hay algunos autores que se cuestionan al decir que la punibilidad es un elemento o una consecuencia del delito, por lo cual recurrimos a la obra de los licenciados José Antonio y Miguel Angel Granados Atlaco.

“Bettioli se refiere al delito como al hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo.

Para Cuello Calón el delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél.

¹⁴⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. OP CIT. Pág. 497.

¹⁴¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Pág. 263.

Por su parte, JIMÉNEZ DE ASÚA precisa que lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Sebastián SOLER, quien excluye a la punibilidad de sus rasgos esenciales. Para el autor argentino, delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta. Definir al delito como acto punible y decir que éste es un acto antijurídico, culpable y punible, importa incurrir-expresa SOLER-en el error lógico de incluir en los elementos de la definición lo que precisamente es el objeto definido...

Entre los penalistas mexicanos, Fernando CATELLANOS e Ignacio VILLALOBOS sostienen igual punto de vista. Expresa el primero que la punibilidad no forma parte del delito, bien se les estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente.

La definición del artículo 7º, delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pues únicamente es punible lo descrito por estas leyes.

Es innegable que el ordenamiento jurídico, integrante del Derecho Penal, se forma con distintas clases de normas: unas describen conductas o hechos a los cuales se asocia la amenaza de una sanción penal (pena), mientras otras establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o inaplicación de las primeras... la norma que pretende imponer una obligación, a través de un mandato o una prohibición, sin lugar a ellos la amenaza de una pena (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma puramente declarativa...

Decir que la pena es la consecuencia del delito es del todo correcto, pero no debe confundírsela con la punibilidad, elemento consecutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligatio juris. En consecuencia, negamos la existencia de delitos no punibles, expresión equívoca con la cual se pretende, entre otros argumentos, hacer valer el punto de vista negativo del carácter esencial de la punibilidad en el delito."¹⁴²

La punibilidad si forma parte del delito y no como lo han expresado alguno de los autores mencionados en la cita que antecede, si analizamos a la punibilidad desde el

¹⁴² GRANADOS ATLACO, José Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. OP CIT. Págs. 297-300.

punto de vista normativo, encontramos su razón de ser en el artículo 7 del Código Penal, tal y como se expuso, por lo que se interpreta tomando en cuenta los elementos desarrollados en este capítulo, se desprende que regula en otras palabras la conducta punible, por lo que este es el primer punto que le da el carácter de ser un elemento constitutivo del delito.

Si nos ponemos a pensar en una norma que no impusiera ninguna sanción, simplemente no habría un orden social, imaginemos aquéllos delincuentes que matan o roban a las personas o los secuestradores, que no se les sancionara entonces que fin tendría el tener una legislación penal, yo creo que por razones obvias es un elemento primario y general, es decir, que debe de estar plasmado en los tipos penales vigentes con el objetivo de que haya una armonía en la convivencia de las personas en el ámbito social e individual, si habiendo una pena, nos damos cuenta que no frena a la delincuencia en nuestro país, por el contrario día con día, se cometen más delitos, y nuestro sistema judicial tanto federal como del fuero común no pueden acabar o reducir el número de actos delictivos, por lo que nuestra sociedad vive en pleno estado de inseguridad jurídica y no por las leyes penales, es decir por el poder legislativo, sino por el poder judicial y ejecutivo, sino hubiera este elemento en el concepto y constitución del delito, sería una sociedad sin ley, si así en vez de bajar los índices de delincuencia se incrementa la suma de delitos que se cometen en este país.

De acuerdo con el análisis descrito, en donde se resalta la importancia del elemento de la punibilidad, pues bien damos por concluido el desarrollo de este tema, a continuación se estudiara su aspecto negativo.

3.8.1. Excusas absolutorias.

El autor español Luis Jiménez de Asúa, describe en su obra diversos conceptos de las excusas absolutorias, siendo estos los que a continuación se indican.

“Max Ernst Mayer las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la pena. Con esto ya se desprende el concepto que de estas excusas tiene formado y que ratifica al definir las causas personales que excluyen la pena (nombre con que, según se verá, designan los alemanes a las excusas absolutorias) como las circunstancias que concurren en la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna.

Con más exactitud y con mayor rigor técnico, las define Augusto Köhler diciendo que son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer, es la dada antes en Francia por C. Degois: son hechos determinados por la ley que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen, sin

embargo, una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción.

A nuestro juicio, de modo muy provisional y en que renunciemos a fijar luego su naturaleza, con lo que quedará perfectamente delimitado su concepto, puede decirse que son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública...

Franz Von Liszt las llama causas personales que liberan de la pena (persönliche Straffreiheitsgründe), mientras que la mayoría usa el vocablo compuesto "causas personales que excluyen de pena" o que eximen de ella¹⁴³.

De acuerdo con lo señalado, y tomando en consideración los conceptos puntualizados hay autores que usan términos muy similares o comunes para identificar o más bien determinar lo que se entiende por excusas, en términos breves se refieren a las causas personales que excluyen la pena, esta idea es expresada por el autor Max Ernst Mayer y el autor alemán Franz Von Liszt, entonces la palabra más común usada por los autores citados, es circunstancias.

Nuestra convicción respecto al término que se define es que las excusas absolutorias, están plasmadas en la ley penal vigente y atienden a las circunstancias o características en que se emite una conducta, típica, antijurídica, culpable, y cumpliendo con las condiciones objetivas de punibilidad si lo requiere el tipo penal, obviamente el ser un elemento negativo de la punibilidad por lógica no se cumple con este elemento, trayendo como consecuencia la no-aplicación de la pena invocada por el tipo penal, en otras palabras el acto delictivo se produce y subsiste, pero no es penado, debido a la presencia de la excusa absolutoria, tal y como lo especificaron los autores mencionados, son circunstancias personales y le agregaríamos que están contempladas en la ley penal y al momento de cumplirse o actualizarse, se exime de la pena prevista, es decir, de la punibilidad.

El autor Pavón Vasconcelos Francisco, enumera algunas excusas absolutorias, sin embargo, no manifestamos todas las que contempla en su texto.

"La denominación genérica de excusas absolutivas, los casos comprendidos en los artículos 138,151,247 fracción IV, párrafo segundo, 280, fracción II, párrafo segundo, 333,375 y 400, fracción V, segundo párrafo, del Código penal a pesar de que alguno de ellos no pueden estimarse, en rigor técnico, como auténticas causas de impunidad...

a) El artículo 138, ubicado dentro del capítulo I (Rebelión) del título segundo del libro segundo del Código (Delitos contra la seguridad de la nación) declara impune a

¹⁴³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. OP CIT. Págs. 534, 535.

quienes habiendo tomado parte en una rebelión “depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubieren cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior... El arrepentimiento constituye, a nuestro entender, el fundamento de esta excusa.

e) El artículo 333, en su primera parte, declara impune el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada. El precepto recoge, indudablemente, una excusa absolutoria, al eximir de pena el resultado de muerte del producto de la concepción, cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada...

El origen de la excusa debemos encontrarlo en el hecho innegable de que es la propia mujer la primera en lamentar, en la mayoría de los casos, la frustración de sus esperanzas de maternidad. Agregar a tal dolor el escándalo y la vergüenza de un proceso y de la aplicación de una pena, resultaría no sólo injusto sino aberrante.

f) El propio artículo 333, en su parte final, declara igualmente impune el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación. Es claro que si el acto erótico le fue impuesto violentamente a la mujer, vulnerando su libertad sexual salvaguardada en la ley, por constituir un bien jurídico motivo de tutela, no puede exigírsele la aceptación de una maternidad no querida ni buscada; la ley no puede imponer obligaciones jurídicas de esa índole.

VILLALOBOS considera necesario, para una correcta estimación de cada suceso, conceder a los tribunales arbitrio para perdonar el hecho únicamente cuando estimen, en virtud de los antecedentes, circunstancias y peculiaridades del acontecimiento, que sería tanto humana como culturalmente excesivo exigir otra conducta de parte de la acusada. Generalizar y consentir en todo caso en que el embarazo sea resultado de una violación conduce a pensar, dice el maestro mexicano, que el aborto en esas condiciones es un derecho y no en realidad un delito excusable, expresión ésta justificada, en la posición de VILLALOBOS, que ve en la punibilidad una consecuencia del delito y no uno de sus elementos constitutivos...

h) Genuina excusa es la consignada en el artículo 375 del código, cuando el valor de lo robado no rebase tres veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague este todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, sino se ha ejecutado el robo por medio de la violencia...

Tanto el apercibimiento como la ausencia de los medios violentos en la comisión del apoderamiento ilícito de la cosa, revelan ausencia absoluta de la peligrosidad, siendo esta la razón de política criminal que llevo al legislador establecer la citada excusa.

i) El artículo 400, fracción V, segundo párrafo y siguientes declara que no se aplicará la pena prevista en dicho artículo, en los casos de las fracciones III, referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de: a) los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respetó, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

Al comentar dispositivo similar, entonces comprendido en la fracción XIX del artículo 15 del Código, desaparecido posteriormente, CARRANCÁ Y TRUJILLO expresó su opinión en el sentido que contenía una excusa absolutoria en razón tanto de los móviles efectivos revelados como la ausencia de los medios delictuosos proclamando que en ésta, como en las otras excusas de idéntica naturaleza a las que se refería, no hay temibilidad alguna en el sujeto, pues el móvil que lo guía es respetable y noble, argumentando con su elegancia característica que las relaciones de familia, los lazos de sangre, la comunidad de nombre familiar, al efecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o las que ama y respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena pues si la familia es una amistad de la sangre que la naturaleza misma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del espíritu de la sociedad y los hombres necesitan para subsistir.

En síntesis, el breve examen realizado nos lleva a precisar la existencia en la ley de excusas absolutoria, que se pueden agrupar en la siguiente forma:

1° En razón del arrepentimiento del agente: artículos 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de diez veces el salario).

2° En razón exclusiva de factores de política criminal: artículo 333, primera a parte (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada)¹⁴⁴.

Recurrimos a nuestro Código Penal Federal para describir los artículos que no se citaron en los párrafos anteriores, por ende describimos a la letra los siguientes artículos.

*Artículo 151. - El artículo anterior no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

¹⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. OP CIT. Págs. 505,507,508 y 509.

CAPÍTULO V

Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad

Artículo 247. - Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa:

I.- Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.

II.- Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan. La sanción podrá ser hasta quince años de prisión para el testigo o perito falsos que fueran examinados en un procedimiento penal, cuando al reo se le imponga una pena de más de veinte años de prisión, por haber dado fuerza probatoria al testimonio o peritaje falsos;

III.- Al que soborne a un testigo, a un perito o a un intérprete, para que se produzca con falsedad en juicio o los obligue o comprometa a ello intimidándolos o de otro modo;

IV.- Al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado y faltare a la verdad en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando o negando uno verdadero, o sus circunstancias sustanciales.

Lo prevenido en esta fracción no comprende los casos en que la parte sea examinada sobre la cantidad en que estime una cosa o cuando tenga el carácter de acusado;

El testigo, perito o interprete que retracte espontáneamente sus falsas declaraciones rendidas ante cualquiera autoridad administrativa o judicial antes de que se pronuncie resolución o sentencia, sólo pagará una multa de diez a doscientos pesos. Pero si faltare a la verdad al retractar sus declaraciones, se le aplicará la sanción que corresponde, con arreglo a lo prevenido en este capítulo, aumentando la pena de tres días a seis meses de prisión.

V.- Al que en juicio de amparo rinda informes como autoridad responsable, en los que afirmare una falsedad o negare la verdad en todo o en parte.

Artículo 280. - Se impondrá prisión de tres días a dos años o de 30 a 90 días multa:

I.- Al que oculte, destruya o sepulte un cadáver o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darla o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o leyes especiales;

II.- Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia.

En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio, y"¹⁴⁵

Haciendo referencia al primer artículo citado se encuentra dentro del capítulo Evasión de presos, hay un requisito que debe de cumplir para exceptuar de la pena, siendo este, el no utilizar la violencia en amplio sentido, es decir, puede ser física, moral o psicológica o en las cosas este es el otro supuesto, asimismo establece una característica subjetiva en el sujeto activo, la cual sino se cumple no hay excusa absolutoria, esta característica en la persona es la siguiente:

1. Ascendientes ò descendientes,
2. Cónyuge o hermanos del prófugo,
3. Parientes por afinidad hasta el segundo grado.

Por tal motivo, el padre o el hijo, hermanos, cuñados, etc., que auxilien a fugarse de una prisión sin violencia, se les exceptuará de la pena establecida en este tipo penal. Aunque consideramos que es un supuesto que al menos en lo particular, nunca he tenido conocimiento de una fuga de un reo, en el que no se utilice violencia, ya que para que no exista ésta, tendría que ir alguno de los sujetos señalados por el artículo con alguna llave y abriera las puertas y saliera el reo, sólo en este caso no habría violencia ya que el sólo forzar una chapa, para abrir una puerta ya es considerado como una acción violenta, entonces, en este orden de ideas y respetando la descripción realizada por el legislador, opinamos que este artículo, como excusa absolutoria es letra muerta ya que en la realidad y en el presente que vivimos es difícil que haya una fuga sin violencia.

Respecto al segundo artículo indicado, su interpretación es contradictoria por los motivos que detallare y que se desprenden del análisis del mismo.

¹⁴⁵ <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/9.pdf>. 2005. Págs. 33,65 y 73.

El autor Pavón Vasconcelos Francisco lo interpreta y lo considera como una excusa absolutoria al decir que "el razonamiento debe hacerse respecto de la segunda de las situaciones previstas en el artículo 247, fracción IV: Se impondrán de dos a seis años y multa de cien a trescientos días multa, al que, con arreglo a derecho, con cualquier carácter excepto el de testigo, sea examinado bajo protesta de decir verdad y faltare a ella en perjuicio de otro, negando ser suya la firma con que hubiere suscrito el documento o afirmando un hecho falso o alternando o negando uno verdadero, o sus circunstancias substanciales.

La falsedad en que incurre el acusado al declarar bajo protesta (?) no constituye "infracción punible" por operar en el caso de inexigibilidad que impide la integración del elemento subjetivo y por ello el delito. Sería absurdo que se hiciera generar responsabilidad por la falsedad de quien, para eludir su culpa por un hecho delictuoso determinado, ocultare la verdad en cualquier forma, pues ello equivaldría no sólo a ignorar la naturaleza humana al imponer al acusado el deber de proporcionar a la autoridad los datos que harán posible a ésta el ejercicio de su facultad persecutoria o sancionatoria, sino a exigir el cumplimiento de una obligación jurídica de imposible ejecución."¹⁴⁶ El autor lo analiza como un supuesto o hecho aislado, sin embargo, hay que analizar todo el artículo en su conjunto, para observar si es o no una excusa.

Con el respecto que merece el autor en cita, diferimos con él, ya que del artículo no se desprende que diga se exceptúa o exime o no se aplicará la pena al que, y la fracción IV, lo que hace es que atenúa la pena, específicamente en su párrafo tercero, en el primer supuesto de este párrafo, menciona que el testigo se retracte de sus falsas declaraciones de forma espontánea se le impondrá multa de diez a doscientos pesos, en el segundo caso, dice que si falta a la verdad a retractar sus declaraciones, se le aplicara la sanción que corresponde, aumentando la pena de tres a seis meses de prisión. Y efectivamente la aumenta en comparación con el primer supuesto obviamente analizando de forma aislada, pero si lo vemos desde el inicio del artículo en el que establece la pena de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa, nos damos cuenta que en realidad reduce la pena, es decir la atenúa, por ende no puede ser considerada como una excusa absolutoria ya que hay una aplicación de la pena, aunque esta sea de menor rango, el hecho es que se aplica la punibilidad determinada por el artículo.

El legislador en este tipo penal, se observa una contradicción respecto a la fracción IV, ya que señala una pena muy reducida en comparación con la que indica la primer línea del artículo.

En lo particular, diferimos con la descripción legislativa ya que en un estado de derecho, se debe de aplicar la misma sanción que señala el artículo, al testigo que falsamente declare ante una autoridad, aunque se retracte de forma espontánea, ya

¹⁴⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. OP CIT. Págs. 506.

que la conducta delictiva surte sus efectos, además la realiza de forma dolosa, creando una incertidumbre jurídica, aunque como medio de defensa del testigo es una defensa que le da el mismo artículo.

Finalmente nos referimos al artículo 280 el cual manifiesta tres acciones, la primera es el que oculte, la segunda es el que destruya y la tercera al que sepulte sin licencia un cadáver, pero en donde se determina como una excusa absolutoria es en la fracción II, párrafo segundo, al decir, no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio. Nuestro punto de vista con relación al artículo en comento, es una excusa muy injusta, además de que se permite el encubrimiento del delito, y protege al legislador al propio homicida, ya que el legislador debería de plasmar esta excusa, cuando ocultaré o sepultaré sin licencia el cuerpo de la víctima, sus familiares ya que el lazo familiar entre estos y la víctima, se entendería que les causaría dolor o sufrimiento al ver a su familiar sin vida por causas de heridas, golpes, es decir a contrario sensú de lo que plasma el legislador.

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 211 BIS INCISO 1 AL 7 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

4.1. Concepto del artículo 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal.

Para establecer un concepto de estos artículos es indispensable transcribirlos y analizar cada uno de estos, identificando los patrones de conducta y las diferencias que marcan cada artículo, así como los términos comunes.

"Capítulo II

Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática

Artículo 211 bis 1. - Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 2. - Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 3. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 4. - Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 5. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

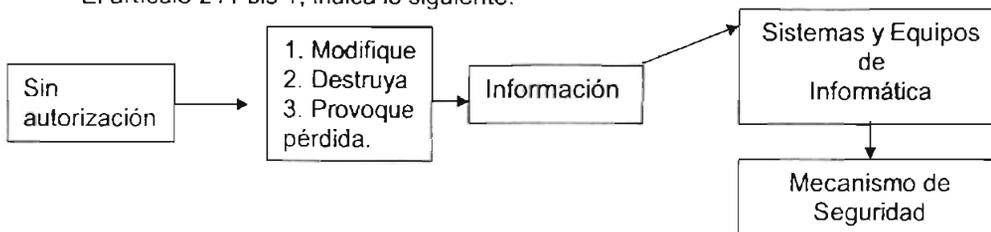
Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero.

Artículo 211 bis 6. - Para los efectos de los artículos 211 Bis 4 y 211 Bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 Bis de este Código.

Artículo 211 bis 7. - Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno¹⁴⁷.

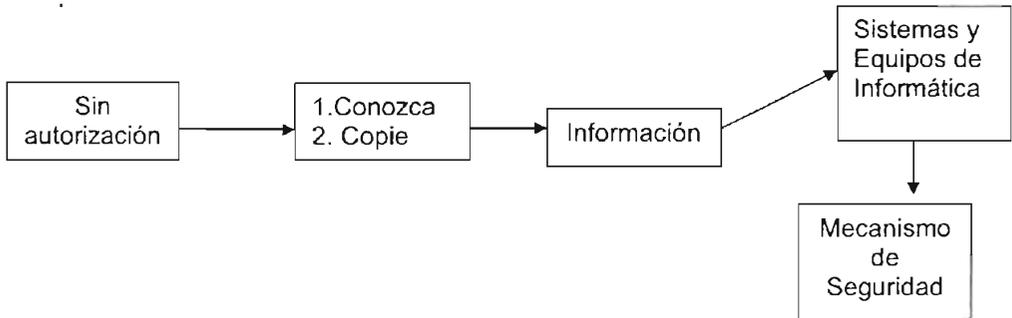
Del título del capítulo nos da una idea principal al mencionar acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, por consiguiente los artículos tienen en su contenido estas palabras, siendo que es el objeto material, en donde recae la conducta. Realizaremos un esquema de cada uno de estos artículos, para concluir con nuestro concepto.

El artículo 211 bis 1, indica lo siguiente:



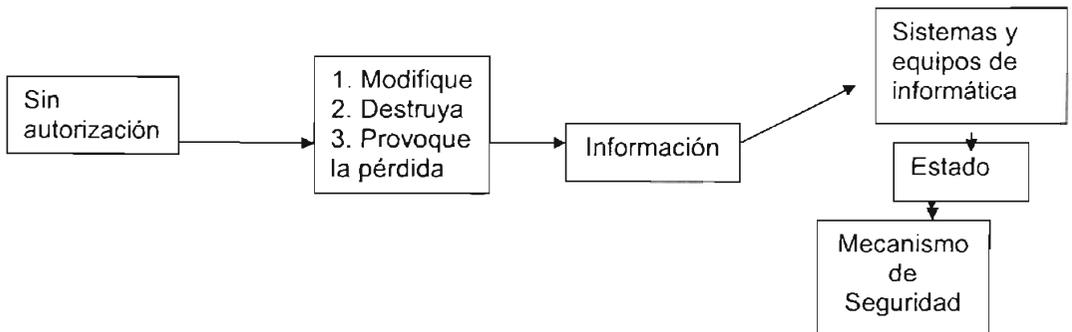
¹⁴⁷ Código Penal Federal. OP CIT. Págs. 53-54.

En el segundo párrafo plasma otras conductas, por lo tanto el esquema es de la siguiente forma:

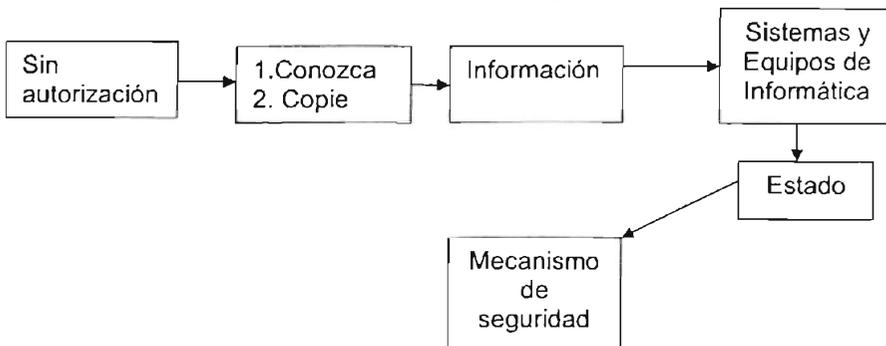


En este párrafo la diferencia que se observa es la acción que prohíbe, siendo diferente a la establecida en el primer párrafo, ya que aquí, prohíbe al que conozca o copie.

El artículo 211 bis 2, de acuerdo a lo expresado en este tipo, sus esquemas serán los que se mencionan a continuación:



Este párrafo nos agrega una palabra más y que determina el sujeto pasivo, es decir, la víctima, siendo éste el Estado, en el segundo supuesto se refiere a lo siguiente:



De la misma forma que el segundo párrafo del Art. 211 bis 1, integra las conductas al que conozca y copie.

En el artículo 211 bis 3, y en los siguientes artículos, mencionan las mismas conductas que hemos descrito en los anteriores esquemas, que son: al que modifique, destruya, provoque pérdida, conozca o copie información que se encuentre en sistemas y equipos de informática. Las tres primeras acciones se describen en el primer párrafo y las otras dos en el segundo párrafo de todos y cada uno de los artículos excepto el artículo 211 bis 7. Con relación a la palabra autorización se realiza una conjugación con la palabra opuesta que es el estar autorizado. Por lo que, sólo manifestaremos los cambios que hacen la diferencia con los artículos analizados.



En este caso la palabra que hace la diferencia es el estar autorizado para acceder a equipos o sistemas informáticos del Estado. Y en el segundo párrafo no contempla la palabra que conozca sólo copiar, asimismo establece lo que se había descrito en los anteriores párrafos, nos referimos concretamente determina requisito el estar protegida la información por algún mecanismo de seguridad.

El artículo 211 bis 4, determina el sujeto pasivo, al mencionar las siguientes palabras:

1. Instituciones del sistema financiero. (sin autorización)

Esta es una palabra diferente que no es contemplada en los artículos que prevalecen y determina al sujeto pasivo.

El artículo 211 bis 5, cambia al decir, que la persona que efectué la conducta sancionada por este tipo legal, esta autorizada para acceder a la información, por lo que se distingue del artículo que antecede por la palabra autorización. Asimismo en su párrafo tercero describe de forma determinante al sujeto activo, al decir, cuando sean empleados o funcionarios de las instituciones del sistema financiero y agrava la penalidad.

En el artículo 211 bis 6, es un artículo que se relaciona con los artículos 211 bis 4 y 5, por otro lado nos remite al artículo 400 bis del mismo Código, para efectos de especificar, las instituciones financieras del sistema financiero y algunas otras conductas ilícitas referentes a los empleados y funcionarios de estas instituciones. Podemos decir, que es un tipo penal que aclara y complementa a los artículos previamente descritos.

Por último el artículo 211 bis 7, este artículo, en realidad indica una agravante a la pena y se puede aplicar de forma indistinta a cualquiera de los artículos mencionados, por lo que no describe ninguna conducta, aunque se distingue en aumentar la pena, la pregunta es: ¿Cómo se aumenta la pena en cualquiera de las conductas ilícitas descritas en los artículos que anteceden?. La respuesta la da el mismo tipo penal al decir, que cuando se aproveche el ilícito de forma personal o en provecho ajeno, estas dos palabras sobresalen y denotan la distinción con los tipos estudiados en los párrafos que prevalecen.

Cuando se realice cualquiera de las conductas descritas de forma dolosa, opinamos que intrínsecamente, la realiza el sujeto activo, con el propósito de aprovecharse personalmente o por intereses ajenos, al menos que efectué la acción culposamente en este caso no encuadraría en el tipo que se analiza.

Efectuando una remembranza de los artículos comentados, se observa que en el artículo 211 bis 1, los sujetos activos y pasivos son indeterminados es decir, se da la afectación entre particulares. Por lo que hace a los artículos 211 bis 2 y 3, el sujeto pasivo es el Estado, asimismo los artículos 211 bis 4 y 5, el sujeto pasivo son las instituciones financieras del sistema financiero mexicano, el artículo 211 bis 6 es un tipo que complementa a los artículos que anteceden asimismo el artículo 211 bis 7 es un agravante de la penalidad.

Una vez analizado cada artículo y de forma general establecemos el concepto que surge de estos artículos, siendo este concepto el siguiente:

Aquella persona física que entre con o sin autorización a un sistema o equipo de informática perteneciente a un particular, al Estado o a las instituciones del sistema financiero mexicano, y ejecute una conducta de hacer encaminada a modificar, destruir, provocar pérdida, copiar o conozca información de una tercera persona, será sancionada de acuerdo a la normatividad penal vigente.

Al estudiar estos artículos y al referirse a las personas que estén autorizadas a entrar libremente a los sistemas y equipos de informática del Estado o las instituciones financieras del sistema financiero mexicano, por lógica, surge la idea de que si tienen autorización es porque hay una relación laboral entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pero es indispensable expresar que no es una regla general ya que puede haber la excepción, por ejemplo, en la administración pública federal se contratan servicios con terceras personas a través de licitaciones u otros procedimientos, y entre estos servicios están los de mantenimiento o actualización del sistema informático de las dependencias, y por lo tanto tienen autorización de entrar a revisar el sistema y no son empleados o servidores públicos de la dependencia o institución del sistema financiero mexicano, comento esto, para efectos de aclarar esta circunstancia que deriva de la interpretación de los artículos estudiados.

4.2. Elementos positivos y negativos del artículo 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal.

El primer estudio se indica es referente al artículo 211 bis 1, iniciando por los elementos positivos en el mismo orden que se estudiaron en el capítulo anterior.

A. Conducta Delictiva del art. 211 bis 1.

La conducta es de hacer, es decir, ejecuta una acción. El artículo señala cinco conductas siendo estas, las siguientes:

- a) Modifique
- b) Destruya
- c) Provoque
- d) Conozca o
- e) Copie

B. Ausencia de conducta, puede surgir, ya sea porque el sistema o equipo de informática sea de su propiedad o que entre al sistema o equipo de informática de un tercero y no realice ninguna de las conductas descritas por el artículo.

C. Tipicidad

Esta se presentará cuando el sujeto activo, modifique, destruya, provoque, conozca o copie información de un tercero sin su autorización.

D. Atipicidad

Al no realizarse el hecho conforme al elemento o conductas descritas por el legislador, ya que podría ser el caso de que le dieran autorización para entrar a un sistema o equipo de informática, y al realizar alguna de las conductas descritas por este artículo, en este supuesto surge la atipicidad.

E. Antijuricidad

El sujeto activo efectúa una conducta típica y por lo tanto antijurídica, excepto de que la acción delictiva se haya producido, por una causa de justificación. En otras palabras la antijuricidad se da al violar el bien jurídico tutelado por la ley.

D. Causas de Justificación.

Si el sujeto activo realiza la conducta por alguna causa de justificación ya sea por estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, por ejemplo, podría ser que un policía cibernético de la Policía Federal Preventiva, que tiene la orden

de su superior inmediato de entrar a un sistema informático de un sospechoso o presunto delincuente, con la finalidad de indagar un delito.

E. Imputabilidad.

El sujeto activo debe ser mayor de edad y gozar de salud mental.

F. Inimputabilidad.

El sujeto activo es menor de 18 años o padece alguna enfermedad mental, etc.

G. Culpabilidad

Consideramos que es de carácter doloso ya que se requiere la intención del sujeto activo para violar o quebrantar un mecanismo de seguridad y entrar a un sistema informático, para efectuar alguna de las conductas descritas por el tipo penal.

H. Inculpabilidad

No se presenta en este tipo de delitos.

I. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este tipo de ilícitos no se presentan.

J. Punibilidad

La punibilidad que establece este artículo, es de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa. Y que sólo la persona conozca o copie se atenúa la pena y señala que será de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

K. Excusas absolutorias.

En este tipo de delitos no se presentan.

Otros elementos que forman parte de este artículo son los siguientes:

Elemento normativo: aparece al indicar el tipo, al que sin autorización.

Elemento objetivo: protegidos por algún mecanismo de seguridad.

Calidad de los sujetos.

1. El sujeto activo es indeterminado.

2. El sujeto pasivo es indeterminado.

Estudio del artículo 211 bis 2.

La conducta es de hacer, es decir, ejecuta una acción. El artículo señala cinco conductas siendo estas, las siguientes:

- a) Modifique
- b) Destruya
- c) Provoque
- d) Conozca o
- e) Copie

B. Ausencia de conducta, puede surgir, ya sea porque el sistema o equipo de informática sea de su propiedad o que entre al sistema o equipo de informática de un tercero y no realice ninguna de las conductas descritas por el artículo.

C. Tipicidad

Esta se presentará cuando el sujeto activo, modifique, destruya, provoque, conozca o copie información del Estado sin su autorización.

D. Atipicidad

Al no realizarse el hecho conforme al elemento o conductas descritas por el legislador, ya que podría ser el caso de que estuviera autorizado para entrar a un sistema o equipo de informática y al ejecutar alguna de las conductas que prohíbe el artículo en comento, sería un hecho atípico ya que no encuadra en la descripción del tipo penal.

E. Antijuricidad

El sujeto activo efectúa una conducta típica y por lo tanto antijurídica, excepto de que la acción delictiva se haya producido, por una causa de justificación. En otras palabras la antijuricidad se da al violar el bien jurídico tutelado por la ley.

D. Causas de Justificación.

Si el sujeto activo realiza la conducta por alguna causa de justificación ya sea por estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

E. Imputabilidad.

El sujeto activo debe ser mayor de edad y gozar de salud mental.

F. Inimputabilidad.

El sujeto activo es menor de 18 años o padece alguna enfermedad mental, etc.

G. Culpabilidad

Consideramos que es de carácter doloso ya que se requiere de la intención del sujeto activo para violar o quebrantar un mecanismo de seguridad y entrar a un sistema informático y realizar alguna de las conductas descritas por el tipo penal.

H. Inculpabilidad

No se presenta en este tipo de delitos.

I. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este tipo de ilícitos no se presentan.

J. Punibilidad

El tipo penal nos establece dos penas, la primera de estas se aplicará cuando se modifique, destruya o provoque pérdida de información y la segunda cuando conozca o copie información, por lo tanto corresponde a la primera una penalidad de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa y la segunda se aplicará una pena de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Otros elementos que forman parte de este artículo son los siguientes:

Elemento normativo: aparece al indicar el tipo, al que sin autorización.

Elemento objetivo: protegidos por algún mecanismo de seguridad.

Calidad de los sujetos.

1. El sujeto activo es indeterminado.
2. El sujeto pasivo que es quien detenta la titularidad del bien jurídico tutelado en este tipo, se determina que es el Estado.

Estudio del artículo 211 bis 3.

A. La conducta es de hacer, es decir, ejecuta una acción. El artículo señala cinco conductas distintas las cuales son:

- a) Modifique
- b) Destruya
- c) Provoque
- d) Conozca o
- e) Copie

B. Ausencia de conducta, puede surgir, ya sea porque el sistema o equipo de informática sea de su propiedad o que entre al sistema o equipo de informática de un tercero y no realice ninguna de las conductas descritas por el artículo, asimismo por alguna fuerza física proveniente de un tercero y siendo irresistible para el sujeto activo, por lo tanto esta obligado a efectuar alguna de las conductas descritas por el tipo penal, es lo que se conoce como la vis absoluta, a lo mejor podría darse el caso de que por medio del hipnotismo ejecute la acción que prohíbe el artículo.

C. Tipicidad

Esta se presentará cuando el sujeto activo, modifique, destruya, provoque, conozca o copie información indebidamente del Estado.

D. Atipicidad

Al no realizarse el hecho conforme a los elementos o conductas descritas por el legislador, ya que el primer ejemplo lógico es que el sujeto activo no tiene autorización, entonces no encuadraría en este tipo al ejecutar alguna de las conductas descritas por este artículo, sino en el analizado anteriormente.

E. Antijuricidad

La antijuridicidad radica en el hecho de violar el bien jurídico tutelado por la ley.

D. Causas de Justificación.

Sí el sujeto activo realiza la conducta por alguna causa de justificación ya sea por estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

E. Imputabilidad.

El sujeto activo debe ser mayor de edad y gozar de salud mental.

F. Inimputabilidad.

El sujeto activo es menor de 18 años o padece alguna enfermedad mental, etc.

G. Culpabilidad

Consideramos que es de carácter doloso y culposo ya que en este último, puede surgir que el sujeto activo inserte un disquete infectado con un virus y no sabía que estaba dañado y al momento de insertarlo en un equipo o sistema del Estado de forma inmediata daña el sistema de software y borra toda la información contenida en este equipo.

H. Inculpabilidad

No se presenta en este tipo de delitos.

I. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este tipo de ilícitos no se presentan.

J. Punibilidad

El tipo nos establece dos penas, la primera de estas se aplicará cuando se modifique, destruya o provoque pérdida de información y la segunda cuando conozca o copie información, por lo tanto corresponde a la primera una penalidad de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa, la segunda aplica una pena de un año a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

Otros elementos que forman parte de este artículo son los siguientes:

Elemento normativo: aparece al indicar el tipo, al que estando autorizado e indebidamente.

Calidad de los sujetos.

1. El sujeto activo es indeterminado, aunque implícitamente e interpretando el artículo, podemos decir que al estar autorizado puede ser un servidor público del estado o un prestador de servicios.

2. El sujeto pasivo es determinado en este caso es el Estado.

Estudio dogmático del artículo 211 bis 4.

A. La conducta es de hacer y el artículo señala cinco conductas distintas las cuales son:

- a) Modifique
- b) Destruya

- c) Provoque
- d) Conozca o
- e) Copie

B. Ausencia de conducta, puede surgir, por alguna fuerza física proveniente de un tercero y siendo irresistible para el sujeto activo, por lo tanto esta obligado a efectuar alguna de las conductas descritas por el tipo penal, es lo que se conoce como la vis absoluta, a lo mejor podría darse el caso de que por medio del hipnotismo ejecute la acción que prohíbe el artículo.

C. Tipicidad

Esta se presentará cuando el sujeto activo, modifique, destruya, provoque, conozca o copie información sin autorización de alguna institución del sistema financiero.

D. Atipicidad

Al no realizarse el hecho conforme a los elementos o conductas descritas por el legislador, ya que el primer ejemplo lógico, podría ser que el sujeto activo tiene autorización, entonces no encuadraría en este tipo.

E. Antijuricidad

La antijuricidad radica en el hecho de violar el bien jurídico tutelado por la ley.

D. Causas de Justificación.

Sí el sujeto activo realiza la conducta por alguna causa de justificación ya sea por estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

E. Imputabilidad.

El sujeto activo debe ser mayor de edad y gozar de salud mental.

F. Inimputabilidad.

El sujeto activo es menor de 18 años o padece alguna enfermedad mental, etc.

G. Culpabilidad

Consideramos que es únicamente de carácter doloso ya que el sujeto activo tiene la intención y la voluntad de cometer el ilícito.

H. Inculpabilidad

No se presenta en este tipo de delitos.

I. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este tipo de ilícitos no se presentan.

J. Punibilidad

El tipo nos establece dos penas, la primera de estas se aplicará cuando se modifique, destruya o provoque pérdida de información y la segunda cuando conozca o copie información, por lo tanto corresponde a la primera una penalidad de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa, la segunda se aplicará una pena de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Otros elementos que forman parte de este artículo son los siguientes:

Elemento normativo: aparece al indicar el tipo, al que sin autorización.

Elemento objetivo: protegidos por algún mecanismo de seguridad.

Calidad de los sujetos.

1. El sujeto activo es indeterminado y que señala el artículo "Al que".
2. El sujeto pasivo es determinado y en este tipo serán las instituciones que integran el sistema financiero.

Estudio dogmático del artículo 211 bis 5.

A. La conducta que prohíbe esta disposición normativa es de hacer y señala cinco conductas distintas las cuales son:

- a) Modifique
- b) Destruya
- c) Provoque
- d) Conozca o
- e) Copie

B. Ausencia de conducta, por alguna fuerza física proveniente de un tercero y siendo irresistible para el sujeto activo, por lo tanto está obligado a efectuar alguna de las conductas descritas por el tipo penal.

C. Tipicidad

Esta se presentará cuando el sujeto activo, modifique, destruya, provoque, conozca o copie información indebidamente y pertenezca a una institución del sistema financiero.

D. Atipicidad

Al no realizarse el hecho conforme al elemento o conductas descritas por el legislador, ya que el primer ejemplo lógico, puede ser que el sujeto activo sin autorización ejecute cualquiera de las conductas que describe este artículo, entonces no encuadraría en este tipo.

E. Antijuricidad

La antijuricidad radica en el hecho de violar el bien jurídico tutelado por la ley.

D. Causas de Justificación.

Si el sujeto activo realiza la conducta por alguna causa de justificación ya sea por estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

E. Imputabilidad.

El sujeto activo debe ser mayor de edad y gozar de salud mental.

F. Inimputabilidad.

El sujeto activo es menor de 18 años o padece alguna enfermedad mental, etc.

G. Culpabilidad

Consideramos que es de carácter doloso y culposo ya que en este último, puede surgir que el sujeto activo inserte un disquete infectado con un virus y no sabía que estaba dañado y al momento de insertarlo en un equipo o sistema informático del Estado de forma inmediata daña el sistema de software y borra toda la información contenida en este equipo. Otra supuesto sería cuando el sujeto activo se tropieza con el cable que enchufa el CPU a la corriente eléctrica y lo desconecta, por lo que se apaga todo el equipo, y la persona que estaba trabajando no guardó la información y por consiguiente provocó de forma indirecta la pérdida de información.

H. Inculpabilidad

No se presenta en este tipo de delitos.

I. Condiciones objetivas de punibilidad.

En este tipo de ilícitos no se presentan.

J. Punibilidad

Este tipo expresa tres penas, la primera de estas se aplicará cuando se modifique, destruya o provoque pérdida de información, la segunda cuando conozca o copie información y la tercera agrava la pena es decir, la aumenta, por lo tanto corresponde a la primera una penalidad de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa, la segunda se aplicará una pena de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa y la última señala que se incrementará en una mitad cuando las conductas sea cometidas por funcionarios o empleados.

Otros elementos que forman parte de este artículo son los siguientes:

Elemento normativo: aparece al indicar el tipo, al que estando autorizado e indebidamente.

Calidad de los sujetos.

1. El sujeto activo es indeterminado y determinado. Es indeterminado al momento de establecer en sus dos primeros párrafos al que estando autorizado, aunque implícitamente e interpretando el artículo, podemos decir que al estar autorizado puede ser un prestador de servicios que obviamente no es considerado como trabajador de la institución, es decir que su patrón sea una tercera persona. Y es determinado al manifestar en su último párrafo como agravante de la pena cuando las conductas se ejecuten por empleados o funcionarios de las instituciones.

2. El sujeto pasivo es determinado y en este tipo serán las instituciones que integran el sistema financiero mexicano.

Respecto al artículo 211 bis 6, es un tipo que complementa y aclara los artículos 211 bis 4 y 5, que a su vez remite a otro artículo, para efectos de aclarar lo que se entiende por instituciones del sistema financiero mexicano.

El último estudio es sobre el artículo 211 bis 7, este artículo es un agravante de la punibilidad de los artículos 211 bis 1 al 5, y aumenta la pena hasta en una mitad.

Elemento objetivo: utilice en provecho propio o ajeno.

4.3. Clasificación de los delitos de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

Esta clasificación se realiza de forma general y basándonos en los artículos 211 bis 1 al 7, pero haremos alusión de las características específicas de algún determinado artículo, es decir, partimos con las características generales y las específicas referidas a un artículo o artículos.

En este orden de ideas iniciamos la clasificación.

I. Por la conducta.

Es de acción.

II. Por el daño

Es de lesión o daño

III. Por el resultado.

Es material o de resultado

V. Por su duración.

Es instantáneo

V. Por la materia.

Es federal, ya que estos delitos están regulados por el Código Penal Federal, disposición que emite el Congreso de la Unión, ahora también hay que tomar en cuenta que se ve afectada la Federación, es decir, el Estado (Art. 211 bis 2 y 3).

VI. Por el número de sujetos.

Es indistinto, ya que puede ser un solo sujeto activo o varios.

VII. Por su estructura.

Es simple, pero también puede ser complejo, el efectuarse dos de las conductas que tipifican los artículos multicitados, que es la destrucción o provocación de la pérdida de información, ya que al emitir cualquiera de estas conductas, hay probabilidad de que afecte otro bien jurídico tutelado por la ley penal.

VIII. Por su procedibilidad.

Estos delitos se persiguen de oficio.

IX. Por su culpabilidad.

Por principio general son dolosos, aunque puede haber excepción con relación a los artículos 211 bis 3 y 5, que pueden ser también culposos, imprudenciales o no intencionales.

X. Por el bien jurídico tutelado.

Es la información.

XI. Por ordenación metódica.

Básico o fundamental: es el artículo 211 bis 1 ya que sirve de base para los otros artículos.

Especial: son los artículos 211 bis 2,3,4 y 5 se agregan otros elementos, pero son autónomos e independientes.

Complementado: es el artículo 211 bis 7, ya que requiere de la existencia de los otros artículos, y es una agravante de la pena establecida en los artículos 211 bis 1 al 5.

XII. Por su composición.

Es anormal ya que contiene elementos objetivos y normativos.

XIII. Por su autonomía.

Son autónomos e independientes y tienen existencia por si solos, es decir, su existencia no depende de otro artículo.

XIV. Por su formulación.

Es casuístico alternativo, ya que basta con que ocurra una de las alternativas planteadas por los artículos citados, para que produzca consecuencias jurídicas o más bien exista el delito de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

XV. Por la descripción de sus elementos.

Son normativos y objetivos.

4.4. Concepto de delito informático.

Es difícil establecer un concepto de los delitos informáticos, ya que en nuestro país estamos comenzando en esta nueva era de las telecomunicaciones a distancia a través de los medios electrónicos o magnéticos, asimismo hay pocos autores mexicanos que han escrito sobre este tema.

Por otro lado, nuestra legislación penal sólo contempla como delitos informáticos y eso interpretando, ya que no se establece como tal, y es precisamente el tema de nuestro trabajo de investigación, y me refiero al capítulo de revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, nuestro Código Penal Federal lo limita sólo a este supuesto, sin embargo a lo largo del desarrollo de este capítulo, se mencionarán en las propuestas y conclusiones las adiciones que debería de contener nuestra legislación penal claro, desde nuestro particular punto de vista.

Para definir este término, recurrimos a doctrinarios mexicanos que hemos citado anteriormente y de origen extranjero, posteriormente se estudiara la legislación española y la de los Estados Unidos de Norteamérica, es de resaltar que nuestro tipo penal respecto de estos delitos, en esencia es extraído de las diversas legislaciones extranjeras, como Alemania, Austria, entre otras.

En este tipo de delitos que se realizan por medio de una computadora o un sistema informático, esta el medio comisivo o la herramienta que utilizan los sujetos activos para delinquir, por tal razón en la doctrina se les llama delitos informáticos.

Al referirme que es difícil de conceptualizar, es debido a que no sólo afecta a la información tal y como lo establece nuestra legislación penal, también puede afectar bienes patrimoniales de alguna persona, estableciendo características diferentes en su comisión a las establecidas en los tipos penales tradicionales, esta es la problemática que nos enfrentamos, no sólo en nuestro país sino en todo el mundo, ya que hasta el momento no se ha establecido un criterio unificado, los países que más se acercan son los de la Comunidad Europea, sin embargo todavía no se alcanza esta meta y difieren en sus legislaciones locales, cabe resaltar que son de los más adelantados en esta materia, es evidente que es un problema en el ámbito internacional el cual requiere de Tratados, Acuerdos o Convenios entre los países, para regular este tipo de delitos, la Unión Europea a través de su organización es la que esta más cercana a emitir criterios que tienen que acatar todos los países que forman parte de esta Unión.

Otra característica diferente a la de los delitos tradicionales que surge con estos avances innovadores de la informática y que evidentemente cambia al derecho penal, es de forma subjetiva ya que nos referimos al sujeto activo de este tipo de delitos, y consiste en que el sujeto activo no esta en el lugar de los hechos delictivos, ya que puede estar en otro lugar e inclusive en otro país, ya que comete el delito a través de la computadora, y a la fecha se han suscitado un sinnúmero de casos, ahora si el sujeto se encuentra en otro país y a través de su conducta destruye información de una

persona moral o del estado mexicano, un ejemplo común en la sociedad nacional e internacional son los virus que navegan a través de la red, o de los correos o del messenger, en esta suposición, se identifica al sujeto activo, pero en su país no es penado, y se solicita su extradición para ser procesado en nuestro país, aquí es donde opera la falta de inexistencia del derecho penal internacional, o bien en ninguno de los dos países esta penado, tal y como paso en nuestro país ya que antes del año de 1999 no había absolutamente ningún tipo penal que hablará de forma concreta de este tipo de delitos, por tal motivo es necesario en cualquier país no sólo una legislación penal, sino también urge que exista en el ámbito internacional, ¿Cómo?, por medio de Pactos, Convenios, Acuerdos o Tratados Internacionales respecto de este tema y no sólo es indispensable en el derecho penal sino también en las otras áreas del derecho, como el mercantil, civil, internacional, fiscal, etcétera.

En el año dos mil, cuando era estudiante, época en la que nuestra Alma mater se encontraba en una difícil situación ya que estaba en huelga, asistí al Curso denominado delitos informáticos que impartió el INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales), siendo director el profesor Fernando Castellanos Tena, en la ponencia por parte de nuestro país, la maestra Emma Riestra Gaytán, siendo una de las primeras tesis en nuestra Universidad Nacional que estudió el tema, y al momento de exponerlo, expresó que: "es necesario aclarar en la actualidad existen diferencias de criterio sobre la base de la determinación del concepto de delitos informáticos, ya que, como veremos, para la comisión de este delito es necesario entrar en la descripción de las acciones o móviles, sujetos y bienes jurídicos atacados.

Amoroso hace una reflexión en el sentido de que tal denominación resulta literalmente confusa, ya que al aparecer informático califica al género y no a la especie, por eso consideramos que en todo caso serían delitos contra la Informática, además se trata de una multiplicidad de conductas que se pueden generar que tiene en común utilizar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación como medio para cometer el hecho.

Por otro lado, es necesario señalar que ni siquiera en el ámbito internacional está reconocido el término, tal y como lo apunta el informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, la OCDE en su manual de Naciones Unidas sobre prevención y control de los delitos informáticos (1994)¹⁴⁸.

Esta postura viene a confirmar lo descrito en los párrafos anteriores, la consideración de la maestra, al decir delitos contra la informática, tiene razón y sí la comparamos con lo plasmado en nuestro Código Penal Federal, es claro que protegen a la información tal y como se describirá en el tema siguiente, por otra parte, nuestro Código Penal, no menciona que sean delitos informáticos, asimismo retomando las definiciones expresadas en el desarrollo del capítulo segundo de esta investigación,

¹⁴⁸Ponente: RIESTRA GAYTÁN, Emma. "Curso delitos informáticos". Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F., julio 2000.

recordaremos que se entiende por informática de forma breve, el tratamiento automatizado de la información, a través de las computadoras. Continuando con la ideología de la destacada expositora mexicana, comenta en su ponencia las siguientes definiciones:

"M. Pont y Abraham Nadelsticher, toda acción típica y culpable, pero cuya conservación se usa la tecnología computacional o se afecta a la información contenida en un sistema del tratamiento automatizado de la misma.

Dirk Hanson establece que el delito informático es una forma de irrumpir y penetrar en lo que las herramientas del ladrón, son en esencia un conocimiento de la estructura lógica o los puntos lógicos débiles inherentes a un sistema particular de programación y proceso. Mas allá de un conocimiento profundo de programación, las únicas herramientas que el forajido necesita son un terminal de computadora y teléfono, no tiene que acercarse en absoluto al escenario del crimen."¹⁴⁹ Esta definición sirve de apoyo a lo que manifestamos anteriormente, al momento de establecer la última línea del autor en cita como una característica de estos delitos, asimismo, indica a la computadora como el medio comisivo o instrumento que utiliza el delincuente.

En otras palabras, los medios informáticos y los sistemas electrónicos que tienen como funciones: almacenar y transmitir datos o información son instrumentos idóneos para la comisión de los delitos informáticos, sin embargo hay una dualidad ya que al mismo tiempo que sirven de herramienta, pero también reclaman la regulación jurídica, para efectos de proteger por ejemplo, los programas de cómputo, por tal motivo, la ley penal también los debe de considerar en algunos tipos penales como bienes jurídicos tutelados, además considero que traen aparejado normalmente un valor económico, por lo tanto hay una afectación económica en el sujeto pasivo.

Este tema es demasiado complejo, debido a la problemática señalada en el desarrollo de las líneas que preceden.

Consultando la obra del autor Carlos Correa quien menciona que conforme a una "definición abarcante de la organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, delito informático ("computer crime") es cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos."¹⁵⁰

"Los delitos informáticos son actitudes ilícitas que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)...

¹⁴⁹ IDEM

¹⁵⁰ CORREA, Carlos M. "Derecho Informático". Carlos, Hilda N. Batta, Susana Zar de Zalduendo y Felix A. Nazar Espeche - Buenos Aires, Argentina.1ª Edición. Ediciones Depalma, 1987. Págs. 295-296.

Carlos Sarzana, quien menciona que los delitos informáticos son "cualquier comportamiento criminógeno en que la computadora está involucrada como material, objeto o mero símbolo."¹⁵¹

Estos delitos surgen por los avances de la electrónica e incluso hay algunos autores que establecen conceptos de delitos electrónicos, que obviamente, no es lo mismo que delitos informáticos o por computadora, ya que al ser estos inventos de la electrónica, pues, pudiéramos decir que es una subespecie de los delitos electrónicos ya que éstos dejan abierto la comisión de delitos por medios de otro instrumento o herramienta, una de los autores que definen al delito electrónico y al informático es la Lic. Ma. De la Luz Lima, la cual considero que es conveniente citar su opinión a cerca del tema que nos ocupa.

"Los delitos electrónicos forman parte de los delitos de cuello blanco. Desde un punto de vista teórico, son delitos ocupacionales, ya que muchos casos se realizan cuando el sujeto se encuentra trabajando...

En sentido amplio entendemos por delito electrónico, cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización haga uso de la tecnología electrónica, ya sea como método, medio o fin.

Y en un sentido estricto, ya refiriéndonos exclusivamente al delito por computadora (computer-crime), diremos que es cualquier acto ilícito-penal en el que las computadoras, su técnica y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o como fin.

Después de haber expuesto nuestras definiciones, veamos otras que sobre los delitos por computadora se han estructurado.

a) Los delitos por computadora son aquellos que consisten en actos criminales que se realizan dentro de las computadoras.

b) Hencé afirma que estos delitos son esencialmente aquéllos que efectivamente están ligados de alguna manera con las técnicas de computación...

e) Los delitos por computadora son, básicamente, cualquier acto ilegal en el que el conocimiento técnico de computación juega un papel en su perpetración.

f) Tiedemann: prefiere hablar de delitos en el campo de la información; son los delitos que protegen cualquier acción ilegal en el que la computadora es el instrumento o el objeto del delito.

¹⁵¹TÉLLEZ VALDÉS. Julio. OP CIT. Pág. 104.

g) Parker nos habla de abusos computacionales, en lugar de crímenes de computadoras. Entendiendo por ello cualquier acto criminógeno asociado con la tecnología de la computadora en el cual una víctima ha sufrido una pérdida, y el autor ha obtenido intencionalmente una ganancia.¹⁵²

Otra de las definiciones es la que señala el autor Juan Diego Castro Fernández, en la que habla de delitos informáticos, dividiéndola en dos, una definición en sentido restringido: "Aquel hecho en el que independientemente del perjuicio que pueda causarse a otros bienes jurídicamente tutelados y que eventualmente puedan concurrir en forma real o ideal- se atacan elementos meramente informáticos. Tales serían los casos del uso indebido del software, apropiación indebida de datos, interferencias en sistemas de datos ajenos, etc.

Amplio: Acción típica, antijurídica y culpable para cuya consumación se utiliza o se afecta a una computadora o sus accesorios.¹⁵³

En esta definición, maneja una de las conductas que no están tipificadas en nuestra ley penal, siendo esta conducta la interferencia en sistemas de datos ajenos, es por eso que si urge una reforma al artículo 211 bis 1 al 7 de nuestro Código Penal Federal, siendo una de nuestras propuestas, ya que el bien que tutela ésta conducta es el mismo que tutela nuestra ley penal, tal y como se desprende de este concepto, efectivamente con una sola conducta, puede violar otros bienes jurídicos, en otras palabras, habría un concurso, tema que se analizará en los temas subsecuentes.

El autor de estos delitos en la mayoría de los casos, efectivamente tiene que tener un amplio conocimiento en área de computación, y por obvias razones el medio o método es la computadora, una de las definiciones que se acerca a lo regulado por nuestra ley penal es la que se indica en el inciso f), en el cual dice, que hay que hablar de delitos en el campo de la información, sin embargo, también estamos de acuerdo que puede ser un fin, el destruir la máquina, en este caso, nuestra ley no lo regula en el artículo 211 bis I al VII del Código Penal Federal, sin embargo esta circunstancia se retomará en el tema de la Acumulación.

La computadora, puede ser un instrumento o un objeto material (fin) en el cual recae la conducta ilícita dañándola, privando de su uso al propietario de esta, es decir, al sujeto pasivo.

Es reafirmar que nuestra ley penal no reconoce este tipo de delitos, se puede interpretar que del análisis de este tema y tal y como lo regula el Código Penal Federal, implícitamente encuadra en las definiciones que expresa la doctrina y las leyes penales

¹⁵² DE LA LUZ LIMA, Ma. "Delitos Electrónicos". Revista Mexicana de Justicia. No. 2, Vol. I. Abril-junio-1983. págs. 186 y 187.

¹⁵³ CASTRO FERNÁNDEZ, Juan Diego. "El delito informático". Revista: Archivos de criminología- neuropsiquiatría y disciplinas conexas. Vol. : XXVII. N° 29. 3ª Época. Años: 1988-1989. Págs. 272.

de algunos otros Países que a la letra expresan delitos informáticos, incluso han adicionado a los delitos tradicionales, el empleo de la computadora y por tal motivo, han creado nuevas modalidades de estos delitos, por ejemplo, la National Criminal Intelligence Service, nos da una definición de delito por computadora y cuatro categorías, mismos que se transcriben a la letra:

"El delito relacionado con la computadora es descrito por el CRI como cualquier acción perjudicial que involucra el uso de un equipo automatizado para archivo, procesamiento o intercambio de datos. El CRI ha identificado cuatro categorías que concuerdan con la definición principal:

1. - Fraude por computadora. Incluye todas las formas de delito económico, donde la computadora tuvo un papel decisivo en el retiro de fondos de cualquier organización. En este caso la computadora se usa como objeto del fraude, o como instrumento para cometerlo.

2. - Terrorismo por computadora. Este concepto se emplea en el sentido mas amplio de la palabra, cuando el mal funcionamiento de todo un sistema computarizado es el objeto del delito.

Podemos distinguir tres subcategorías:

a. Hacking: acceso no autorizado a sistemas de cómputo.

b. Virus de la computadora; se refiere a algo parecido a un virus de programas de cómputo, cuyo impacto sobre un sistema entero es similar al de un programa de virus.

c. Otros tipos de mal uso de computadoras: no considerados en los incisos a y b; como por ejemplo, malversación o robo de datos y acciones de sabotaje en centros de cómputo.

3. - Piratería de software. Es la práctica de copiar y vender ilegalmente programas de computación.

4. - Otros. Este grupo incluye cualquier otra forma de uso indebido de la computadora, que no coincida estrictamente con alguna de las descripciones anteriormente citadas.¹⁵⁴

Otro de los autores que expresa una clasificación de los delitos informáticos es el autor Marcos Salt, que primeramente cita la siguiente definición: el delito informático al

¹⁵⁴ National Criminal Intelligence Service. "Delitos por Computadora". – México, D. F. SEGURIDAD, Revista: Especializada en Seguridad Bancaria. Año 2, N° 5. Junio- Agosto, 1991. Págs. 33-34.

decir que "este concepto... abarca un conjunto de conductas de distintas características, que afectan bienes jurídicos diversos y que sólo son agrupadas bajo este concepto por su relación con el ordenador...

Hemos seleccionado, para el análisis, tres de estos comportamientos que, por su importancia económica y jurídica merecen especial atención: el fraude a través de computadoras, el sabotaje informático y la llamada piratería de software."¹⁵⁵

La definición mencionada en el párrafo que prevalece, es muy general y compleja, ya que indica que el concepto depende de diversas modalidades de conductas que se pueden presentar, obviamente dañaran diferentes bienes jurídicos, lo define de esta forma, tomando en cuenta, que el realizar una conducta delictiva regulada por los tipos penales ya existentes y al efectuarla por medio o uso de una computadora, estaremos frente a un delito informático, por lo tanto no establece un concepto concreto. Por otra parte, al referirse, al sabotaje informático que no es más que la destrucción de información contenida en un software, causando un daño físico a los componentes de la computadora, por medio de diferentes conductas, en este caso nuestra ley penal sí regula esta modalidad, aunque no lo denomine como lo llama este autor y la doctrina en general, con relación a la piratería, que no es más que la copia ilegal de los programas de cómputo, que sin autorización los copian y los venden en el mercado ilegal, sin pagar los derechos para explotarlos o usarlos, a las diversas compañías que crean estos, dejando de pagar los impuestos que estipula el Código Fiscal de la Federación, es de hacer mención que no lo regula nuestra ley penal. Y claro que las modalidades que señala el autor en cita, tiene una gran afectación al patrimonio del sujeto pasivo, es por eso que los cataloga como de suma importancia económica y jurídica.

Consideramos que en cuanto al fraude, nuestra legislación penal lo regula de forma correcta y no sólo por que se utilice la computadora, va a llamarse delito de fraude por computadora, por lo que no es necesario reformar algunos de nuestros artículos tradicionales, ya que el engaño no se ejecuta en la máquina, sino en una persona, y en este caso, habría una alteración o modificación de información, acción delictiva que sí lo regula nuestra ley penal, aunque en algunos artículos que contemplan los delitos tradicionales tales como el robo, creemos que es necesario, una adición, ya que puede haber un robo de servicios, no me refiero a como la plasman algunos doctrinarios, el cual dicen, que si estas en tu centro de trabajo y en horas laborables, y en vez de estar haciendo tú trabajo, estas utilizando la computadora, para realizar trabajos personales, hay un robo de servicios, a lo que considero, que es más grave, es cuando se utiliza alguna clave o contraseña, para obtener el servicio de Internet, en este supuesto sí es necesario una clasificación y la regulación de este tipo de conductas ya que en la actualidad son muy frecuentes, ocasionando una afectación patrimonial a

¹⁵⁵ SALT, Marcos. "Delitos informáticos". Revista: Justicia Penal y Sociedad. Núm. 6 Año 4. Abril, 1997. Págs. 49-50.

las compañías que otorgan este servicio, esta idea es una de mis propuestas, misma que detallare al finalizar este capítulo. Por otra parte y en relación con el punto dos, inciso a y b, así como el punto 4 de la cita textual del CRI, en nuestra ley penal se regula el acceso no autorizado, el uso indebido de la computadora, aunque en cuanto al acceso ilegal que norma nuestro Código Penal Federal, desde nuestro peculiar punto de vista, opinamos que hay una laguna jurídica en la descripción que realiza el legislador, ya que no la define como tal, por lo que se comentará a detalle al término del presente capítulo.

Este tipo de delitos, llamados por la doctrina como informáticos y de acuerdo a lo textualizado en este tema y a las opiniones de los autores citados, podemos decir, que estos delitos en general, tienen características muy particulares y esto se debe a la innovación de la ciencia, que al crear la computadora, vino a cambiar el mundo entero, asimismo se creó una nueva forma de delinquir, que antes de este invento, ni la sociedad ni los mismos delincuentes, se imaginaban el alcance y la magnitud y los efectos jurídicos que surgirían, desde nuestra perspectiva señalamos como características las siguientes:

- Pueden ser considerados delitos de cuello blanco, aunque habrá sus excepciones y estas surgen, debido a que la misma ley penal, deja abierto el tipo en estudio, ya que una persona, puede desconectar la luz y si una persona estaba utilizando su computadora y no había guardado sus datos, se destruye la información, y en este supuesto no es necesario que el sujeto activo, tenga conocimientos o habilidades en el área de la informática.

- Tienen una dualidad, esto es en relación con el lugar en donde se consuman este tipo de ilícitos, ya que pueden cruzar fronteras, continentes, o pueden afectar sólo en territorio mexicano, por eso le llamo dualidad.

- En los países del tercer mundo y en vías de desarrollo, hay un gran atraso con relación a los países del primer mundo.

- Hay una falta de regulación en la legislación nacional y en el ámbito del derecho penal internacional.

- La mayoría de los delincuentes son menores de edad.

- El sujeto activo no necesariamente tiene que estar en el lugar de los hechos.

- La computadora, puede ser el medio comisivo para delinquir, pero también puede ser el fin.

- En estos delitos llamados informáticos, se realizarán por medio de una computadora.

Gracias al desarrollo de las tecnologías de la información ha abierto las puertas a estas nuevas posibilidades de delincuencia, es por eso que el delito informático, tal y como lo nombra la doctrina, constituye un reto de suma importancia, tanto para los legisladores como para las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia, es de lamentarnos que en nuestro país, las autoridades de administración de justicia, un gran número de servidores públicos no saben usar, las computadoras, por lo tanto se le complica su aplicación, es indispensables que estas autoridades por lo menos conozcan los conocimientos básicos de esta rama de la ciencia, o bien que capaciten a funcionarios, y los especialicen en esta área de conocimiento.

Aunado al párrafo que antecede, la lucha contra la delincuencia en redes informáticas internacionales se complica, debido a que las conductas delictivas se producen en un entorno que exige conocimientos técnicos especializados, las redes informáticas son medios abiertos que permiten que los usuarios actúen más allá de las fronteras del Estado, en el que están situadas, por lo tanto, nosotros como juristas tenemos proponer normas jurídicas, técnicas de prevención o medidas de seguridad, los legisladores deben de generar leyes, tomando en consideración las diversas proposiciones que generan las escuelas de derecho y a la sociedad en general, asimismo, los servidores públicos que administran justicia, deben de estar actualizados e ir acorde con los avances de la ciencia y estar al día con las leyes, para que las apliquen de una forma adecuada y correcta, ya que sino hacemos esto, México seguirá siendo un paraíso de la impunidad, aunque hay que resaltar que antes del año 1999, estábamos en la impunidad total ya que no había normativa penal que regulara este tipo de ilícitos.

Los delitos informáticos no son contemplados en nuestra ley penal, valga la reabundancia, es necesario comentar, que a los ojos de nuestra legislación no existen o más bien no son llamados de esta forma, así como tampoco se reconoce el derecho informático, que es tema escrito y denominado por diversos doctrinarios, tanto nacionales como internacionales, por lo que nuestro Código Penal Federal, dedica sólo un capítulo respecto a los delitos en que se puede ver la presencia de la computadora y hace referencia a esta máquina, y lo denomina como acceso ilícito a sistemas y equipos de cómputo, pero nunca menciona que son delitos informáticos, sin embargo, considero que hay, ciertas lagunas en la ley o ciertas conductas que no se establecen en este capítulo, además de que se debe de adicionar otros artículos, por tal motivo el tema de este trabajo de investigación se refiere a este capítulo, y no a los delitos informáticos, sin embargo, es indispensable analizar este tema, ya que al estudiar las leyes de los países que se desarrollaran en este mismo capítulo, e incluso otras legislaciones que he analizado, denominan al delito informático, otorgándoles una autonomía, cosa que no se da en nuestro país, pensando en el espíritu del legislador, opino y estoy de acuerdo con lo plasmado por el poder legislativo, que no sólo porque se use la computadora para cometer un delito tradicional, se le dará el carácter de delito informático, por ejemplo el fraude que se ejecuta por medio de una computadora, no sólo por eso, va a cambiar la conducta que se encuentra regulada en la ley penal

vigente, lo único novedoso es que la ejecutan a través de la computadora, y no por eso es un fraude informático, aunque también es cierto, que nos hace falta legislar aún más respecto a la regulación de esta máquina, como por ejemplo: considero que urge, regular la publicación de las páginas web de Internet, para evitar diferentes conductas inmorales o delictuosas, lo más común en la actualidad es la pornografía en todas sus variantes, siendo una de las que más preocupan a la sociedad, la difusión de la pornografía infantil. Al finalizar esta investigación, realizare mis propuestas respecto del tema en comentario.

Por otro lado, reconocemos que nuestro país si ha avanzado en el ámbito legislativo, aunque todavía falta regular en este tema de la computadora y las redes informáticas, es de soslayar que en el ámbito policiaco, se creo un departamento, para perseguir los delitos en los que usan la computadora para cometerlos, y se denomina policía cibernética, obviamente, es en el ámbito federal, y depende de la Policía Federal Preventiva, últimamente se han publicado alguno de los éxitos de esta policía que en nuestra sociedad no ha sido reconocida, por varios miembros de la sociedad, debido a la falta de cultura o simplemente por que las víctimas de estos delitos en los que se efectúan por medio de la computadora, no los denuncian, aunque si han aumentado los delincuentes a lo mejor no en la misma magnitud que se presenta en los Estados Unidos de Norteamérica.

"En un principio los esfuerzos de esta policía se enfocaron únicamente a patrullar la red para prevenir fraudes, ataques a páginas oficiales o la comisión de otro tipo de ilícitos; sin embargo, la detección de casos de pornografía infantil y el ofrecimiento de promociones turísticas de tipo sexual con menores mexicanos, redefinió las tareas de este cuerpo especializado.

A la falta de regulaciones y leyes apropiadas, la Secretaría de Seguridad Pública del Gobierno Federal instaló formalmente desde diciembre de 2002 un Grupo de Coordinación Interinstitucional de Combate a Delitos Cibernéticos, conocido ya en las esferas internacionales como DC México, el cual mediante un trabajo intenso busca conformar un frente común de ataque para dar respuesta inmediata a la manifestación delictiva en Internet.

Conformado por más de 75 jóvenes expertos en el manejo de sistemas informáticos, psicología, criminalística, sociología y otras disciplinas, la Unidad Especial de Policía Cibernética y Delitos contra Menores de la PFP, trabaja intensamente para dismantelar aquellas organizaciones que operan con la explotación y el reclutamiento de niños para abuso sexual.

El DC México se convierte en un cuerpo colegiado interinstitucional que concentra la información necesaria que permite la identificación, monitoreo, rastreo y localización de aquellos movimientos y materiales nocivos que son transmitidos tanto dentro como fuera de nuestro territorio, vía correo electrónico.

En nuestro país se han detectado 397 comunidades o sitios Web con pornografía infantil, de los cuales 197 son mexicanas. Asimismo, se detectaron 18 sitios relacionados con el robo o alteración de información, 163 fraudes, dos de clonación de señal satelital, dos de tarjetas de crédito y siete de ciber-terrorismo.

La Policía Cibernética logró en 2003 la captura de más de veinte sujetos relacionados con la distribución de pornografía infantil, turismo sexual y tráfico de menores en operaciones vía Internet.

Con relación a los fraudes denunciados, este grupo ha encontrado, como resultado de sus patrullajes en la red y del análisis de casos, una serie de patrones que los delincuentes siguen: actúan entre las 12 y las 15 horas para subir ofertas; utilizan cuentas bancarias donde las víctimas realizan sus depósitos, la mayoría de los afectados tiene entre 18 y 30 años, además de que son primordialmente hombres. El informe rendido establece que el mayor número de delitos se cometen en los estados de México, Jalisco, Morelos, Yucatán, Sonora y Sinaloa".¹⁵⁶

Este reportaje demuestra los avances que hay en nuestro país, asimismo, sólo tipifica las conductas de modificar, destruir, alterar, conocer o copiar información que se encuentre en un equipo informático o sistema, esto es lo único que se regula con relación a los delitos que se cometen a través de las computadoras, faltando un registro y una regulación de las compañías que prestan el servicio de Internet, así como de las páginas web, en el que difunden pornografía, ya que cualquier persona puede tener acceso, ya que las restricciones que utilizan, es el que contestes si eres mayor de edad, y sino lo eres, sólo le das clic, como si tuvieras la mayoría de edad y entras a las páginas.

Concluimos que los delitos informáticos son las conductas ilícitas realizadas por medio de una computadora, que puede dañar información así como los programas o partes de la computadora (fin), obviamente de una tercera persona, susceptible de ser sancionada por las leyes penales. Esta definición la proporcionamos, de acuerdo a lo expresado en este tema, sin embargo es de recalcar que en nuestra ley penal no contempla este tipo de delito, o sea, no lo denomina en ningún capítulo como delito informático, se puede interpretar del artículo 211 bis I al VII, del Código Penal Federal, la mención que realiza al especificar sistema o equipo informático, por lo tanto, los conceptos planteados son extraídos de la doctrina nacional e internacional, no reconocidos por nuestro sistema legislativo, ni judicial, debido a que no se tipifican como tales, sin embargo, considere que era indispensable, manifestar estos conceptos y plantear este tema, aclarando que en México, no se conoce como delitos informáticos.

¹⁵⁶ <http://ventana.presidencia.gob.mx/9/tranquilidad.php>

4.5. Bien jurídico tutelado.

Para desentrañar los bienes o bien jurídico tutelado, se tiene que retomar y analizar los artículos 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal, por lo que retomaremos el primer tema que se estudio en este capítulo así como la transcripción de los artículos en comento, excepto el artículo 211 bis 6, ya que es aclarativo y complementario.

“Capítulo II

Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática

Artículo 211 bis 1. -Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 2. - Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 3. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 4. - Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero,

protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 5. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero.

Artículo 211 bis 6. -...

Artículo 211 bis 7. - Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno¹⁵⁷

Para determinar cual es el bien jurídico que tutela estos artículos, es indispensable, realizar la pregunta ¿Cuál es el fin o el resultado o sobre quien recaen las conductas de modificar, destruir o provocar, conozca o copie?. Del análisis que se efectúa a los artículos transcritos, en todos y cada uno de estos, al establecer estas conductas de forma universal, en ese mismo sentido, el bien jurídico tutelado es el mismo, por lo que se contesta la pregunta, de acuerdo a la interpretación de los artículos, opinó que el bien jurídico que protege la ley penal es la información.

Los artículos citados protegen a la información en general, es decir, cualquier tipo de información ya sean datos personales, de trabajo, formulas para realizar determinado producto, etcétera, ya que la ley penal no especifica. Recordando a los principios generales del derecho, observamos que se aplica uno en particular, el cual reza: que donde la ley no distingue no da lugar a distinguir.

En sentido estricto, considero que se entiende por información el conjunto de datos que traen un mensaje sobre algo.

En amplio sentido, en la obra del maestro Juan José Ríos Estavillo, cita las siguientes definiciones:

¹⁵⁷ Código Penal Federal. OP CIT. Págs. 53-54.

“La información estudia la exteriorización del pensamiento humano; es el conjunto de datos que hace posible dar forma y contenido de todo el medio ambiente que le rodea y que permite por algún medio (signos, señales, lenguaje) ser asimilado ante otro ser de su misma especie y provocar efectos en él, con el ánimo de crear, instruir, ordenar, culturizar y educar, entre otros aspectos.

Conviene distinguir la información de los datos, en virtud de que éstos son una serie de hechos o acontecimientos que describen o se relacionan con una situación u objeto determinado; y, en la medida que se acumulan y se hacen útiles, adquieren el carácter de información. Significa para nosotros que el dato, mientras no proporcione un interactuar en materia de decisiones propias o personales del receptor, no será información...

Información, del latín *informatio-onis*, implica comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”¹⁵⁸

La información sirve de apoyo al ser humano, para obtener conocimiento y emitir decisiones, así como de comunicarse con sus semejantes, aunque hay limitaciones o restricciones que impone la propia ley, ya que no toda la información es de carácter público, y en estos tipos penales, que estudiamos tutelan a la información de forma universal sin importar su género.

Finalmente y después de las definiciones transcritas, comentamos, que la ley penal protege a la información contenida en los sistemas y equipos de informática, en algunos casos protegida por medio de algún mecanismo de seguridad. Independientemente del tipo o la clasificación de esta, ya que los tipos en estudio se refieren a la información en forma general. La información puede referirse a una determinada persona física o moral, o a una materia específica, y obviamente esta información se representa de forma escrita por medio de palabras, y que también se le puede nombrar como datos que se encuentran almacenados en estos sistemas o equipos informáticos.

4.6. Sujetos del delito informático.

Los sujetos activos de este ilícito, la mayoría de los doctrinarios los clasifica al decir, que son delincuentes con un alto nivel de inteligencia en el ámbito de las computadoras y de acuerdo a la conducta ilícita que efectúen, se les caracteriza y se les denomina con un determinado nombre o término común, sin embargo, no hay que generalizar, ya que hay la posibilidad que algunas personas cometan estos delitos, teniendo un conocimiento básico del uso de las computadoras, aunque en la mayoría de los delincuentes que capturan son las personas que se encuentran en un nivel avanzado en el manejo de las computadoras.

¹⁵⁸ RÍOS ESTAVILLO. Juan José. OP.CIT. Págs. 15 y 16.

Por otra parte, con lo manifestado no quiero decir, que se debería de clasificar las personas que realizan estos delitos, ya que estaríamos en un error y esto se debe a que la conducta ilícita va enfocada a obtener un resultado o fin ilícito, ya que a contrario sensú nuestro Código Penal Federal, sería un enorme catalogo de delincuentes, siendo una idea desatinada y errónea.

Sin embargo, consideré que era necesario tocar este tema y abundar, realizando las aclaraciones que se detallan, y por regla general la ley penal no establece nada similar.

Al hablar de delincuentes informáticos o sujetos del delito informático, la doctrina nos dice que hay una diversidad de estos y que se les determina con las siguientes palabras:

- . Hacker
- . Cracker
- . Phreacker
- . Lamer
- . Sniffer
- . Graffitis, etc.

Todos estos términos, derivan del idioma inglés, en las líneas subsecuentes mencionare a que se refieren, de acuerdo a las posturas de los autores que cito a continuación.

“Los hackers

La figura del hacker se puede definir mediante una serie de rasgos característicos:

- suelen ser personas jóvenes, mayoritariamente de sexo masculino
- tienen muy pocas relaciones sociales y están obsesionados por la tecnología
- el ordenador es el sustituto de las relaciones interpersonales

-acostumbran a tener una actitud antisistémica y ansían obtener conocimientos prohibidos, impulsados por una curiosidad insaciable."¹⁵⁹

Las aportaciones que expresaré, provienen de la maestra Emma Riestra Gaytán, expuestas en el Curso introducción a los delitos informáticos.

"Hacker: La palabra deriva hack, que significa hacha, y es el término que usaba para describir la familiar forma en que los técnicos telefónicos arreglaban cajas defectuosas, el bueno y el viejo golpe seco, y la persona encargada de ejecutar esos golpes se le llamaba naturalmente un hacker, este tipo de persona no es considerado propiamente un delincuente, se asemeja más bien a un bromista que disfruta entrando en sistemas informáticos privados y que toma esa actividad como un reto a sus conocimientos".

Cracker: La significación deriva de la palabra en inglés crack, que significa romper, este tipo de personas, trae aparejada la firme intención de provocar un daño en los sistemas informáticos de un tercero, lo cual constituye un auténtico peligro, su terminación (ER), connota al quebrador, o persona que se dedica a dañar los sistemas informáticos, ya por que se le pago o por motivos nocivos que bien pueden ser personales.

Phreaker : en castellano se denomina pirata, que manipula esencialmente los sistemas informáticos de las compañías de teléfono, ahorrándose una considerable cantidad de dinero, puesto que activa teléfonos convencionales piratas y además teléfonos celulares, constituyendo un grado de peligro para las empresas que manejan esta línea comercial.

Lammer: Connota a la persona que su especialidad radica en utilizar códigos, fuentes de otros programadores para beneficio (una especie de plagio electrónico), propio sin hacer mención del copyright (derechos de autor).

Sniffer: Del inglés sniff, que significa olfatear, este tipo de personas navega por la línea Internet de sistema en sistema, con la intención de descubrir todo tipo de errores que pudieran vender o utilizar en su beneficio (robo de información, acceso a sistemas financieros, a secretos de patentes, al banco de información científica, etc.).

Graffitis: Deriva de la palabra gráfico, y su conducta esencial estriba en rayar los sistemas informáticos, al igual que en nuestra actualidad se rayan las paredes, estos se dedican a decorar la página web (se le denomina así al servidor que sirve de conducto para leer información) con sus creaciones pintorescas"¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Revista Catalana de Seguretat Pública. Artículo: "Los casos más usuales de criminalidad informática y cibermática." Núm. 3. Barcelona, España. Dic. 1998. Págs. 3.

¹⁶⁰ RIESTRA GAYTÁN, Emma. OP CIT.

Estas denominaciones si requieren un conocimiento amplio y una experiencia en el manejo de las computadoras.

El autor José Jesús Hurtado Vega, publica un artículo en su página web, que habla de los principios de la ética hacker, asimismo de forma clara y concisa realiza una diferencia de lo que es un hacker, un creacker y un pirata, también define lo que se entiende por lammer, en esta definición es muy similar a la que emite la profesora Emma Riestra Gaytán.

El artículo comienza con el siguiente título:

"PRINCIPIOS DE LA ÉTICA HACKER

Él puede saber cómo entrar en una determinada computadora y borrar todos los datos, pero eso no quiere decir que lo haya hecho o que lo vaya a hacer. Casi todo el mundo sabe como hacer una michelada, pero sólo debemos temer al que se la toma...

El Lamer es aquél que se alimenta de estos conocimientos sin haber aprendido a hallarlos y los usa sólo con fines económicos.

Un hacker no necesariamente es nocivo para la comunidad informática, lo que sí es cierto es que conoce a fondo todo el sistema de las computadoras, así como la naturaleza de las redes y servidores de cualquier institución o empresa y todas las posibles formas de entrar a ellas. La principal intención de un hacker es pasar completamente inadvertido, aunque quizá también necesitan satisfacer su ego al irrumpir en ámbitos supuestamente inaccesibles. Lo que sí es cierto es que estos hacker tienen una necesidad de estar consumiendo información.

Para diferenciar a un pirata de un hacker definiremos a un pirata, bueno, pues un pirata es aquel que monta una sociedad con ánimo de lucro basada en las técnicas de los hackers. Así, el pirata es aquél que nos vendió la computadora y nos "regalo" una versión copiada del Office. No hay que confundirlo con el cracker que consigue a partir de diversas técnicas de ingeniería inversa descubrir la relación en los números de serie de Microsoft e informa a la sociedad underground de sus descubrimientos e investigaciones. El aprendizaje está en como lo hizo, no en aprenderse un par de números de serie."¹⁶¹

En esta publicación, amplía el concepto de cracker y un poco el de hacker al decir que puede borrar información de una computadora o sistema si él se lo propone, al hablar de pirata es a lo que la jurista Emma define como phreaker.

Hay que tener presente, que esto sólo se da en la doctrina y lo que nos debe de interesar, es la conducta del sujeto activo que de acuerdo a la ley penal vigente,

¹⁶¹ www.itdp.edu.mx/publica/revista_isc/antiores/sep00/hacker.htm . Págs. 1-2.

establece que la conducta puede ser, cualquiera de las siguientes: que el sujeto activo altere, destruya, modifique, conozca o copie información que se encuentre almacenada en un equipo o sistema informático, sin importar la característica del delincuente o su denotación de acuerdo a lo señalado en los párrafos que anteceden, es decir, no tiene relevancia jurídica si el sujeto activo es un hacker, phreaker, cracker, lammer, pirata, etcétera, ya que lo que le importa al derecho penal es la violación al bien jurídico tutelado que es la información, por lo tanto, el juzgador sólo se debe basar en la conducta ilícita ejecutada por una determinada persona y su tarea es cerciorarse que encuadra en las especificaciones consignadas en el artículo 211 bis inciso 1 al 7, del Código Penal Federal.

De la interpretación lógica del artículo 211 bis 3 y 5, podemos establecer que caracteriza al sujeto activo, al manifestar respectivamente, lo siguiente: al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado o de las instituciones que integran el sistema financiero. En éstos dos supuestos contemplados por estos tipos penales, el sujeto activo debe de ser un empleado o algún prestador de un servicio que tenga acceso a las instalaciones, ya que se desprende de los artículos, al decir al que estando autorizado, por ende un trabajador o empleado o servidor público, por cuestiones laborales esta autorizado a tener acceso a la información que circula dentro de su institución, con relación a un prestador del servicio, se me ocurre a manera de ejemplo: aquella persona física o moral que es contratada por alguna dependencia de gobierno, para efectos de proporcionar mantenimiento preventivo o correctivo a las computadoras y por tal razón, saben las contraseñas de las máquinas y pueden entrar a la base de datos de los servidores públicos y por lo tanto tiene autorización.

En los demás supuestos que señala los artículos 211 bis 1, 2 y 4, los sujetos activos son indeterminados.

4.7. Forma de la decisión judicial.

Al decir forma de la decisión judicial, nos referimos al criterio lógico jurídico que aplican los jueces de distrito en materia penal, respecto de los delitos que tipifican los artículos 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal.

Evidentemente que cada juez tiene su criterio definido y es distinto al de los demás, sin embargo, la decisión judicial, debe de tomar en cuenta las circunstancias de la conducta ilícita ya que puede afectar no sólo al bien jurídico tutelado de estos artículos, que es la información, sino también algún otro bien jurídico tutelado por la ley penal.

En este tipo de delitos es común que puede afectarse a más de un bien jurídico tutelado, pudiendo, presentarse las figuras jurídicas del concurso o en su caso la acumulación. Por lo que consideramos necesario desarrollar de forma breve al concurso en sus dos variantes y la acumulación.

4.7.1. Concurso.

En este tema nos enfocamos al concurso de delitos, el cual surge cuando hay una conducta o una pluralidad de conductas ilícitas que originan varios resultados y por ende perjudica o daña uno o más bienes tutelados por la ley penal, es decir, dan lugar a varios delitos, este concepto es en estricto sentido y de acuerdo a mi opinión personal. Ya que en sentido opuesto no hay concurso, porque sólo se efectuaría un delito no más.

En el diccionario de derecho del maestro Rafael De Pina Vara, define al concurso de delitos como la "conurrencia de varias infracciones derivadas de una sola acción (concurso ideal o formal), o conurrencia de varias infracciones derivadas de actuaciones independientes cuando no ha recaído sentencia por algunas de ellas (concurso material o real)"¹⁶²

La definición expuesta, tiene razón lógica y jurídica al decir, que no ha recaído sentencia, porque si fueran tres delitos y en dos ya se hubiere dictado sentencia, pues obvio que ya no habría un concurso de delitos, porque los demás ya fueron sancionados.

Cuando se ejecutan varias conductas ilícitas con un mismo fin, y efectuándose un solo resultado, es decir un solo delito, tal y como sé específico al inicio de este tema, no hay concurso de delitos, un ejemplo de este supuesto es el robo hormiga, que es cuando una persona efectúa una conducta de forma continua, pero, produce un solo delito que es el robo, esto es lo que en la doctrina le llaman delito continuado, no es concurso de delitos, ya que si bien es cierto que hay una pluralidad de conductas en un mismo sentido, pero esta pluralidad no trae como consecuencia la tipificación de varios delitos sino que sólo se efectúa un delito.

En las aportaciones expresadas por el jurista Eduardo López Betancourt, nos trata de dar entender que el concurso de delitos es diferente al concurso de normas, esto es para evitar futuras confusiones, ya que menciona que "por un lado existen concurso de normas y por otro concurso de delitos... Ello no impide delitos que para muchos autores son sinónimos; situación evidentemente errónea...

Por nuestra parte señalamos que hay concurso de normas, cuando una conducta realizada puede tipificarse o encuadrarse dentro de dos o más disposiciones penales.

De todo lo expuesto debemos resaltar lo siguiente:

a) ...

¹⁶² DE PINA VARA, Rafael, DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". 22ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1996. Pág 178.

b) Que si existe una diferencia entre el concurso de delitos propiamente dicho y lo que bien podemos denominar concurso aparente de normas” donde se habla de aparente porque sólo es un problema formal, o como algunos especialistas denominan, pseudoproblema, en donde hay la pretensión normativa de que ante la pluralidad de disposiciones legales, se aplique con una exclusión de las demás...

Por otro lado, el concurso de delitos es un problema objetivo, en donde una sola acción produce varias infracciones a la ley penal.”¹⁶³

De acuerdo a la cita que antecede, nos damos cuenta, que no debe de haber confusión ya que el concurso de normas y el de delitos son totalmente diferentes, ya que en el primero podemos decir, que hay dos disposiciones normativas que sancionan una conducta, entonces, el problema es de aplicación de una u otra ley, y en el tema que nos ocupa, es la pluralidad de delitos que pueden surgir debido a una o varias conductas ejecutadas por un sujeto activo.

El concurso de delitos se subdivide en dos tipos de concursos, tal y como se desprende de la definición extraída del diccionario de derecho, citada en los párrafos que anteceden. Esta división es la siguiente:

A. Concurso ideal

B. Concurso material

Esta clasificación radica con relación a la conducta que emite el sujeto activo, esto es si fue una o varias.

A. Concurso ideal.

Este concurso lo define nuestro Código Penal Federal en su artículo 18, mismo que a la letra transcribo:

“ARTÍCULO 18. - Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos”¹⁶⁴...

El Código Penal Federal, lo define de forma clara, breve y concisa, y se entiende que con una conducta se efectúan varios delitos.

En otras palabras “el concurso ideal representa pluralidad de delitos realizados con unidad de acción”.

¹⁶³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 224, 225 y 226.

¹⁶⁴ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 6.

“Cuello Calón manifiesta que también hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que en laza al uno con el otro...

También sobre el tema del concurso ideal de delitos, Mir Puig, nos ofrece algunas novedades: La doctrina distingue el concurso ideal heterogéneo del concurso ideal homogéneo. El primero se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el segundo se dará cuando los delitos cometidos son iguales. Ejemplos: causar lesiones a un agente de la autoridad, constituye un concurso ideal heterogéneo (concorre el delito de lesiones y el de atentado, delitos distintos), mientras que el matar a varias personas con una sola bomba originará un concurso ideal homogéneo (concurren varios asesinatos, que son delitos iguales).¹⁶⁵ⁿ

Respetando los puntos de vista de los autores citados, es de recalcar que la ley penal se refiere a que con una conducta se producen distintos delitos, y de acuerdo a lo planteado en la cita textual que antecede, y de conformidad con nuestra ley penal se aplicaría la pena máxima.

Por otra parte, en el artículo 18 del Código Penal Federal, no especifica si el concurso de delitos pueden ser iguales o deben de ser distintos ya que solo menciona varios delitos, desde mi punto de vista considero, que no estaría por demás especificar que pueden ser varios delitos ya sean iguales o distintos.

Es indispensable, tocar el tema de la aplicación de las penas cuando, existe un concurso de delitos ideal o también llamado formal, comenzaremos citando lo que establece nuestra ley penal federal vigente.

La aplicación de las penas en el concurso ideal se estipula en el primer párrafo del artículo 64 del Código Penal Federal, el cual cito a la letra:

“ARTÍCULO 64. - En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero”¹⁶⁶ ...

En este orden de ideas, tenemos en los delitos cometidos, en primer lugar se tomara como base la penalidad más alta y sobre esta se sumaran en proporción las otras penas previstas en otros delitos, en un segundo lugar, el tipo en comento limita esta aplicación, al plasmar que se aumentará hasta en una mitad del máximo de su duración y al remitirnos al título segundo del libro primero, el cual, establece la máxima

¹⁶⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 226 y 228.

¹⁶⁶ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 17.

penalidad para sancionar a una persona, por cualquier tipo de delito o delitos que cometa.

En los delitos que tipifican los artículos 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal, consideramos que si puede darse, la figura jurídica del concurso ideal, un ejemplo sería el siguiente:

Cuando una persona emite un virus por medio del messenger o correo electrónico, tiene un fin que es destruir la información que se encuentra en aquellas computadoras, en las cuales se instala el virus pero no solo daña la información sino también el software y por ende la computadora, entonces, con esta sola conducta ocasiono dos delitos distintos, uno es la destrucción de la información y el otro es daño a la propiedad ajena, por lo tanto hay un concurso ideal.

Por tal razón es importante analizar los concursos de los delitos y en particular, las conductas que contemplan los artículos que se estudian en esta investigación, ya que tal y como se señaló, puede haber presencia de la figura del concurso ideal o el material.

B. Concurso real o material.

Una vez analizado el concurso ideal, es más fácil, definir este, ya que es lo opuesto, es decir, hay una pluralidad de conductas ilícitas y su resultado es una multiplicidad de delitos, sin embargo, es necesario citar la forma textual en que lo define la ley penal federal. (Art. 18 del Código Penal Federal)

"Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos."¹⁶⁷

José Moisés Vergara Tejada, establece en su libro las siguientes ideas: "desde luego para que exista el concurso real o material, debe existir un mismo proceso donde sean juzgadas las diversas conductas y los diversos delitos, pues, de lo contrario, jurídicamente no habrá concurso...Y lo mismo pasará si en juicios distintos se ventilan el robo de vehículo y el robo bancario; en ninguno de ellos habrá concurso..."

Existen otros códigos penales de los Estados que son más claros al señalar este requisito esencial del concurso real, por ejemplo, el Código Penal del Estado de Sinaloa, que en su artículo 24, establece: existe concurso real siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos y la acción para perseguirlos no esté prescrita.

Por último, no hay que perder de vista la necesidad de que las figuras delictivas que intentan formar el concurso, real o material, queden firmes o unívocas en cuanto a

¹⁶⁷ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 6.

su sobrevivencia jurídica, de tal manera que todas ellas sean tomadas como delitos autónomos realizados en diversas ocasiones y mediante conductas totalmente independientes."¹⁶⁸

Si hay dos delitos y en uno ya recayó sentencia, obviamente, que no existirá concurso material, es a lo que se refiere el autor en cita, es decir, se deben de ver de forma independiente y autónoma, sin que se haya dictado sentencia en alguno de estos.

El concurso real o material "se define cuando se han realizado varias conductas y se han infringido varias disposiciones penales.

Pavón Vasconcelos expresa sobre el tema: Existe concurso real de los delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita.

Por su parte, Mir Puig, también respecto al concurso real, nos expone: Existe concurso real, cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos"¹⁶⁹.

Las citas mencionadas confirman, que no debe de haber sentencia irrevocable, respecto a este concurso, consideramos que es fácil su entendimiento, ya que una persona que ejecuta dos o más conductas ilícitas va obtener como resultado, la comisión de dos o más delitos.

En los delitos de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, puede darse el caso en el que el sujeto activo emita diferentes acciones en la computadora con el fin de cometer varios delitos, como la persona que entra a un sistema lógico de un banco y modifica información de la cuenta de un cliente x, y posteriormente la transmite a su cuenta, aquí considero que hay un concurso material o real, ya que emite dos conductas autónomas, por las que se les puede castigar con el delito de robo respecto a la persona que le quito su dinero, no físicamente sino por medio de la vía electrónica y la modificación de la información.

¹⁶⁸ VERGARA TEJADA, José Moisés. "Manual de Derecho Penal". 1ª Edición. Editorial Angel Editor. México, D.F., 2002. Pág. 400-401.

¹⁶⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Págs. 228-229.

4.7.2. Acumulación.

Tiene una íntima relación con el concurso de delitos, por lo que partiremos por dar un concepto de lo que se entiende por acumular, ya que de ahí deriva este término, por lo tanto consultamos el diccionario y a los autores que hemos estado citando en el desarrollo de este tema.

De acuerdo a la definición que nos da el diccionario en derecho, nos dice que acumular, significa: "reunir una diversidad de funciones, actos, penas, acciones, etc., con una finalidad determinada y concreta"¹⁷⁰.

La palabra acumular, consideramos que también significa juntar, tal y como lo establece el diccionario, en el ámbito jurídico, existe la acumulación de penas y acciones.

"La acumulación se presenta cuando se han realizado varios delitos y los mismos no han sido sancionados... expresado en otras palabras, la acumulación, es el sistema por el cual se va a sancionar al concurso real de delitos"¹⁷¹.

La acumulación la regula el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 473, el cual dice a la letra:

"ARTÍCULO 473. - La acumulación tendrá lugar:

I.- En los procesos que se sigan contra una misma persona, en los términos del artículo 18 del Código Penal.

II,III,IV..."¹⁷²

Este artículo nos habla de la acumulación de autos, y como podemos observar se refiere al concurso ideal o material al citar el artículo 13 del Código, es por eso que se estudia este tema, asimismo dice los procesos de una misma persona.

El diccionario conceptualiza a la acumulación de autos y de penas de forma clara y concisa estas definiciones son las siguientes:

"Acumulación como la acción y efecto de acumular.

Acumulación de autos. Reunión de los autos de varios procesos con objeto de resolver en una sentencia las pretensiones formuladas en los mismos...

¹⁷⁰ DE PINA VARA, Rafael, DE PINA, Rafael. OP CIT. Pág. 58.

¹⁷¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. OP CIT. Pág.230.

¹⁷² "Código Federal de Procedimientos Penales". OP CIT. Págs. 97.

Acumulación de penas. La acumulación de penas o sanciones es una forma de aplicación de éstas en los casos de concurso de delitos..."¹⁷³

Esta última, es la que se explico en el concurso ideal, en la cual se dijo que se aplicaría de acuerdo a lo establecido por el artículo 64 del Código Penal Federal.

En los delitos de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, considero que puede ser muy frecuente que exista la acumulación, tanto de autos como de penas, ya que hay que recordar, que el sujeto activo puede estar cometiendo los ilícitos en una entidad diferente a donde se ejecuta, y ponemos el mismo ejemplo que se escribió en el tema del concurso de delitos, que es el siguiente: x persona envió un virus a través del messenger, por medio de un archivo el cual le nombró Jennifer López y la persona al verlo en el messenger, por curiosidad lo abre e inmediatamente entra el virus a su máquina, dañando su sistema operativo, asimismo de forma automática se envía a sus contactos, supongamos que el sujeto activo esta en Tamaulipas y estos virus perjudicaron a personas del Distrito Federal, Estado de México, Guadalajara, etcétera, sí la policía lo detiene, y es procesado en Tamaulipas, estamos frente a una acumulación, siempre y cuando la manifiesten, las víctimas. Este virus si fue real lo único irreal es que hasta el momento no saben quien fue el delincuente.

No hay que olvidar que por la complejidad de estos delitos, es muy probable que el sujeto activo se encuentre en otro país, presentándose un problema de mayor magnitud y esto se debe a la falta de regulación sobre estos delitos en el ámbito del derecho internacional, sin descartar que es muy factible se presente el concurso de delitos o la acumulación de autos o penas, estas van estar supeditadas y se aplicaran de acuerdo a la decisión judicial y con estricto apego al derecho penal.

4.8. Legislación Española.

En este tema, analizaremos la Constitución y su Código Penal, es un país que esta sumamente adelantado en la normatividad que regula a la tecnología.

En su legislación tal y como se observara del análisis de los temas subsecuentes, nos vamos a dar cuenta que ellos nombran literalmente delitos informáticos y los regulan como tales, asimismo sus leyes respecto de estos delitos no son de reciente creación, estamos hablando que son aproximadamente del año 1994, además hacen mención de la existencia de estos delitos en su máxima ley que es su Constitución, de ahí el adelanto en comparación con muchos países, tales como México.

Es un país que esta a la vanguardia, con relación a los delitos informáticos en todos los aspectos, aunque el que nos importa en esta investigación es el jurídico. A todas luces se observa la desventaja que existe con nuestro país, ya que cuando ellos

¹⁷³ DE PINA VARA, Rafael, DE PINA, Rafael. OP CIT. Pág. 57.

tenían una norma penal sobre estos delitos, nosotros no conocíamos de estos delitos, además de que no toda la sociedad tenía una computadora, y esto repercute todavía en estos tiempos a la falta de educación y cultura sobre este tema y a la problemática que subsiste con el uso indebido de la computadora, tal es la ventaja que nos llevan, que en el año 1994, simplemente no había legislación que regulara éstas conductas, nuestro Código Federal Penal se reformó en el año de 1999, de ahí la diferencia que hay, y no sólo jurídicamente sino también institucionalmente.

A parte de la Constitución Española y el Código Penal Español, también tiene una ley que protege los datos personales de las personas, es una ley que se relaciona con los delitos informáticos, ya que sirve de apoyo y tutela la información de carácter personal.

El título exacto de la ley en comento es Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999). Esta ley norma la protección de datos personales, estableciendo una Agencia de Protección de datos y un Registro, siendo la primera, la autoridad que va a supervisar el cumplimiento de esta ley, por parte de la administración pública y de la iniciativa privada e incluso, la protección de éstos datos, dice que no pueden ser transferidos a otro País, sino tiene una protección similar a la de esta ley, asimismo establece excepciones. Esta ley consta de cuarenta y nueve artículos, de los cuales citare algunos que de acuerdo a mi punto de vista, considero que son relevantes e importantes, ya que los datos personales, también son protegidos en nuestro país.

En los siguientes párrafos mencionaré, algunos artículos de esta ley, que juegan un papel muy importante en el país español con relación a los delitos cometidos por medio de las computadoras que conculcan a los datos personales.

“Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.
(B.O.E. 14.12.1999)

TÍTULO I. Disposiciones Generales.

Artículo 1. Objeto.

- La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación.*

1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.
- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional Público.
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito...

Artículo 3. *Definiciones*

A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por

- a) Datos de carácter personal: Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.
- b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.
- c) Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias...
- d) Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- e) Afectado o interesado: Persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

f) Procedimiento de disociación: Todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

g) Encargado del tratamiento: La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

i) Cesión o comunicación de datos: Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.

j) Fuentes accesibles al público: Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación.

Artículo 4. Calidad de los datos

1...

2....

3...

4...

5...

6...

7. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos...

Artículo 6. Consentimiento del afectado.

1. -. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.
2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.
3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.
4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

Artículo 7. Datos especialmente protegidos

1. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias.
3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.
4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

5. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo a una obligación equivalente de secreto.

Artículo 9. *Seguridad de los datos.*

1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

Artículo 10. *Deber de secreto.*

El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

Artículo 12. *Acceso a los datos por cuenta de terceros.*

1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración...

Artículo 14. Derecho de Consulta al Registro General de Protección de Datos.

Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita.

Artículo 15. Derecho de acceso.

1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal

Artículo 18. Tutela de los derechos.

1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine...

Artículo 19. Derecho a indemnización

1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados...

Artículo 30. Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial.

1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento.

2...

3. En el ejercicio del derecho de acceso los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como del resto de información a que se refiere el artículo 15.

4. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud.

TÍTULO V. Movimiento internacional de datos.

Artículo 33. Norma general.

1. No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurren en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos de finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

Artículo 34. Excepciones.

Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

- a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
- b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.
- c) Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.
- d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.
- e) Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.
- f) Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.

- g) Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.
- h) Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.
- i) Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.
- j) Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro Público y aquélla sea acorde con la finalidad del mismo.
- k) Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

TÍTULO VI. Agencia de Protección de Datos

Artículo 37. Funciones.

1. Son funciones de la Agencia de Protección de Datos:

- a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.
- b) Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.
- c) Dictar, en su caso y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.
- d) Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
- e) Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.
- f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación

del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.

g) Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley.

h) Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley.

i) Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones.

j) Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.

k) Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.

l) Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.

m) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46.

n) Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.

2. Las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos se harán públicas, una vez hayan sido notificadas a los interesados. La publicación se realizará preferentemente a través de medios informáticos o telemáticos. Reglamentariamente podrán establecerse los términos en que se lleve a cabo la publicidad de las citadas resoluciones. Lo establecido en los párrafos anteriores no será aplicable a las resoluciones referentes a la inscripción de un fichero o tratamiento en el Registro General de Protección de Datos ni a aquellas por las que se resuelva la inscripción en el mismo de los Códigos tipo, regulados por el artículo 32 de esta Ley Orgánica. (Apartado añadido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)

Artículo 39. El Registro General de Protección de Datos.

1. El Registro General de Protección de Datos es un órgano integrado en la Agencia de Protección de Datos.
2. Serán objeto de inscripción en el Registro General de Protección de Datos
 - a) Los ficheros de que sean titulares las Administraciones Públicas.
 - b) Los ficheros de titularidad privada. c) Las autorizaciones a que se refiere la presente Ley.
 - d) Los códigos tipo a que se refiere el artículo 32 de la presente Ley.
 - e) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.
3. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento de inscripción de los ficheros, tanto de titularidad pública como de titularidad privada, en el Registro General de Protección de Datos, el contenido de la inscripción, su modificación, cancelación, reclamaciones y recursos contra las resoluciones correspondientes y demás extremos pertinentes. .

Artículo 47. Prescripción.

- 1.-Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año..."¹⁷⁴

Esta ley orgánica, protege los datos personales y garantiza el derecho a la información de forma gratuita, teniendo el derecho las personas, para solicitar información personal e indagar con que fin tienen sus datos personales, imponiendo penas o sanciones a aquellas personas que las infringen. Las sanciones van acorde a la infracción ya sea leve, pueden ser de carácter económico, es decir una multa que también varía de acuerdo a la falta, y así sucesivamente.

Podemos ver que se estructura en cuatro rubros importantes, el primero la protección de datos personales, es decir, la descripción, definiciones, calidad, el deber del secreto, otra parte sería el manejo o transferencia de estos datos a otro país, la siguiente le denominamos las autoridades que aplican y vigilan el cumplimiento de esta ley y por último las infracciones o faltas, sanciones y prescripciones.

¹⁷⁴<http://www.igsap.mao.es/cia/dispo/17643.htm>

La persona es la única que puede dar su consentimiento, para efectos de comunicarlos a una tercera persona, claro, a través del consentimiento que debe de ser por escrito, habiendo excepciones que marca la propia ley, como cuando lo disponga una ley o por cuestiones de salud o sanitarias, teniendo los profesionistas el deber o más bien la obligación de guardar el secreto profesional y aplicarlo.

En la legislación española son muy celosos de cuidar y proteger a la intimidad o privacidad de las personas e incluso algunos autores españoles, es muy común que mencionen la expresión el derecho de la privacidad. Nos podemos dar cuenta al leer, el objeto de esta ley, el cual protege de forma especial tres conceptos primordiales de las personas, siendo estos, el honor, la intimidad personal y familiar y dentro del contenido, protege otros valores, tales como: su ideología, religión o creencias.

En comparación con nuestra legislación, hay una similitud con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental que garantiza el derecho a la información, pero va encaminada a la obligación de las dependencias o entidades de la Administración Pública, de informar, cuando así lo soliciten, los ciudadanos, y la ley española no delimita, ya que esta dirigida tanto a las instituciones públicas como a las privadas.

Por otra parte y tomando en consideración que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación en el mes de junio de 2002, y la ley española que se comenta publicada en su Boletín Oficial del Estado en el mes de diciembre de 1999, siendo más antigua que la nuestra.

La legislación española y la de nuestro país es totalmente diferente, en primer lugar, al denominar delitos informáticos, palabra que en nuestra ley penal no es contemplada, asimismo, la ley penal española, efectúa una serie de reformas derivadas de la tecnología de la informática, y les da un giro a sus tipos penales tradicionales incluyendo el uso de la informática, tal y como lo estudiaremos en los siguientes temas, situación que en nuestra legislación no se ha efectuado, aunque no consideró que se deba de adicionar a todos nuestros tipos penales tradicionales, sólo en algunos, uno de estos sería el delito de robo, con relación a los servicios de Internet.

En la legislación española, hay figuras jurídicas que pueden ser aplicadas en nuestro país, ya que tristemente carecemos de legislación respecto del uso de las computadoras o la informática ya que tenemos varias lagunas, como es la falta de regulación del Internet, del correo electrónico, etcétera, al respecto España, ya regula esta situación. Con lo expresado, mi idea no es que se aplique las disposiciones españolas, sino retomar lo que no esta legislado en nuestro país y adecuarlo a los usos, costumbres y cultura de nuestra sociedad, ya que tal y como lo manifestare, en mis propuestas, no es necesario que se regulen, algunos tipos tradicionales, por ejemplo: la existencia del delito de fraude informático o estafa, que es reconocido como tal en España y otros países, así como organismos internacionales, en este caso, consideró

que no hay por que reformar, nuestra tipificación sobre el fraude ya que el engaño se debe de realizar a una persona, para efectos de que se configure el delito, y no una computadora que es una máquina.

Otras leyes, en las que plasman a la informática son: el Real Decreto 428/1993, de 26 de Marzo, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia de Protección de Datos, las disposiciones que han sido importantes en el área del derecho mercantil son: Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, Directiva 97/7/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de Mayo de 1997, Relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia, esta protección la establece la Unión Europea, y se aplicará a todos los Estados que forman parte de esta unión económica, siendo un Estado parte España, por lo que es obligatorio su observación y cumplimiento, en dicha ley se define lo que son los contratos a distancia, su entrada en vigor es de tres años, contados a partir de su publicación, también contempla un artículo que se refiere a las reclamaciones, asimismo, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del Comercio Electrónico en el Mercado Interior, estas enmiendas han sido adoptadas por alguno de los países que forman a la Unión Europea.

Asimismo, en su Constitución que data de 1978, también sé norma a la informática y por último en Código Penal, se refiere al tema en estudio y regula los siguientes delitos:

A. Del descubrimiento y revelación de secretos,

B. Las Estafas,

C. Los delitos relativos al mercado y a los consumidores,

D. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, etcétera

Tanto la Constitución como los delitos mencionados serán estudiados en los siguientes temas.

4.8.1. Constitución Española.

Esta Constitución es de reciente creación comparada con la mexicana, y fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, en el número 311, de 29 de diciembre de 1978.

En particular sólo un artículo, nos habla de las limitaciones de la informática y protege a la intimidad de las personas en sentido general así como el honor, sin embargo consideró que es indispensable citarlo a la letra:

“Artículo 18

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él, sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”¹⁷⁵.

Tal y como se observa en el punto marcado con el número cuatro, protege al honor y la intimidad personal y familiar de las personas, ¿Cómo?, limitando el uso de la informática a través de las leyes, garantizando el ejercicio de sus derechos. La ley que limita el uso de la informática, precisamente es el Código Penal Español. Este último punto es el único en el ámbito constitucional que restringe el uso de la informática, por ende, es de suma importancia ya que lo eleva en su máxima ley que es la Constitución.

En comparación con nuestra Constitución Política, es de resaltar que no contempla en ningún artículo, la restricción de la informática o las computadoras, garantiza el derecho a la información, en el artículo sexto comento esto, porque la información juega un papel importante en la informática, sin embargo hay que reconocer que no hay algún artículo de nuestra Constitución que tenga similitud con la Constitución de España, ya que en ésta limita el uso de la informática a través de leyes.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que en los tiempos de nuestra Constitución, no existían las computadoras, ya que la primera generación surge en los años de 1937 a 1944, y nuestra Constitución data del año de 1917, por tal razón era imposible que regularan o restringieran el uso de la informática, si todavía no se inventaba la computadora, a diferencia de la Constitución Española que es del año de 1978.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que a nivel Constitucional nuestro país restringe el uso de la informática, también lo es, que en el Código Federal Penal en los artículos base de nuestra investigación (211 bis 1 al 7), aunque no lo dice tajantemente, si regula indirectamente y se desprende de la interpretación lógica-jurídica de estos artículos, aunque también, es cierto, que falta legislar más sobre la materia de la informática.

¹⁷⁵ <http://www.administracion.es/portadas/perfiles/ciudadano/legislacion/constitucion.html>

4.8.2. Código Penal Español.

Su legislación penal en relación con el tema de la informática o las computadoras es más amplio que el de nuestro país, por lo que comenzaremos por estudiar cada uno de los artículos que tipifican el uso de la computadora, nuestro Código, también regula a estos delitos en donde hay relación con la informática y los tipifica en el título de Revelación de secretos al igual que el capítulo I del Código Penal Español, titulado Del descubrimiento y revelación de secretos, mismos que transcribo a la letra: .

“TITULO X

Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio

CAPÍTULO I

Del descubrimiento y revelación de secretos

Artículo 197.

El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este Artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a

cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este Artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Artículo 198.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el Artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Artículo 199.

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Artículo 200.

Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

Artículo 201.

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el Artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4. del Artículo 130¹⁷⁶.

En el primer artículo, maneja la palabra, al que sin estar autorizado modifique o utilice datos en perjuicio del titular de los datos o de un tercero o datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soporte informático en el punto 4, dice que si son cometidos por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soporte informáticos, en este supuesto agrava la pena y la aumenta aún más si la difunden, ceden o revelan, aquí trae de forma implícita la palabra que menciona nuestra legislación penal federal que es la autorización, hasta esta parte es muy similar con lo tipificado en el artículo 211 bis 1 de nuestro Código Penal Federal, ya que sólo cambian las palabras, pero la idea es la misma, y el bien jurídico tutelado es el mismo, ya que la información esta compuesta por datos, tal y como se estudio en el tema del bien jurídico tutelado, y en el Código Penal Español, cambia la palabra información por datos y protege a la intimidad de las personas, cabe hacer notar, que el artículo 197 del Código Penal Español, tipifica otras conductas que no son contempladas en nuestra legislación penal, y que son necesarias en la actualidad, estas conductas son: se apodere de sus mensajes de correo electrónico, difunden, revelen o ceden a terceros, etc. Estas son las tres conductas no se tipifican en nuestro Código Penal Federal.

En el artículo 197, puntos del 4 al 6, las acciones que tipifica se sustentan en los puntos uno y dos del mismo artículo, estos puntos son agravantes de la pena y se aplican cuando realizan las conductas de difusión, revelación o cesión a terceros.

No obstante lo anterior, los datos personales que se encuentren en Internet si tienen cabida dentro de este artículo, ya que se pueden realizar las conductas descritas por este artículo, sin recurrir a la interceptación de comunicaciones, figura comprendida en el punto número uno.

Este artículo, deriva del artículo 18 punto 4 de la Constitución Española el cual limita el uso de la informática garantizando la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, asimismo es difícil entender el espíritu del legislador, tanto el Código Penal como en la Constitución, ya que "es cierto que el artículo 18 de la CE(30), al hablar de la personal y familiar, pero no se entiende muy bien lo que ha pretendido decir el legislador al relacionar ambos conceptos con la conjunción disyuntiva. Con ello, el legislador penal, además de apartarse del constitucional, que emplea la conjunción

¹⁷⁶ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

copulativa y, se distancia igualmente del legislador (nacional y comunitario) en materia de protección de datos personales, en cuanto solamente consideran al dato personal como objeto de protección, seguramente por entender que el dato familiar es un dato personal y que por ello ya se halla protegido. La consideración del dato familiar con independencia del dato personal afectaría negativamente a la aplicación del citado precepto y aumentaría artificialmente los sujetos pasivos del delito,"¹⁷⁷(sic) creo que tiene razón, al establecer que es diferente la connotación de la Constitución al Código Penal, asimismo en el punto 5 del Art. 197 del Código, especifica la clase de datos personales que protege.

El artículo 197 del Código, garantiza el derecho constitucional que otorga a los ciudadanos españoles que es el de la intimidad, en este artículo, lo tutela ya que considero, que es el bien jurídico que protege, sin embargo, la palabra de dato va ligada con la intimidad, ya que para violar este derecho, tiene que perjudicar a los datos de la persona o familia.

El artículo 198, se refiere a las mismas conductas del artículo 197, y su finalidad es agravar las penalidades descritas en el artículo anterior, esta agravante surge, cuando el sujeto activo es un funcionario público, en relación con nuestro Código Penal Federal, dice: al que este autorizado (Art. 211 bis 5), dejando su interpretación de forma abierta, por lo que se entiende que si esta autorizado es un servidor público ó una persona que se haya contratado para prestar un servicio. Una agravante que indica este artículo que se analiza, es la inhabilitación del funcionario público.

Mis comentarios con relación a los artículos 199, 200 y 201, considero que se distancian de la informática y por ende del artículo 197, ya que el primero en términos generales, habla de lo que llamamos en nuestro derecho como el secreto profesional, el segundo se refiere a los datos reservados de las personas morales, y el último en el punto dos es el único que nos remite al Art. 198, y nos dice que no es necesario que se denuncie al servidor público, es decir, que lo perseguirán de oficio de estos artículos es el único punto que de forma indirecta nos remite al delito que puede afectar datos contenidos en un soporte informático o correo electrónico.

En los delitos clasificados como aquellos que afectan a la propiedad privada de las personas, vemos que el Código Penal de España, en el capítulo VI titulado las defraudaciones, sección 1ª de las estafas en el artículo 248, tipifica las estafas electrónicas, claro que este cambio se dio a través de una reforma, ya que su antiguo Código no contemplaba esta figura, tal y como se observa con lo planteado por el maestro Miguel Ángel Davara, ya que en su obra cita el artículo de la estafa aún no reformado, el cual es el siguiente:

¹⁷⁷ Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial. "Problemática jurídica en tomo al fenómeno de Internet". 1ª Edición. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. Pág. 37.

“cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero con ánimo de lucro valiéndose de alguna manipulación informática, sin detallar las penas a aplicar en el caso de la comisión del delito”¹⁷⁸.

Respecto de este artículo comenta que no se puede configurar el delito de la estafa electrónica, debido a la palabra clave que es el engaño, sin embargo, en esta época el autor ya menciona ideas que van hacer retomadas en el artículo actual, siendo algunas ideas las siguientes:

“Nuevamente nos surge el problema de estar actuando, en el caso informático, sobre una maquina y de que, en el tipo estudiado, el sujeto del engaño debe ser una persona teniendo que existir una unión psicológica entre engañado y engañante.

No obstante, si la manipulación dolosa de la información contenida en un ordenador-realizada con la intención de llevar a otro a un error e inducirle a realizar un acto-logra, en una relación de causalidad, el fin perseguido, y el engaño se consuma, nos podemos encontrar ante un delito de estafa cometido a través de medios informáticos...

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos, puede faltar el elemento de la relación directa con el componente psicológico que lleva aparejado el engaño, típico de la estafa. El engaño no se produce mediante la manipulación de la información por medios informáticos, sino mediante una acción directa que condiciona la voluntad del engañado. Por lo tanto, sería difícil apreciar cuando los datos manipulados producen un documento, o una información, que se persigue lleve a error al sujeto pasivo...

Tenemos que concluir, por lo tanto, que será difícil configurar el delito de estafa en relación directa con la manipulación de la información por medios informáticos.”¹⁷⁹

En otras palabras nos dice el autor citado, que es imposible que el engaño se haga a una computadora, ya que el tipo exige se realice a una persona y no una máquina, por lo que es difícil encuadrarlo como una estafa electrónica o delito informático, se puede cometer la estafa utilizando como medio a la computadora. Estas ideas del autor, debieron de ser contempladas por los legisladores españoles, ya que le dan un giro de 180° (grados) a este artículo, al reformarlo, adicionando un punto dos, en el cual quitan la palabra del engaño y por tal motivo surge la estafa electrónica. Por lo que es indispensable citar a la letra el artículo 248 del Código Penal Español vigente.

¹⁷⁸ DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. “Derecho Informático”. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, S.A. España, 1993. Pág. 351.

¹⁷⁹ IBIDEM. Págs. 351 y 352.

“CAPÍTULO VI
De las defraudaciones

SECCIÓN 1.ª DE LAS ESTAFAS

Artículo 248.

1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero¹⁸⁰.

En este último punto, es donde se adicione el artículo en comento, tal y como sé específico en los párrafos anteriores, se quito la palabra del engaño, y se retomo la manipulación informática de la cual menciona el autor citado, lo que hizo el legislador español es crear un equivalente al delito de la estafa, denominado en nuestro país como fraude, esta conducta es muy común en los cuenta-habientes de bancos, ya que pueden acceder al sistema informático de algún banco y modificar las cuentas bancarias y transferir un solo centavo a una determinada cuenta bancaria, este caso, paso en los Estados Unidos de Norteamérica y es una de las conductas más comunes en la actualidad.

A diferencia de nuestra legislación penal nacional no existe este tipo de delito, sólo existe el delito clásico del fraude.

Ahora analizaremos, el delito de daño, diversos doctrinarios han titulado a este tipo de delito relacionado con la informática y las computadoras como: el sabotaje informático, claro que los artículos que tipifican este tipo de conducta delictiva no lo titulan así. Este delito se encuentra tipificado en el Capítulo IX, titulado De los daños, específicamente en el artículo 264, punto 2, el cual reza:

“Artículo 264.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurre alguno de los supuestos siguientes:

1. Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan

¹⁸⁰ http://www.conc.es/fsap/local/policiallocal/CD/PENAL_CP.htm

contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

2. Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.
3. Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.
4. Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.
5. Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.

2. La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos."¹⁸¹

Este artículo agrava la pena establecida en el artículo que antecede, la conducta que nos interesa respecto al tema que estamos estudiando es la marcada con en el punto dos, del cual se desprenden cuatro acciones siendo estas las siguientes:

1. destruya,
2. altere,
3. inutilice,
4. cualquier otro medio

Lo que protege este artículo, son: los datos, programas o documentos electrónicos almacenados en redes o soportes o sistemas informáticos, este tipo penal, tiene similitud en dos de sus acciones, específicamente en las marcadas con el número uno y dos, con los artículos que se estudian y son título de nuestra investigación, ya que las conductas sancionadas por nuestro Código Penal Federal, es destruya o modifique, etcétera.

En este artículo sin lugar a dudas, protege a la propiedad privada referida a los datos, programas y documentos electrónicos. En nuestra interpretación, protege a la información, robustece a nuestra interpretación lo expresado por la Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, al decir, "el apartado 2 de Art. 264 del nuevo Código penal integra el concepto de información como bien jurídico protegido por el hecho penal, de manera que la acción de destrucción o alteración de datos, programas o cualquier otro tipo de información digital albergada en un sistema informático, será considerada un delito de daños.

¹⁸¹ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

El legislador ha sido consciente de la tremenda importancia de la información en su formato digital. La contabilidad, las bases de datos, la facturación de una empresa, su listado de clientes, el estado de cuentas de una entidad financiera... todo ello configura un nuevo activo patrimonial que debe ser protegido por la ley¹⁸²

A diferencia de nuestra ley penal nacional, el Código Penal Español lo clasifica como un delito de daños y nuestro Código Penal Federal, como Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

Los siguientes artículos, retoman las conductas indicadas en el artículo 197, y cambia en cuanto al sujeto pasivo del delito, ya que en éstos supuestos determina que el sujeto es una persona moral. A continuación transcribo los artículos que norman estas conductas.

"SECCIÓN 3.ª DE LOS DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

Artículo 278.

1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del Artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente Artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.

Artículo 279.

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior."¹⁸³

¹⁸² Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial. OP CIT. Pág. 140.

¹⁸³ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

Estos artículos le afectan directamente a las empresas, y las conductas delictivas son las siguientes:

- A. apoderare,
- B. difusión,
- C. revelación
- D. cesión de derechos.

El fin de los delincuentes es copiar el secreto de esa empresa, obteniendo un lucro, este delito es doloso.

Ahora nos toca estudiar y describir el delito de mensajes injuriosos o calumniosos, mismo que se invoca en el artículo 211, el cual especifica lo siguiente:

"Artículo 211.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Artículo 212.

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria."¹⁸⁴

En el primer artículo no determina que deban publicarse por un sistema informático, una red o Internet, sin embargo, al decir por cualquier otro medio, deja abierta la posibilidad de encuadrar en el artículo, cualquier medio comisivo, para obtener el fin, que es la injuria o calumnia.

En el segundo artículo, establece la responsabilidad solidaria, es decir, es responsable penalmente, el sujeto activo y asimismo la persona física o moral que sea propietaria del medio por el que transmite el mensaje injurioso o calumnioso.

En el Internet, es un sistema informativo que agiliza, la información de cualquier tipo, y de acuerdo con lo expuesto, si se propagan mensajes que contengan injurias o calumnias contra una determinada persona física o moral, será responsable solidario, el propietario del servidor o la compañía que pública dicha información.

¹⁸⁴ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

El siguiente delito que se analiza es denominado por la doctrina como publicidad engañosa, es decir, surge cuando aquéllas personas que se dedican al comercio, ofertan sus productos u ofrecen servicios, y de forma dolosa incluyen conceptos que no cumplen, una vez que el consumidor, realiza la compra o contratación de algún servicio, es de resaltar que el artículo penal que contempla esta figura delictiva, no especifica que se cometa por medio de la computadora, la informática o el Internet, dicho artículo expresa lo siguiente:

"Artículo 282

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos"¹⁸⁵.

Es muy común que en Internet se publique diversos anuncios, en donde te ofrecen artículos usados y nuevos, así como servicios, tal es el caso, de los llamados spams, que lo único que hacen es saturarte de mensajes, por ende la capacidad de tu correo electrónico se reduce, sin pasar por alto el tiempo que te llevas eliminándolos, por lo que al momento de que se sature tu correo electrónico lo inutiliza y a parte si requieres hacer una compra, resulta que no te dan todo lo que publicaron.

El delito que se analiza a continuación es el llamado delito de uso de terminales de comunicación, al respecto nos dice el "artículo 256. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses"¹⁸⁶. Por lo tanto este tipo engloba a las computadoras o a los equipos informáticos ya que son medios de telecomunicación, evidentemente sin el consentimiento del dueño de la terminal de telecomunicación.

Este Código tipifica los delitos que se comente en contra de la explotación de los derechos de autor de las personas físicas o morales y establece dichas restricciones o prohibiciones en el siguiente artículo:

"CAPÍTULO XI

De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores

SECCIÓN 1.ª DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

¹⁸⁵ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

¹⁸⁶ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

Artículo 270.

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador".¹⁸⁷

Las conductas que contiene el artículo citado son: la reproducción, plagio, distribuya o comunique, obra literaria, artística o científica sin la autorización del autor, en este artículo protege de forma compleja a los programas de computo, siendo de suma importancia en la actualidad y existiendo demasiadas personas que se dedican a comerciar con estos programas. Estableciendo una pena alternativa al decir de 6 meses a 2 años de prisión o multa. Se entiende que por fabricación, el producir copias de forma ilegal de los programas de computó, y por puesta en circulación se interpreta que es comerciar, en otras palabras colocarlos en el mercado de los consumidores, es lo que conocemos como la piratería.

El delito que se analizará es de suma importancia, ya que tiene que ver con los menores de edad, es decir, con la pornografía infantil, la cual nos damos cuenta que falta todavía regular este delito, con relación a las páginas web que publican escenas pornográficas con menores de edad (Internet), yo creó que esta es una problemática en el ámbito mundial, en este Código Español, todavía no define ni enfatiza en las publicaciones que se realizan en Internet. Este delito lo tipifica en su artículo 189, mismo que cito a la letra:

¹⁸⁷ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

“Artículo 189.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

- a. El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.
- b. El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior¹⁸⁸.

Del análisis de este artículo, en su punto uno se desprenden las siguientes conductas:

Inciso a. El fin es exhibir a un menor, en espectáculos privados o públicos, etc.

En el Inciso b. Tipifica seis conductas, siendo estas las que se enumeran:

1. produjere,
4. exhibiere o,

¹⁸⁸http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.lhtm

2. vendiere,

5. facilitare.

3. distribuyere,

6. difusión.

Estas conductas van encaminadas al material pornográfico de menores de edad o incapaces, independientemente de la nacionalidad u origen de este material.

En este mismo punto expresa otra conducta siendo, el que poseyera.

En el punto dos agrava la pena, cuando el sujeto activo pertenezca a una organización o asociación

En el punto tres, atenúa la penalidad, y sanciona la conducta del sujeto activo al hacer participar a un menor de edad o incapaz, en un comportamiento sexual que afectaría su evolución. En otras palabras, sanciona no el inducir a participar sino el obligar a participar al menor de edad o incapaz en un acto sexual.

En el cuarto punto, atenúa más la penalidad, y sanciona a aquélla persona que tiene la patria potestad o tutela sobre un menor o incapaz y no impide que se prostituya o corrompa, es decir, no acude ante la autoridad competente, para evitar la prostitución del menor de edad o incapaz.

Este es el último punto, el cual es una facultad que le otorga al fiscal, para privar de la patria potestad, tutela, etc., cuando ocurra alguna de las conductas indicadas.

De tal análisis se desprende que no hay ninguna mención respecto a la difusión de la pornografía infantil en Internet. Consultando páginas web españolas, encontramos a una autora, que define a la pornografía infantil, concepto que es indispensable citar, por lo que publica lo siguiente:

"El Art. 2 c) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, establece que "por utilización de niños en la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

Y por su parte, el *Convenio de Cibercriminosos*, del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, en su Art. 9.2, señala que la "pornografía infantil incluirá todo material pornográfico que represente visualmente: a) a un menor envuelto en una conducta sexual explícita; b) a cualquier persona que aparente ser un menor envuelto en una conducta sexual explícita; c) cualquier imagen realista que represente a un menor envuelto en una conducta sexual explícita".

Más allá de la conveniencia o no de incluir definiciones jurídico-penales con relación a esta clase de contenidos, interesa tener presente que, como mensaje que es la pornografía infantil, algo tendrán que decir disciplinas como el Derecho de la Comunicación. En este sentido, es importante anticipar algo esencial: el legislador ha olvidado que, la pornografía infantil es, además de una explotación sexual del menor, un delito material de información, es decir un delito que tiene que ver con el contenido de los mensajes, como es el caso de la injuria o la calumnia"¹⁸⁹.

Esta problemática, también se presenta en nuestro país, y de las definiciones citadas, cabe hacer mención y resaltar, las palabras que se expresan en ambas definiciones, en la primera, actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, y en la segunda, material pornográfico que represente visualmente: b) a cualquier persona que aparente ser un menor envuelto en una conducta sexual explícita, ahora bien, hago notar estas palabras ya que si las analizamos en conjunto y entramos a alguna página web, en Internet, nos damos cuenta que la publicación de una actividad sexual de un menor, no sabemos si es simulado o no, ya que es una representación visual en la que puede ser que un adulto realice esta actividad sexual y se represente en un menor, gracias a los medios informáticos que distorsionan la verdadera identidad de la persona.

Estas definiciones son interesantes y nos otorgan varios elementos, que son considerados como pornografía infantil y lo más importante es que da pauta, para estudiar no sólo el Código Penal Español sino el de nuestro país. Estamos de acuerdo con las ideas de la autora en cita, ya que es cierto, que la pornografía es un mensaje de información, es por eso que urge legislen sobre este tema, no sólo en España sino en diversos países y en el derecho internacional.

Por último desarrollaremos el delito de falsedad de documentos, tal y como se observa del artículo que tipifica este delito, en ningún renglón menciona que se realice por medio de computadora o informática, y para tales efectos cito a la letra dicho artículo:

"Artículo 390.

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:
 1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
 2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

¹⁸⁹ GUTIÉRREZ DAVID, M^a Estrella . <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil3.shtml>

3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.¹⁹⁰

Hay un artículo el cual, menciona la utilización de máquinas para llevar a cabo cualquiera de las conductas descritas en el artículo indicado, y al incluir máquinas en sentido general, por ende, se puede referir al uso de una computadora, este artículo es el 400, el cual dice lo siguiente:

“Artículo 400.

La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”¹⁹¹.

El artículo también contempla a los programas de ordenador, por lo tanto es considerado como uno de los delitos que se realizan por medios informáticos, en donde implícitamente esta detrás de este concepto la utilización de la computadora.

Finalmente, con este último delito concluimos este tema, y en los párrafos subsecuentes se desarrollara, la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica.

4.9. Legislación de los Estados Unidos de Norte América.

El sistema jurídico norteamericano es muy diferente al de nuestro país, ya que nuestro derecho es escrito, y el de ellos se basa en el sistema del common law, es decir, la aplicación de las sanciones se basan en las sentencias dictadas, sobre un caso en particular, por lo que no tiene muchas leyes, sin embargo en este tema, se mencionaran las leyes o actas que contemplan y reconocen a los delitos llevados a cabo por medio de la informática o una computadora, así como algunos extractos de sentencia sobre un delito informático.

Tiene un departamento de policía cibernética el cual es muy eficaz, en el mes de marzo, efectuaron un operativo contra hackers en Washington y lograron capturar decenas de delincuentes, algunas de las sentencias dictadas por la corte han castigado

¹⁹⁰ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

¹⁹¹ http://www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

a este tipo de delinquentes con trabajos a la comunidad, uno de estos servicios, es enseñando sus conocimientos sobre la informática.

A continuación expresare algunas de las actas o sentencias, que considero que son importantes, debido a los temas que contienen.

“Este país adoptó en 1994 del Acta Federal de Abuso Computacional (18 U.S.C. Sec. 1030) que modificó al Acta de Fraude y Abuso Computacional de 1986.

Con la finalidad de eliminar los argumentos hipertécnicos acerca de qué es y que no es un virus, un gusano, un caballo de Troya y en que difieren de los virus, la nueva acta proscribire la transmisión de un programa, información, códigos o comandos que causan daños a la computadora, a los sistemas informáticos, a las redes, información, datos o programas (18 U.S.C.: Sec. 1030 (a) (5) (A)). La nueva ley es un adelanto porque está directamente en contra de los actos de transmisión de virus.

El Acta de 1994 diferencia el tratamiento a aquellos que de manera temeraria lanzan ataques de virus de aquellos que lo realizan con la intención de hacer estragos. Definiendo dos niveles para el tratamiento de quienes crean virus:

- a. Para los que intencionalmente causan un daño por la transmisión de un virus, el castigo de hasta 10 años en prisión federal más una multa.
- b. Para los que lo transmiten sólo de manera imprudencial la sanción fluctúa entre una multa y un año en prisión.

La nueva ley constituye un acercamiento más responsable al creciente problema de los virus informáticos, específicamente no definiendo a los virus sino describiendo el acto para dar cabida en un futuro a la nueva era de ataques tecnológicos a los sistemas informáticos en cualquier forma en que se realicen. Diferenciando los niveles de delitos, la nueva ley da lugar a que se contemple qué se debe entender como acto delictivo.

Asimismo, en materia de estafas electrónicas, defraudaciones y otros actos dolosos relacionados con los dispositivos de acceso a sistemas informáticos, la legislación estadounidense sanciona con pena de prisión y multa, a la persona que defraude a otro mediante la utilización de una computadora o red informática¹⁹².

Por medio de esta acta, tipifica a los virus que navegan en Internet o en los correos electrónicos, estos tienen como fin destruir la información que se encuentra almacenada en las computadoras, además de que puede dañar los programas del software, este tipo de conducta predomina en la actualidad, sin lugar a dudas es uno de los delitos más comunes. Y asimismo realiza la diferencia de quien lo hace de forma dolosa o culposa. Un ejemplo que surgió en el mes de marzo, en el que a través del

¹⁹² <http://www.monografias.com/trabajos/legisdelinf/legisdelinf.shtml>

messenger, te llegaba un archivo con el nombre de la artista Cristina Aguilera y si al momento de que llegaba, estaba conectado un contacto de esa persona, automáticamente se transfería el virus a la persona conectada, en este caso no hay ni dolo, y considero que ni culpa ya que tu no sabias que se transmitía con el sólo conectarse esa persona que es uno de tus contactos en el messenger. Sin embargo ante los ojos de esta Acta es un delito culposo, es una valiosa aportación esta Acta, tomando en cuenta que en el año de 1994, pocos países estaban pensando en una legislación sobre este tipo de conductas.

“Actualmente 49 estados poseen una legislación determinada sobre delitos informáticos que de alguna manera, ya sea tipificando la destrucción de información o precisando que constituye delito el uso de virus, ha abordado la cuestión (la excepción es el estado de Vermont).

Uno de los precursores ha sido el estado de California. A finales de 1988 modificó su Código Penal, haciendo constar que todo aquel que conscientemente acceda y, sin permiso, añada, altere, erosione, borre o destruya datos, software o programas de ordenador, sistema informático o red de ordenadores... es culpable de ofensa pública. La pena que se establece para este delito de ofensa pública es de una multa de 10.000 dólares, la confiscación del equipo informático del acusado y prisión hasta un periodo máximo de tres años.

También el estado de Minnesota sancionó una ley que prohíbe la distribución intencional de programas computacionales destructivos, que se definen como cualquier software que degrade el rendimiento e inhabilite el computador, periféricos o sus sistemas. Además, cualquier programa que produzca datos no autorizados (lo que incluye información que sólo ocupa espacio) o altera la información también es considerado destructivo. La ley fija penas que se gradúan desde una pequeña multa y 90 días de prisión, por delitos que no ocasionen daño al computador, hasta 10 años de prisión y 50.000 dólares de multa por delitos que provoquen más de 2.500 dólares de daño...

El caso más notorio, y el primero en que fue aplicada la ley federal fue “United States v. Morris”. En noviembre de 1988, Robert Tappan Morris, estudiante de informática en la Universidad de Cornell e hijo de uno de los más prestigiosos expertos en seguridad de sistemas informáticos del gobierno introdujo un virus en las red Arpanet. Esta red de computadoras, que actualmente forma parte de Internet, posee miles de terminales en varios continentes y fue fundada para tratar material no clasificado entre universidades e institutos de investigación públicos y privados de los Estados Unidos y otros países.

El virus fue contaminando toda la red hasta saturarla en pocas horas. Esto provocó el bloqueo de las líneas de computación y de las memorias de las computadoras de la red. Más de 6.000 ordenadores quedaron afectados. Entre ellos algunos del Pentágono, la NASA, el Mando Aéreo Estratégico, la Agencia Nacional de

Seguridad (NSA), el Ministerio de Defensa, los laboratorios Lawrence Livermore de Berkeley (California) y las Universidades de Princeton, Yale, Columbia, Harvard, Illinois, Purdue, Wisconsin y el Instituto de Tecnología de Massachusetts. Incluso se llegó a afectar ordenadores de la República Federal de Alemania y Australia que estaban también conectados a la red.

Morris fue juzgado en enero de 1990, en el tribunal del distrito de Siracusa, Nueva York. La Fiscalía solicitó una pena de prisión de cinco años y una multa de 250.000 dólares. La opinión pública nacional estaba dividida: por una parte se veía a Morris como a un terrorista informático, pero otro sector lo consideraba un genio que sólo buscó demostrar sus habilidades y lo exponían como baluarte de uno de los pocos campos tecnológicos en el que Estados Unidos todavía mantiene su liderazgo: la producción de software. Morris fue condenado a tres años de libertad condicional, 10.000 dólares de multa y 400 horas de trabajo comunitario.¹⁹³

La pena impuesta a Morris, confirma lo indicado en el primer párrafo de este tema, ya que le impusieron trabajo comunitario, y ahora en la actualidad, se dictan en ese sentido, es decir, los sancionan a impartir sus conocimientos por horas de trabajo.

El Acta Federal de Abuso Computacional, utiliza la palabra virus y la sanciona siendo el objetivo primordial de esta ley, esta palabra, desde mi punto de vista usa términos muy técnicos, por ende se distingue de la ley española y aún más con las leyes mexicanas.

Los virus juegan un papel importante en la sociedad internacional, ya que puede ser una alternativa de guerra entre países, ya que se realizan para atacar el sistema de un país, tal y como lo hizo E.U.A., en la guerra con Irak, en donde entro a una página web de este país y introdujo su bandera.

4.10 Legislación Nacional.

En el estudio y desarrollo de este tema se analizará, no sólo la ley penal que es en la materia que se realiza la presente investigación sino también las legislaciones que regulan estas conductas ilícitas relacionadas con la informática, haciendo énfasis que no los contemplan como delitos informáticos.

En la materia del derecho penal, el primer Código Penal que regulo, este tipo de conductas o delitos, fue el del Estado de Sinaloa, es el primer antecedente histórico, que comienza a tipificar estas conductas en las que se utiliza la informática, de ahí la relevancia jurídica que trae el artículo 217 de este Código, motivo por el cual cito a la letra, ya que es indispensable conocer el contenido de este tipo penal.

¹⁹³ PALAZZI, Pablo Andrés. "Delitos Informáticos". 1ª Edición. Editorial AD HOC, S.R.L. Buenos Aires, 2000. Págs. 154,155 y 156.

"Título Décimo
Delitos contra el patrimonio

Capítulo V
Delito Informático

Artículo 217. Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho:

I. Use o entre a una base de datos, sistemas de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información; o

II. Intercepte, interfiera, reciba, use, altere, dañe o destruya un soporte lógico o programa de computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red.

Al responsable de delito informático se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de noventa a trescientos días multa.¹⁹⁴

Este Código Penal lo clasifica como delito informático y dentro de los delitos que atentan al patrimonio, además que protege diversos bienes, entre estos, están: la información, soporte lógico y el patrimonio, asimismo, regula varias conductas.

Una de las características principales de este artículo, es el reconocimiento del delito informático, ya que en el Código Penal Federal, no es reconocido como tal.

Posteriormente surge una reforma al artículo 211 del Código Penal Federal, esta data del año de 1999, y se crean los artículos 211 bis 1 al 7, y los cataloga dentro del título noveno, titulado revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, capítulo II, denominado acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, tema de este estudio, mismo que fue analizado en los temas anteriores, sin embargo, hay que recordar que el bien jurídico tutelado de los delitos que tipifican es la información, asimismo, dejan fuera a la interceptación al daño o destrucción de programas, conductas que en contrario sensu sí regula el Código Penal del Estado de Sinaloa.

En la legislación penal, son las únicas disposiciones que regulan de forma específica el uso de la informática o los delitos cometidos a través de la informática, en las líneas subsecuentes, indicare algunas disposiciones de carácter penal que de su redacción no se desprende la palabra computadora o informática, etc., pero al interpretarlos, se puede deducir que las conductas realizadas por medio de una computadora, pueden encuadrar en estos tipos, debido a que emplean una palabra en

¹⁹⁴ http://www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm

sentido general, asimismo enunciaremos algunas de las leyes que se refieren a la informática.

En el tema de la pornografía infantil que es muy preocupante, para toda sociedad la proliferación de estos delitos, y sobre todo la publicación o difusión que se efectúa tan ágil, gracias al Internet, es por eso, que se deben de realizar reformas con relación a este tipo de delito, y enfocadas obviamente al Internet, claro que detrás del uso del Internet, hay una computadora, actualmente nuestro Código Penal Federal, en su artículo 201 bis, tipifica el anuncio vía electrónica del exhibicionismo corporal de los menores, al momento de establecer la palabra electrónica, consideramos que engloba las acciones de exhibicionismo en Internet, dicho artículo versa así:

“Artículo 201 bis AI que procure o facilite por cualquier medio el que uno o más menores de dieciocho años, con o sin su consentimiento, lo o los obligue o induzca a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, con el objeto y fin de videografarlos, fotografiarlos o exhibirlos mediante anuncios impresos o electrónicos, con o sin el fin de obtener un lucro, se le impondrán de cinco a diez años de prisión y de mil a dos mil días multa.

Al que fije, grave, imprima actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales en que participen uno o más menores de dieciocho años, se le impondrá la pena de diez a catorce años de prisión y de quinientos a tres mil días multa. La misma pena se impondrá a quien con fines de lucro o sin él, elabore, reproduzca, venda, arriende, exponga, publicite o transmita el material a que se refieren las acciones anteriores.

Se impondrá prisión de ocho a dieciséis años y de tres mil a diez mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, a quien por sí o a través de terceros, dirija, administre o supervise cualquier tipo de asociación delictuosa con el propósito de que se realicen las conductas previstas en los dos párrafos anteriores con menores de dieciocho años.

Para los efectos de este artículo se entiende por pornografía infantil, la representación sexualmente explícita de imágenes de menores de dieciocho años¹⁹⁵.

La palabra o el enunciado clave de esta disposición, es el exhibirlos mediante anuncios impresos o electrónicos y la definición de pornografía infantil, la cual define, que es la representación explícita de imágenes de menores de edad, no tomando en cuenta las representaciones simuladas que se difunden en Internet, por tal motivo hace falta reformar al respecto, ya que hay lagunas en la ley penal que no contemplan figuras, que se producen a través del Internet.

En cuanto toca al tema de los derechos de autor, se reconoce al autor de un programa de computación, el derecho a explotar los derechos sobre su obra, este

¹⁹⁵ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 51.

derecho se lo otorga la Ley Federal de Derechos de Autor, y cuando se quebranta algún artículo de esta ley y que afecte al autor, se hablará de un posible delito, el cual es regulado y clasificado por el Código Penal Federal, en el título vigésimo sexto y los denomina, los delitos en materia de derechos de autor. Es de especial interés transcribir las ideas principales de los artículos que describen a los programas de autor como una obra protegida por la Ley Federal de derechos de autor y en un segundo parámetro los artículos que sanciona este tipo de delitos y protege.

Artículos de la Ley Federal de Derechos de Autor.

"ARTÍCULO 13. - Los derechos de autor a que se refiere esta Ley se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas:

- I.
- II.
- III.
- IV.
- V.
- VI.
- VII.
- VIII.
- IX.
- X.
- XI. Programas de cómputo;
- XII.

CAPÍTULO II DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE COMERCIO

ARTÍCULO 231. - Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:

- I...
- II...
- III...
- IV...
- V...
- VI...
- VII. Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida o un programa de cómputo sin el consentimiento del titular;
- VIII...
- IX...

X. Las demás infracciones a las disposiciones de la Ley que impliquen conducta a escala comercial o industrial relacionada con obras protegidas por esta Ley¹⁹⁶.

El último artículo en cita, se puede decir que tal y como lo invoco son infracciones de carácter administrativo la que enumera la Ley Federal de Derechos de Autor.

Las sanciones de carácter penal que sancionan estos delitos, se encuentran en el Código Penal Federal en los siguientes artículos:

“DE LOS DELITOS EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR

ARTÍCULO 424. - Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa:

I...

II...

III. A quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor.

IV. Derogada

ARTÍCULO 424 bis.- Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

I...

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación¹⁹⁷.

La Ley Federal de Derechos de Autor, no reconoce lo mencionado por la fracción segunda del último artículo en cita, por tal razón agrava la pena establecida en el artículo 424.

En la Ley de Instituciones de Crédito en su capítulo III, de los delitos, describe como delito el acceso a los sistemas electromagnéticos de un banco con el fin de obtener un lucro, obviamente al decir sistema electromagnético, tiene cabida la computadora o soporte lógico o electrónico, por tal razón, cito dicho artículo.

¹⁹⁶ [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CI//Leyes/24121996\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CI//Leyes/24121996(1).pdf)

¹⁹⁷ Código Penal Federal. OP CIT. Pág. 122.

"(ADICIONADO, D. O. F. 17 DE MAYO DE 1999)

ARTÍCULO 112 Bis.- Se sancionará con prisión de tres a nueve años y de treinta mil a trescientos mil días multa, al que:

I...

II...

IV. Altere el medio de identificación electrónica y acceda a los equipos electromagnéticos del sistema bancario, con el propósito de disponer indebidamente de recursos económicos, u

La pena que corresponda podrá aumentarse hasta en una mitad más, si quien realice cualquiera de las conductas señaladas en las fracciones anteriores tiene el carácter de consejero, funcionario o empleado de cualquier institución de crédito"¹⁹⁸.

La fracción III, es la que describe, el acceso a equipos electromagnéticos, por lo que opinamos, que se puede relacionar con la informática, el último párrafo agrava la pena.

Es de comentar que en la materia de la informática o delitos relacionados con la misma, no ha suscrito Tratados Internacionales nuestro país, el único que contempla a la informática es el Tratado de América del Norte, y sólo con relación al tema de los derechos de autor, patentes y otros derechos de propiedad intelectual, procedimientos, defensa de estos derechos y sanciones.

El TLC, reconoce el derecho de autor sobre los programas de computación, asimismo los secretos industriales, los artículos que regulan lo indicado son:

"Artículo 1705: Derechos de autor

1. Cada una de las Partes protegerá las obras comprendidas en el Artículo 2 del Convenio de Berna, incluyendo cualesquiera otras que incorporen una expresión original en el sentido que confiere a este término el mismo Convenio.

En particular:

a) todos los tipos de programas de cómputo son obras literarias en el sentido que confiere al término el Convenio de Berna y cada una de las Partes los protegerá como tales; y...

¹⁹⁸ [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990(1).pdf)

Artículo 1711: Secretos industriales

1. Cada una de las Partes proveerá a cualquier persona los medios legales para impedir que los secretos industriales se revelen, adquieran o usen por otras personas sin el consentimiento de la persona que legalmente tenga bajo control la información, de manera contraria a las prácticas leales del comercio, en la medida en que:

- a) la información sea secreta, en el sentido de que, como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;
- b) la información tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta; y
- c) en las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

2. Para otorgar la protección, cada una de las Partes podrá exigir que un secreto industrial conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros instrumentos similares¹⁹⁹.

En la descripción de estos artículos, y en su interpretación se desprende el uso de la computadora o temas relacionados con la misma, en el primer artículo transcrito, protege a los derechos de autor sobre la creación de los programas de computación y en el último protege la revelación de secretos contenidos en medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos. México cumple con estos artículos ya que ha legislado en la materia de derechos de autor, tal y como se señalo en los párrafos anteriores, y en materia penal, referente a la revelación de secretos almacenados en sistemas o equipos informáticos.

Ha firmado otros Acuerdos, obviamente más antiguos que el citado en las líneas que preceden, por lo que transcribiré un pequeño resumen, publicado por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

“B. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluso el comercio de mercancías falsificadas.

El Gobierno de México es parte de este acuerdo que se celebró en el marco de la Ronda Uruguay del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), manteniendo su vigencia hasta nuestros días.

¹⁹⁹ <http://www.iadb.org/intal/tratados/naftacompleto.htm>

Consideramos que debe destacarse el hecho de que en este acuerdo, en el artículo 10, relativo a los programas de ordenador y compilaciones de datos, se establece que este tipo de programas, ya sean fuente u objeto, serán protegidos como obras literarias de conformidad con el Convenio de Berna de 1971 para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, y que las compilaciones de datos posibles de ser legibles serán protegidos como creaciones de carácter intelectual.

Además, en la parte III sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual, en la sección I de obligaciones generales, específicamente en el artículo 41, se incluye que los miembros del acuerdo velarán porque en su respectiva legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, en la sección u, denominada procedimientos penales, en particular el artículo 61, se establece que para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial, se establecerán procedimientos y sanciones penales además de que, "los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias".

Finalmente, en la parte VII, denominada disposiciones institucionales, disposiciones finales, en el artículo 69 relativo a la cooperación internacional, se establece el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades de aduanas en lo que se refiere al comercio de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y mercancías piratas que lesionan el derecho de autor²⁰⁰.

Damos por terminado este título, resaltando que en materia de delitos informáticos o delitos cometidos por medio de las computadoras, nuestro país no ha suscrito ningún Tratado Internacional ni Acuerdo, y los Tratados y Acuerdos señalados, sólo se refieren a las conductas ilícitas relacionadas con las computadoras en la materia de derechos de autor.

En este entendido, es indispensable realizar Tratados o Acuerdos Internacionales con relación a los delitos que se cometen por medio de la informática, además de la firma de los Tratados o Acuerdos, las partes deben de tener una cooperación internacional mutua entre estas, auxiliándose de los departamentos de policía encargados de perseguir este tipo de ilícitos, debiendo estos, en circunstancias de emergencia, responder inmediatamente a las acciones delictivas que se persiguen en el otro u otros Estados Parte, por ende, los Países deben de identificar las autoridades responsables, mantener contacto, compartir teléfonos y direcciones así como conocimientos, tácticas y procedimientos de investigación en este tipo de conductas.

²⁰⁰ http://www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm

4.11. Tratados y Convenciones Internacionales.

En este tema, analizaremos tres organizaciones de países, que tienen un reconocimiento en el ámbito mundial, siendo estas la O.N.U. (Organización de Naciones Unidas), la O.E.A. (Organización de Estados Americanos) y la U.E. (Unión Europea), esta última nos proporciona un Convenio muy completo en materia de delito cometidos por medio de las computadoras o soportes lógicos.

Iniciamos citando a la máxima Organización de países, y que tiene una injerencia jurídica, a través de sus recomendaciones, además del reconocimiento en el ámbito mundial, esto debido a los acontecimientos históricos en los que actuado, sin olvidar el acontecimiento de la Segunda Guerra Mundial.

La Organización de Naciones Unidas, con relación al tema de delitos informáticos, emite una clasificación así como una breve explicación de estos tipos de delito, por lo que citamos a continuación esta clasificación.

“Publicado en el VI Congreso Latinoamericano en 1998, en Colonia, Uruguay, Publicado en La Ley, Nros. 202 del 23 de Octubre de 1998 y 215 del 11 de Noviembre de 1998, Argentina.

Tipos de Delitos Informáticos Conocidos por Naciones Unidas	
Delitos	Características
<i>Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras</i>	
<u><i>Manipulación de los datos de entrada</i></u>	Este tipo de fraude informático conocido también como sustracción de datos, representa el delito Informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos.
<u><i>La manipulación de programas</i></u>	Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas

	<p>rutinas. Un método común utilizado por las personas que tienen conocimientos especializados en programación informática es el denominado Caballo de Troya, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.</p>
<p><u>Manipulación de los datos de salida</u></p>	<p>Se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude de que se hace objeto a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos. Tradicionalmente esos fraudes se hacían a partir de tarjetas bancarias robadas, sin embargo, en la actualidad se usan ampliamente equipos y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y de las tarjetas de crédito.</p>
<p><u>Fraude efectuado por manipulación informática</u></p>	<p>Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada que se denomina "técnica del salchichón" en la que "rodajas muy finas" apenas perceptibles de transacciones financieras, se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra.</p>
<p>Falsificaciones Informáticas</p>	
<p><u>Como Objeto</u></p>	<p>Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada</p>
<p><u>Como instrumentos</u></p>	<p>Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color a base de rayos láser surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas. Estas fotocopiadoras pueden hacer copias de alta resolución, pueden modificar documentos e incluso pueden crear documentos falsos sin tener que recurrir a un original, y los documentos que producen son de tal calidad que solo un experto puede diferenciarlos de los documentos auténticos.</p>

<i>Daños o modificaciones de programas o datos computarizados</i>	
<u><i>Sabotaje informático</i></u>	Es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema. Las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son:
<u><i>Virus</i></u>	Es una serie de claves programáticas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de soporte lógico que ha quedado infectada, así como utilizando el método del Caballo de Troya.
<u><i>Gusanos</i></u>	Se fabrica de forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse. En términos médicos podría decirse que un gusano es un tumor benigno, mientras que el virus es un tumor maligno. Ahora bien, las consecuencias del ataque de un gusano pueden ser tan graves como las del ataque de un virus: por ejemplo, un programa gusano que subsiguientemente se destruirá puede dar instrucciones a un sistema informático de un banco para que transfiera continuamente dinero a una cuenta ilícita.
<u><i>Bomba lógica o cronológica</i></u>	Exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro. Ahora bien, al revés de los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que poseen el máximo potencial de daño. Su detonación puede programarse para que cause el máximo de daño y para que tenga lugar mucho tiempo después de que se haya marchado el delincuente. La bomba lógica puede utilizarse también como instrumento de extorsión y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar en donde se halla la bomba.
<u><i>Acceso no autorizado a Sistemas o Servicios</i></u>	Por motivos diversos: desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos (Hacker) hasta el sabotaje o espionaje informático.
<u><i>Piratas informáticos o Hackers</i></u>	El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones, recurriendo a uno de los diversos

	medios que se mencionan a continuación. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema, esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema.
<u>Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección Legal.</u>	Esta puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. Algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas. Al respecto, consideramos, que la reproducción no autorizada de programas informáticos no es un delito informático debido a que el bien jurídico a tutelar es la propiedad intelectual. ²⁰¹

La O.N.U., reconoce tres tipos de delitos informáticos, siendo el fraude, las falsificaciones informáticas y los daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

En el delito de fraude, describe cuatro diferentes tipos de conductas de las cuales considero que el sujeto activo si debe de tener conocimientos en el área de la informática, ya que no cualquier persona, puede modificar programas o manipular a la computadora. En una de estas conductas, describe como fraude la sustracción de información, no hay que olvidar que son opiniones de este Organismo internacional, nuestra opinión en este sentido sería robo de información y de acuerdo a nuestra legislación, encuadraríamos lo estipulado en los artículos 211 bis 1 al 7, y la conducta que se tipifica sería la de copiar información.

Con relación a los delitos de falsificación, menciona dos características, siendo la primera, objeto y la última como instrumento. En la primera característica, se da cuando alteran los documentos almacenados en forma computarizada, para definirlos, los subdivide en dos apartados. El primer apartado como objeto y la segunda es cuando se usa como medio comisivo, es decir, como herramienta para delinquir, ya que debido al scanner, impresoras a color de alta definición, permiten de forma ágil, falsificar un documento.

²⁰¹ <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/delitosinformaticos2.shtml>

El último delito, lo caracteriza como sabotaje informático, que no es otra cosa que destruir información y modificar, obviamente esta debe de estar almacenada en una computadora, asimismo emite algunas formas de conductas criminógenas que realizan los sujetos activos, siendo el más común, la proliferación de los virus. Esta conducta si esta regulada en nuestra legislación penal, al decir, el artículo 211 bis 1 al 4, al que destruya información.

La OEA, no ha firmado ningún Tratado o Acuerdo sobre delitos realizados por medio de la computadora, informática ó cibernética, sin embargo, si ha formado un área específica, para emitir opiniones, acerca de los delitos cibernéticos, consideramos que este grupo lo formo en aras de crear alguna disposición que regule este tipo de ilícitos, para efectos de definir las leyes nacionales de cada Estado parte. A continuación cito a la letra la creación de esta área.

“GRUPO DE EXPERTOS EN DELITO CIBERNETICO

En marzo de 1999 los Ministros de Justicia o Ministros o Procuradores Generales de las Américas recomendaron establecer un grupo de expertos intergubernamentales sobre delito cibernético con el mandato de:

1. hacer un diagnóstico de la actividad delictiva vinculada a las computadoras y la información en los Estados miembros;
2. hacer un diagnóstico de la legislación, las políticas y las prácticas nacionales con respecto a dicha actividad;
3. identificar las entidades nacionales e internacionales que tienen experiencia en la materia; y
4. identificar mecanismos de cooperación dentro del sistema interamericano para combatir el delito cibernético.

La Cuarta Reunión de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas recomendó que, en el marco de las labores del Grupo de Trabajo de la OEA encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las REMJA, se convoque de nuevo a este Grupo de Expertos con el siguiente mandato:

- a. Dar seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones formuladas por dicho Grupo y adoptadas por la REMJA III, y
- b. Considerar la elaboración de los instrumentos jurídicos interamericanos pertinentes y de legislación modelo con el fin de fortalecer la cooperación hemisférica en el combate contra el delito cibernético, considerando normas

relativas a la privacidad, la protección de la información, los aspectos procesales y la prevención del delito.”²⁰²

Dicho organismo, tiene la idea de efectuar un Tratado o Acuerdo sobre los delitos cometidos por medio de las computadoras, ya que le ha encargado al grupo experto en delitos cibernéticos, efectuar análisis de los países que tienen experiencia en la materia con la finalidad de crear una ley modelo que ataque a este tipo de delitos; sin embargo, no ha concretizado, y a la fecha no ha formulado Tratado o Acuerdo sobre este tema.

Es de resaltar que la OEA, esta trabajando en este tema y que para tal objetivo, creó este grupo de expertos, por tal razón consideré relevante indicar la creación de este grupo y su objetivo, ya que nuestro país forma parte de este organismo.

La integración económica más fuerte y sólida que hay en la actualidad, es la Unión Europea, ha emitido el Convenio sobre la ciberdelincuencia, que es uno de los más completos en el ámbito mundial que existe con relación al tema que nos ocupa.

El estudio del presente Convenio se realizará en tres rubros y citando aquellos artículos que de acuerdo a nuestro punto de vista tienen más injerencia jurídica, con respecto a los delitos que se cometen mediante las computadoras, en un primer plano, citaremos definiciones o conceptos, en el segundo rubro, mencionare los delitos que contempla, en el último apartado, transcribiré las ideas principales respecto al derecho internacional.

En esta primer parte, el Convenio, define a los sistemas informáticos, datos informáticos, proveedor de servicios y datos sobre el tráfico, dichas definiciones son las siguientes:

“CONVENIO SOBRE LA
CIBERDELINCUENCIA
Budapest, 23.XI.2001

Capítulo I – Terminología

Artículo 1 – Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a) por “sistema informático”, se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;

²⁰² <http://tratados.sre.gob.mx/Links.htm>

b por "datos informáticos" se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

c por "proveedor de servicios" se entenderá:

- i toda entidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar por medio de un sistema informático, y
- ii cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios de ese servicio;

d por "datos sobre el tráfico"; se entenderá cualesquiera datos informáticos relativos a una comunicación por medio de un sistema informático, generados por un sistema informático como elemento de la cadena de comunicación, que indiquen el origen, destino, ruta, hora, fecha, tamaño y duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.²⁰³

Estos conceptos son básicos, ya que de estos depende el entendimiento y razonamiento de los delitos en los que se usa la computadora, aunque el presente Convenio se refiere a sistema informático, del significado se desprende por la lógica que es una computadora, ya que esta es un dispositivo electrónico que ejecuta un tratamiento automatizado de datos, a través de un programa predeterminado, y en cuanto a los datos informáticos, en el desarrollo de los temas anteriores, habíamos indicado que se entendía por datos todo tipo de información, el presente instrumento jurídico amplía la idea que estructuramos al decir, que permita el tratamiento informático contenido en un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función, por lo que hace al proveedor, es entendible que es aquella persona que oferte servicios al público con la salvedad que estos son: posibilidad de comunicar por medio de sistemas informáticos, en la última definición es la transmisión de información de un sistema informático a otros u otros, registrando los elementos de tiempo, fecha tamaño, etc.

En el segundo rubro, detallaremos los delitos que contempla esta Convenio, ya que es una referencia o una base, para que cualquier país legisle en este tipo de delitos.

"Título 1 - Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.

²⁰³ <http://www.guardiacivil.com/telematicos/ciberdelincuencia.pdf>

Artículo 2 - Acceso ilícito

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a la totalidad o a una parte de un sistema informático. Cualquier Parte podrá exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos o con otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático que esté conectado a otro sistema informático.

Artículo 3 - Interceptación ilícita

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la interceptación deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos informáticos.

Artículo 4 - Interferencia en los datos

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos.

Artículo 5 - Interferencia en el sistema

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la obstaculización grave, deliberada e ilegítima del funcionamiento de un sistema informático mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, deterioro, alteración o supresión de datos informáticos.

Artículo 6 - Abuso de los dispositivos

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

a la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición de:

i un dispositivo, incluido un programa informático, diseñado o adaptado principalmente para la comisión de cualquiera de los delitos previstos de conformidad con los anteriores artículos 2 a 5; y

ii una contraseña, un código de acceso o datos informáticos similares que permitan tener acceso a la totalidad o a una parte de un sistema informático, con el fin de que sean utilizados para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 2 a 5; y

b la posesión de alguno de los elementos contemplados en los anteriores apartados a.i) o ii) con el fin de que sean utilizados para cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 2 a 5. Cualquier Parte podrá exigir en su derecho interno que se posea un número determinado de dichos elementos para que se considere que existe responsabilidad penal.

2 No podrá interpretarse que el presente artículo impone responsabilidad penal en los casos en que la producción, venta, obtención para su utilización, importación, difusión u otra forma de puesta a disposición mencionadas en el apartado 1 del presente artículo no tengan por objeto la comisión de un delito previsto de conformidad con los artículos 2 a 5 del presente Convenio, como es el caso de las pruebas autorizadas o de la protección de un sistema informático.

3 Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, siempre que la reserva no afecte a la venta, la distribución o cualquier otra puesta a disposición de los elementos indicados en el apartado 1.a.ii) del presente artículo.

Título 2 - Delitos informáticos

Artículo 7 - Falsificación informática

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa de forma deliberada e ilegítima, la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles.

Artículo 8 - Fraude informático

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial a otra persona mediante:

- a cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;
- b cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático,

con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.

Título 3 - Delitos relacionados con el contenido

Artículo 9 - Delitos relacionados con la pornografía infantil

1 Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a la producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;
- b la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;
- c la difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático,
- d la adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;
- e la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

2 A los efectos del anterior apartado 1, por pornografía infantil se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

- a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- b una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
- c imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.

3 A los efectos del anterior apartado 2, por menor se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años²⁰⁴.

El instrumento jurídico en comento, dedica el título segundo a los delitos informáticos, y tipifica como tales a la falsificación informática y al fraude informático,

²⁰⁴ <http://www.guardiacivil.com/telematicos/ciberdelincuencia.pdf>

con una concepción distinta a la citada por la O.N.U., sin embargo, los otros delitos que regula, considero que también son delitos informáticos o que se realizan por medio de la computadora, siendo estos el acceso, la interceptación ilícita, interferencia en los datos, interferencia en el sistema y abuso de los dispositivos, ya que en estos artículos hace referencia a los datos informáticos o sistemas informáticos. Este último delito, es novedoso ya que no lo establecen las legislaciones y las Organizaciones Internacionales estudiadas, y en la actualidad esta conducta si es frecuente, e integra varias conductas, englobando, tanto la persona que crea un dispositivo, incluido en un programa informático, el que lo vende, el que importa, el que lo difunde y por último el que lo obtiene, obviamente, este dispositivo es diseñado para cometer alguna conducta ilícita asimismo tipifica aquella persona que cometa cualquiera de las conductas indicadas, pero en vez de programa, las efectúa con códigos de acceso o contraseñas.

Este tipo de conductas deben ser legisladas en nuestro país, ya que es muy fácil adquirir códigos de acceso y beneficiarse adquiriendo algún servicio, como lo es el Internet y esta difusión en nuestra legislación no es tipificada así como tampoco la interceptación e interferencia de datos informáticos. La pornografía infantil esta regulada, en nuestra ley penal, aunque con lagunas, es decir, debe de ampliarse más esta conducta y tomar en cuenta, que debido a la revolución de la tecnología tiene que adaptarse de forma específica a los cambios de esta y al impacto en la sociedad, observando las disposiciones internacionales, como el Convenio que transcribimos, el cual una de las ideas interesantes en este tema y de conformidad con los medios informáticos, es la representación visual de imágenes pornográficas de menores, siendo, el pan de cada día en el Internet.

Este último apartado que analizaremos que no es menos importante que los descritos en los párrafos anteriores, el cual expresa, los principios generales que serán adoptados por las partes que firmen este Convenio, y retomando nuestra idea de fomentar una asistencia o ayuda mutua entre los Estados en materia de derecho penal internacional pues bien, es mejorada en este instrumento, ya que implementa una red, en la que están conectados los países que forman parte de este Convenio, obviamente, el personal de cada país debe de ser experto en la materia e incluso, puede ser la autoridad competente en esta área, y sino es así debe de tener contacto con la autoridad encargada de perseguir estas conductas ilícitas, además esta red funciona las 24 horas del día y todos los días incluyendo días festivos, asimismo, registrarán ante el Secretario General del Consejo de Europa, sus autoridades centrales.

No obstante lo anterior, establece diversos supuestos, con relación a la conservación de ciertos datos informáticos, con la finalidad de indagar un determinado delito, previa solicitud de un País a otro.

A continuación, escribiré, los artículos que contienen en su descripción las ideas, para asistir un país a otro, empezando por el tema de la extradición.

“Artículo 24 – Extradición

1. a) El presente artículo se aplicará a la extradición entre las Partes por los delitos establecidos en los artículos 2 a 11 del presente Convenio, siempre que estén castigados en la legislación de las dos Partes implicadas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de como mínimo un año, o con una pena más grave.

b) Cuando deba aplicarse una pena mínima diferente en virtud de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca o de un tratado de extradición aplicable entre dos o más Partes, incluido el Convenio Europeo de Extradición (STE nº 24), se aplicará la pena mínima establecida en virtud de dicho acuerdo o tratado.

2. Se considerará que los delitos mencionados en el apartado 1 del presente artículo están incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en cualquier tratado de extradición vigente entre las Partes.

3...

4. Las Partes que no condicionen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos mencionados en el apartado 1 del presente artículo como delitos que pueden dar lugar a extradición entre ellas.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno de la Parte requerida o en los tratados de extradición aplicables...

6. Cuando se deniegue la extradición por un delito mencionado en el apartado 1 del presente artículo únicamente por razón de la nacionalidad de la persona buscada o porque la Parte requerida se considera competente respecto de dicho delito, la Parte requerida deberá someter el asunto, a petición de la Parte requirente, a sus autoridades competentes para los fines de las actuaciones penales pertinentes, e informará a su debido tiempo del resultado final a la Parte requirente. Dichas autoridades tomarán su decisión y efectuarán sus investigaciones y procedimientos de la misma manera que para cualquier otro delito de naturaleza comparable, de conformidad con la legislación de dicha Parte.

7. a) Cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el nombre y la dirección de cada autoridad responsable del envío o de la recepción de solicitudes de extradición o de detención provisional en ausencia de un tratado.

b) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

Artículo 25 - Principios generales relativos a la asistencia mutua

1 Las Partes se concederán asistencia mutua en la mayor medida posible para los fines de las investigaciones o procedimientos relativos a delitos relacionados con sistemas y datos informáticos o para la obtención de pruebas en formato electrónico de un delito.

2...

3 En casos de urgencia, cada Parte podrá transmitir solicitudes de asistencia o comunicaciones relacionadas con las mismas por medios rápidos de comunicación, incluidos el fax y el correo electrónico, en la medida en que dichos medios ofrezcan niveles adecuados de seguridad y autenticación (incluido el cifrado, en caso necesario), con confirmación oficial posterior si la Parte requerida lo exige.

4... La Parte requerida no ejercerá el derecho a denegar la asistencia mutua en relación con los delitos mencionados en los artículos 2 a 11 únicamente porque la solicitud se refiere a un delito que considera de naturaleza fiscal.

Artículo 27 - Procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables

1...

2. a) Cada Parte designará una o varias autoridades centrales encargadas de enviar solicitudes de asistencia mutua y de dar respuesta a las mismas, de su ejecución y de su remisión a las autoridades competentes para su ejecución.

b) Las autoridades centrales se comunicarán directamente entre sí.

c) En el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte comunicará al Secretario General del Consejo de Europa los nombres y direcciones de las autoridades designadas en cumplimiento del presente apartado.

d) El Secretario General del Consejo de Europa creará y mantendrá actualizado un registro de las autoridades centrales designadas por las Partes. Cada Parte garantizará en todo momento la exactitud de los datos que figuren en el registro.

3. Las solicitudes de asistencia mutua en virtud del presente artículo se ejecutarán de conformidad con los procedimientos especificados por la Parte requirente, salvo que sean incompatibles con la legislación de la Parte requerida.

4. Además de las condiciones o de los motivos de denegación contemplados en el apartado 4 del artículo 25, la Parte requerida podrá denegar la asistencia si:

a) la solicitud se refiere a un delito que la Parte requerida considera delito político o delito vinculado a un delito político;

b) la Parte requerida considera que la ejecución de la solicitud podría atentar contra su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales.

5...

6. Antes de denegar o posponer la asistencia, la Parte requerida estudiará, previa consulta cuando proceda con la Parte requirente...

Título 2 - Asistencia mutua en relación con los poderes de investigación

Artículo 31 - Asistencia mutua en relación con el acceso a datos informáticos almacenados

1 Una Parte podrá solicitar a otra Parte que registre o acceda de forma similar, confisque u obtenga de forma similar y revele datos almacenados por medio de un sistema informático situado en el territorio de la Parte requerida, incluidos los datos conservados en aplicación del artículo 29.

2...

3 Se dará respuesta lo antes posible a la solicitud cuando:

a existan motivos para creer que los datos pertinentes están especialmente expuestos al riesgo de pérdida o modificación; o

b los instrumentos, acuerdos o legislación mencionados en el apartado 2 prevean la cooperación rápida.

Artículo 32 - Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando estén a disposición del público

Una Parte podrá, sin la autorización de otra Parte:

a tener acceso a datos informáticos almacenados que se encuentren a disposición del público (fuente abierta), con independencia de la ubicación geográfica de dichos datos; o

b tener acceso o recibir, a través de un sistema informático situado en su territorio, datos informáticos almacenados situados en otra Parte, si la Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada para revelar los datos a la Parte por medio de ese sistema informático.

Artículo 34 - Asistencia mutua relativa a la interceptación de datos sobre el contenido

Las Partes se prestarán asistencia mutua para la obtención o grabación en tiempo real de datos sobre el contenido de comunicaciones específicas transmitidas por medio de un sistema informático en la medida en que lo permitan sus tratados y el derecho interno aplicables.

Titulo 3 - Red 24/7

Artículo 35 - Red 24/7

1 Cada Parte designará un punto de contacto disponible las veinticuatro horas del día, siete días a la semana, con objeto de garantizar la prestación de ayuda inmediata para los fines de las investigaciones o procedimientos relacionados con delitos vinculados a sistemas y datos informáticos, o para la obtención de pruebas electrónicas de un delito. Dicha asistencia incluirá los actos tendientes a facilitar las siguientes medidas o su adopción directa, cuando lo permitan la legislación y la práctica internas:

- a el asesoramiento técnico;
- b la conservación de datos en aplicación de los artículos 29 y 30;
- c la obtención de pruebas, el suministro de información jurídica y la localización de sospechosos.

2 a El punto de contacto de una Parte estará capacitado para mantener comunicaciones con el punto de contacto de otra Parte con carácter urgente.

b Si el punto de contacto designado por una Parte no depende de la autoridad o de las autoridades de dicha Parte responsables de la asistencia mutua internacional o de la extradición, el punto de contacto velará por garantizar la coordinación con dicha autoridad o autoridades con carácter urgente.

3 Cada Parte garantizará la disponibilidad de personal debidamente formado y equipado con objeto de facilitar el funcionamiento de la red²⁰⁵.

Este Convenio, es una ley modelo a seguir, además de ser uno de los pocos Convenios que hay en esta materia, no obstante la variedad de conductas que regula, por eso es uno de los más completos y por tal razón, lo estudiamos en el presente tema.

²⁰⁵ <http://www.guardiacivil.com/telematicos/ciberdelincuencia.pdf>

Hay que adaptar o mejorar lo manifestado en el presente Convenio, es una tarea que no sólo le compete al poder legislativo o a los juristas, sino también a la policía de nuestro país, siendo, la competente en este tipo de conductas delictuosas, la policía cibernética, por lo que su tarea es implementar un programa de asistencia mutua, a lo mejor creando una red, con ciertos países, o estableciendo alguna otra forma de comunicación con las policías encargadas de perseguir estos delitos, así como de emitir campañas de prevención de estos delitos, ya que varias personas de nuestra sociedad desconocen su existencia, por ende es indispensable difundir información a través de los medios de comunicación, como la televisión o la radio, ya que sólo los que tienen acceso al Internet, pueden ver su portal y saber que existen, así como sus objetivos y las prevenciones que emiten.

4.12. Estrategias para prevenir los delitos informáticos.

En este tema, recomendaremos algunas medidas de seguridad con el fin de evitar los delitos que tipifican los artículos 211 bis 1 al 7, del Código Penal Federal, estas estrategias que expresaremos, podemos considerarlas como prevenciones básicas, ya que en el ámbito de los especialistas informáticos, hay diversas medidas de seguridad, sin embargo, las que sugiero, son las que he percibido, de acuerdo a la experiencia que he obtenido en el uso de las computadoras.

Recomendaciones:

1. Es indispensable se respalde la información contenida en una computadora, que consideremos que es de suma importancia, ¿Cómo se respalda? guardando el archivo o archivos, en disquetes, memorias, etcétera, ya que si una persona destruye la información, el sujeto pasivo, tiene un respaldo y no perderá su información.

2. Se debe de instalar una contraseña de acceso, para evitar que haya intrusos en nuestras computadoras, esta contraseña debe de ser modificada en periodos cortos, es decir, se debe de modificar, por decir, cada mes.

3. Evitar abrir archivos recibidos en los correos electrónicos o por medio del messenger, de los cuales se desconozca su origen o procedencia, ya que pueden ser virus, lo mejor es eliminarlos.

4. Instalar en la PC's, programas antivirus, ya que estos, supervisan y detectan en todos los programas de las computadoras, los archivos que están infectados, por lo que permite visualizar cual o cuales archivos contienen virus que dañarían no sólo la información sino también los programas de la computadora, obstaculizando su utilización.

Las siguientes recomendaciones, considero que se aplican a las instituciones o empresas:

1. Se debe de analizar si las funciones que realiza un determinado empleado, necesita de una conexión a Internet o cuenta de correo electrónico.

2. Se les debe de otorgar mecanismos de identificación, para que puedan tener acceso a su correo electrónico o Internet, estos mecanismos pueden ser, contraseñas, números de identificación personal, esta estrategia, permitirá que la empresa o Institución, localice o identifique al personal que realice conductas ilícitas, este es el fin principal de este punto.

3. En la conexión a Internet que se proporcione al personal, la Institución o empresa, debe de crear un registro en donde contenga las contraseñas o números de identificación, de todo el personal que le sea permitido conectarse a Internet.

4. Es indispensable contar con un área de informática o de por lo menos con un especialista, para efectos de realizar las funciones de supervisión en la red.

5. Es indispensable que el área informática implemente políticas de seguridad informática.

No obstante lo anterior, en la actualidad hay programas que previenen la intrusión o el acceso de terceras personas a nuestra computadora, sin nuestra autorización, al respecto el portal de la policía cibernética de nuestro país, especifica la función de estos y clasifica estos programas que detectan intrusos, motivo por el cual consideramos citar en las líneas subsecuentes lo publicado por el portal en comento.

"DETECTOR DE INTRUSOS

Es un programa que intenta detectar y alertar sobre las intrusiones en un sistema o en una red. Es un componente de seguridad informática y otorga apoyo a los firewalls.

Los detectores de intrusos se clasifican de la siguiente manera:

- **NIDS** (Network Intrusion Detection System): realiza un análisis del tráfico en toda la red. Además, examina los paquetes en búsqueda de operaciones no permitidas y realiza alertas cuando se intenta explorar alguna falla de un programa dentro del servidor.
- **HIDS** (Host Intrusion Detection System): a diferencia del anterior, éste realiza un análisis de tráfico sobre un servidor o una computadora personal (PC). Detecta los intentos fallidos de acceso a las computadoras y las modificaciones en los archivos críticos.

Hoy en día, integrar estos componentes a sus sistemas de seguridad de la red es muy importante, ya que es un elemento que le ayudará a tener un sistema más seguro.

PARED DE FUEGO (FIREWALL)

Es un sistema (programa o dispositivo) que conecta una red o computadora a Internet pero éste impide el acceso no autorizado desde Internet hacia su computadora. Dicho sistema permite que las comunicaciones se realicen conforme a las políticas de seguridad de quien lo instala. Además, suelen incorporar elementos que garantizan la privacidad, autenticación, integridad, etc., con lo que se impide el acceso no autorizado desde Internet²⁰⁶.

Con relación a las medidas de seguridad que se pueden instalar en nuestras computadoras, hay diferentes programas o softwares en el mercado u otros sistemas de seguridad, sin embargo, únicamente transcribí lo establecido por nuestra policía cibernética, ya que es la especialista en indagar sobre la comisión de los delitos que se efectúan por medio de las computadoras y estos programas forman parte de las formas que expresa para prevenir estos delitos.

Finalmente, comentaré que también se puede prevenir este tipo de delitos por medio de la cultura, transmitiendo los conocimientos y experiencias sobre el uso de las computadoras a nuestra familia, sobre todo a los hijos que ya entraron o están por entrar a la etapa de la adolescencia, ya que el Internet, tiene una multiplicidad de servicios que ofrecen a los usuarios que navegan en esta red, uno de los más comunes es el llamado chat, en donde se subdivide por salas en las que se hablan de diferentes temas, tales como la sexualidad, pornografía e incluso de alguna secta, hay que explicarles que no es bueno hagan comentarios de datos personales tales como, domicilio o su nombre real, ni envíen fotografías, para que no los identifiquen, ya que no conocen a las personas con las que están hablando, además de que no pueden verificar si es hombre o mujer, que edad tienen, cual es su nombre, porque la mayoría de las personas inventan sobrenombres, así que puede haber personas adultas, que se hacen pasar por adolescentes, con el fin de ganarse la confianza de nuestro hijos y esperan obtener un dato que les permita identificarlos, para cometer algún delito, como el secuestro, el robo de infantes o su prostitución. Asimismo, hay que obtener la confianza de nuestros hijos, para evitar que ellos pudieran asistir a alguna cita con una persona contactada por medio del chat ya que es un desconocido, por lo tanto se les debe indicar las prevenciones que deben de tomar así como los peligros que pueden correr.

Los foros de chat son sin lugar a dudas las áreas más peligrosas de Internet ya que no sabes quien esta del otro lado de la computadora, de manera que no se debe de difundir en un foro de estos lo que no se diga en público.

No es recomendable poner una computadora en la habitación de los jóvenes debido a que no se les puede supervisar, es por eso que es conveniente se ponga la

²⁰⁶http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pcibernetica_sub_2&docName=Seguridad%20en%20Cómputo&docId=420

computadora en un lugar más público, ya que los problemas de los menores comienzan cuando dejan la computadora para aventurarse a tomar como realidad la información recibida, entonces es cuando comienza el peligro. Con estas últimas ideas damos por terminado este capítulo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Computadora es una máquina electrónica, la cual contiene programas establecidos, con el propósito de aceptar datos (entradas), procesarlos, producir información útil (salidas) y almacenarla para su uso futuro. Para poder realizar las funciones anteriores, una computadora utiliza diferentes dispositivos. Sus funciones primordiales es el almacenar, procesar datos y emitir resultados. Asimismo la caracteriza, por ser un dispositivo electrónico, que ejecuta acciones, almacena información, transmite información y emite resultados en fracciones de minutos.

SEGUNDA. La computadora esta formada por dos elementos principales que es el hardware y el software, el primero esta compuesto por todas las piezas o elementos físicos que se aprecian a simple vista, es decir, sus piezas, son tangibles, y obviamente están adheridas a la computadora, el segundo es el conjunto de programas, o series de instrucciones, que le indican a la computadora cómo debe realizar tareas específicas ya que sin software, lo único que podemos hacer con una computadora es encenderla y apagarla.

TERCERA. La informática estudia el tratamiento automático de la información, ya sea por medio de una computadora u otro aparato. Por lo tanto la informática jurídica es el tratamiento automatizado de información o datos de carácter jurídico, de ahí que la doctrina la clasifica de acuerdo al tipo de información que se almacena en una computadora o a la función de la computadora, etcétera.

CUARTA. La cibernética es diferente a la informática y considero que la cibernética es el género y la informática es una subrama, y estudia todo lo que tenga que ver con la comunicación y sistemas de control ya sea en las máquinas o en las personas. Gracias A la cibernética se han realizado grandes avances en el campo de la robótica.

QUINTA. El derecho a la información esta en boga en nuestra sociedad, debido a la publicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental así como a la creación del IFAI, que es la autoridad que garantiza este derecho, sin olvidar que el principal fundamento jurídico de este derecho se encuentra en el artículo sexto de nuestra Carta Magna.

SEXTA. El concepto de delito de acuerdo a lo establecido en el Código Penal Federal, es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Y de acuerdo a la doctrina el delito esta conformado por elementos positivos y negativos, al momento de que se presente un elemento negativo, no habrá delito que perseguir, a contrario sensú para que exista el delito se deben de cumplir con todos los elementos positivos del delito, en otras palabras se debe de acreditar los elementos del cuerpo del delito.

SÉPTIMA. La imputabilidad se actualiza en aquellas personas que tienen la capacidad física y psicológica exigida por la ley penal, es decir que no padecen de

alguna enfermedad que perjudique su capacidad mental y sea mayor de edad. Asimismo la ley penal norma las conductas efectuadas por los sujetos imputables e inimputables, sólo que en este último supuesto aplica un procedimiento especial, como es el caso de los menores de edad que norma la Ley del Consejo de Menores.

OCTAVA. Respecto a la minoría de edad, la cual es una causa de inimputabilidad, considero que se debe de disminuir la edad a 16 años, debido al aumento de delitos ocasionados por menores de 18 años de edad, ya que a esta edad, ya tienen conocimiento sobre sus actos, e incluso algunos de estos menores delincuentes, son reincidentes y saben que no se les sanciona de la misma forma que a los mayores de edad, es por eso que urge se reduzca la edad a 16 años.

NOVENA. Las condiciones objetivas de punibilidad, no se encuentran plasmadas por regla general en todos los tipos penales, sólo en algunos, sin embargo, considero es un elemento del delito.

DÉCIMA. La punibilidad es la pena impuesta por el estado y debe de estar plasmada en todos los tipos penales.

DÉCIMA PRIMERA. El término de delito informático, da lugar a diferencias en criterios, tal es el caso que en nuestro país no está reconocido como tal en nuestra ley penal vigente. Sin embargo, en la doctrina y legislación internacional sí es reconocido como tal. En nuestro Código Penal Federal se tipifican los delitos de Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, pero no les da el carácter de delitos informáticos. Y las conductas que sancionan los artículos 211 bis I al V, son: la destrucción, modificación, conozca o copie y la pérdida de información. El bien jurídico que tutelan éstos artículos es la información.

DÉCIMA SEGUNDA. En los artículos 211 bis 2 al 5, podemos citar como característica de éstos, la calidad que exige en el sujeto pasivo, ya que determina al Estado y al Sistema Financiero Mexicano como sujetos pasivos.

DÉCIMA TERCERA. Una de las características de los delitos cometidos a través de una computadora, es con relación al sujeto activo ya que al cometer el ilícito no se encuentra en el lugar de los hechos, sino en otro lugar, gracias al Internet. Además la mayoría de estos sujetos tienen conocimiento en el manejo de las computadoras.

DÉCIMA CUARTA. En algunas legislaciones han reformado sus figuras típicas de carácter tradicional, tales como fraudes, falsificaciones, etcétera, es evidente que con la creación de la computadora y el Internet se han creado nuevas formas de comisión de los delitos, sin embargo, es de recalcar que no todos los artículos tradicionales se deben de reformar, como en el fraude, considero que no es necesario ya que se tiene que engañar a la persona no una máquina, de acuerdo a legislaciones internacionales lo tipifican como fraude informático, quitándole la palabra engaño, aunque también estoy de acuerdo que algunos artículos sí se deben de reformar, tal es

el caso de la difusión y publicación de la pornografía infantil en Internet o el robo de servicios de Internet, etcétera.

DÉCIMA QUINTA. Las leyes españolas reconocen como tal al delito informático, de ahí que su Constitución eleva a la categoría de garantía individual la protección de la intimidad y el honor de las personas y la familia limitando el uso de la informática, ¿Cómo limita el uso de la informática?, A través de su Código Penal, conteniendo diversos artículos que sancionan las conductas criminales que se realizan a través de la informática, los delitos que tipifica este Código son: el fraude, la falsificación, la revelación de secretos, daños a documentos electrónicos, programas informáticos y soportes informáticos, etcétera.

DÉCIMA SEXTA. En la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, usan términos más técnicos y crean una ley contra los virus informáticos, su sistema judicial se basa en las resoluciones dictadas sobre el tema, en este caso, es respecto a los delitos que se cometen por medio de las computadoras, habiendo diversas sentencias, es de resaltar que el criterio de las cortes, han impuesto penas a los delincuentes con trabajos a la comunidad.

DÉCIMA SÉPTIMA. En materia penal, el primer Código Penal en nuestro país que sancionó las conductas cometidas por medio de las computadoras, fue el del Estado de Sinaloa, creando un Capítulo V, titulado delitos informáticos, posteriormente en el año de 1999, se crea en el Código Penal Federal, el artículo 211 bis 1 al 7, titulado el acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, son las únicas disposiciones que sancionan este tipo de delitos. En materia de derecho internacional, nuestro país no ha celebrado Tratados, Acuerdos o Convenciones sobre los delitos cometidos por medio de las computadoras, ya que los firmados norman en materia de derechos de autor sobre programas de cómputo pero no en el tema de delitos cometidos por medio de las computadoras.

DÉCIMA OCTAVA. Los organismos internacionales como la O.N.U. (Organización de las Naciones Unidas), la OEA (Organización de Estados Americanos), y la UE (Unión Europea), han escrito respecto a los delitos que se comenten por medio de las computadoras o como les denominan delitos informáticos, han aportado determinadas conductas, los criterios o conductas que han expuesto son: el primero, reconoce como tipo de delitos informáticos, el fraude, las falsificaciones informáticas y los daños o modificaciones de programas o datos computarizados, el segundo, creó un área específica en delitos cibernéticos, para efectos de identificar los países expertos en esta materia y crear un instrumento jurídico que sirve de modelo a las legislaciones de los Estados, sin embargo, a la fecha no ha creado ninguna disposición normativa con relación a los delitos que se cometen por medio de las computadoras y el último es uno de los organismos internacionales que cuenta con legislación respecto al tema de delitos que usan computadoras para cometer su fin, además de que es muy completa y novedosa, asimismo fomenta la participación de ayuda mutua entre los Países partes y los que se adhieran al Convenio sobre la Ciberdelincuencia celebrado en Budapest, el

23 de noviembre del 2001, sin lugar a dudas esta Convención es una ley modelo que sirve de base para legislar e implementar en las legislaciones locales de los Países, algunas de las conductas que describe así como su aportación en el ámbito internacional.

DÉCIMA NOVENA. La prevención del delito debe de promoverse por medio de la comunicación oral y escrita. La autoridad competente es la que debe de difundir las estrategias a seguir, en nuestro país es la policía cibernética, que si bien es cierto, establece algunas modalidades para prevenir los delitos cometidos por medio de las computadoras en su portal que publica en Internet, considero que debe de realizar su difusión por medio de campañas televisivas ya que no todas las personas tienen acceso al Internet o a una computadora, asimismo la falta de prevención se debe a la falta de cultura que existe en esta materia en nuestro país.

VIGÉSIMA. Concluimos que es indispensable se contemplen las conductas de difundir, publicar, interceptar, inutilizar, asimismo proteger a la información que se encuentra almacenada en un disquete o disco compacto, independientemente si la información contenida en un equipo o sistema informático o electromagnético esta protegido por alguna medida de seguridad, ya que no debe de ser condicionante para que exista delito, debido a esta condición en la actualidad existe una impunidad, derivado de la laguna de los artículos 211 bis 1 al 7. No obstante, las imágenes de pornografía infantil que se publican en Internet, no hay una regulación jurídica, por eso se propone la creación de un tipo penal que regule esta problemática, tomando en consideración que las imágenes traen un mensaje, por lo tanto informan y por último plasmar la palabra entrar o acceder, ya que al hablar de equipos y sistemas de informática es necesario se plasme, para efectos de que sean más claros y precisos estos artículos. Por ende concluyo que se deben de reformar y modificar la redacción de estos artículos, subsanando estas omisiones, en la forma que se indica:

Artículo 211 bis 1.- Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos, independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 2. - Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos del Estado, independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 3. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, indebidamente modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 4. - Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 5. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios, empleados **o prestador de un servicio** de las instituciones que integran el sistema financiero.

Artículo 211 bis 6.- Al que sin autorización intercepte o se apodere de transmisiones de información contenidas o destinadas a un sistema, equipo informático o electromagnético, valiéndose de la utilización de un sistema o equipo informático, se le impondrán de un año a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Artículo 211 bis 7. - Para los efectos de los artículos 211 Bis 4 y 211 Bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 Bis de este Código.

Artículo 211 bis 8. - Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida, **se ceda a un tercero, se difunda o publique por medio de un sistema ó equipo informático u electromagnético, y se utilice en provecho propio o ajeno.**

Artículo 211 bis 9.- Al que produzca, difunda o publique y oferte por medio de un sistema ó equipo informático u electromagnético, la representación visual a través de imágenes o fotografías de menores de edad comportándose de una forma sexualmente explícita, se le impondrán de 4 años a 9 años de prisión y de mil días a dos mil días de multa.

PROPUESTAS.

En el desarrollo de esta investigación, podemos observar que nuestro Código Penal Federal es omiso con relación a algunas conductas que se realizan por medio de las computadoras y que no se tipifican.

Del título del capítulo II denominado Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, entendemos por acceso el entrar o introducirse a un sistema o equipo de informática y de forma ilícita, tal y como lo establecen los artículos 211 bis 1,2 y 4, sin autorización, sin embargo, dichos artículos no son claros ya que desde nuestro peculiar punto de vista, no penaliza la conducta de entrar a un sistema o equipo informático, es decir no es claro nuestro legislador, por lo que se debe de especificar de forma detallada esta conducta, en otras palabras, el entrar a un sistema o equipo de informática sin autorización se sancionara o penalizará sin ser necesario de que destruya o provoque pérdida de información.

En los artículos 211 bis 1,2 y 4, establecen que la información contenida en sistemas o equipos de informática debe de estar protegida por algún mecanismo de seguridad, desde nuestra perspectiva creemos que es injusta ya que derivado de la poca cultura informática que prevalece en nuestra sociedad, no todos los ciudadanos saben instalar un mecanismo de seguridad en sus computadoras, y por ese motivo quedan desprotegidos por la ley penal ya que es un requisito que plasma el legislador en estos tipos penales, por ende, se debe de reformar sustituyendo esta condición, en los párrafos subsecuentes se expresara la redacción de cómo quedarían estos artículos si se modificara esta palabra.

Una de las lagunas de estos artículos es el no contemplar a los disquetes o discos compactos, dejando en estado de indefensión a las personas que sufran una destrucción o pérdida de información contenida en alguno de estos dispositivos magnéticos, por eso es indispensable que el legislador tome en cuenta que no sólo se pueden producir las conductas que tipifica en los sistemas o equipos informáticos sino también en estos dispositivos, por tal razón propongo se contemple la palabra electromagnético, para efectos de proteger la información contenida en estos dispositivos ya que no la tutela actualmente nuestra legislación penal.

Aunado a lo anterior y a forma de ejemplificar los sucesos que acontecen en la vida diaria y que no los tipifica este capítulo, tales como la interceptación de las comunicaciones, en forma específica, cuando interceptan nuestros correos electrónicos o se apoderan de estos, este tipo de conducta es común en la actualidad, pero nos encontramos que aunque tengamos conocimiento de quien es la persona que esta interceptando la información que nos envían por e-mail, no podríamos proceder legalmente debido a que no contempla esta figura los artículos 211 bis 1 al 7 del Código Penal Federal, por tal motivo debe de adicionarse este tipo de conducta a estos artículos.

Otra conducta que consideramos es importante que sea contemplada en estos artículos es el inutilizar la información y el sistema o equipo informático, ya que no sólo se puede ejecutar una acción para destruir o modificar o provocar la pérdida de información, sino que también puede dañar los programas de las computadoras, ocasionando una inutilización para el usuario de la máquina, es decir una obstaculización ocasionada por alguna acción proveniente de un tercero ajeno, es el caso de los virus informáticos que a parte de hacer que se pierda información no permite el buen funcionamiento de la computadora por lo tanto es inutilizable, también sucede que esta el archivo en donde guardamos la información, pero al tratar de abrirlo el sistema no lo permite, debido a que esta infectado, por lo tanto esa información es inutilizable.

Una de las figuras con mayor auge en el uso del Internet, es la producción, publicación ó difusión y oferta de imágenes de pornografía infantil, siendo una problemática en nuestra sociedad ya que no hay una regulación en esta materia, por lo que urge se realicen las reformas necesarias para limitar estas publicaciones, en tal virtud proponemos la creación de un artículo que regule estas conductas, claro estamos de acuerdo en que lo mejor sería que se encuadrara estas conductas en el apartado de Pornografía infantil que regula nuestro Código Penal Federal, que si bien es cierto las imágenes transmiten información o mensajes que se desprenden de la interpretación que se efectúe de estas, por lo tanto pueden ser clasificadas en el capítulo II "Acceso ilícito a sistemas y equipos de cómputo" ya que el bien jurídico tutelado por este capítulo es la información, sin embargo tal y como se señalo en las líneas que anteceden lo más acertado es que se contemplen en el capítulo de la pornografía infantil.

Ahora bien lo que es de suma importancia es que se realicen las reformas a la ley penal federal con relación a este tema, por tal razón propongo esta adición ya sea al capítulo II del Código citado o bien en el capítulo que regula a la pornografía infantil.

Por último proponemos se agrave le pena, cuando la información que es conocida y copiada o interceptada, etc., sea difundida o se publique o se ceda a un tercero.

Las reformas que propugnó se realicen a los artículos estudiados en esta investigación, son las siguientes:

Artículo 211 bis 1.- Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos**, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos independientemente si están**

protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 2. - Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 3. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, indebidamente modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

Artículo 211 bis 4. - Al que sin autorización **entre o acceda**, modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida sistemas, equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, **independientemente si están protegidos por algún mecanismo de seguridad**, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Artículo 211 bis 5. - Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, **inutilice**, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática **o electromagnéticos** de las instituciones que integran el sistema financiero,

indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios, empleados o **prestador de un servicio** de las instituciones que integran el sistema financiero.

Artículo 211 bis 6.- Al que sin autorización intercepte o se apodere de transmisiones de información contenidas o destinadas a un sistema, equipo informático o electromagnético, valiéndose de la utilización de un sistema o equipo informático, se le impondrán de un año a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa.

Artículo 211 bis 7. - Para los efectos de los artículos 211 Bis 4 y 211 Bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 Bis de este Código.

Artículo 211 bis 8. - Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida, **se ceda a un tercero, se difunda o publique por medio de un sistema ó equipo informático u electromagnético, y se utilice en provecho propio o ajeno.**

Artículo 211 bis 9.- Al que produzca, difunda o publique y oferte por medio de un sistema ó equipo informático u electromagnético, la representación visual a través de imágenes o fotografías de menores de edad comportándose de una forma sexualmente explícita, se le impondrán de 4 años a 9 años de prisión y de mil días a dos mil días de multa.

Los términos y conductas adicionadas son indispensables, para efectos de no seguir en un paraíso de impunidad, ya que cada una de estas tiene una razón de ser. Ya que actualmente se interfiere, se difunden o publican información de todo tipo e imágenes de pornografía infantil a través del Internet, asimismo se dejaba en un estado de indefensión a las personas que no tienen instalado un sistema de seguridad en su computadora, por otro lado algunos de los virus informáticos inutilizan o paralizan nuestra computadora, y asimismo se protege la información que esta almacenada en un disquete o un disco compacto, etcétera.

BIBLIOHEMEROGRAFIA.

1. AMAT NOGUERA, NURIA. "Técnicas documentales y fuentes de información." 1ª Edición. Editorial Barcelona. Barcelona, 1979. Pág. 400.
2. CARMIGNANI, Giovanni. "Elementos de Derecho Criminal". 1ª Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1979. Págs. 285.
3. CASTELLANOS TENA, Fernando. " Lineamientos elementales del derecho penal". 42ª Edición. Editorial. Porrúa. México 2001. Pgs. 363.
4. CASTRO FERNÁNDEZ, Juan Diego. "El delito informático". Revista: Archivos de criminología- neuro- psiquiatría y disciplinas conexas. Vol. : XXVII. N° 29. 3ª Época. Años: 1988-1989. Págs. 283.
5. CORREA, Carlos M. "Derecho Informático". Por – Carlos, Hilda N. Batta, Susana Zar de Zalduendo y Felix A. Nazar Espeche – Buenos Aires, Argentina. 1ª Edición Ediciones Depalma, 1987. Págs. 341.
6. CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho Penal" 18ª Edición. Tomo I. Editorial BOSCH, Casa Editorial, S.A. Barcelona , 1980. Págs. 445.
7. CHANDOR, Anthony. "Diccionario de informática". 1ª Edición. Editorial Alianza. Madrid, 1989. Págs. 473.
8. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. "Derecho Informático". 1ª Edición. Editorial Aranzadi, S.A. España, 1993. Pág. 351.
9. DE PINA VARA, Rafael, DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". 22ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1996. Págs. 500.
10. DE LA LUZ LIMA, Ma. "Delitos Electrónicos". Revista Mexicana de Justicia. No. 2, Vol. I. Abril-junio-1983. Págs. 331.
11. DEL POZO, Luz María, HERNÁNDEZ, Ricardo. "Informática en derecho". 1ª Edición. Edit. Trillas. México, 1992. Págs. 190.
12. DUFFY, Tim. "Cuatro herramientas de software". 1ª Edición. Edit. Grupo Editorial Iberoamérica S.A. de C.V. México, 1990. Págs. 800.
13. Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial. "Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet". 1ª Edición. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. Pág. 205.

14. FERNÁNDEZ ALLER, Celia y SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, Joaquín María. "Informática para abogados". 1ª Edición, Editorial Anaya Multimedia. Madrid 1991. Págs. 367.
15. FIX FIERRO, Héctor. "Informática y documentación jurídica". 2ª Edición. Editorial UNAM. México 1996. Pgs 116.
16. FREEDMAN, Alan. "Diccionario de Computación". Edit. Mc Graw Hill. México D.F., 1994. Págs. 718.
17. FROSINI, Vittorio. "Informática y Derecho". 1ª Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 1988. Págs. 179.
18. GRANADOS ATLACO, José Antonio, GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. "Teoría del Delito" 1ª Edición. Editorial UNAM. México, 1994. Pág. 318.
19. JACOBOWITZ, Henry. "Computadoras electrónicas simplificadas." 6ª Edición. Edit. Compañía general de ediciones S.A. México, D.F, 1979. Págs. 275.
20. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. . "Teoría del delito" 1ª Edición. Editorial IURE. México 2003. Págs. 711.
21. LIVAS, Javier. "Cibernética, Estado y Derecho". 1ª Edición. Editorial Ediciones Gemika S.A. México D.F., 1988. Págs. 412.
22. LONG, Larry. "Introducción a las computadoras y al procesamiento de información". 2ª Edición. Edit. Prentice Hall. México, 1990. Págs. 457
23. LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. "El Derecho a la Información". 1ª Edición. Editorial Miguel Angel Porrúa S.A. México, 1984. Págs. 230.
24. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. " Teoría del delito ". 10ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F., 2002. Págs. 297.
25. LÓPEZ MUÑIZ, GOÑI, Miguel. "Informática jurídica documental". Imprenta Madrid, España, Díaz de Santos- 1984. Págs. 359.
26. LOSANO, Mario G. " Curso de Informática jurídica". 1ª Edición. Editorial Tecnos, S.A. Madrid , España, 1987. Pgs 262.
27. National Criminal Intelligence Service. "Delitos por Computadora". – México, D, F. SEGURIDAD, Revista: Especializada en Seguridad Bancaria. Año 2. N° 5. Junio-Agosto, 1991. Págs.125.

28. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. "Teoría legalista del delito". 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Págs. 196.
29. MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. "Derecho Penal". 1ª Edición. Editorial Trillas. México D.F., 1986. Págs.330.
30. PALAZZI, Pablo Andrés. "Delitos Informáticos". 1ª Edición. Editorial AD HOC, S.R.L. Buenos Aires, 2000. Págs. 272.
31. PAREDES OLEA, Héctor, BARCELATA MONTART, Saydé, MÉNDEZ MÉNDEZ, M. Angel, DE LEÓN ÁNGELES, Luis Alberto, MORALES RUBIO, Enrique. "Conceptos básicos de computación". 1ª Edición. Edit. Trillas. México D.F., 1997. Págs. 112.
32. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". 14ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999. Págs. 632.
33. PENICHE OSORIO, Carlos de J. "El contador, las computadoras y la informática". Edit. Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México, 1992. Págs. 128.
34. PUIG TORNE, Juan. "Diccionario de Informática". 1ª Edición. Editorial Ediciones Ceac, S.A. Barcelona, España, 1985. Págs. 207.
35. Revista Catalana de Seguretat Pública. Artículo: "Los casos más usuales de criminalidad informática y cibernética." Núm. 3. Barcelona, España. Dic. 1998. Págs. 115.
36. RIESTRA GAYTÁN, Emma, MIRAUT, Laura, BENEDEC, Bruno, ORJALES, John. "Curso delitos informáticos". Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F., julio 2000.
37. RÍOS ESTAVILLO, Juan José. "Derecho e Informática en México". 1ª Edición Editado por la UNAM. México, 1997. Págs 175.
38. RICHER VELA, Oscar. "Computación". 1ª Edición. Editorial, Ediciones Ciencia y Tecnología. México D, F. 1997. Págs. 175.
39. SALT, Marcos. "Delitos informáticos". Revista: Justicia Penal y Sociedad. Núm. 6 Año 4. Abril, 1997. Págs. 125.
40. SARRA, Andrea Viviana. "Comercio Electrónico y Derecho". 1ª Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires 2001. Págs. 443.
41. TÉLLEZ VALDÉS, Julio. "Derecho Informático" 1ª Edición. Edit. Macgraw-Hill. México, 1996. Págs. 283.

42. TRAINOR SENETH, Diane. "Diccionario español inglés". 1ª Edición. Editorial Larousse. México D.F., 1995. Págs. 615.
43. UICICH, Rodolfo Daniel. "Los Bancos de Datos y el Derecho a la Intimidad". 1ª Edición. Editorial Ad-hoc S.R.L. Buenos Aires-Argentina, 1999. Págs. 205.
44. VELA TREVIÑO, Sergio. "Antijuridicidad y Justificación." 1ª Edición. Editorial Trillas. México, D.F., 2001. Págs. 290.
45. VERGARA TEJADA, Moisés. "Manual de derecho Penal". Parte General. 1ª Edición. Editorial Angel Editor. México, D.F., 2002. Págs. 682.
46. VILLANUEVA, Ernesto (Coordinador). "Hacia un nuevo derecho de la información". 1ª Edición. Editorial Adenauer-Stiftung. México D.F., 2001. Págs. 219.

LEGISLACIÓN.

47. "Agenda Penal del D.F. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales ISEF. México, 2005. Págs. 107.
48. "Agenda Penal del D.F. Código Penal Federal" 12ª Edición. Editorial Ediciones fiscales ISEF, S.A. México, 2005. Págs. 130.
49. Leyes y Reglamentos para el Cambio Democrático en la Administración Pública Federal. "Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental". 1ª Edición. Editorial Secretaría de Gobernación. México, 2004. Págs. 240.
50. Ley Federal de Derechos de Autor.
[http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990(1).pdf)
51. Ley de Instituciones de Crédito.
[http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/18071990(1).pdf)
52. "Agenda Penal del D.F. Código Penal para el D.F.". 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales Isef. México, enero de 2005. Págs 104.
53. "Agenda Penal del D.F. Código Federal de Procedimientos Penales. " 12ª Edición. Editorial Ediciones Fiscales ISEF, S.A. México, 2005. Pág. 114.
54. Código Penal del Estado de Sinaloa.
www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm
55. Código Penal Español.
www.conc.es/fsap/local/policialocal/CD/PENAL_CP.htm

56. Constitución Española.
www.administracion.es/portadas/perfiles/ciudadano/legislacion/constitucion.html

PÁGINAS DE INTERNET

57. www.ivoocfcontour.com

58. lamar.cs.buap.mx/-oscar//FFC/ciber.html

59. www.giovanni.guillen@eniac.com

60. www.cultura.terra.es/cac/articulo/hmtl/cac2570.htm

61. www.fundaciónburndia.org.mx.

62. www.atlatl.com.mx/docs/Marvan_ForoACWeb.pdf

63. www.etcetera.com.mx/pagtrejo1ne7.asp.

64. www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/refens/pdfsrcs/16.pdf.

65. www.taverayasociados.net/tipicidad.htm

66. www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/V/Velazquez%20Julio-Homicidio.htm

67. www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/G/Gonzalez%20Fernando-EI%20delito.htm

68. www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/9.pdf.

69. www.itlp.edo.mex/publica/revista_isc/

70. www.igsap.mao.es/cia/dispo/17643.htm

71. www.administracion.es/portadas/perfiles/ciudadano/legislacion/constitucion.html

72. www.conc.es/fsap/local/policiallocal/CD/PENAL_CP.htm

73. www.delitosinformaticos.com/delitos/pornografiainfantil3.shtml

74. www.monografias.com/trabajos/legisdelinf/legisdelinf.shtml

75. www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm

76. [www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/24121996\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/24121996(1).pdf)

77. www.iadb.org/intal/tratados/naftacompleto.htm

78. www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm

79. www.delitosinformaticos.com/delitos/delitosinformaticos2.shtml

80. www.guardiacivil.com/telematicos/ciberdelincuencia.pdf

81. www.ssp.gob.mx/application?pageid=pcibernetica_sub_2&docName=Seguridad%20en%20Cómputo&docId=420