



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO
CLAVE: 8793 - 09



“EL DELITO DE FRAUDE A TRAVÉS DE LA
INFORMATICA COMO MEDIO COMISIVO O
NUEVO TIPO PENAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN RAÚL DE SANTIAGO NARANJO

ASESOR: LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

DICIEMBRE 2005.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS:

Gracias a Dios por darme la oportunidad de vivir y por estar siempre que lo necesité, así como el que haya elegido para mi una madre tan especial; gracias MAMA por ser mi padre y darme el privilegio de ser tu hijo, fuiste lo mejor que me pudo pasar en esta vida, gracias por todo; agradezco a mis tíos, que tengo muchos pero solo unos cuantos son especiales,(Ema, Fidel, Martha, Pepe, Bety y Reynaldo), gracias por tratarme como a un hijo, gracias a mis primos que son bastantes pero igual solo unos cuantos son especiales así que por eso no los voy a nombrar ellos saben quienes son; gracias a mis amigos, que tengo muchos y si los nombro a todos no acabo, gracias por su amistad; agradezco a mis hermanos: Jorge y Noe, pues siempre han estado conmigo en los buenos momentos y en los malos, gracias por todo, se les quiere; agradezco a mis compañeros de trabajo: Erwin, Gallo y JL, pues de ellos he aprendido muchas cosas, tres les agradezco su amistad incondicional y lo mucho que hemos crecido juntos; agradezco a mis suegros por darme la oportunidad de entrar a su familia y que me consideren ya parte de ella gracias Señor Enrique y Señora Margarita.

Agradezco en especial a mis Maestros en la Facultad de Derecho, a todos pues de cada uno de ellos aprendí lo mejor, gracias por sus conocimientos, en especial a mi asesor Lic. Rogelio Llamas, gracias por su ayuda.

Doy gracias a mi esposa Mago, te amo hermosa, gracias por ser mi sustento, mi razón de ser, gracias por que siempre haz creído en mi, solo eso te puedo decir, mil gracias por ser como eres, te amo.

Juan Raúl De Santiago Naranjo.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- EL DELITO EN GENERAL

1.1	Generalidades del Delito.....	1
1.2	El Delito.....	7
1.2.1	Jurídico Formal.....	9
1.2.2	Jurídico Sustancial.....	10
1.3	Sujetos del Delito.....	10
1.3.1	Sujeto Activo.....	10
1.3.2	Sujeto Pasivo.....	12
1.4	Objeto Delito.....	13
1.4.1	Objeto Material.....	13
1.4.2	Objeto Jurídico.....	13
1.4.2.1	El Bien Jurídico Tutelado.....	14
1.5	Elementos del Delito.....	15
1.5.1	Elementos Positivos del Delito.....	15
1.5.2	Elementos Negativos del Delito.....	16
1.6	Concepto de Pena.....	16
1.7	Partes en que se divide el Derecho Penal.....	17
1.8	El Derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.....	18
1.9	La Ley Penal.....	21
1.10	La Aplicación de la Ley Penal.....	22

CAPITULO II.- TEORIA DEL DELITO (Elementos Objetivos del Delito)

2.1	Definición de Teoría del Delito.....	25
2.2	La conducta.....	25
2.3	Noción de Conducta.....	25
2.3.1	Definición de Conducta.....	26
2.3.2	Formas de Conducta.....	27
2.3.3	Acción.....	28
2.3.3.1	Elementos de la Acción.....	28
2.3.4	La Omisión.....	30
2.3.4.1	Formas de Omisión.....	31
2.3.4.2	Elementos de la Omisión.....	31
2.4	Ausencia de Conducta.....	32
2.5	La Tipicidad.....	33
2.5.1	Definición.....	34
2.5.2	Tipo Penal.....	35
2.5.3	Ideas generales del Tipo y la Tipicidad.....	35

2.5.4	Función de la Tipicidad.....	35
2.5.5	Principios Generales de la Tipicidad.....	36
2.5.6	Elementos del tipo.....	37
2.5.6.1	Elementos Objetivos.....	37
2.5.6.2	Elementos Subjetivos.....	37
2.5.7	Clasificación de los tipos.....	39
2.6	La atipicidad.....	41
2.6.1	Noción de atipicidad.....	42
2.6.2	Causas de atipicidad.....	43
2.7	Antijuridicidad.....	43
2.7.1	Definición.....	44
2.7.2	Clases de Antijuridicidad.....	45
2.7.2.1	Formal o antijurídica formal.....	45
2.7.2.2	Material o antijurídica material.....	45
2.7.3	Ausencia de Antijuridicidad.....	46
2.8	Aspecto Negativo: Causas de Justificación.....	47
2.8.1	El consentimiento del sujeto pasivo.....	50
2.8.2	Legítima defensa.....	50
2.8.2.1	Elementos de la Legítima Defensa.....	51
2.8.3	El Estado de Necesidad.....	54
2.8.3.1	Elementos de la definición legal del estado de necesidad.....	56
2.8.4	Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.....	57
2.8.4.1	El cumplimiento de un deber.....	57
2.8.4.2	Ejercicio de un Derecho.....	58
2.8.5	Impedimento Legal.....	59

CAPITULO III.- **TEORIA DEL DELITO (Elementos Subjetivos del Delito)**

3.1	Imputabilidad.....	60
3.2	Elementos de Imputabilidad.....	60
3.3	Imputabilidad (como presupuesto de la culpabilidad).....	61
3.4	La Responsabilidad.....	61
3.5	Acciones Liberae In Causa.....	62
3.6	La Ininputabilidad.....	62
3.6.1	Causas de Ininputabilidad.....	63
3.7	Acciones liberae in causa.....	66
3.8	La Culpabilidad.....	67
3.8.1	Formas de Culpabilidad.....	70
3.8.2	El dolo, sus clase y elementos.....	70
3.8.3	La culpa sus clases y elementos.....	70
3.8.4	La Preterintencionalidad.....	71
3.8.5	Elementos de la Preterintencionalidad.....	71
3.9	La inculpabilidad.....	72

CAPITULO IV.- PUNIBILIDAD

4.1 Nociones de la Punibilidad.....	74
4.2 Fundamentos de la pena.....	75
4.3 La punibilidad como elemento del delito.....	80
4.4 Ausencia de Punibilidad.....	81
4.5 Excusas Absolutorias.....	81

CAPITULO V.- EL DELITO DE FRAUDE A TRAVÉS DE LA INFORMÁTICA COMO MEDIO COMISIVO O NUEVO TIPO PENAL

5.1 Delito de Fraude.....	83
5.1.1 Concepto.....	83
5.1.2 Naturaleza Jurídica.....	83
5.2 El acceso ilegítimo a sistemas informativos.....	84
5.3 Naturaleza del Problema: necesidad de definir “espacio informativo”	85
5.3.1 Hacking.....	86
5.4 Derecho comparado.....	87
5.5 Aproximación al concepto de delito informático.....	88
5.6 La información como Bien Jurídico.....	90
5.6.1 Algunas posiciones doctrinales.....	90
5.6.2 Nuestra posición: La información como bien jurídico intermedio.....	91
5.7 Conductas catalogadas por la doctrina como delitos informáticos.....	94
5.8 ¿Nace una nueva forma de criminalidad?.....	96
5.8.1 Sus Causas.....	96
5.8.1.1 Familiares.....	97
5.8.1.2 Sociales.....	97
5.9 Tipología de Conductas.....	98
5.10 Enumeración de posibles “delitos informáticos”.....	102
5.11 Los Fraudes y abusos más frecuentes a través de las líneas.....	105

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulmínea, en la espesura de un bosque o en un claro lleno de peligros.

Generaciones y generaciones de cazadores fueron enriqueciendo y transmitiendo todo ese patrimonio cognoscitivo... El cazador habría sido el primero en 'contar una historia', porque era el único que se hallaba en condiciones de leer, en los rastros mudos (cuando no imperceptibles) dejados por la presa, una serie coherente de acontecimientos"

En el anterior aparte se evidencia que la información ha sido un factor fundamental en la existencia humana. El poder del hombre cazador surgía de su conocimiento de datos, y esa situación no se ha modificado a lo largo de la historia.

Los avances técnicos, científicos, médicos y sociales, fueron posibles porque el ser humano registró sus experiencias en elementos materiales, que permitieron su conocimiento por otros y las conservó para futura memoria. Ello se hizo, en principio, con medios tan rudimentarios como las pinturas rupestres y la escritura cuneiforme; luego con la imprenta; y ahora, con los sistemas electrónicos de información.

En el mundo moderno, el acceso a la información es un derecho que puede ejercerse libremente por cualquier persona, salvo cuando con él puedan afectarse otros como la intimidad, el patrimonio económico, la libre competencia o la seguridad de un Estado.

En la actualidad las computadoras se utilizan no solo como herramientas auxiliares de apoyo a diferentes actividades humanas, sino como medio eficaz para obtener y conseguir información, lo que las ubica también como un nuevo medio de comunicación, y condiciona su desarrollo de la informática; tecnología cuya esencia se resume en la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos.

La informática esta hoy presente en casi todos los campos de la vida moderna. Con mayor o menor rapidez todas las ramas del saber humano se rinden ante los progresos tecnológicos, y comienzan a utilizar los sistemas de Información para ejecutar tareas que en otros tiempos realizaban manualmente.

El progreso cada día más importante y sostenido de los sistemas computacionales permite hoy procesar y poner a disposición de la sociedad una cantidad creciente de información de toda naturaleza, al alcance concreto de millones de interesados y de usuarios. Las más diversas esferas del conocimiento humano, en lo científico, en lo técnico, en lo profesional y en lo personal están siendo incorporados a sistemas informáticos que, en

la práctica cotidiana, de hecho sin limitaciones, entrega con facilidad a quien lo desee un conjunto de datos que hasta hace unos años sólo podían ubicarse luego de largas búsquedas y selecciones en que el hombre jugaba un papel determinante y las máquinas existentes tenían el rango de equipos auxiliares para imprimir los resultados. En la actualidad, en cambio, ese enorme caudal de conocimiento puede obtenerse, además, en segundos o minutos, transmitirse incluso documentalmente y llegar al receptor mediante sistemas sencillos de operar, confiables y capaces de responder casi toda la gama de interrogantes que se planteen a los archivos informáticos.

Debido a esta vinculación, el presente estudio analiza el aumento del nivel de los delitos relacionados con los sistemas informáticos registrados en la última década en los Estados Unidos, Europa Occidental, Australia y Japón, asimismo representa una amenaza para la economía de un país y también para la sociedad en su conjunto.

El término delitos relacionados con las computadoras se define como cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesamiento automático de datos y/o transmisiones de datos.

La amplitud de este concepto es ventajosa, puesto que me permitió de esta manera el uso de las mismas hipótesis de trabajo para el análisis y creación del presente estudio, así mismo es tan amplio que permite además la realización de estudios criminológicos, económicos, preventivos o legales.

No obstante la ausencia de una legislación específica sobre la materia, el desarrollo doctrinal en relación con la delincuencia informática ha sido abundante ; la razón de ello, en nuestro criterio, es que la amplitud e importancia del tema permite su estudio desde distintas perspectivas y a partir de diferentes conductas ilícitas, cuyos modos de ejecución evolucionan al ritmo de la tecnología y del ingenio humano.

En este estudio me enfocare en el derecho a la información, como bien jurídico que resulta afectado con los delitos informáticos. A partir de allí, analizare las conductas ilícitas que lo afectan y la forma como pudiera ser protegido en el código penal.

CAPITULO I.

EL DELITO EN GENERAL

1.1 *Generalidades del delito..*

Atravez del tiempo, los estudiosos del Derecho Penal han tratado en vano de formular una definición de delito con validez universal que sirva para todos los tiempos y lugares, para poder determinar si la conducta del hombre es o no un delito. Tales tentativas han sido inadecuadas, pues hallándose la noción de delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente las transformaciones de estos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como un delito se considere hoy como lícito y viceversa, es pues, inútil buscar una noción de delito en sí.¹

No obstante lo anterior, este fenómeno jurídico social que es el delito se le ha definido de diferente manera atravez de los estudios realizados por diferentes autores que han ido constituyendo escuelas y sistemas respecto al derecho penal y del delito así como el factor que caracteriza a este que es la pena como castigo; y de esta manera mencionaremos algunas características de las escuelas.

La escuela clásica es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción a una idea anterior y ancestral manera de ver el derecho penal. Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son varios, entre los cuales uno de sus máximos exponentes se considera a Francisco Carrara así como a Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani.²

Francisco Carrara, este jurista es considerado como el padre de la escuela clásica del Derecho Penal Italiano, por que día al delito una sistematización casi perfecta. Ya que su definición ha sido objeto de grandes elogios, no solo por los seguidores de su ideología sino

¹ CASTELLANOS, Fernando. “*Lineamientos elementales del Derecho Penal*”. 34a Edición. Ed. Porrúa, México 1994.

² Castellanos. Op. Cit. P. 40

también por los positivistas, Carrara sostiene entre otras ideas que el derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrenal pueda cumplir sus obligaciones y sus deberes. Su concepto de ente jurídico precisa los elementos de mayor importancia y trascendencia y los definió como:
“La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, como resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”

De esta definición destacan elementos esenciales los cuales mencionaremos a continuación.³

- 1.- Violación a la ley;
- 2.- Dictada por el Estado;
- 3.- Seguridad de los ciudadanos;
- 4.- Violación resultado de un acto exterior (tomando al hombre como único ser racional dotado de voluntad);
- 5.- La imputabilidad moral (responsabilidad);
- 6.- Un hecho dañoso (políticamente sentido de infracción de la ley).

Lo más trascendental y sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus expositores, pues en ellos se resume su postura y filosofía, dichos postulados de la escuela clásica italiana son los siguientes:

³ Castellanos.op.cit.p.54

- a) **Libre albedrío.**- Este postulado establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien realizaba conductas contraria lo hacia abajo su libre elección;⁴
- b) **Igualdad de derechos.**- Derivado del anterior, se deduce que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.⁵
- c) **Responsabilidad moral.**- Así como el hombre nace con libre albedrío, y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de forma moral.⁶
- d) **El delito como eje y como entidad jurídica.**- El punto de partida de la problemática penal lo constituye principalmente el delito ya que es una entidad meramente jurídica; así, importa mas lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa independiente mente de las circunstancia internas y, con base en el delito debe castigarse al delincuente.⁷
- e) **Método empleado.**- Como es sabido, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el método deductivo (comienza de lo general a lo particular).⁸
- Como el derecho penal es una ciencia normativa, perteneciente al mundo del deber ser, no era, según los clásicos, posible emplear el método seguido por el de las ciencias naturales, en el cual las leyes son inflexibles pues este terreno pertenece al mundo del ser, independientemente de la voluntad del hombre.
- f) **Pena proporcional al delito.**- La pena debe ser un castigo meramente proporcional al delito cometido y, previamente señalado en la ley.⁹

⁴ Carrará y Trujillo.citado por Castellanos.op.cit.supra(1).p.48

⁵ Castellanos.op.cit.p.41

⁶ Castellanos.op.cit.p.42

⁷ Castellanos.op.cit.pp.55y56

⁸ Castellanos.op.cit.p.62

Escuela positiva; surge en reacción contraria a lo establecido en la escuela clásica, la cual re fundamenta principalmente en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales, sus seguidores fueron varios pero los principales exponentes son Enrico Ferri, Rafael Garofalo y Cesar Lombroso.¹⁰

Las teorías de la escuela positiva constituyen una negación de las señaladas por la escuela clásica y son los siguientes:

- a) **Niega el libre albedrío.**- Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera racional el mal sobre el bien; dado que es un ente natural y, en algunos casos con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, es decir la capacidad de elección.¹¹

Al respecto cabe mencionar los estudios que realizo el jurista positivista Cesar Lombroso, acerca de estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato. Dicha teoría afirma que existen hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, esto de acuerdo a sus características propias, biológicas, antropológicas y psicológicas.

- b) **Responsabilidad Social.**- A diferencia de la escuela clásica, la escuela positivista afirma que la responsabilidad lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento determinado poder contrarrestarlo.¹²

- c) **Delincuente, punto central.**- El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el sujeto o delincuente será el objeto de estudio, y tan solo el delito es la consecuencia.

⁹ VILLALOBOS, Ignacio. “*Derecho Penal Mexicano*”. p.199.2ª edición. Ed. Porrúa.1960

¹⁰ Castellanos.op.cit.p.67

¹¹ Castellanos.op.cit.p.64

¹² Castellanos.op.cit.p.65

- d) **El método empleado.**- Los positivistas utilizaron el método inductivo a diferencia de la escuela clásica (ir de lo particular a lo general), es un método inductivo experimental causal.¹³
- e) **Pena proporcional el estado peligroso.**- En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito cometido y se afirma que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del delito y su gravedad.
- f) **Prevención.**- De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión.
- g) **La medida de seguridad es mas importante que la pena.**- Es decir en vez de castigar al sujeto se debe prevenir su conducta y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la mas adecuada al caso concreto, en virtud de la peligrosidad, características sociales y psicológicas.¹⁴
- h) **Clasificación de delincuentes.**- Esta escuela no se preocupa tanto por la clasificación de los delitos, sino por la de los delincuentes de acuerdo a su peligrosidad, características sociales y psicológicas.
- i) **Sustitutivos penales.**- Se propone como medios para evitar la abundancia y rigidez de las penas, los positivistas consideraron ineficaces a las penas y planteaban diversos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etc.

¹³ ORELLANA WIARCO, Octavio. “*Teoría del Delito*”. 4ª edición. Ed.Porrúa. México.1997.p.4

¹⁴ Orellana.op.cit.pp.5,6

Garofalo considero como delito artificial o legal la actividad humana que, contrario a la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos, dicha definición a recibido severas criticas, ya que con la constante evolución cultural e histórica, tal concepto a quedado como estrecho e inútil.

En la lucha entre las dos corrientes mas características: clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron solo parcialmente sus postulados, de esta manera surgió entre otras, la Tersi Scuola en Italia, y la escuela sociológica o joven escuela en Alemania.

La escuela del positivismo critico a la Tersi Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la clásica y de la positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugar), encuentra su formación principalmente en los estudios de Alimena y Carnevale, y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica.¹⁵

Admite de la escuela positiva la negación de libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también así el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que da a conocer las conveniencias del método inductivo. Rechazando la naturaleza del delito y el criterio de la responsabilidad legal, y acepta de la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e inimputables, aun cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad para elegir.¹⁶

En 1881 el ilustre Jurista Franz Von Liszt hace un estudio En su Código penal y descubrió que en la parte especial I que había eran acciones, y que esas acciones eran contrarias a derecho, a las que llamo acciones antijurídicas y que estas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a titulo de dolo o a titulo de culpa y ha esto lo definió como culpabilidad.

¹⁵ Orellana.op.cit.p.74

¹⁶ Castellanos.op.cit.p.69

Para Fran Von Liszt el delito es una acción antijurídica y culpable; sin embargo en 1906 Ernesto Von Beling fue el primero que sintetizó el llamado tipo penal. En el mismo año publica su obra titulada “El tipo penal”. Con esto el Jurista Beling agrega un elemento más a la definición del Delito realizada por Liszt (la tipicidad), Beling no dice que el delito es: una acción típica antijurídica y culpable; agrega como un nuevo elemento a la tipicidad, aun no la ha llamado “típicamente” y además sigue sin aparecer la imputabilidad.¹⁷

En 1915 aparece el Jurista Ernesto Von Mayer y sigue la misma definición que Beling, pero el mérito de Mayer es que empieza a relacionar la tipicidad de la Antijuricidad, Mayer dice que la tipicidad es un indicio de la Antijuricidad, de esta manera aparece la ratio cognoscendi de la antijuricidad. El mecanismo de Mayer es que toda conducta Típica PUEDE SER antijurídica, siempre cuando no exista una causa de justificación.

Posteriormente Edmundo Mezger relaciona totalmente la tipicidad con la Antijuricidad, por eso para Mezger, el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable, con esto aparece la ratio essendi, y por lo tanto Mezger, dice que la tipicidad es la razón esencial de la antijuricidad y su mecanismo es el siguiente:

Toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, para los dogmáticos alemanes la imputabilidad está dentro de la culpabilidad, por esta razón no aparece la imputabilidad.¹⁸

Han sido tantos los esfuerzos que han realizado numerosos estudiosos del derecho penal para crear una definición del delito que tenga una validez universal, pero a pesar de los innumerables esfuerzos de los Juristas no se ha logrado.

1.2 El Delito

¹⁷ Castellanos.op.cit.p.70

¹⁸ Mezger Edmundo.citado por Castellanos Fernando.op.cit.p.68

Se da el nombre de delito a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya acción u omisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas.

En nuestra Constitución Federal en su artículo 14 nos señala el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege” toda imposición de una pena presupone una ley penal: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”¹⁹

Respecto a la definición que establece el autor Cuello Calón en donde establece que: “En el Derecho Mexicano, el delito es una acción antijurídica, típica, culpable y punible.”²⁰

El delito pues, representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo, como pueden ser la vida, la integridad corporal, el honor, la propiedad, la libertad, etc.

La palabra delito proviene de la raíz latina *delinquiere*, que significa dejar, abandonar, el buen camino.

Así en la escuela clásica se elaboraron varias definiciones, que definen al delito como “La infracción de la ley del estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.²¹

Para éste autor el delito es un ente jurídico, porque su ausencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho; llama al delito infracción a la ley, por lo que

¹⁹ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

²⁰ Cuello Calón, Eugenio. Obra Citada. Pág. 544 del T I.

²¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “*El Derecho Penal Mexicano*”. Tomo I. 5a. edición. Ed. Porrúa, México 1958.

cuando un acto solo se convierte en delito cuando choca contra ésta, pero deberá estar promulgada para la protección de los ciudadanos, por el contrario, si no estuviera promulgada, carecería de toda obligatoriedad.

En la escuela positiva, se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

Fernando Castellanos establece que para los formalistas, el delito es todo aquello que la ley exprese que es delito, puesto que una conducta es sancionada por la ley.²²

Atendiendo a nuestro anterior Código Penal en el Estado en su artículo 11 definía al delito como “la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible”.²³

Ahora bien y de acuerdo a la reforma del Código Penal para el Estado de Guanajuato, no hay una definición del concepto del delito, únicamente el artículo 8 de ese ordenamiento arguye que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, sin embargo analizaremos en los puntos siguientes los elementos objetivos del delito.

Desde un ángulo jurídico, el delito solo atiende a aspectos de derecho, sin tomar en cuenta aspectos sociológicos, psicológicos o de otra naturaleza. Por otra parte el delito es contemplado en dos aspectos básicos como lo son el jurídico formal y el jurídico substancial.

1.2.1 *Jurídico Formal.*

Se refieren a las entidades típicas, que traen aparejada una sanción, no es propiamente la descripción del delito en concreto, sino solo es la mención de que un ilícito penal merece una pena.

²² CASTELLANOS TENA, Fernando. “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*” . Parte general, 31ª. edición., Editorial Porrúa, México. 1992. p126

²³ Guanajuato. Código Penal.

Para algunos autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, ya sea en la omisión o ejecución de ciertos actos, entonces, la principal característica del delito es su sanción penal.

1.2.2 *Jurídico substancial.*

Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Algunos autores afirman que el delito se forma por un número determinado de elementos, existe una corriente llamada unitaria o totalizadora en la que se afirma que el delito no puede dividirse, ni para su estudio por abarcar un todo orgánico, y por ser un concepto indisoluble. Así en el estudio de los elementos del delito existen infinidad de criterios, por ejemplo, hay autores en cambio que hablan que solo tienen dos elementos que son la conducta y la tipicidad, y por otro lado, hay autores que afirman que tienen tres elementos que son la conducta la tipicidad y antijuridicidad; surgiendo así las corrientes bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.

1.3 *Sujetos del delito*

Constantemente en el derecho Penal, se habla de dos sujetos que son, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

1.3.1 *Sujeto Activo.*

Es la persona física que lleva a cabo la conducta delictuosa, llamado también delincuente, agente y en la ciencia de la criminología se le llama criminal, antisocial o Sujeto desviado; y en el derecho Procesal Penal se le conoce como indiciado, procesado, probable responsable, inculgado y en el derecho penal (Sustantivo) se le llama delincuente o agente.

Es conveniente decir que el sujeto activo será siempre una persona física y no se toma en cuenta el sexo ni la edad, excepto la minoría de ésta, que da lugar entonces a la inimputabilidad. Cada descripción legal señalará las características especiales que se requieren para ser sujeto activo del delito que se trate; existen casos especiales como el caso concreto de la mujer en el delito del aborto procurado en el que sólo la mujer podrá ser el sujeto activo.

Nunca una persona moral podrá ser sujeto activo, a parte de que jurídicamente no existe, aún en el caso de que la persona moral aparentemente sea la que comete el delito, siempre será una persona física, la que ideó, actuó y podría darse el caso que hasta ejecutó el delito.

El acto y la omisión corresponden al hombre, por que únicamente éste es el sujeto activo de las infracciones penales y capaz de la voluntariedad, es quien realiza las formas de conducta que lesionan el bien jurídico tutelado por las normas.

Sería absurdo tratar al delincuente solo desde el punto de vista jurídico, sino que además es necesario analizarlo desde un enfoque sociológico, biológico y psicológico principalmente, para poder obtener una visión mas clara del porqué cometió el delito, es decir, sus causas, ya que al lado del derecho penal existen otras ciencias como la criminología, la medicina legal que no intenta guiar la conducta humana, sino explicar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su elaboración.

Al estar hablando del sujeto activo, es de mencionarse que la principal característica del Derecho Penal, es que en caso de incumplimiento se aplica una sanción, es punitivo.

Es de mencionarse que su objetivo primordial es la punición, es decir, la aplicación de la pena, el castigo al autor del delito (delincuente), que infringe la norma impuesta por el estado, como lo menciona Eugenio Cuello Calón, que el titular del poder punitivo es solamente el Estado, donde solo éste poder lo ejerce a través de los órganos estatales

encargados de la impartición de justicia penal, quien es el que aplica la pena al autor del delito.

Relación Estado – delincuente

El Derecho Penal constituye una parte integrante del Derecho Público y es público precisamente porque se establece la relación entre el Estado y los particulares gobernados. Surgiendo entonces la necesidad de salvaguardar el orden social, pues la única misión es perseguir y castigar a quien cometa el delito, esto es, que esta relación implica que el derecho penal es una rama del derecho público interno; y no por solo emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni porque las impone los órganos estatales, sino por que cuando se comete un delito la relación se forma entre delincuente y el Estado y no entre el que comete la acción delictuosa y el particular ofendido.

Es necesario hacer una distinción, entre Derecho Público y Derecho Privado, para dar una mayor claridad al porqué el derecho penal forma parte del Derecho Público, en primer lugar, el Derecho Privado: “Es el que regula las relaciones entre los particulares, donde el Estado carece de un interés primordial” y por otro lado el Derecho Público: “ Es el que regula las relaciones entre el Estado y el particular gobernado, aunque provechosas, no para interés de uno solo sino el de la comunidad, donde los sujetos que intervienen son el Estado por una parte y el particular gobernado por la otra”, esto es que el Estado rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos los gobernados, aquí el estado interviene en la relación jurídica tutelando la integridad, los bienes patrimoniales, la vida misma del hombre, traducidas en el interés del estado, como ejemplo sería el acabar con la delincuencia.

1.3.2 Sujeto Pasivo.

Es la Persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente y por lo regular, se le denomina también víctima u ofendido, en

este sentido una persona moral puede ser sujeto pasivo de un delito, como en el caso de los delitos patrimoniales.

Como sujeto pasivo cualquier persona puede serlo, siempre y cuando le sea afectado algún bien jurídicamente protegido por la Ley, sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena, señala al respecto: “ se puede establecer diferencia entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo delito, el primero es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y en cambio, el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.”²⁴

1.4 Objeto Delito.

Normalmente en el Derecho Penal se distinguen dos tipos de objetos, que son el material y el Jurídico.

1.4.1 Objeto material.

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño por el delito cometido, cuando recae sobre una persona, se identifica como el sujeto pasivo, entonces coinciden en la misma figura sujeto pasivo y objeto material.

Cuando recae directamente sobre una cosa, el objeto material será la cosa afectada, pudiendo ser un bien mueble o inmueble, derechos, etc., por ejemplo en el caso del delito del robo el objeto material será la cosa mueble ajena.

²⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho Penal*”. Ed. Harla. México, 1998. P. 36.

1.4.2 *Objeto jurídico.*

El objeto jurídico es el bien jurídicamente protegido por la ley y que el hecho o acto criminal lesionan. En todos los delitos del código Penal tutela los bienes que considera dignos de ser protegidos, como es la vida, el patrimonio, la libertad sexual, libertad de las personas, etc.

1.4.2.1 *El Bien Jurídico Tutelado.*

Se habla de que el sujeto Pasivo del delito es el titular del Bien Jurídicamente protegido, y es necesario hacer mención sobre el “Bien Jurídico” donde algunos autores lo definen como: “El objeto de protección de las normas de Derecho.”

Este concepto utilizado por diversos autores tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho Penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

El bien jurídico según la teoría Ius naturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. Según la teoría kelsiana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, mas no del científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger, estos son precisamente, la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que bien puede ser penal o civil. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito consistente en violar los bienes jurídicos de otra persona como la vida, la libertad, la seguridad, etc., le será aplicada una sanción que

consiste en provocar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.)

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuales tienen mas valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación.

Nuestra Constitución consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos, así en su artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia constitución prescribe.²⁵

En el artículo 16 de nuestra Constitución Política consigna también, bienes jurídicos que hay que proteger, en realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el código Penal protege un bien jurídico.

1.5 Elementos del delito.

Los elementos del delito constituyen, sin lugar a dudas la columna vertebral del derecho penal y el manejar adecuadamente cada uno de estos elementos en el que se tienen que analizar detalladamente para poder entender y manejar cada delito descrito por el código Penal.

1.5.1 Elementos positivos del delito.

Los elementos del delito son las partes que lo integran, en su aspecto positivo, como lo son:

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Imputabilidad

²⁵ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

- Culpabilidad
- Punibilidad

1.5.2 Aspectos Negativos del delito.

Los elementos del delito son sus aspectos positivos y cada uno de estos elementos tienen su aspecto negativo del delito, que llega a ser la negación de aquellos, esto es, que anula o deja sin existencia al elemento positivo y en consecuencia al delito.

Estos elementos referentes al delito, en su oportunidad se ampliarán debidamente, en capítulos posteriores, ya que solo aquí solo se mencionan a manera de referenciay son los siguientes:

- Ausencia de conducta
- Atipicidad
- Causas de justificación
- Inimputabilidad
- Inculpabilidad
- Excusas absolutorias

1.6 Concepto de Pena

Es definida por el autor Eugenio Cuello Calón como: “ El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal”.²⁶ Estableciendo éste autor, que la pena debe aspirar a fines como el obrar en el delincuente,

²⁶ Cuello Calón, Obra Citada, Pág. 544 del T. I.

advirtiéndole que percibirá un sufrimiento, y que deberá ser motivo suficiente para apartarse del delito y reformar su conducta para adaptarse a la vida social.

Ese sufrimiento que se le impone al sujeto activo del delito, puede consistir en la restricción o en la pérdida de ciertos bienes del sujeto sancionado, como la libertad, la propiedad, la vida, etc.

Cuando se ha cometido un delito, existiendo responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena, y ésta no es solo la consecuencia de la responsabilidad penal, sino también constituyen el medio adecuado para luchar contra el delito, de otro modo, si la pena sirviera únicamente para castigar al delincuente, se podría decir que la pena impuesta es por venganza por parte de quien la impone.

“La pena es el mal que el juez infringe al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”. Franz Von Liszt

El fin último de la pena es salvaguardar la sociedad y para conseguirla también puede ser intimidatoria, en donde por fuerza se tiene que evitar la delincuencia por el temor de su aplicación, sirviéndole no solo de ejemplo al delincuente, si no a todos los demás, impedir la reincidencia mediante tratamientos curativos y una educación adecuada al delincuente para cuando sea incorporado de nuevo a la sociedad, también la pena debe ser justa, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo para quien fue impuesta la pena, sino para la sociedad que espera sobre todo justicia, seguridad y bienestar del Derecho.

1.7 Partes en que se divide el Derecho Penal.

El derecho penal abarca varias partes y de manera general de lo que algunos autores mencionan, tal es el caso de Cuello Calón que al respecto dice “ los tratadistas suelen distinguir dos partes: una denominada parte general que se ocupa de la doctrina

del delito y de la pena en general; a cuyo estudio se añade hoy el de las medidas de seguridad y la otra llamada parte especial que trata de diversos delitos; de las penas y de las medidas de seguridad correspondientes”²⁷

Para el tratadista Raúl Carrancá, nos señala: “la subdivisión en parte general y parte especial; en relación a la parte general está lo relativo al delito y a la pena, en tanto que a la parte especial se encuentra lo referente a los especiales delitos”²⁸

En nuestro derecho penal se ve reflejado, entonces, en el código penal vigente la división en dos partes que es el Libro Primero que es la parte general y el Libro Segundo donde se encuentran contenidos los delitos especiales (Parte Especial.)

1.8 *El Derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.*

Para un adecuado manejo del derecho penal, es necesario distinguirse varios conceptos del mismo, como lo es el derecho penal objetivo, el derecho penal subjetivo, derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena nos señala una definición de estos conceptos del derecho penal:

- “*Objetivo*: lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su formas de aplicación.
- *Subjetivo*: es la potestad jurídica del estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.

²⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. “*Derecho Penal*”. 9ª.edición., Editorial Nacional, México, 1961 P. 12.

²⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “*Derecho Penal Mexicano*”. Parte General. Tomo I, 5ª. edición., Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1958, P17.

- *Sustantivo*: se refiere a las normas relativas del delito, al delinciente y a la pena y medidas de seguridad. También se conoce como el derecho material.
- *Adjetivo*: es el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata de las normas que se ocupan de señalar la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos. Se llama más comúnmente derecho procesal o instrumental.”²⁹

El autor Eduardo López Betancourt, señala “El Derecho Penal puede ser de dos formas: subjetiva y objetiva; el derecho penal subjetivo se identifica con el *ius puniendi*, donde solo el Estado tiene la facultad de castigar, y solo éste tiene la facultad para conocer los delitos y la aplicación de la pena; por otra parte, el derecho penal objetivo o *ius penale* es todo el conjunto de normas dirigidas a los gobernados a quienes se les prohíbe la realización de un delito, bajo la amenaza de una sanción.”³⁰

Para la mayoría de los tratadistas definen al Derecho Penal objetivo como el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica; por otra parte el Derecho Penal subjetivo, lo definen como el derecho a castigar (*Ius Puniendi*), es también, el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

El autor Gustavo Malo Camacho hace una definición muy clara, en cuanto al derecho Penal objetivo y el derecho Penal subjetivo, estableciendo: “El derecho Penal puede ser entendido en sentido objetivo y subjetivo, en cuanto al primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada (*Ius Poenale*), y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y las

²⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho Penal*”. edición. Editorial Harla. México, 1998. P.14.

³⁰ LÓPEZ, BETANCOURT, Eduardo. “*Introducción al Derecho Penal*”. 5ª. edición. Editorial Porrúa, México, 1997. P.65

medidas de seguridad. En cuanto al derecho penal objetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano de donde emana, haciendo alusión al *Ius Puniendi*, del Estado o potestad punitiva del mismo.”³¹

El derecho penal objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídico penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva del Estado.

Es evidente la interrelación del derecho penal en sentido objetivo y el derecho penal en sentido subjetivo, entendido al objetivo como el orden jurídico dado y el subjetivo como la facultad del Estado para establecerlo y aplicarlo o potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley), para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal).

Derecho Penal Sustantivo

La verdadera sustancia del delito lo integran elementos tales como las normas relativas al delito, a las penas y a las medidas de lucha contra la criminalidad, entonces, ésta sustantividad radica precisamente en éstos elementos, que es donde proviene la denominación del Derecho Penal Sustantivo o también llamado Derecho Material.

Derecho Penal Adjetivo.

Las normas del Derecho Penal Sustantivo no deben aplicarse arbitrariamente, sino de manera ordenada y sistemática, donde para esto, existe otra reglamentación que su principal objetivo es ir señalando que camino se va a seguir en la imposición del Derecho Material que es precisamente el Derecho Adjetivo, también llamado Instrumental en la que en la práctica el llamado Derecho Procesal Penal.

³¹ MALO CAMACHO, Fernando. “*Derecho Penal Mexicano*”. 1ª. edición. México, 1997. Edit. Porrúa. P.135

El derecho Procesal, se define como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares.

1.9 *La Ley Penal.*

Es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad. Al hablar de ley Penal, no solo es el conjunto de normas jurídicas que se encuentran en el código Penal, sino también, existen diversas normas Penales que se encuentran contenidas en diversos cuerpos legales, como lo son, las disposiciones penales contenidas en el Código Fiscal, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Federal de Derechos de Autor.

La esencia del Derecho penal consistente en lo permanente e invariable de los principios que lo rigen y fundamentan, de tal modo que la naturaleza de éstos principios constituye lo que es la materia de la ciencia jurídica y dentro de éstos principios está la propia norma que origina a la Ley Penal, que en cuanto se combinan con otras disposiciones jurídicas como la de orden civil o constitucional, da lugar al estado de derecho, en la que todos los ciudadanos pueden convivir, en la que a través de la vía penal, se vuelve un medio mucho más eficaz, para lograr una adecuada convivencia social que es el fin que persigue el Estado de Derecho.

La ley Penal, es la única fuente generadora del Derecho o lugar donde se origina el Derecho Penal, pero muchos autores insisten en que también forma parte del Derecho Penal, la costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina, donde también son fuente del Derecho Penal, pero en la medida y forma que así lo establezca la Ley Penal. Cabe señalar

que la Ley es una regla que procede del Poder Público cuyas características principales son las de ser General, abstracta, permanente y coercible.

La Ley Penal también podemos definirla como la expresión del Poder Público debidamente establecido en la que se señalan de manera objetiva y justa los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

1.10 *Aplicación de la Ley Penal.*

Aplicar la Ley, consiste en materializar una norma jurídica al caso concreto. En muchas ocasiones se cree erróneamente en el Derecho Penal se prohíbe la interpretación, sin embargo, no es así, ya que toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia sirven al juzgador para interpretar correctamente la ley, cuando ésta es muy confusa o no muy clara.

Existe confusión en el Derecho Positivo mexicano, en cuanto a la interpretación analógica y la aplicación analógica de la Ley, ya que en realidad son cuestiones totalmente diferentes.

El autor Fernando Castellanos hace una distinción entre ambas definiciones, en la que señala, “ La aplicación de la Ley Penal por analogía, consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico lo cual es crear delitos que no están establecidos por la Ley; en lo que se refiere a la interpretación analógica ésta solo tiene el propósito de aclarar la voluntad de la norma jurídica, y comprender situaciones que, aunque están inversas en el propósito de la ley, no se describen expresamente”.³²

En cuanto a la aplicación analógica, para la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “Es aplicar analógicamente una pena, consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley, simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, la cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad.”³³

³² CASTELLANOS TENA, Fernando. “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”. Parte General, 31ª. edición. Pág.89. Edit. Porrúa, 1992.

³³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho penal*” 1ª. edición. Editorial Harla. México, 1998. P. 25

Nuestra Carta Magna en su artículo 14, prohíbe determinantemente la aplicación analógica en donde establece “En los Juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata.”³⁴

³⁴ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

CAPITULO II.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO)

En éste capítulo, se tratarán en forma amplia los elementos Objetivos del Delito, y según las definiciones de los numerosos autores, deben existir para que las diversas actividades que llevan acabo los sujetos puedan ser consideradas o no como “delito”, analizándose de acuerdo al orden en que legalmente son establecidos sus elementos.

El Código Penal anterior a la reforma para el Estado de Guanajuato en su artículo 11, definía al delito como: “La conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.”¹

Ahora bien y de acuerdo a la reforma del Código Penal para el Estado de Guanajuato, no hay una definición del concepto del delito, únicamente el artículo 8 de ese ordenamiento arguye que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, sin embargo analizaremos en los puntos siguientes cada uno de los elementos objetivos del delito.

Todos estos elementos deben reunirse en su totalidad, para que una conducta dada en la realidad pueda ser considerada como un verdadero delito y que al sujeto activo le sea impuesta la sanción establecida por el Estado pero, para que se llegue a la imposición de la pena, deberán reunirse todos los elementos establecidos por la ley y en caso de faltar alguno no se podrá considerar como tal.

Lo mismo sucede cuando en la conducta dada en la realidad, se presenta el aspecto negativo de algún elemento del delito, no llegará a colmarse el tipo penal y consecuentemente no habrá delito.

¹ Guanajuato. Código Penal.

El primer elemento del delito a analizar es la conducta y posteriormente se analizará su aspecto negativo llamado “La falta de conducta”.

2.1 *Definición de teoría del delito*

Es el conjunto de razonamientos jurídicos para explicar provisionalmente la vida del delito, y tiene por objeto el estudio de los elementos o características comunes a todos los delitos.

2.2 *La conducta*

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, varios de los estudiosos del Derecho le llaman acción, hecho, acto o actividad, pero nosotros preferimos el término de conducta, dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo, como el negativo, es decir la acción y la omisión, el actuar o el abstenerse de actuar.

2.3 *Noción de conducta.*

La conducta analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial de estructura al delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo.

Suele aplicarse, para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, actos, hechos, acción, etc.

Quienes consideramos mas aceptable la expresión CONDUCTA en virtud de que, como afirma Jiménez huerta, “tal palabra es significativa de que todo Delito consta de un comportamiento humano y capta el sentido finalista”.²

Para Jiménez de Asua, el acto es “la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda”.³

Además, dentro del concepto de conducta, pueden comprenderse la acción y la omisión: es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Petit se muestra partidario de los términos de conducta y hecho, para denominar el elemento objetivo del Delito: “pensamos-dice- no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del Delito, según la descripción del tipo”. Cita en apoyo de su punto de vista opiniones de Cavallo Battaglini; para el primero, el hecho “en sentido técnico, es el conjunto de:

“Los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido” y para el segundo, el hecho “en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado”.

De lo anterior desprendemos que si el Delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho; cuando el Delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Dice Porte Petit, la sola conducta agota el elemento objetivo del Delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los llamados Delitos de mera actividad carentes de un resultado material, la conducta es un elemento de hecho, cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo, es decir, un resultado material.

2.3.1 *Definición de Conducta.*

² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Derecho Penal Mexicano*”. Tomo I. 2ª edición. Edit.Porrúa.México1977. p.106

³ MSUA Y OMEGA. “*Derecho Penal*”. Editorial Reus.España 1929.

- Es el elemento objetivo del delito.
- La conducta es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenado del proceso causal.
- Comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un fin.

Tenemos entonces, que la conducta es un comportamiento humano, positivo o negativo encaminado a un propósito, pues es el elemento psíquico interno fundado en la voluntad y la actuación interna del sujeto, en donde a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, una responsabilidad imprudencial o preterintencional.

La conducta puede llevarse a cabo mediante uno o varios comportamientos, y solo el ser humano es capaz de ubicarse como un sujeto activo, descartándose la posibilidad de ubicar en ésta hipótesis a los animales, objetos o personas morales como sujetos activos del delito.

Para la autora Irma Amuchategui establece al hablar de conducta definiéndola como: “Comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito”⁴

2.3.2 *Formas de conducta.*

Tenemos entonces, que hay dos clases de conducta, la positiva y la negativa, esto es, que hay dos clases de normas, que son las que prohíben y las que ordenan, las primeras cuando hacemos lo que la ley nos prohíbe, en tanto las segundas, mandan o disponen que se realice una conducta.

a) **Positiva.**

⁴ Amuchategui. Opcit. P.49

Es cuando se hace o se lleva a cabo una acción, que esté prohibida por la ley, son normas prohibitivas, que cuando se realizan éste tipo de delitos se les llama “*delitos por comisión*”.

b) Negativa.

Cuando no hacemos lo que la ley nos ordena, realizamos una abstención, éstos son los delitos llamados por “omisión”, ésta es llamada también “*omisión propia*” o “*omisión Simple*.”

En el campo del derecho penal, la conducta puede manifestarse en dos formas que son: *acción y omisión*.

2.3.3 *Acción*

Se ha expresado que la conducta, llamada también acto o acción (lato sensu), manifestándose ya sea por actos o abstenciones. La acción es todo hecho o movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, de poner en peligro dicha modificación y encaminado a la producción de un resultado (astricto sensu).

La acción consistente en actuar o hacer, es un hecho positivo, en donde el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete una infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos o animales e incluso a través de personas, que al utilizar a una persona que no tiene capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento o un objeto.

La acción es definida también por Mir Puig señalando que se define como: “La conducta externa voluntaria por la cual el sujeto manifiesta su conducta ilícita”⁵

2.3.3.1 *Elementos de la acción*

⁵ MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal*”. Parte General. 2ª. edición. Edit. PPU. Barcelona España. 1985. P 162.

Estos elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad o llamado también nexo causal.

a) **La voluntad**

Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito, es propiamente la intención. La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos ideados por el autor, abarcando a demás el querer un resultado, si no, estaría en presencia del querer únicamente corporal.

Es necesario que el individuo sepa que es lo que quiere, que haya creado un cierto fin, que es aquello sobre lo que habrá de recaer su querer. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no es posible pensar en una voluntad vacía o sin contenido.

b) **La actividad**

Consistente en el “hacer” o en el actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c) **El resultado**

Es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y que está previsto en la ley penal como delito.

d) **Nexo de causalidad**

Es el nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material, el nexo debe unir la causa con el efecto, y sin éste ultimo no puede atribuirse la causa.

Se dice que el resultado es material porque si fuera psicológico o espiritual, no podría tomarse en cuenta para el derecho Penal. En la práctica, se deberán tomar en cuenta tanto las condiciones, así como las circunstancias en que sea manifestada la conducta y cómo se produjo el resultado, al caso concreto, a efecto de comprobar fehacientemente el nexo causal.

2.3.4 *La omisión*

Radica en un abstenerse de obrar, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción, simplemente es una abstención.

La autora Irma Griselda Amuchategui señala: “La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.”⁶

La omisión, existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera y dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido normativo, haciéndola exigible. En síntesis, mientras que los tipos activos o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de la descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria.

La estructura del delito omisivo, tiene como característica principal ser un “concepto de referencia” y se le llama de así precisamente porque siempre aparece referido a una determinada acción. A diferencia del delito de acción, cuyo contenido implica invariablemente una prohibición (el deber previsto en la norma prohibitiva) el delito omisivo, previene siempre un mandato, por ejemplo, en los delitos de acción, como es el caso del homicidio, se prohíbe matar, y en el delito de omisión de auxilio, se ordena auxiliar al enfermo, al atropellado, a no abandonar a la familia, etc.

⁶ Amuchategui, Op cit, p.51

Lo anterior significa que, mientras que los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, los tipos omisivos en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier conducta que sea diferente de lo que expresamente se ordena.

En el ejemplo anteriormente mencionado del homicidio, mientras que en la conducta de acción que previene éste delito, se describe la conducta prohibida, que en sí misma implica “se prohíbe matar”. Por otro lado, en el delito de omisión de auxilio, se describe la conducta que se ordena, prestar el auxilio necesario y como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se está ordenando.

2.3.4.1 *Formas de Omisión.*

La omisión se puede presentar en dos maneras, como pueden ser en forma simple, también llamada omisión propia y la otra forma que es la omisión impropia que se le llama también comisión por omisión.

a) **Omisión simple.**

Conocida también como *omisión propia*, consistente en no hacer lo que se debe hacer, sea voluntario o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aun que no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, como es el caso de la portación de arma prohibida.

b) **Comisión por Omisión.**

Este tipo de delitos son también llamados *Omisión impropia*, es un no hacer voluntario o imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringen una norma preceptiva y otra prohibitiva.

2.3.4.2 *Elementos de la omisión.*

Los elementos de la omisión son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo causal y son los mismos elementos que los de la acción, con la aclaración de que los delitos de simple omisión no cabe hacer un análisis sobre el nexo causal, pues no se produce ningún resultado, porque evidentemente no puede darse, ya que no puede existir la causación de la nada, solo en los delitos de omisión impropia puede producir un resultado físicamente perceptible. En los delitos de comisión por omisión, en la que se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y consecuentemente comprobar el nexo causal.

2.4 *Ausencia de conducta.*

En algunas circunstancias si llega a faltar alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos de los elementos del delito o dicho de otra manera, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del Delito. No existe conducta cuando se viola la Ley Penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

Ha sido muy debatido este problema, pues los autores no se han puesto de acuerdo en la determinación precisa de los casos en que no existe voluntad, elemento esencial de la conducta.

Generalmente se toman en consideración los aspectos siguientes:

Vis absoluta: Consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien aparentemente comete la conducta catalogada como delito para el Derecho Penal. Ni desde el punto de vista de la lógica ni de el jurídico, puede ser responsable quien es usado como un simple instrumento para cometer el delito. (50)

Vis mayor: Es la fuerza mayor que, ha diferencia de la vis absoluta proviene de la naturaleza. Cuando un individuo comete un delito a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, es decir, hay ausencia de conducta, pues no existe la voluntad por parte del supuesto agente, ni conducta propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Actos reflejos: Por actos reflejos debemos entender aquellas reacciones del sistema neuro-vegetativo en las que por tanto el sujeto esta impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria, en caso de poder controlarlos a voluntad se considera que existe el delito.

Sin embargo en cuanto al sueño, al sonambulismo y al hipnotismo existe un importante debate doctrinario sobre si en tales supuestos estamos en casos de ausencia de conducta por falta de voluntad o si por el contrario existe voluntad y solo hallamos una causa de in imputabilidad.

2.5 *La Tipicidad.*

Hemos sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentales bienes cuya manutención depende la vida gregaria; por ello, sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El Derecho Penal selecciona describiendo en sus disposiciones, aquellas

conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del Delito.

Tipo, es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Dicho de otro modo, Tipo es la creación Legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

La tipicidad, es uno de los elementos esenciales del Delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su Artículo 14, establece en forma expresa “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, lo cual significa que no existe Delito sin tipicidad.

2.5.1 *Definición*

Para la mayoría de los tratadistas a la tipicidad la definen como: “La adecuación de una conducta dada en la realidad con el tipo penal.” Por tipicidad se entiende que es un juicio de valor con el que se va a valorar la conducta dada en la realidad y si reúne los elementos que el propio tipo penal exige y encaja perfectamente en él será “Típico”.

El elemento de tipicidad es en primer término más relevante para el estudio del derecho penal, toda vez que, la acción o la omisión en sí, no son relevantes para el derecho penal, salvo que se trate de acciones u omisiones típicas penales; lo que significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o el peligro al bien jurídico protegido y suponga la violación al mandato contenido en la norma de un determinado tipo penal.

Menciona el autor Fernando Castellanos que no deben confundirse el tipo con la tipicidad, estableciendo: “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de la conducta en los preceptos penales. En cuanto a la tipicidad, es la adecuación de

una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto y basta con que el legislador suprima de la Ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.”⁷

⁷ Castellanos. Opcit.167.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, llamados elementos del tipo, en los que deberán reunirse en su totalidad, de tal manera que la conducta que se dé en la realidad, se realice en forma idéntica a la abstracción legal; de tal modo que si falta alguno de los elementos, pero se llevan a cabo todos los demás elementos que establezca y marque el propio tipo penal, no se estará en presencia del elemento objetivo del delito, llamado tipicidad y consecuentemente no habrá delito.

2.5.2 Tipo Penal.

El tipo es una creación legislativa, es la descripción que hace el Estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

2.5.3 Ideas generales del Tipo y la Tipicidad

No debe confundirse el Tipo con la Tipicidad, como ya se menciono con anterioridad el Tipo es una creación Legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encuadre o se adecue exactamente en la abstracción plasmada en la ley, basta que el legislador suprima de la ley un tipo penal para que no exista el delito.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo alo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal.

2.5.4 *Función de la Tipicidad*

Si admitimos que el tipo es la razón del ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo).

Cabe mencionar que nuestra Carta Magna en su Artículo 19 menciona que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 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 haga probable la responsabilidad de este.⁸

2.5.5 *Principios generales de la Tipicidad*

Como ya se mencionó con anterioridad la tipicidad la podemos definir como la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad.⁹

Dichos principios son:

- | | |
|----------------------------|------------------------|
| a) NULLUM CRIMEN SINE LEGE | NO HAY DELITO SIN LEY |
| b) NULLUM CRIMEN SINE TIPO | NO HAY DELITO SIN TIPO |
| c) NULLA POENA SINE TIPO | NO HAY PENA SIN TIPO |
| d) NULLA POENA SINE CRIMEN | NO HAY PENA SIN DELITO |

⁸ Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política.

⁹ Castellanos.op.cit.pag.170

2.5.6 *Elementos del tipo*

Los elementos del tipo penal, tanto los objetivos como los subjetivos, son de igual importancia, ya que los primeros (objetivos) están establecidos fuera del individuo en el que son fácilmente aprehensibles por los sentidos y están establecidos por las mismas leyes penales como circunstancias exteriorizadas por el mismo individuo y en cuanto a los segundos (subjetivos) estos son elementos que se encuentran dentro del sujeto activo y como tales, deben ser valorizados por el juzgador, a demás necesarias para el estudio del delito que se trate y así obtener un buen manejo del derecho Penal y exacta aplicación de la misma.

2.5.6.1 *Elementos objetivos:* (establecidos afuera del sujeto)

1. **Conducta.** Definida como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, y correspondiéndole el elemento “voluntad.”
2. **Resultado.** Es la modificación del mundo exterior provocado por la conducta.
3. **Nexo causal.** Relación entre la conducta y el resultado.
4. **Especiales formas de ejecución:** Son los llamados medios comisivos, que es precisamente el camino o la vía con la que se vale el agente para obtener el resultado.
5. **Modalidades de lugar, tiempo modo y ocasión.** En cuanto a las circunstancias del lugar, se refiere al espacio en vinculación con la realización de la conducta típica a la que hace referencia algunos tipos de la ley penal, como en el caso del delito de Asalto establecido por nuestro código Penal vigente en el que establece: “Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre alguna persona...”. En lo referente a la

circunstancia de tiempo, es la referencia del momento en que se llevó a cabo la conducta delictuosa.

6. Sujeto activo y pasivo. El sujeto activo en cuanto a que él es el que realiza la conducta delictuosa y según la calidad y número de sujetos que intervengan; en cuanto a la calidad es la característica propia que debe tener el sujeto activo, como en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, en donde el sujeto activo debe tener la calidad primordial de servidor público para que se satisfaga el delito; en cuanto al número, se refiere en que en algunos casos el tipo penal requiere de cierto número de sujetos activos para reunir los elementos que algunos tipos penales requieren, como es el caso entre otros como el delito de asociación delictuosa en el que se requieren tres o más personas para colmar el tipo penal aludido, este tipo de delitos son también llamados plurisubjetivos o sujeto activo plural; mas aún, cabe mencionar que la mayoría de los tipos penales están redactados en forma singular y según lo establezca el tipo penal de que se trate. Con respecto al sujeto pasivo es la persona sobre la que recae la acción delictuosa.

7. Objeto material. Es la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa.

8. Objeto Jurídico. Es el bien jurídicamente protegido en cada tipo penal, como lo es la vida, la propiedad, el honor, la salud, la libertad física, la integridad corporal, etc.

2.5.6.1 Elementos subjetivos: (elementos considerados dentro del sujeto)

- Ánimos
- Propósitos
- Fines
- Sabiendas
- Normativos

Los elementos subjetivos del tipo penal son circunstancias que se refieren al estado anímico del sujeto. Mayer en el año de 1915 los descubrió y los llamo especiales

elementos subjetivos del tipo y entre otros tenemos a los ánimos, saberes, fines, propósitos además de esos también como elementos subjetivos del tipo existen los elementos normativos que son juicios de valor que se dejan a la interpretación del juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y entre otros tenemos la honestidad, castidad, el honor, propiedad, posesión, la ajeneidad de la cosa, la honra y la deshonra.

1.- **Ánimos.**- Es la intención o voluntad propiamente dicho.

2.- **Saberes.**- Significa tener conocimiento de una cosa, tener juicio comprender.

3.- **Fines.**- Significa tener motivo, tener una finalidad.

4.- **Propósito.**- Es el animo o intención de hacer o dejar de hacer una cosa.

5.- **Normativos.**- Son juicios de valor, (honestidad, honor, honra), estos elementos se dejan a la interpretación del juez.

2.5.7 Clasificación de los tipos

a) **Normales y anormales.**- Le ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero en ocasiones el legislador incluye en al descripción típica elementos normativos o subjetivos.¹⁰

Tipo Normal.- El tipo será normal cuando la palabras utilizadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

Tipo Anormal.- Se estará en presencia de un tipo penal anormal cuando es necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica.

¹⁰ Castellanos.op.cit.pag.170

La diferencia entre tipo normal y anormal estriba en que el primero solo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas.

- b) **Fundamentales y básicos.**- Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código. La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forja una categoría común, capaz de servir de título o rubrica a cada grupo de tipos. Para el juspenalista Luís Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.¹¹
- c) **Especiales.**- Son los formados por el tipo penal fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo penal especial
- d) **Complementados.**- Estos tipos penales se integran con el tipo penal fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

Jiménez Huerta, destacado penalista, dice que se diferencian entre si los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma donde se contiene la suplementaria circunstancia o particularidad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados según resulte o no un delito de mayor entidad.¹² Serán agravados cuando la gravedad del delito merezca sancionarle mas severamente y serán privilegiados cuando su punibilidad sea menos enérgica por características de los medios comisivos.

¹¹ Jiménez de Asua Luis, Citado por Castellanos.op.cit.pag.171

¹² Ibidem.Pag.171

- e) **Autónomos o independientes.-** Son los que tienen vida propia, es decir, que no dependen de otro tipo penal para existir.
- f) **Subordinados.-** Son lo contrario a los tipos autónomos, es decir son los que no tienen vida propia, dependen de otro tipo penal para subsistir. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este, al cual no solo complementan, sino se subordinan.
- g) **De formulación casuística.-** Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de realizar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados.¹³ En los primeros se prevén dos o más hipótesis comitivas, y el tipo se colma con cualquiera de ellas. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas y cada una de la hipótesis comitivas para que el tipo se realice. Se refiere a los tipos de forma casuística.
- h) **De formulación amplia.-** A diferencia de los tipos de formulación casuística, en lo d de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos “de formulación libre” por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley solo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida en el domicilio (65)
- i) **De daño y de peligro.-** Si el tipo penal tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño; y el tipo se clasifica de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

¹³ Ibidem.Pag 172

2.6 *La Atipicidad*

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad que es la negación del aspecto positivo. La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la inexistencia del delito. La conducta del individuo no se adecua al tipo por faltar alguno de los requisitos o elementos ya sea objetivos o subjetivos (66)

2.6.1 *Noción de atipicidad.*

Se presenta la atipicidad como la negación del aspecto positivo de la tipicidad, cuando una conducta dada en la realidad no encaja perfectamente al tipo penal donde éste previene la conducta prohibida u ordenada, esto es, que no están completamente integrados todos los elementos que el tipo penal exige para poderlo llamar típico; es concretamente la ausencia del delito en su forma mas clara, dando lugar a la inexistencia del delito.

El autor Fernando Castellanos hace referencia a la misma al dar su definición estableciendo: “La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás será delictuosa.”¹⁴

Muchas veces se confunde lo que es la atipicidad con otra figura totalmente distinta como lo es la falta de tipo, a manera de distinguirlos, respecto de la atipicidad, como se mencionó anteriormente como “la no adecuación de una conducta dada en la realidad a un tipo penal, por no desarrollarse todos los elementos necesarios que el mismo tipo penal establece” y en cuanto a la falta de tipo, la diferencia radica cuando el legislador no ha establecido una determinada conducta como delito, es decir, que en el ordenamiento legal no hay una descripción típica de una conducta determinada y que pueda infringirse.

¹⁴ Castellanos. Opcit. P.175

En resumen, en la atipicidad, ya está establecido en la ley el tipo penal considerado por el Estado como delito, lo que en la falta de tipo, es la nada penal, puesto que no hay ley que sancione a una determinada conducta.

2.6.2 Causas de atipicidad.

Para que una conducta pueda ser considerada como delictuosa, es necesario que dicha conducta encuadre exactamente en un determinado tipo penal, es decir, para que dicha conducta sea delictuosa, es requisito indispensable *Conditio sine qua non*, colmar todos los elementos que el tipo exige y si llegare a faltar un solo elemento, estaremos en presencia de la atipicidad.

Como causa de Atipicidad, se tiene a la conducta dada en la realidad que no cumpla con elementos de calidad o número tanto del sujeto pasivo como del activo, que exige el tipo penal para que se colme el delito.

Si en la conducta realizada por el sujeto no afecta el bien jurídicamente protegido, o bien, si la conducta que supone ser delictuosa no recae sobre persona o cosa, o no hay afectación en el objeto material, siendo éste un elemento objetivo del tipo.

También se presenta la atipicidad cuando un tipo penal requiera las circunstancias temporales o de lugar y la conducta dada en la realidad no contenga lo que la ley exige para llegarlo a complementar; por manera de ejemplo, en el caso de los delitos cometidos por servidores Públicos en el que se establece que para colmar el tipo penal es necesario que estos estén en ejercicio de sus funciones.

2.7 Antijuridicidad

Corresponde ahora el estudio del tercer elemento objetivo del delito, llamado antijuridicidad o antijuricidad, éste elemento proviene del latín anti - contra, Ius-derecho, esto es, contrariar el orden jurídico.

Se entiende al orden jurídico, al orden que regula la conducta humana encaminada a proteger los bienes de los miembros de la colectividad en general en relación al fin que persigue el derecho, dirigido a proteger la seguridad jurídica y para la tranquilidad social, por lo que a través de los tipos penales, el Estado expresa qué conductas están fuera de la libertad de la acción de los individuos de la colectividad.

No solo el orden jurídico está integrado por normas que imponen deberes, sino también reglas permisivas que implican el directo reconocimiento de derechos, reflejando un contenido de prevención general, en cuanto que al delimitar ciertas conductas por parte de los individuos, señala qué es lo que se estima contrario al interés social y con la característica principal de estar dirigido no solo al individuo responsable del delito, si no a la colectividad en general, con la advertencia de que pueden ser sancionados si incurre en conductas delictivas.

2.7.1 *Definición*

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, siendo ésta relación de contradicción puramente objetiva. La antijuridicidad es definida por la autora Irma Griselda Amuchategui Requena al señalar: “La antijuridicidad es lo contrario a derecho, en el ámbito penal, radica precisamente en contrariar lo establecido por la norma jurídica”¹⁵

Según establece el autor Eugenio Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el acto y una norma jurídico penal, siendo tal juicio de carácter objetivo, por el solo hecho de caer en una acción ejecutada.¹⁶

Acertadamente el tratadista Fernando Castellanos precisa que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso

¹⁵ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Op.cit. p.67

¹⁶ Cuello Calón. Op.cit p.284.

psicológico-causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva en el que atiende solo al acto, a la conducta externa.¹⁷

Por otra parte Carnelutti señala: “antijurídico es el adjetivo, en tanto que la antijuridicidad es el sustantivo, por lo jurídico se entiende que es lo que está conforme a derecho.”¹⁸

En este orden, cabe decir por ejemplo, si la ley penal tutela la propiedad mediante un tipo penal que establece el robo, entonces, si alguien comete éste delito, el sujeto estará realizando una conducta típica antijurídica. Estos tres elementos (conducta, tipicidad y antijuridicidad) son considerados como objetivos del delito al que le es llamado “Injusto Penal” y cuando se desarrolle la parte subjetiva (imputabilidad, culpabilidad) se aplicará la pena.

2.7.2 Clases de antijuridicidad.

Se distinguen dos clases de antijuridicidad, en el que Franz Von Liszt estableció su doctrina dualista, llamándola formal o antijurídica formal y la material o antijurídica material.

2.7.2.1 Formal o antijurídica formal

Liszt afirmaba que el acto será formalmente antijurídico cuando implique una trasgresión a la norma establecida por el Estado, esto será la oposición a la Ley. Interpretando de otra manera su teoría, es la relación de contradicciones de la conducta típica y el orden jurídico.

2.7.2.2 Material o antijurídica material.

¹⁷ Castellanos. Op.cit. p 178

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “*Teoría General del delito*”. Edit. Argos. P. 18

Establece que el acto será materialmente antijurídico, en cuanto haya una violación a los intereses colectivos. Esto es, la relación de contradicción de la conducta típica con los intereses socialmente protegidos.

2.7.3. Ausencia de antijuricidad

El aspecto negativo de la antijuricidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuricidad de la conducta típica realizada, al considerarla ilícita, jurídica justificativa. Las causas de justificación anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de tal suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho. Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, solo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador.¹⁹ 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
- b) En función del interés preponderante.

Ausencia de interés.- Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo intereses individuales, sino 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 por que significa el ejercicio de tales derechos; y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. Mezger afirmaba que

¹⁹ Idem.pag.183

le consentimiento de lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles, y este deberá ser serio, voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente.²⁰

Interés preponderante.- El interés preponderante surge cuando existen dos bienes jurídicamente tutelados y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tienen que salvar el de mayor valía y permite el sacrificio del menor.

2.8 *Aspecto Negativo: Causas de justificación*

Como se ha venido estudiando los elementos del delito y sus aspectos negativos, al elemento de antijuridicidad, a la que no es definida por el Código Penal, estableciendo solo el aspecto negativo, al tenor del artículo 33 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato; que lo constituyen las causas de exclusión del delito, que son las circunstancias que el legislador estableció para anular a la antijuridicidad de la conducta típica realizada al ser considerada excluida o lícita.

Es muy común la confusión del elemento positivo “antijurídico” por llevar en él la palabra “anti” definido como lo contrario a derecho y tener a su vez el aspecto negativo, debe entenderse entonces, que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho que son precisamente la causas de exclusión del delito y estas a su vez anulan lo contrario a derecho, de tal forma que si aparece alguna causa de exclusión dentro de la conducta típica desaparece lo antijurídico, en consecuencia no habrá delito por estar permitida por la ley esa conducta.

Es comprensible entender que el campo del derecho, no se puede permitir lo que previamente ha prohibido y, obviamente no puede permitir lo que ya estaba permitido; concretamente en el Derecho Penal para cumplir con su objetivo de salvaguardar los bienes jurídicos; donde crea los tipos delictivos implicando el señalamiento de las conductas prohibidas, estableciendo reglas permisivas a los individuos y que son

²⁰ Idem.pag.187

autorizadas para poder defenderse y así no se les llegue a aplicar una pena injustamente cuando el Estado no tiene la posibilidad de evitar ciertos acontecimientos delictivos.

De modo que el Estado valora y reconoce determinadas conductas para salvaguardar los intereses de los individuos asistiéndolos para conducirse frente a ellas y que el sujeto pasivo actúe en la medida y forma en que sean lesionados sus bienes jurídicos tutelados.

El Estado no ordena que se actúe de tal o cual manera así como tampoco promueve que se realicen tales conductas, sino que se limita a permitir que se actúe en dicho sentido, valorándolas a través de los permisos que otorga la propia ley para poder violarla.

Son causas de justificación (también llamadas causas de permisión) como su nombre lo indica, justifican la conducta, que recaen sobre la acción realizada y son consideradas como objetivas, puesto que se refieren al hecho, es decir, a la realización externa y no al sujeto.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 33, establece como causas de Exclusión del Delito, los siguientes preceptos:

- I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate;
- III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho;
- IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares;
- V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirarla;

VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

*No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro;

VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35;

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 está justificada su conducta.

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda;

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.

En otro orden de ideas la legislación penal mexicana, establece como causas de justificación, el consentimiento del sujeto pasivo, la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

2.8.1 El consentimiento del sujeto pasivo.

Se entiende por consentimiento al acuerdo de dos o más voluntades, destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal. En el derecho penal se entiende como la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo para que el sujeto activo afecte los bienes jurídicos tutelados que están a su disposición, en donde esa voluntad del sujeto pasivo deberá ser válida proviniendo de un sujeto imputable.

Los bienes jurídicos que se encuentran a disposición del sujeto pasivo son los delitos llamados de querrela en donde solo el sujeto pasivo puede permitir que se le afecten como es el caso del abuso de confianza, lesiones, adulterio, allanamiento de morada, fraude, etc., el código penal establecerá expresamente los delitos que se perseguirán por querrela; y cuando el código penal no haga mención, se sobreentenderá que es perseguible de oficio.

2.8.2 Legítima defensa

Esta causa de justificación es una de las más importantes y más frecuentes que se dan en la práctica y con frecuencia se confunde con la defensa propia, siendo que son totalmente diferentes.

La legítima defensa se define como: “Repeler una agresión injusta actual o inminente para defender bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el repeler se realice en la medida razonable de rechazar la acción.” La agresión deberá ser en el momento actual, presente o inminente; en cuanto a la acción de repeler existe la necesidad de que se dé en la medida razonable de la defensa, esto es, que dicha acción debe ser en la medida de la agresión.

La razón de ser de la legítima defensa se funda precisamente en que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto o la afectación de sus bienes jurídicos ya sean propios o ajenos, por eso, la ley prevé situaciones en las que la persona que actúa en legítima defensa no tiene otra forma de salvaguardar o proteger sus bienes o derechos y la autoridad no está en posibilidad de defenderlos en el momento del hecho.

Carrancá y Trujillo establece muy acertadamente su criterio respecto de la legítima defensa estableciendo: “La defensa privada se legítima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temor 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.”²¹

El código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato, a la luz del artículo 33 fracción V establece:

²¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “*Derecho Penal Mexicano*”, Tomo.II. Edit. Porrúa. Décima segunda edición. 1956

“Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirle”.²²

2.8.2.1 Elementos de la legítima defensa.

De acuerdo con la redacción que hace nuestro código penal y de las definiciones que adoptan diferentes autores en relación a la legítima defensa, se desprenden conceptos que en muchas ocasiones son susceptibles de confundirlos:

I. *Repeler* Se entiende como impedir algo, rechazar, evitar, no permitir que algo ocurra, o bien, que algo pueda acercarse. Ante tal circunstancia, implica que el sujeto pasivo rechace la agresión y ejerza alguna agresión contra el sujeto activo, sin que aquél la haya provocado.

II. *Agresión* Consiste en atentar, atacar, acometer, arremeter. Es el acto en el que se pretende dañar o afectar a alguien. Esta agresión deberá ser real, cierta, es decir, no imaginaria ni hipotética, ya que es relevante para el derecho penal que sea una agresión auténtica y que no esté solo en la mente de quien reacciona sino que exista realmente.

III. *Agresión actual.* Esta deberá ocurrir en el mismo instante de repelerla, esto es, que tanto la agresión como la repulsa deberán darse en un mismo lapso temporal.

IV. *Agresión inminente.* La palabra “inminente”²³ significa lo más próximo o cercano. Puede darse el caso que no sea posible repelerla en el momento, pero es válido que sea la agresión lo más próxima o cercana posible, no existe un tiempo determinado, pero lógicamente es de entenderse que debe ser inmediata, toda vez que una agresión futura equivaldría a una venganza y no a la reacción de la legítima defensa. La diferencia de lo

²² Guanajuato. Código Penal.

²³ Diccionario jurídico Mexicano. Edit. Porrúa.

actual, es lo que ocurre en el momento, mientras que lo inminente es lo más cercano o inmediato.

V. *Agresión ilegítima.* Esto quiere decir, que cuando el sujeto pasivo repulsa una agresión, no basta con que sea actual o inminente, sino que además, la agresión a la que se encuentre sometido deberá ser contraria a derecho, es decir antijurídico, puesto que si la agresión es justa o apegada a derecho, la acción de repeler no se encontrará amparada por el orden jurídico, por lo tanto no será una causa de justificación.

VI. *Necesidad razonable de la defensa empleada.* La autora Irma Requena Amuchategui señala: “ La necesidad racional significa que la acción realizada (repulsa), debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno.”²⁴

Es indispensable que en la racionalidad de la defensa exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida.

No sería racional que por un choque entre dos vehículos, uno de los tripulantes reclama al otro contra quien chocó por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, sacando una pistola y lesiona o mata al sujeto; siendo esto evidente que no es proporcional el medio empleado para su defensa, este ejemplo caería en el “exceso en la legítima defensa” la cual el autor Fernando Castellanos señala al respecto: “hay exceso en la defensa cuando el agredido va mas allá de lo necesario para repeler la agresión”.²⁵

Como ya se ha dicho, la legítima defensa se define como: “ la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar los bienes jurídicos, siendo necesario entonces

que se dé la defensa empleada” es decir, que quien actúe no tenga mas alternativa que reaccionar como lo hace, con el único fin de salvaguardar los derechos. En la defensa

²⁴ Amuchategui. Op. Cit. P. 70

²⁵ Castellanos. Op.Cit. p.198

empleada es necesario que no medie provocación alguna suficiente de su parte o del tercero a quien se pretende proteger y que dicha provocación no sea la causa para recibir la agresión.

Para concluir, cabe mencionar, que en la legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; es por eso que la ley no precisa ni excluye a ningún bien jurídico, así al amparo del principio que establece “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, por ello se entiende, que todos los bienes jurídicos tanto lo propios como los ajenos deben protegerse a través de la legítima defensa.

2.8.3 El estado de necesidad

El mismo artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en su fracción VI, expresamente establece:

Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro para evitar un mal mayor, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) que el peligro sea actual o inminente;*
- b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;*
- c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.*

*No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.*²⁶

En términos de la fracción transcrita, el estado de necesidad, establece otra de las formas que la ley expresamente previene como legítima, surgiendo como consecuencia del derecho que la persona tiende a defenderse y a no permitir la presencia de un injusto que afecte sus bienes jurídicos propios o ajenos, derivados de una agresión no provocada, en el caso del estado de necesidad, de la legitimación surge de que nadie está obligado a soportar lo imposible.

²⁶ Guanajuato. Código Penal.

En el estudio que hace el autor Fernando Castellanos, cita en su obra la definición que hace Von Liszt respecto en el que afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro medio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.²⁷

Existe discusión en cuanto a las opiniones de diferentes autores en relación con la jerarquía de los bienes (el que se salva y el que se sacrifica), en donde para unos el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras que para otros pueden tener la misma jerarquía.

En vista de que todos los bienes jurídicamente protegidos por la ley tienen el mismo valor y no expresa cuales son de menor o mayor valor, tienen para ella la misma importancia.

El autor Fernando Castellanos señala que, si el bien que se sacrifica es de menor valor que el amenazado, se estará en presencia de una causa de justificación; en contraste, que si el bien lesionado es de mayor valor que el que se salva, se estará en presencia de la configuración del delito y en el caso de que los dos bienes sean de igual valor no existe el delito.²⁸

Un ejemplo muy comentado en cátedra consistente en el caso de dos naufragos, quienes ante la circunstancia de poder salvar sus vidas, y habiendo solo una tabla para flotar que solo resiste a una persona y uno de ellos se queda con la tabla para poder subsistir. Indudablemente en este caso los dos bienes jurídicos son de igual valor pero, sin embargo, la ley no los precisa ni los distingue en el estado de necesidad expresado en el citado artículo.

²⁷ Von Liszt. Citado por Castellanos Fernando. Op.cit. p. 202

²⁸ Castellanos. Op.Cit. Pág. 204

Ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado interviene al optar por la salvación de uno de ellos, donde opera el principio del *interés preponderante*, pero solo opera cuando el bien que se salva supera al sacrificado, solo entonces se integrará como justificante, por el hecho de que el atacante obra con legal derecho.

2.8.3.1 Elementos de la definición legal del estado de necesidad.

1. *Peligro* Se entiende como la amenaza, ante una en la situación que se pueden causar daño a alguno de los bienes jurídicos. Establece el autor Fernando Castellanos que el peligro es la posibilidad de sufrir un mal.²⁹

También señala la ley que el peligro deberá ser, al igual que en la legítima defensa, actual e inminente; el peligro también tendrá que ser real, cierto, pues no es válido el peligro imaginario, siendo éstos elementos de vital importancia para el estado de necesidad.

2. *Que el peligro no sea provocado intencionalmente por el agente.* Hace referencia al respecto la autora Irma Amuchategui estableciendo: “La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia, si esto ocurriera no podría invocarse el estado de necesidad.”³⁰

3. *Que no exista otro medio practicable o menos perjudicial.* Ante esta situación el sujeto pasivo deberá optar por proteger sus bienes jurídicos por uno de los medios en los que el daño que causes pueda ser el menor posible, de lo contrario no podrá invocarse como causa de justificación.

Tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, suele haber confusión por similitud de alguno de sus elementos, siendo totalmente diferentes, pues en el estado de

²⁹ Castellanos. Op. Cit. P.207

³⁰ Amuchategui. Op. Cit. P.73

necesidad procede en contra de lo que origine peligro, ya sea de una persona física, un animal o cosa; mientras que en la legítima defensa siempre procederá en contra de una persona; y la diferencia mas importante consiste en que, en la legítima defensa se afectan los bienes del injusto agresor, mientras que en el estado de necesidad la lesión recae sobre bienes de un inocente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece en forma más clara lo referente al estado de necesidad y la legítima defensa.³¹

2.8.4 Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber

Al estar hablando de las causas de permisión, la ley también señala como causas de justificación al ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, anulando con ello el elemento antijuridicidad, contemplados en el citado artículo 33 del código penal, en su fracción III, en el cual establece: *“Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”*³²

Estas dos figuras son particularmente relevantes en el derecho penal, en donde se fundan diferentes situaciones previstas por el mismo código y con el fin de que la conducta realizada por el agente sea considerada como lícita en virtud de las causas de justificación.

2.8.4.1 El cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber se basa esencialmente, en la tipicidad y como se establece en cada tipo penal, el contenido mismo de mandar o prohibir una determinada conducta, a fin de no lesionar cualquier bien jurídico tutelado.

³¹ “El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión jurídicamente tutelado para salvaguardar otro bien jurídico igualmente protegido por el hecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente”. (Semanao Judicial de la Federación, volumen XXVII, Pág. 49 segunda parte, sexta época)

³² Guanajuato. Código penal.

Debe de entenderse a la antijuridicidad como la base de una normatividad y no como un desorden jurídico, en vista de que se plasma en cada tipo penal, la voluntad de la conducta socialmente deseada por la colectividad a través del legislador, y simultáneamente aparezca otro precepto legal en sentido opuesto, como es el caso de que el código penal que sanciona al homicidio y el disparo de arma de fuego, y por otra parte en el código militar obliga a disparar, y en su caso matar, frente a la orden de defender la seguridad del país.

En éste sentido aparecen dos normas encontradas, donde una prohíbe y otra ordena, naturalmente que sólo un deber puede subsistir, así, el militar que priva de la vida a otro no comete la conducta típica de homicidio, debiéndose entender que su conducta no es antijurídica, toda vez que ha actuado en cumplimiento de un deber impuesto por su misma ley.

La autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades”.³³

2.8.4.2 Ejercicio de un derecho.

En el citado artículo 33 en su fracción IV, aparece junto al cumplimiento de un deber el ejercicio legítimo de un derecho, y por citarlos en la misma fracción del artículo, los eleva a un mismo nivel de importancia.

Al ejercer un derecho se llega a causar algún daño cuando se obra en forma legítima y habiendo necesidad racional del medio empleado, se estará en presencia de un permiso que da la propia ley para obrar en tal sentido y consecuentemente no se llega a constituir el delito.

³³ Amuchategui. Op.Cit. p.76

Alguno autores estiman que para realizar cualquier tratamiento médico - quirúrgico, no es necesario el consentimiento del paciente o de sus familiares, en vista que uno de los primordiales objetivos del derecho Penal es proteger la integridad corporal de los individuos.

Lo mismo sucede en las lesiones incluso el homicidio que llegaren resultar en algún deporte y como señala Fernando Castellanos al establecer que en estos casos son verdaderas causas de justificación, los deportistas que actúan en ejercicio de un derecho que les fue concedido por el propio Estado, en vista que da permiso para ello y manda a sus representantes en eventos donde hay espectadores, percibe impuestos de dicho evento.³⁴

Este tipo de lesiones, se anula el delito mediante las causas de justificación, salvo el caso en donde se compruebe que hubo mala fe, dolo o que sean notoriamente delictuosos.

2.8.5 Impedimento legítimo

Esta eximente opera cuando un sujeto que tenga la obligación de realizar una determinada conducta, se abstiene de obrar, en razón de existir una ley que le impida ejecutar ese acto.

El no actuar mediante el impedimento legítimo en el que se ocasione un daño, contraviniendo con lo que le ordena la ley penal, constituye una omisión, en virtud de que se deja de hacer lo que la ley ordena, por cumplir con otro deber legal y de mayor valía.

Esta figura ha sido derogada y eliminada del Código Penal para el Distrito Federal, atento a la reforma incorporada al *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de enero de 1994.

³⁴ Castellanos. Op. Cit. Pág.. 213

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 *Imputabilidad*

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, la imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito, existen múltiples acepciones acerca de la imputabilidad, el maestro Mayor dice que la imputabilidad es posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo mental del actor para obrar, según el justo conocimiento del deber existente. Franz Von lizt la conceptúa como la capacidad de obrar en el derecho penal, que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción. Para el jurista Jiménez de Asúa, la imputabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

Lo primero indica madurez y salud mental, lo segundo libre determinación, es decir, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Fernando Castellanos manifiesta que la imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo de derecho penal. Interpretando a contrario sensu el concepto de la imputabilidad podemos obtener fácilmente la noción legalmente aceptada de la imputabilidad y estamos en consecuencia facultados para decir que la ley vigente entiende por imputable, a todo aquel que en el momento del hecho tiene capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo y de determinar su conducta de acuerdo con esa compensación.¹

3.2 *Elementos de la imputabilidad*

Los elementos de la imputabilidad son:

¹ Idem.pa.218

- a) INTELECTUAL.- Que se traduce en el saber, en el conocer, en comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

- b) VOLITIVO.- Que es la capacidad de autodeterminación, o querer comportarse en función de lo que conoce.

Será imputable dice Carranca y Trujillo, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana. La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el actor, en el momento de cometer el delito que lo capacitan para responder penalmente por sus actos.²

3.3 *Imputabilidad (como presupuesto de la culpabilidad).*

Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se vera mas adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, deberá tener la capacidad de entender y querer, dentro del campo del derecho penal. Por lo tanto, la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

3.4 *La Responsabilidad*

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los

² Idem.pag.218

imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley.³

3.5 Acciones Liberae In Causa

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del delito, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones es realizado el delito.

Las acciones liberae in causa consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un delito, por lo tanto la ley lo considera imputable, es decir, con capacidad de ser culpable.⁴ Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado de inconciencia se procuro dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base para declararlo como culpable, y consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

3.6 La Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone consecuentemente

³ Idem.pag.219

⁴ Amuchateghi.po.cit.pag.78

la ausencia de dicha capacidad para comprender la ilicitud del hecho o bien para determinarse conforme a esa comprensión.⁵

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas causas capaces de anular o neutralizar la conducta típica ya sea por el desarrollo mental retardado o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la conducta delictuosa.

3.6.1 *Causas de Inimputabilidad.*

De lo anterior mencionaremos las causas de inimputabilidad que menciona el Código Penal para el Estado de Guanajuato, las cuales son:

Perturbación grave de la conciencia con base patológica.

En éste marco de enfermedades que precisa la ley, recoge diversas enfermedades mentales, susceptibles de originar la inimputabilidad.

En primer término, se tendrá en cuenta que “la conciencia” es precisamente conocer, es la facultad mental que nos permite relacionarnos con el mundo exterior. En tanto por “perturbación” se entiende como un desorden o alteración de la conciencia, que impide su desarrollo adecuado para poder entender y querer un resultado delictivo; llamado sujeto incapaz, lo que es esencial para el Derecho Penal, que el individuo que delinque, se encuentre bien de sus facultades mentales que le permitan conocer su conducta, el resultado o las consecuencias que se originen si las realiza.

La autora Irma Griselda Amuchategui, hace referencia respecto al trastorno mental estableciendo: “ El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, impidiéndole al agente comprender el carácter ilícito del hecho o

⁵ Castellanos.op.cit.pag.223

conducirse acorde con esa comprensión, pudiendo ser transitorio o permanente, ya sea por ingerir alguna sustancia nociva o algún proceso patológico interno”.⁶

Las enfermedades mentales más comunes que se presentan son la esquizofrenia genuina y la epilepsia, pero no está incluido dentro de ésta clasificación el psicópata, ya que éste solo vive para matar y por ser parte de su forma de vida.

El estudio de todas las enfermedades mentales relacionadas con la conducta delictuosa del individuo, en relación a la inimputabilidad, exige al juzgador apoyarse en base a los dictámenes periciales correspondientes del profesional médico psiquiátrico, para responsabilizar o no al agente y según el caso, aplicar un tratamiento adecuado.

Desarrollo mental retardado o incompleto.

El desarrollo mental retardado o también llamado incompleto, es considerado como un proceso lento de la capacidad mental del individuo, esto es, que el cerebro tarda en procesar la información que recibe, impidiéndole comprender y querer tal situación; este tipo de personas se les da el nombre de tontos, imbéciles, retrasados mentales, quienes deberán someterse en un proceso psicológico adecuado para su tratamiento ya que en la mayoría de los casos no tienen posibilidad de curarse, aun que existen métodos para la rehabilitación, ya se considera imposible que el paciente pueda llegar a desarrollar bien sus facultades mentales.

Perturbación grave de la conciencia sin base patológica

En éste tipo de casos, el sujeto que delinque se encuentra perfectamente bien de sus facultades mentales, su desarrollo mental es completo, pero al recibir una impresión fuerte delinque; entendiéndolo como un estado emocional transitorio e insuperable del agente, impidiéndole actuar de otra manera y que esa impresión repentina interfiera para causar

⁶ Ídem. Pág. 79

la perturbación en las facultades mentales de la persona para poder comprender la ilicitud de su conducta y no poder actuar conforme a derecho.

La minoría de edad

En nuestra legislación penal mexicana, de manera similar como acontece en la mayoría de los países del mundo, la minoría de edad implica la inimputabilidad más precisa, al establecerla legalmente (artículo 37 del Código penal vigente de nuestro Estado) teniendo como fundamento la consideración de que la racionalidad del menor no coincide con la racionalidad propia de la cultura de un adulto para poder entender y querer el ilícito penal.

La capacidad mental que enfrenta un menor de edad actúa conforme a sus propias vivencias y racionalidad, atribuido a su mismo proceso natural del desarrollo psicológico que poseen.

Supone por tanto lo anterior, una consideración especial y enjuiciamiento diverso al previsto por los adultos, en los que debe ser objeto de atención por el Estado y de las instituciones de carácter tutelar procurando siempre favorecer la formación del menor, para su integración a la sociedad de la cual habrán de formar parte.

Señala el artículo antes mencionado, *que las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo en lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna*, consecuentemente imposibilitándolos de quedar sujetos a los procedimientos jurisdiccionales, quedando al margen de la ley penal, de tal modo que para ellos, les es aplicable una medida de seguridad, en lugar de una pena.

Esta edad límite que ha establecido el legislador para que el menor no será responsables penalmente, ha creado mucha polémica en la actualidad por muchos de los estudiosos en derecho, al establecer que los jóvenes que delinquen a una edad entre los

14 y 15 años; ya tienen la suficiente capacidad racional para entender que es un delito y sus sanciones que éste conlleva.

A demás, como es el caso en el Distrito Federal y algunos Estados de nuestro país, que consideran a los menores 18 años como inimputables, siendo cada vez más evidente que los menores se escuden bajo su edad y se sumen los grandes índices de la delincuencia juvenil, así como el alto índice de pandillas o bandas que proliferan por todas las ciudades del país, donde su único propósito es delinquir, siendo hoy en día uno de los graves problemas que enfrenta el país aunado a la delincuencia de los adultos.

El mismo legislador ha establecido las formas de rehabilitación de los menores delincuentes al crear la *ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1991, donde son sometidos a tratamientos más especializados y medidas tutelares más completas para que en el momento oportuno puedan ser reincorporados de nuevo a la sociedad, como seres de provecho, siendo éste el primordial objetivo de la Ley en mención.

Naturalmente que tanto los procedimientos jurisdiccionales a que son sometidos los adultos, así como las medidas tutelares aplicadas a los menores delincuentes deben estar encaminadas a un contenido evidentemente moralizante; siendo diferentes las medidas a que son sometidos los menores cuando delinquen, deben darles un tratamiento especial en base exámenes periciales, tratamientos psicológicos, aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento para que pueda volver a incorporarse a la sociedad.

3.7 *Actiones liberae in causa*

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del delito, pero en ocasiones, el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones es realizado el delito. La acciones liberae in causa

consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un delito, por lo tanto la ley lo considera imputable, es decir, con capacidad de ser culpable.

3.8 *La Culpabilidad.*

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito sin el cual, no es posible concebir su existencia. Una conducta será delictuosa, no solo cuando se a típica y antijurídica, sino además culpable. La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Para el maestro Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁷

Otro destacado penalista el maestro Celestino Porte Petit Candaudap define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Para el maestro Villalobos la culpabilidad consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

Noción de culpabilidad

Es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

La definición que adopta el autor Villalobos al establecer: “La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, prohibiciones y mandatos que tienden a constituirlo y conservarlo, siendo el desprecio que se manifiesta por la franca posición al dolo o desatención nacidas del desinterés del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa”.⁸

⁷ Castellanos.op.cit.pag.233

⁸ Villalobos. Op. Cit. Pág. 283

Para el autor Porte Petit, define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁹ Esta definición que adopta este autor, es relevante en cuanto a los delitos dolosos, pero no en cuanto a los delitos culposos o no intencionales en los que no se quiere el resultado.

Considera el autor Fernando Castellanos que la culpabilidad “es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.¹⁰

El autor Gustavo Malo Camacho, considera a la culpabilidad como “el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica.”¹¹ El reproche en mención, es la reprobación por cometer el ilícito penal, por que la persona no acató lo ordenado por la norma habiendo podido hacerlo, actuando contra el Derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado.

Al autor de la conducta delictiva, le debe sobrevenir el reproche de culpabilidad por su acto que al respecto le formula el propio Estado, previamente analizados por el juzgador, las características subjetivas del agente, las motivaciones y la forma en que se dieron los hechos, que permiten afirmar la responsabilidad penal del autor, elemento esencial sin el cual no es posible llegar a declararlo culpable; o bien, determinar el grado de culpabilidad a que se haga acreedor.

Teorías sobre la culpabilidad.

Existen dos principales teorías a cerca de la naturaleza de la culpabilidad, siendo la teoría psicologista y la normativa.

⁹ Porte Petit. Op. Cit. Pág. 49

¹⁰ Castellanos Fernando. Op. Cit. Pág. 234

¹¹ MALO CAMACHO, Gustavo. “*Derecho Penal Mexicano*”. Editorial Porrúa. México, 1997. Página 521

Teoría psicologista.

Esta teoría funda básicamente la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. La culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado, significando con ello querer el delito y querer el resultado delictivo; en esta teoría deja la valoración jurídica para la antijuridicidad y teniendo como esencia de la culpabilidad únicamente al proceso intelectual – volitivo, que se desarrolla precisamente en el sujeto activo, estableciendo como único fin de la culpabilidad, que se tiene que hacer la valoración psicológica del sujeto activo, para que se pueda investigar en concreto, cual ha sido el fin de realizar la conducta, referente a su resultado objetivamente delictuoso. En esta teoría para los psicologistas la culpabilidad se agota solo en el hecho psicológico.

Para Franz Von Liszt, en su escuela clásica, la culpabilidad la definió como: “La relación psicológica entre el sujeto y su hecho” en donde situaba a la imputabilidad como presupuesto y por otra parte, el dolo y la culpa como especies de culpabilidad.

Teoría normativa de la culpabilidad.

La teoría normativa entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor del injusto (conducta típica y antijurídica), por haber realizado la conducta delictuosa, en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a lo que establece la norma, esto es, una conducta es culpable, si un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa y el orden normativo exija una conducta diversa a la realizada.

Respecto de esta teoría, la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “La base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la Ley, y que es dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche”¹²

¹² Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Página 82

Esta teoría normativa consiste en fundamentar la culpabilidad, esto es, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad a los sujetos capacitados para actuar conforme a lo que el orden jurídico le exige, la exigibilidad sólo se obliga a los sujetos imputables para que puedan dirigirse conforme a lo ordenado.

3.8.1 *Formas de culpabilidad*

La culpabilidad reviste tres formas de nuestra legislación penal para el estado de Guanajuato: dolo, culpa y preterintencionalidad.

3.8.2 *El dolo, sus clases y elementos*

Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como también la acepta, previéndola a lo menos como posible. En el dolo el resultado siempre es querido. Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma, esta constituido por la conciencia de que se quebranta la ley. Y el volitivo que es la voluntad de realizar la conducta catalogada como delito por la ley, es el querer el resultado.

Doctrinalmente el dolo puede ser: directo, indirecto, indeterminado y eventual.

Dolo Directo.- El resultado coincide con el propósito del agente.

Dolo Indirecto.- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Dolo Indeterminado.- Es cuando existe la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Dolo Eventual.- Es cuando el agente desea el resultado delictivo, existiendo la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

3.8.3 *La culpa sus clases y elementos*

Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra. Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin la cautela o precaución exigida por el estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad. Son dos las especies de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o representación existe cuando el sujeto prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que este no se realizara.

Existe voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; este no se requiere, se tiene la esperanza de que no se realizara

3.8.4 *La preterintencionalidad*

En la preterintención, el resultado típico sobrepasa a la intención del agente. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia. Reconociéndose así que la preterintencionalidad no es solo el dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica.

3.8.5 *Elementos de la preterintencionalidad*

Los elementos de la preterintencionalidad son:

La provisión de la posibilidad de obtención de un resultado mayor al querido por el agente.

Imprudencia de la conducta por no prever ni tener cuidado.

La acción para lesionar ocasiona un resultado distinto al deseado. Resulta mayor que el querido.

La consecuencia de la intención y la imprudencia ocasiona una lesión mayor que la deseada por el agente.

3.9 *La inculpabilidad*

El aspecto negativo del elemento subjetivo del delito es la inculpabilidad. La inculpabilidad es el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad; Y las causas que originan la inculpabilidad son el error y la coacción.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad.

Por una parte tenemos el error que afecta el elemento intelectual y por otro lado se tiene la coacción que afecta el elemento volitivo.

Se anula el elemento de la culpabilidad o no puede integrarse, al faltar uno de sus elementos constitutivos; si bien es cierto, la culpabilidad se forma con sus dos elementos que son el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o ambos, así como tampoco será culpable una conducta si faltase alguno de los elementos del delito.

La autora Irma Griselda Amuchategui establece su definición a cerca de la inculpabilidad en la que menciona: “ La ausencia de la culpabilidad, significa falta de

reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento de hecho.”¹³

Esto es, que para que un sujeto sea considerado culpable, precisa en su conducta la intervención forzosa del conocimiento y de la voluntad, esto equivale entonces, a que la inculpabilidad deberá ponderar exclusivamente a esos dos elementos: *intelectual* y *volitivo*, que deben subsistir para la perfección del delito, los dos elementos.

¹³ Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Pág. 86

CAPITULO IV

PUNIBILIDAD

4.1 *Nociones de Punibilidad*

El último elemento a analizar es la punibilidad, que se define como: “el señalamiento de una pena, que va de un mínimo a un máximo, en la que el Juez podrá moverse entre ese margen.”

Para imponer el Juez la pena que estime mas justa; que deberá ser de diez días a cuarenta años de prisión, de acuerdo con el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, según su artículo 39 y una vez concretizada la pena a imponer, se caracteriza como “punición”.

También la punibilidad es definida como la calidad de la conducta que se hace merecedora de la pena.

La punibilidad es definida por el autor Gustavo Malo Camacho quien da una definición muy bien acertada que al respecto menciona: “La punibilidad se entiende como la necesidad y posibilidad concreta de aplicación de la pena”¹

La punibilidad deriva de la coerción jurídica – penal, que ejerce el Estado como una de las manifestaciones de la potestad punitiva, siendo la manifestación más típica de todo orden jurídico que es precisamente la “coercibilidad” de la norma jurídica; y en el caso concreto del derecho penal implica la “punibilidad” a lo que equivale a la facultad punitiva del Estado o llamado *Ius puniendi*, que viene a constituir una de las manifestaciones mas claras y evidentes de la soberanía que posee el Estado.

¹ Malo Camacho, Gustavo. Op. Cit. Pág. 577.

En razón a todo el estudio que se ha realizado en relación al análisis de los elementos del delito y a que, tienen que prevalecer todos los elementos para que se llegue a considerar como tal, se da entonces la calidad a un sujeto para que se le imponga la pena.

Debe de existir en el criterio de cada Juzgador la valorización del sujeto a quien se le vaya a imponer la pena, fuera de toda cuestión legal, examinar a la persona en cuanto al porqué de su conducta y a las acciones que lo llevaron a realizar tal actitud, que vendría siendo el estudio relativo a la individualización de a la pena.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena que va de un mínimo aun máximo, frecuentemente se confunden las nociones que enseguida se distinguirán, toda vez que, a pesar de emplearse indiscriminadamente como sinónimos, cada una de ellas tiene un significado propio. Tal distinción servirá para manejar de manera adecuada la terminología respectiva.

Punibilidad.- Es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma jurídica penal.

Punición.- Consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto.

Pena.- Es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para la gente y una protección para la sociedad.

4.2 *Fundamentos de la pena.*

Definición de Pena.

Es la restricción o privación de derechos que se impone al delincuente, por haber realizado una conducta que la ley penal defina como delito, implicando un castigo dirigido al sujeto activo y estableciendo una protección a la sociedad.

Definición de sanción.

Generalmente, éste término es utilizado como un sinónimo de la pena, pero en realidad el término sanción, corresponde a otras ramas del derecho que llega a ser un castigo o carga para quien quebranta una disposición distinta a las establecidas en el campo del derecho penal, siendo que la sanción se llega a caracterizar por el órgano que la impone, que es propiamente una autoridad administrativa, tales como una multa o la clausura de un establecimiento.

Las consecuencias jurídicas del delito están sujetas a quienes han cometido un delito, mismas que están reguladas por el artículo 38 del Código Penal Reformado para el Estado de Guanajuato, en el Título Tercero, Capítulo I, referente al Catálogo de Penas, las cuales de manera textual se describen de la siguiente manera:

Artículo 38.- Por la comisión de los delitos solo podrán imponerse las penas siguientes:

a) Prisión.- La cual consiste en la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe. Y su duración podrá ser de diez días a cuarenta años.

b) Semilibertad.- Consiste en alternar periodos de libertad con periodos de prisión.

c) Trabajo a favor de la comunidad.- Consistente en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas o en instituciones asistenciales privadas.

d) Sanción Pecuniaria.- Pueden ser La Multa: consistente al pago al Estado de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días multa, y La Reparación del Daño: comprende la restitución de la cosa obtenida por delito, con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso de deterioros y menoscabos sufridos, así como el pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que

sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencias del delito.

e) Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.- Consistente en la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito a favor del Estado.

f) Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño.- La Suspensión, consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo, misma que sería en dos clases, la primera, es la consecuencia de prisión y la segunda es la que se aplica como pena prevista para un delito en particular; y la destitución consistente en la separación definitiva de sus funciones, cargos, empleos o comisiones públicas que se estén ejerciendo; y la Inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos.

g) Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella.- El Tribunal, tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delincuente, podrá disponer que no se vaya a una determinada circunscripción territorial o que no resida en ella.

h) Las demás que prevengan las leyes.

Las medidas de seguridad

En el derecho penal, conjuntamente con las penas, se establecen las medidas preventivas, o de seguridad como lo son el tratamiento a inimputables, deshabitación, tratamiento psicoterapéutico integral; consecuentemente se puede entonces hablar, de derecho penal represivo y derecho penal preventivo.

Las medidas de seguridad son de naturaleza diversa a las penas, no suponen la amenaza de un mal para el caso de que se cometa el delito, si no es, un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo; mientras que la pena se infringe por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio para evitarlo.

Para algunos autores las medidas de seguridad están relacionadas con el peligro que implican después de cometido el delito, esto es, en forma paralela al merecimiento de la pena y a menudo supone la privación de derechos básicos de la persona en un grado no menor al de la pena; y en la actualidad tanto las medidas de seguridad como las penas coinciden en procurar la prevención de los delitos.

En los artículos 38 y 100 del Código Penal vigente del Estado establecen conjuntamente la aplicación de las penas y las medidas de seguridad individualmente.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas

Son las consideraciones que de ellas hace el legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir.

Circunstancias agravantes

Son las consideraciones que hace el legislador, encontrándose contenidas en la ley, para modificar una pena y aumentarla, por ejemplo, cuando se lleva acabo el homicidio calificado. Estas variantes obedecen a que la pena pueda variar de acuerdo a las circunstancias, para tratar que la pena sea más justa y severa.

Causas de extinción de la responsabilidad penal

Las causas de extinción penal son señaladas claramente por la ley penal sustantiva, mismas que el autor Sergio García Ramírez hace referencia al respecto: “ Cesa el poder

del Estado – cuyo título es la sentencia – de ejecutar la pena o medida, pierde eficacia la sentencia.”² Estas causas son:

I. *La muerte del delincuente*. Esta causa de extinguir la responsabilidad penal, es una situación biológica y natural que lógicamente da por terminada la penalidad correspondiente al dejar de existir la persona a quien va dirigida, además de que las sanciones no son heredables.

II. *Amnistía*. Implica el olvido del delito y que es otorgado por el poder Legislativo con la finalidad de restablecer un ambiente social adecuado, extinguiendo las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño.

III. *Perdón del sujeto pasivo del delito o el legitimado para hacerlo*. Solo procede en los casos en que el delito es perseguible por querrela de parte y procede hasta antes de dictarse sentencia.

IV. *Reconocimiento de la inocencia del sentenciado*. Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, extinguiendo consecuentemente la reparación del daño. Esta causa de extinción se le llamaba anteriormente indulto. Esta causa sólo es concedida a quienes después de haber sido sentenciados se comprueba ser inocentes y solo a manera discrecional el Poder Ejecutivo la podrá otorgar.

V. *La extinción por doble condena*. Es cuando la persona inculpada fuere condenada por el mismo hecho en dos juicios distintos, se anulará la sentencia pronunciada en el segundo de ellos, extinguiéndose las sanciones impuestas en éste y todos sus efectos.

VI. *Prescripción*. Es una consecuencia jurídica que nace como resultado, del solo transcurso del tiempo, sea a partir de la comisión del hecho delictivo sin haber ejercitado acción punitiva o haberla suspendido o por no haberse ejecutado la sanción.

² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “*Derecho Penal*”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1990. Pág. 107

Aceptadas la fundamentación y la necesidad del orden jurídico, se han elaborado numerosas doctrinas para servir de justificación a la pena. A tres pueden reducirse: absolutas, relativas y mixtas.

*Teoría absoluta.- Para estas concepciones, la pena carece de una finalidad practica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a titulo de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; de ahí que estas orientaciones absolutas, a su vez se clasifiquen en reparatorias y retribucionistas.

*Teoría relativa.- A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, la relativa la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

*Teoría mixta.- Estas teorías mencionas que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención de delito. También no puede prescindir el modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, a de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece.

En resumen punibilidad es:

- Merecimiento de penas.-
- Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;
- Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

4.3 *La punibilidad como elemento del delito*

Aun se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Por su parte algunos autores dicen que la punibilidad si es elemento esencial del delito, tal es el caso del Maestro Porté Petit que dice que para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la punibilidad es un elemento del delito por que en su definición exige explícitamente la pena legal. Opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carranca y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero al hablar de las excusas absolutorias afirma que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena.

De esto se infiere que para el la punibilidad no es elemento esencial del delito; si faltan las excusas absolutorias el delito quedaría inalterable. Para el segundo la pena es la reacción de la sociedad o el medio en que esta se vale para tratar de reprimir el delito.

La punibilidad no adquiere el rango de elemento esencial del delito, por que la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento. Una conducta es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa por que se le sancione penalmente.

4.4 *Ausencia de Punibilidad*

La ausencia de punibilidad se da cuando existen excusas absolutorias, esto forma el aspecto negativo de la punibilidad. Las excusas absolutorias se consideran como aquellas causas que dejando subsistente la ilicitud del hecho, impiden la aplicación de la pena. Las excusas absolutorias dejan firme la definición de delito y solo eliminan la pena.

4.5 *Excusas absolutorias*

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró que para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carece de punibilidad. En la legislación penal mexicana, existen casos específicos, en que reúnen todos los elementos, como la conducta, típica, antijurídica, imputable y culpable, donde la ley expresará claramente cuando la conducta no sea punible.³

³ Amuchategui. Op.Cit. Pág. 92

CAPITULO V

EL DELITO DE FRAUDE A TRAVÉS DE LA INFORMATICA, COMO MEDIO COMISIVO O NUEO TIPO PENAL.

5.1 Delito de Fraude.

5.1.1 Concepto.

El concepto de fraude, contemplado como conducta delictiva que lesiona el patrimonio de las personas, está reglamentado en nuestro Código Penal.

Gramaticalmente, el fraude es una acción encaminada a eludir cualquier disposición legal, ya sea esta fiscal, penal, civil y en base a mi estudio informática, siempre que con ello se produzca perjuicio contra el estado o contra terceros.

El Maestro Mariano Jiménez Huerta nos comenta cual es la esencia de este delito: “lo constituye, en verdad, la esencia del delito, es el engaño de que se vale el sujeto activo para hacerse, en perjuicio de otro, de un objeto de ajena pertenencia”.¹

5.1.2 Naturaleza Jurídica.

El Delito de Fraude se encuentra regulado en Nuestro Código Penal Federal en el Capitulo III, Título Vigésimo Segundo **“Delitos en contra de las personas en su patrimonio”**, en su Libro Segundo.

En el Artículo 386, estipula: **“Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido”**

5.1.3 Elementos Constitutivos.

¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Parte especial, tomo IV, Ed. Antigua Librería Robredo. México 1963.pp 148 y 149.

Los Elementos Constitutivos del delito de fraude son:

1. Cualquier conducta engañosa.
2. Que produzca al engañado un estado subjetivo de error.
3. O bien, cualquier conducta de aprovechamiento del error en el que el paciente del delito se halla.
4. Provocando así un acto de disposición patrimonial.
5. Que permite al activo hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido.
6. Una relación causal entre los elementos anteriores, y, por último, un elemento subjetivo consistente en,
7. El ánimo de lucro, o sea la intención de obtener, para sí o para un tercero una ventaja patrimonial.

5.2 El acceso ilegítimo a Sistemas Informáticos.

El caso.

El caso que comentaremos se origina cuando se intentó ingresar por Internet al centro de cómputo de una Universidad Nacional. El responsable del departamento de sistemas realizó una denuncia penal. En el sumario se comprobó que una persona había intentado acceder al servidor de la universidad, que no estaba disponible al público en general por poseer una clave de ingreso, e incluso fue posible individualizar el ordenador desde el cual se había efectuado la tentativa y al supuesto autor de la misma.

Luego de completar la investigación el tribunal concluyó que la conducta investigada no constituía delito y decidió desestimar la denuncia. Así, el juez, respecto a la calificación jurídica de los hechos, sostuvo que “...este Tribunal es de opinión que de los hechos investigados no se infiere que la conducta del presunto sujeto activo pueda encuadrarse en alguno de los tipos penales previstos por el ordenamiento legal vigente...”

(Jdo. Federal de Primera Instancia, Rio Cuarto, 26/4/99, “Denuncia formulada por U.N.R.C.”, firme).

No cabe ninguna duda que nuestro Código Penal, cuyo origen se remonta a 1921, carece de una norma específica relativa al acceso ilegítimo a un sistema informático. Por ello, salvo que con ese acceso se cometa conjuntamente otro delito, no existe base legal para tipificar penalmente dichas conductas.

Por ello, nuestro comentario se limitará a realizar consideraciones sobre la necesaria reforma de nuestro Código Penal, haciendo una propuesta de cambio al respecto y examinando el derecho comparado.

5. 3. Naturaleza del Problema: necesidad de definir el “espacio informático”.

El arrollador avance de las ciencias informáticas y de las telecomunicaciones, la digitalización y la expansión de Internet han creado una vasta red de ordenadores, donde individuos y empresas publican información, venden productos y servicios y realizan un sin número de actividades. Pero también el libre acceso y la apertura de la red puede conducir a situaciones donde se intente delinquir. En la práctica esto sucede muy a menudo y las pérdidas económicas ocasionadas por estas acciones son cuantiosas

En otra ocasión

Señalamos que el problema se originaba en lo que denominamos “*las tres P*”: Patrimonio, Propiedad y Privacidad. Se trata de tres aspectos que deben extenderse indiscutida y formalmente a los datos y sistemas informáticos. Comenzando por extender el concepto de patrimonio, incluyendo específica y exhaustivamente a los datos y la disponibilidad de los mismos.

Demarcando la existencia de una propiedad lícita de esta entidad "datos" y estableciendo sin lugar a dudas que se confiere el mismo grado crucial de privacidad que a

cualquier otra propiedad como una carta, o archivos particulares y también el mismo grado de protección constitucional y penal.

Nuestra Constitución Nacional, en el Art. 16 ampara el domicilio y los papeles privados de la intromisión por parte del Gobierno y de los particulares. Por lo que crea un ámbito de privacidad del individuo. No cabe duda que aunque hay una laguna constitucional en cuanto a que no existe una expresa mención, la misma puede llenarse por vía de una interpretación teleológica, es decir, teniendo en cuenta que lo que buscaban amparar los constituyentes de 1853 era el concepto de privacidad, más allá de que específicamente se haya hecho referencia al domicilio y la correspondencia epistolar.

Tomar conciencia de este nuevo ámbito protegible jurídicamente también implicará darle un amparo penal. Así, frente a la protección constitucional del domicilio y la correspondencia epistolar, el Código Penal prevé el delito de allanamiento ilegal o violación de domicilio y la violación o desvío de correspondencia. Proponemos entonces, la posibilidad de incriminar el acceso ilegítimo a un sistema informático -como sucede ampliamente en el Derecho Comparado-, o más específicamente a los archivos y correo electrónico de un ordenador cuando no exista debida autorización de su titular. Estos son los casos conocidos como “hacking”.

5.3.1 Hacking

Se denomina “**hacking**” en la jerga informática a la conducta de entrar a un sistema de información sin autorización, es decir violando las barreras de protección establecidas a tal fin. El sujeto que realiza esta actividad es llamado hacker, muy rara vez se conoce su nombre verdadero y en muchos casos actúa y firma en grupo. La actividad de hackear un sistema puede tener diferentes finalidades y alcances. Así en la mayoría de los casos el romper el sistema o eliminar los pasos de seguridad de un sistema tiene por objeto ver, fisgonear el contenido y la información protegida, otras veces extraer copias de la información y muy raramente destruir o cambiar los contenidos de la información.

5.4. El derecho comparado.

Cuando el fenómeno del hacking y del acceso ilegítimo a sistemas informáticos comenzó a expandirse, se intentó penalizar estas conductas con los delitos de interceptación de comunicaciones. Pero estas conductas sólo cubrían la interceptación de comunicaciones orales (que portaban voz, no datos), como lo disponían los códigos penales de Alemania, Italia, Holanda y Estados Unidos

El intento de aplicar por analogía disposiciones relativas a intromisiones ilegítimas o violación de morada fue rechazado por los tribunales ingleses

En todos los países resultaba muy difícil aplicar los tradicionales tipos penales al acceso no autorizado a información.

Como respuesta a este incremento de casos de *hacking* se fueron reformando las normas penales para incluir al acceso no autorizado a sistemas de procesamiento de datos como un delito autónomo. Ello ocurrió en Australia, Canadá, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, España, Suecia, Suiza, el Reino Unido y los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, donde cada estado posee su propia legislación, existen distintas modalidades de esta figura. Algunas exigen que exista una medida de protección o se advierta al intruso que está ingresando en una propiedad privada. Incluso algunas penalizan la mera tenencia de passwords o claves de acceso, como lo hizo recientemente el Código Penal italiano.

Por último, varias leyes estatales mezclan el acceso ilegítimo con otros delitos como el daño informático o la interrupción de comunicaciones, cuestión que no es recomendable por carecer de una elemental técnica legislativa. Así, el estado de Arkansas, bajo el nombre

Computer trespass penaliza a cualquier persona que sin autorización acceda, altere, borre, destruya o interrumpa un ordenador, sistema informático, o red de computadoras.

La ley chilena no penaliza el acceso sino la difusión o revelación de los datos. El Artículo 4 de la ley chilena sobre delitos informáticos establece que *el que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentara en un grado*". No queda muy claro si lo que se pretende tutelar es la privacidad o algún secreto comercial.

En Brasil un proyecto legislativo propone introducir un delito específico de acceso a sistemas informáticos con varias agravantes

5.5. Aproximación al concepto de "Delito Informático"

Si se observa el desarrollo doctrinal del tema, se encuentra que el concepto de "delito informático" puede comprender tanto aquellas conductas que recaen sobre herramientas informáticas propiamente tales, llámense programas, ordenadores, etc.; como aquellas que valiéndose de estos medios lesionan otros intereses jurídicamente tutelados como son la intimidad, el patrimonio económico, la fe pública, etc.

El profesor Francisco Bueno Aruz, citando al profesor Davara, define el delito informático como:

"la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software". (...)

En un reciente trabajo presentado para el Primer Congreso Andino de Derecho e Informática celebrado en marzo de 2001, presentado por la profesora de Derecho Penal de la Universidad del Zulia, doctora Milagros Soto Caldera , acerca del concepto de delito informático, se hizo la siguiente síntesis de las definiciones que existen en la doctrina:

"Se ha apreciado, hasta los momentos, que las discusiones teóricas en cuanto al establecimiento de una definición universal para los delitos informáticos es un asunto bastante controvertido".

Se hace necesario, presentar algunas definiciones elaboradas doctrinalmente, que han contribuido al esclarecimiento de lo que debe entenderse por delitos informáticos.

En primer lugar, se presenta la definición establecida por Sarzana (citado por Téllez, 1995) quien establece que los crímenes por computadora comprenden ***"cualquier comportamiento criminógeno en el cual la computadora ha estado involucrada como material o como objeto de la acción criminógena, o como mero símbolo"***.

Callegari (citada por Zabale y otros, 1999) define el delito informático como: ***"aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas"***.

Para Tiedemann (citado por Quiñones, 1997) ***"...los delitos de informática serían cualesquiera que se realicen contra los bienes ligados al tratamiento automático de datos"***.

Lima (citada por Téllez, 1998) dice que: ***"el delito electrónico en un sentido amplio es cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el delito informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel como método, medio o fin"***.

Quiñones (1997) define a los delitos informáticos como: ***"cualquier acto violatorio de la ley penal para cuya comisión exitosa es esencial el conocimiento y utilización de la tecnología de las computadoras"***.

El autor mexicano Téllez (1995) conceptualiza el delito informático en forma típica y atípica, entendiendo por la primera a ***"las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin"*** y por las segundas ***"actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin"***.

Por lo que como resultado del presente trabajo defino a los delitos informáticos como: *“Aquellas conductas típicas, antijurídicas y culpables que lesionan la seguridad informática de los sistemas tecnológicos y dirigidas contra bienes intangibles como datos, programas, imágenes y voces almacenados electrónicamente”*.

Tales definiciones son suficientemente ilustrativas, por lo que tan solo agregaríamos que la categoría denominada "delincuencia informática", como tema de estudio doctrinal, es útil para determinar qué conductas cometidas por medio de sistemas de procesamiento de datos, o en éstos, pueden lesionar bienes jurídicos vinculados a derechos individuales y así proceder a su tipificación; y permite al operador jurídico determinar cuándo se encuentra frente a una conducta antijurídica, por haber lesionado materialmente tales bienes jurídicos o haberlos puesto concretamente en peligro.

5.6. La información como bien jurídico

5.6.1. Algunas posiciones doctrinales

El profesor Francisco Bueno Aruz en un estudio sobre el delito informático , respecto de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados con los delitos informáticos, afirma:

"..., la cuestión de sí la delincuencia informática supone la aparición, en el mundo de la dogmática penal, de un nuevo bien jurídico protegido merecedor de protección específica, se convierte como tantas otras cuestiones jurídicas, en algo relativo. Pues, si la novedad de la mencionada delincuencia radica fundamentalmente en los medios utilizados (que ciertamente pueden hacer más dificultosa la averiguación y la prueba de los hechos), el bien jurídico protegido en cada caso será el que corresponda a la naturaleza de la infracción cometida: la intimidad, la propiedad, la propiedad intelectual o industrial, la fe pública, el buen funcionamiento de la Administración, la seguridad exterior o interior del Estado.

"Ahora bien, si, por el contrario, se trata de delitos que recaen sobre objetos informáticos propiamente dichos (aparatos, programas, datos), en algunos casos, aunque no siempre, podremos considerar, con el profesor ROMEO CASABONA, la aparición de un bien

jurídico nuevo: la información sobre la información, como algo que reviste por sí solo un valor (económico o ideal) lo suficientemente interesante como para que la conducta correspondiente sea merecedora de una calificación jurídica y de una sanción atendiendo exclusiva y preferentemente a la importancia de la información sobre la información..."

"..., el punto de partida y también de más difícil resolución es el de la identificación del bien jurídico penalmente tutelado, lo que nos lleva a escudriñar si el delito informático en realidad protege algún nuevo interés social, todas estas cuestiones son planteadas en el presente trabajo apostando por la idea, ya expuesta por la profesora española Gutiérrez Francés, de entender que el bien jurídico que pone en peligro el delito informático es 'la información: (almacenada, tratada y transmitida mediante los sistemas de tratamiento automatizado de datos)' ".

"Los constantes avances tecnológicos en materia informática han propiciado la aparición de nuevos conceptos, generando así mismo la modificación de otros tantos, enriqueciéndolos la mayoría de ocasiones, así el contenido del término 'información', que según la definición de la Real Academia de la Lengua Española significa: 'enterar, dar noticia de algo' y que en términos legos hubiera significado tan sólo una simple acumulación de datos, se ha ampliado, transformándose como advierte Gutiérrez Francés: 'en un valor, un interés social valioso, con frecuencia cualitativamente distinto, dotado de autonomía y objeto del tráfico'.

"Hoy en día no resulta suficiente poseer la información, es necesario además tener la capacidad de almacenarla, tratarla y transmitirla eficientemente, de allí que 'la información' deba ser entendida como un proceso en el cual se englobe los tres supuestos (almacenamiento, tratamiento y transmisión)."

"Así podemos decir que el interés social digno de tutela penal sería: 'la información (almacenada, tratada y transmitida a través de sistemas informáticos),..."

5.6.2. Nuestra posición: La información como bien jurídico intermedio

La sanción por lesión de intereses colectivos necesarios para la comunidad, con el objeto de evitar la afectación de los derechos fundamentales de los individuos; es un criterio que se ha venido plasmando en el derecho penal a través de la regulación de los delitos de peligro.

Diversos sectores doctrinales han expuesto sus críticas con ocasión de la creciente legislación penal de peligro, cuando se trata de conductas que pueden afectar el medio ambiente, la seguridad del tráfico automotor, la salud pública, o el orden económico y social; entre otras. Argumentan que se trata de concepciones inmanentistas del bien jurídico; o que se omite este referente, interesando tan solo la observancia de la norma jurídica como objeto de protección, para evitar disfuncionalidades en el sistema. Se ha planteado también, que con esta legislación no solo se desconocen los principios necesarios para la intervención del derecho penal, como los de lesividad y fragmentariedad; sino que se anticipa su intervención a etapas anteriores a la puesta en peligro de un bien jurídico perteneciente a un sujeto individual y concreto.

Pese a lo anterior, no puede desconocerse que las lesiones a los bienes jurídicos necesarios para la existencia digna del ser humano, no se circunscriben a las agresiones directas y personales; sino que pueden lograrse a través de ataques indirectos e impersonales. Para ilustrar esta reflexión, podría decirse que el bien jurídico de la vida puede afectarse tanto cuando se envenena a una persona con una sustancia tóxica que se vierte en un vaso con agua que beberá; como cuando se contamina el agua destinada para el consumo humano de una población. Ambos comportamientos deben evitarse y pueden ser sancionados por el derecho penal, pues teleológicamente tienen como referente al ser humano; pero la forma de regulación es diferente. En el primer caso, objetiva y subjetivamente, se sanciona la conducta que lesiona en forma directa el bien jurídico de la vida; en el segundo, es punible la contaminación del medio ambiente y en concreto el agua para consumo humano, como bien jurídico intermedio, que finalmente pretende proteger la vida de las personas.

Esta alusión a los bienes jurídicos intermedios, obliga a citar el estudio realizado por el Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Ricardo M. Mata y Martín , quien los definió así:

"Bienes jurídicos intermedios o de referente individual pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en la misma línea de ataque"

Sintetizando lo expuesto en el trabajo elaborado por el autor citado, podría decirse que son requisitos de los bienes jurídicos intermedios los siguientes:

- ❖ Son suprapersonales, es decir, superan los intereses particulares;
- ❖ Están vinculados a un bien jurídico netamente personal;
- ❖ Pertenecen a los "intereses de la comunidad" y no al ámbito de los "intereses del Estado", pues los primeros tiene una mayor relación con los bienes individuales;
- ❖ Son cualitativamente homogéneos con los intereses individuales que pueden resultar vulnerados; o se encuentran en una misma dirección de ataque del comportamiento punible. Por ejemplo, pureza del medio ambiente y vida o salud personal; o el atentado contra la seguridad del tráfico y la simultánea puesta en peligro de la vida o integridad de la persona;
- ❖ Hay una relación medial entre el bien colectivo y el bien individual; el primero es medio o paso previo necesario para la lesión o puesta en peligro del segundo. Hay entonces un bien jurídico-medio (colectivo) y un bien jurídico-fin (individual);
- ❖ La lesión de bien jurídico intermedio representa un riesgo potencial para un número plural e indeterminado de víctimas;
- ❖ La lesión al bien colectivo, como límite mínimo, no ha menoscabado de manera efectiva los bienes personales, que es el límite máximo. De esta manera se sobrepasa el estadio del peligro abstracto.

En nuestro criterio, el derecho a la información, es un bien jurídico intermedio, por reunir todos los requisitos aludidos:

Es un derecho colectivo o supraindividual, en su triple dimensión de confidencialidad, integridad y disponibilidad .

En cuanto a la confidencialidad debe decirse que, en la sociedad moderna, la comunidad tiene derecho a la privacidad de los datos atinentes a la vida personal de sus miembros; a las estrategias comerciales, publicitarias o mercantiles; a los secretos industriales; y las comunicaciones; entre otras. Este derecho se traduce en un sentimiento de seguridad y de tranquilidad en la convivencia social.

Así mismo, la colectividad tiene derecho a la autenticidad e integridad de la información. La falta de confianza en los medios y documentos electrónicos genera dificultades en el tráfico jurídico.

Por último, los miembros del grupo social tienen derecho a la disponibilidad de la información sin perturbaciones ni trabas, pues ella les permite ejercer libremente sus derechos. Solo el conocimiento hace posible la libertad.

5.7. Conductas catalogadas por la doctrina como delitos informáticos.

Han sido propuestas diversas clasificaciones para abordar el estudio de los delitos informáticos, siguiendo con la clasificación de conductas que afectan la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información, las describo así:

- I. Conductas lesivas de la confidencialidad.
- II. El espionaje informático (industrial o comercial), que debe entenderse como la obtención, con ánimo de lucro y sin autorización, de datos de valor para el tráfico económico de la industria o comercio. Dentro de los comportamientos que encajarían en esta descripción, han sido identificados los siguientes: La fuga de datos (Data leakage), que las empresas o entidades guardan en sus archivos informáticos; las puertas falsas (Trap Doors), consistentes en acceder a un sistema informático a través de entradas diversas a las que se utilizan normalmente dentro de los programas; las "llaves maestras" (Superzapping), que implican el uso no autorizado de programas con la finalidad de modificar, destruir, copiar, insertar,

utilizar o impedir el uso de datos archivados en los sistemas de información; el pinchado de líneas (Wiretapping), que se concreta en interferir las líneas telefónicas o telemáticas, mediante las cuales se transmiten las informaciones procesadas; la apropiación de informaciones residuales (Scavenging), que consiste en la obtención de información a partir de lo que desechan los usuarios legítimos de un sistema informático.

- III. El intrusismo informático, este comportamiento es definido como la mera introducción a sistemas de información o computadoras, infringiendo medidas de seguridad destinadas a proteger los datos contenidos en ellos.
- IV. Conductas lesivas de la integridad: Son conocidas también como "Sabotaje Informático". Mediante ellas, el agente se introduce a los sistemas de información con la finalidad de obstaculizar su funcionamiento. Es la conducta que ejecutan los conocidos Hackers o intrusos. Las modalidades más conocidas son las siguientes: Las bombas lógicas (logic bombs), que se introducen en un sistema informático y se activan con un comando especial (fecha, números, etc.), para destruir o dañar datos contenidos en un ordenador; ejemplo de ello fueron los conocidos virus Sycam y Dragón Rojo. Los virus informáticos producen también destrucción o daño en el software o hardware del computador, pero a diferencia de las bombas lógicas, tienen capacidad de expansión y contagio a otros sistemas informáticos, sin que el operador legítimo sepa de ello (es un mero instrumento).
- V. Conductas lesivas de la disponibilidad: Es posible que las bombas lógicas y los virus informáticos afecten transitoriamente la disponibilidad de la información, sin destruirla. Otros de los mecanismos que pueden impedir el acceso a un sistema de información por parte del usuario legítimo, son los conocidos como "spamm" o el "electronic-mail bombing"; que consisten en el envío de cientos o miles de mensajes de correo electrónico, no solicitados o autorizados, para bloquear los sistemas.

José M^a Alvarez Cienfuegos Suárez , propone estudiar las hipótesis delictivas así:

- a) Delitos informáticos contra la persona y los bienes y derechos de la personalidad: Intimidad personal y familiar;

b) Delitos informáticos contra la seguridad jurídica: La falsificación de los documentos electrónicos;

c) Delitos informáticos contra la propiedad: la estafa, el hurto y la apropiación indebida. El fraude informático; d) Protección penal de la propiedad del software.

5.8. Nace una nueva forma de criminalidad?

Con relación a este tópico a juzgar por los estereotipos que van apareciendo que colocan a los sujetos autores de los ilícitos cometidos a través de la informática y en especial de Internet como una especie de "delincuentes" y por las connotaciones que toman algunas maniobras que causan daños varios en ese medio, es evidente que se está ante una nueva forma de criminalidad.

El continuo avance de la tecnología en el mundo globalizado está provocando un fenómeno de poder que desborda a los poderes políticos locales y no resulta fácil hallar paliativo a conflictos como éste en el que las acciones criminales trascienden tales límites. No debe descartarse, que los intereses políticos que, desde siempre han estado en juego, los factores de poder que inciden en esta temática (porqué no como condicionantes, coadyuvan frustrando o impidiendo una punibilidad que no todos los sectores de la sociedad se avienen a aceptar, (algo parecido a lo que sucede con el "delito económico").

Estas consideraciones y las que seguiremos desarrollando en cada ítem nos llevan a pensar que efectivamente nace una nueva forma de criminalidad donde la ciencia que la estudia –criminología- sufre la dinámica de los sucesivos cambios sociales, en este caso producidos por la tecnología.

Podemos ensayar los factores condicionantes que operan al respecto formulando una clasificación que considera:

5.8.1 Sus Causas

Si tomamos las acciones que se producen en Internet como todas aquellas que vulneran la privacidad de determinados datos, y las conductas perjudiciales que se

efectivizan utilizando el medio informático en general, vemos que su causa puede obedecer a factores:

5.8.1.1.Familiares: El nivel social al que pertenecen los sujetos que pueblan el mundo de la informática, por lo general es de medio a alto por cuanto provienen de una extracción que les pudo proporcionar estas herramientas para alcanzar las metas que la cultura social les estaba proponiendo.

Así el acceso a esta tecnología no es propio de zonas marginales en las que, pese a los denodados esfuerzos gubernamentales de lograr llevar la computación (y el uso de Internet) hacia todos los rincones del país y del mundo, no es fácil aún encontrar a niños del Altiplano accediendo a ellos.

5.8.1.2 Sociales: Se destaca la raigambre condicionante que va adquiriendo la ambición de Poder y riqueza como metas primordiales de la sociedad de consumo en particular en las clases nombradas.

La tendencia al agrupamiento o formación de "grupos económicos" en continua expansión y la globalización de la economía son factores que dieron plafon al crecimiento de la informática y paralelamente la aparición de Internet con las ventajas que ello les ofrecía, en una palabra el progreso tecnológico de las comunicaciones permitieron transacciones que, en segundos conllevaron a un mayor poder económico y político extranacional.

Con relación a este tipo de criminalidad, no estamos armando a su respecto un derecho penal del autor, sino dando un esbozo desde un punto de vista sobre el que puede agregarse otras reflexiones que ya han sido evaluadas por los estudiosos en la materia, y sería ocioso repetir. Se puede aceptar una referencia al crimen ocupacional, o sea cometido a través de ciertas ocupaciones o profesiones, -al que se viene haciendo alusión ya desde 1930-, y que bien puede aplicársele.

Lo dicho sin soslayar la importancia que tienen las organizaciones que son las que dictan los valores a los que adhiere la sociedad.

Es decir desde que surge el auge de la informática es notorio que todo aquél que desconoce el manejo de una computadora cae en la obsolencia y ya desde muy pequeños se les inculca a los niños sobre este tema que a su vez por las características técnicas que presenta requiere de ciertas condiciones de aptitud para encararlas y que facilitan la agilidad mental, de modo que va haciendo nacer en el sujeto el deseo de ser ese prototipo del ideal actual de la comunidad (obsérvese a jovencitos en el estímulo que ya sienten "ganando a la computadora" en cualquier juego").

El acrecentamiento de esos dictados unidos a la avidez que trae la sociedad consumista y la endeblez de ciertas pautas de valoración pueden considerarse distintas fuerzas que conducen a producir desviaciones de conductas como las que se intenta analizar.

Podría aplicarse aquello que en estos casos los "apetitos irrestrictos de la conciencia individual ya no están controlados, empieza a funcionar el egoísmo"...y "los sujetos están decididos a asumir su propio rol en esta división de trabajo no espontánea, donde la riqueza es una de las metas", siendo así que el egoísmo actúa como precursor directo de tal desviación. Por ello podría considerarse una esquematización de las causas de estos proceder y distinguirlas en inmediatas y mediatas.

Entre las primeras se elabora, a su vez, una :

5.9. Tipología de conductas

En un enfoque más sociológico del tema distinguiremos :

Maniobra y Delitos (con la salvedad que, careciendo nuestro país de una legislación penal al respecto el término delito no resulta aplicable).

A su vez esas maniobras pueden producirse afectando el ámbito público como privado, y las conductas adoptan casi siempre una modalidad individual aunque pueden ser también grupales. Continuando con esta tipología definimos maniobra como acción que se lleva a cabo con habilidad para conseguir un determinado fin Táctica (en ejercicios militares) como una de las acepciones del vocablo.

Se llevan a cabo con el fin de perjudicar a otro y beneficiarse sea a sí mismo o usurpando derechos y/o eludiendo obligaciones, en una palabra son conductas destinadas al engaño.

En todos los casos dicha conducta posee un patrón: la inescrupulosidad no importando el efecto del proceder ni la manipulación que se hace de las ocasionales víctimas.(por ej: intromisión en un sistema o de su destrucción por un "virus") .

Son conductas que, practicadas a través del uso personal de una computadora repercuten en el ámbito socio jurídico, algunas no sólo afectan al patrimonio privado (compras electrónicas utilizando datos de una tarjeta ajena por ejemplo), sino también patrimonios nacionales y/o causan daños de otra especie no susceptibles de valoración económica.

Otra división en lo que hasta ahora llamamos "maniobras" se refiere entonces al modo de comisión (sería una consecuencia de lo anterior) o sea pueden practicarse en pequeña escala y en gran escala.

En pequeña escala: fraudes individuales al comercio minorista, ofrecimiento de servicios induciendo con una falsa imagen, y en

Gran escala: se trata de aquéllas maniobras que suceden a nivel estatal o en grandes corporaciones y/o industrias, capaces de afectar tanto el orden político interno como externo, o producir un ataque masivo a datos confidenciales empresariales redundando en un perjuicio económico o político. Es el caso de empleados infieles que logran penetrar en secretos del sistema provocando, desde el daño al mismo, hasta violaciones a esa información confidencial logrando ingresar a circuitos presuntamente invulnerables y/o causar ataques masivos sobre datos con posibilidad de producir daños económicos de importancia .

También podemos señalar, - se aplicaría para ambos casos y como causas mediatas-, acciones destinadas a obtener ventajas a través de la ocupación sea en el :

Ámbito privado: caso de altos jefes de empresas que venden información, previa sustracción del sistema para lucrar con ella, (espionaje informático) y mediante este mecanismo pueden instalar su propio negocio, hasta venta de influencias a través de la red.

Ámbito público: cuando hacen una utilización desaprensiva de la persona jurídica creada al efecto de burlar intereses pecuniarios, como operaciones bajo el nombre de sociedades ficticias para producir rápidas transacciones, o perpetran maniobras en los sistemas de bancos u otras entidades financieras, públicas o privadas, (alteración a un sistema bancario para lograr ocultamiento de evidencias al efectuar transferencias de fondos a cuentas personales).

Es característica común de esta tipología de conductas el sentido de la oportunidad que evidencian sus autores en todos los casos y su claridad de juicio: hay especificidad técnica y alto grado de conocimientos así como capacitación por la práctica que otorga el uso permanente de una computadora. Es público y notorio que a veces se ha llegado a hablar de "adicción a la misma" por el grado de contracción que provoca en sus usuarios y en especial los más jóvenes ante el descubrimiento de sus posibilidades.

Objetivos Inmediatos:

*La posibilidad de obtener beneficios, que pueden no ser económicos, en los que está presente el factor "poder" que involucra este manipuleo de personas y/o entes.

*La asunción deshinibida de riesgos que ello implica, y

*Las débiles o escasas consecuencias jurídicas, o bien dicho la falta de impunidad de que gozan la mayoría casi siempre y que circunscriben el terreno a las simples maniobras o a "hechos" de consecuencias a veces civiles.

Sobre la base de lo expuesto los delitos que puedan cometerse a través de la computadora encontramos que pueden ser ilícitos pluriofensivos (fraudes a la industria y comercio por ej.) y violaciones en entes públicos, como se vió, (bancos, entidades financieras no bancarias) organismos recaudadores, donde al introducirse violan normativas específicas en una conducta merecedora de reproche penal.

Pueden efectuarse fraudes con tarjetas de crédito, evasiones impositivas, y vaciamientos a través de transferencias electrónicas de fondos, como desvíos a cuentas personales, apropiación de información con consecuencias económicas o no, violación de secretos de estado, en una gama de conductas que, como las vistas en apretada síntesis muestran como común denominador la especificidad, el dominio de conocimientos informáticos lo que autorizarían a configurar estos hechos, de tipificarse de alguna forma, como delitos especiales impropios.

No soslayamos la ejecución de delitos de carácter financiero cuando estas conductas tienen lugar en entes que intermedian entre la oferta y la demanda y estos sujetos pueden interferir entre ellos provocando desde bajas de acciones hasta caos financieros a niveles superiores o perpetrar falseamientos de datos contables, y/o lavado de dinero. Estos tipos conllevan especialmente el manejo del factor "poder" que desean adquirir sus autores, sin desmerecer la ambición de riqueza que los mantiene en estas actividades.

Objetivos Mediatos:

El dictado de normas legales específicas o leyes penales a fin de tipificar esa amplia gama de conductas que a falta de estigmatización sólo son censuradas con la crítica e indignación que provocan y la más de las veces quedan desincriminadas.

Otra característica de esta criminalidad.

Puede hallarse en las formas de perpetración:

Individuales: Se trata de sujetos que actúan solitariamente, a veces en forma temporariamente aislada, pero sin asociarse siendo otra característica que a veces su formación es autodidacta y sólo les basta su habilidad y rapidez con los ordenadores, a diferencia del estafador común que por lo general puede acusar rasgos determinados como su encanto personal y despliegue de seducción, gustos refinados, que debe hacer a efectos de captar a sus posibles víctimas.

Acá se trata de seres que no pueden seducir a nadie visualmente y se mueven en el anonimato que otorga la invisibilidad, no pudiendo descartarse (ya en un enfoque psicológico del tema, válido si consideramos la necesidad de la interdisciplina a fin de aunar esfuerzos en pro del derecho penal), una naturaleza violenta dominada por la frialdad de su actitud y repito claridad de criterio que los hace ser los mejores en lo suyo. Conductas colectivas: o agrupadas se dan en los casos en que interactúan con "socios" que los secundan o dirigen en sus quehaceres con la facilidad en este ámbito, y para ellos, que pueden hallarse simultáneamente en lugares físicos diferentes para llevar a cabo la conducta, lo que sofisticada el proceder.

5.10. Enumeración de posibles "delitos informáticos"

Esbozaremos una reseña de aquéllos que podrían configurarse en este medio y mediante el uso de las computadoras obviamente produciendo o no beneficios económicos como ya se mencionó pues hay casos en que los beneficios son políticos:

1. Restricciones al comercio
2. Violación de convenios (sobre todo de privacidad)

3. Conductas que se han llamado "manipulaciones" que pueden afectar "tanto a la base de suministro de información (input) de datos, como a su salida (output)" y su procesamiento. Sea manipulando el hardware o software . A través de las manipulaciones en programas se logra, por ejemplo la desviación de fondos hacia cuentas personales. Dentro de esta categoría pueden considerarse las
4. Defraudaciones y estafas
5. Abuso de confianza
6. Falsificaciones de datos

En este punto vuelvo a hacer hincapié en mi coincidencia con el elevado criterio expuesto por los Dres. Guillermo Beltramone, Rodolfo Herrera Bravo y Ezequiel Zabale, siguiendo al profesor Julio Téllez Valdés en el artículo citado en la nota al referirse a las conductas según utilicen el computador como medio o como fin, y al concepto que utilizan de delito computacional diferente al delito informático considerando a éstos cometidos "a través de

Equipos computacionales pero donde el elemento central no es el medio de comisión, sino que es el hecho de atentar contra un bien informático"...o sea los delitos computacionales utilizan como medio la computación (software o hardware) para realizar conductas que constituirían delitos convencionales como los nombrados en último término pero no delitos informáticos que atacarían elementos puramente informáticos y aún no se hallan encuadrados penalmente.

Lo expuesto, vale como aclaración sobre los recaudos que hay que tener al hablar de "delito informático", por eso en esta exposición, tomamos el tema de la "criminalidad" o los aspectos criminológicos que trae la aplicación de la moderna tecnología informática, incluyendo el campo propicio que ofrece la red de Internet sobre la materia, mencionando todo tipo de conductas, aún las convencionales, pero que encontraron este nuevo medio para desarrollarse y que agrega otras características a las tradicionales . El abanico se expande, continuamente en la efectivización de dichas conductas que, como dijera, van o nó contra el patrimonio, utilizando la computadora como medio de comisión,

(estafa a través de ella), o atacando el bien informático en sí (la seguridad de un sistema) nutriéndose de la más sofisticada tecnología:

7. Espionaje informático (previsto en la Ley chilena 19.223), casos en que la información se encuentra archivada en un espacio mínimo y puede pasar sin dificultad a otro soporte. Estas conductas pueden concluir en el hurto del software puesto que quien lo practica puede apoderarse del programa de la empresa en la que efectúa el espionaje y utilizarlo luego en su beneficio. Puede llevarse a cabo para obtener información de carácter político y no sólo con objetivos de beneficio económico.
8. Sabotaje informático (actualmente también previsto en la ley chilena mencionada), siendo este otro caso que se ve favorecido por la concentración de información en mínimos espacios. Y puede producirse destruyendo programas (introducción de virus), siendo ésta otra conducta que puede llevarse a cabo por diferentes mecanismos técnicos que con la sofisticación de la tecnología para comprenderlos hay que inevitablemente concurrir al auxilio de los conocimientos que proveen los especialistas en informática, por lo que se destaca el valor de la colaboración interdisciplinaria.

Las conductas de sabotaje por lo general se llevan a cabo contra centros de cómputos industriales, como las que puede realizar una célula revolucionaria como protesta contra la industria armamentista.

9. Uso indebido de instalaciones de cómputos como el caso de empleados desleales que utilizan dichas instalaciones para su propio beneficio, o para perpetrar alguna de las conductas descritas anteriormente.

El autor citado en la nota precedente (Klaus Tiedemann) habla en su obra de "hurto de tiempo" como posible tipo penal situación que requiere el apropiamiento indebido de los bienes en juego para su punibilidad que constituiría la actividad reprochable más allá del gasto de energía eléctrica o el enriquecimiento del autor.

10. Abusos mediante tarjetas de crédito: elementos que agudizan el ingenio de los que operan a través de ellas. Vemos que el moderno sistema de comercio electrónico permite introducir su número para compras on-line (por Internet) lo que ha permitido un uso ilegal del sistema propiciando el fraude. Por ejemplo cuando se recibe un resumen de cuenta de gastos de tarjeta y en él vienen incluidos compras "on-line" que no fueron efectuadas por el usuario ocasionando al banco emisor de la tarjeta pérdidas bastante importantes.

Todo lo hasta aquí expuesto, constituye un simple muestreo de aquellos casos que pueden conformar la moderna criminalidad informática agregando que este campo, -y en especial el que ofrece Internet y el desarrollo del uso de redes- abrió un camino apto y rápido a todo tipo de conductas.

Además, proporcionó por su forma de operatividad, la herramienta ideal para su consecución con fines ilícitos (que son los que nos interesan para el presente). Obsérvese que hasta operaciones relativas a tráfico de mujeres (prostitución), de niños, pornografía, lavado de dinero, por ejemplificar nuevamente, pueden efectuarse ahorrando tiempo y garantizando rapidez e impunidad.

A este crecimiento vertiginoso debe seguirle el mismo en igual forma de los medios de combatir estos mecanismos que, no en todos los países se hallan igualmente adelantados.

Esta situación, crea un problema que abarca también aspectos de política y sociología criminal, vale decir compromete a otras ciencias penales además de la criminología.

5.11. Los Fraudes y abusos más frecuentes a través de las líneas.

Falsas ofertas de trabajo, videntes, páginas web gratuitas que suponen más de 60 euros la hora de conexión a Internet, regalos que acaban costando menos que la llamada que hay que realizar para confirmarlos... Son algunos de los ocho tipos de fraudes y abusos más frecuentes a través de las líneas 906.

Estos son los ocho tipos de fraudes y abusos que se producen a través de las descontroladas y sin regulación líneas 906:

Ofertas de trabajo

Se anuncian generalmente en las páginas de ofertas de empleo de los diarios. Los teleoperadores realizan un largo cuestionario, prolongando al máximo la duración de la llamada. En ocasiones, solicitan incluso una fotografía o un currículum por escrito para dar una apariencia de credibilidad al timo. Pero en realidad, nunca se recibe respuesta ya que los trabajos no existen.

Regalos y premios

El usuario recibe una llamada, una carta o un e-mail donde se le informa que ganado un sorteo o que una empresa ha decidido hacerle un regalo. Para más información, una línea 906. La llamada a este número puede tener varios resultados: una convocatoria a una presentación comercial donde se intentará que el usuario compre un producto, cuya asistencia es indispensable para recibir el regalo; la explicación de que el regalo consiste en varias noches en un hotel o apartamento, pero con la condición de abonar la comida o unos supuestos gastos de gestión; la confirmación de un fantástico regalo, del que únicamente habrá que pagar unos gastos de envío sospechosamente altos; e incluso un largo mensaje grabado que avisa de que todas las líneas están ocupadas.

'Videntes'

Los que piensen que las artes adivinatorias son un don propiedad de privilegiados están muy equivocados. Hoy en día, cualquiera puede tener estos poderes. Y es que los supuestos adivinos, astrólogos, brujos o futurólogos bendecidos por los medios de comunicación se han visto tan desbordados de llamadas que no han tenido otro remedio que contratar a equipos de adivinos para atender las consultas telefónicas. ¿Qué cualidades hay que reunir para ser vidente? Capacidad para retener una llamada, inventiva y un poco de psicología barata.

Páginas web 'gratuitas'

Numerosas páginas web, generalmente eróticas o pornográficas, que se anuncian como gratuitas condicionan su visionado a que el usuario instale en su ordenador un programa, ocultando o disimulando que la función del mismo es desconectar el modem para volverlo a conectar a Internet, pero a través de líneas 906. Teniendo en cuenta las elevadas tarifas de estas líneas, el internauta puede llegar a pagar hasta más de 60 euros por una hora de conexión a la red.

Confirmaciones de pedidos

El usuario recibe un e-mail de una empresa que le anuncia que en breve le cargará en su tarjeta de crédito una cantidad en concepto de una supuesta compra que en realidad no ha realizado.

La empresa facilita únicamente un teléfono 906 para solucionar las posibles dudas que tenga el cliente. Generalmente, el usuario se intenta poner en contacto con la empresa para anular el falso pedido a través de este teléfono, y en él un contestador retiene su llamada durante un largo rato, advirtiéndole por ejemplo que las líneas están saturadas.

Concursos

En muchos casos, los cada vez más frecuentes concursos de la televisión no informan del precio de la llamada o se hace en letra pequeña. La llamada también puede prolongarse debido a mensajes excesivamente largos que el usuario tiene que escuchar antes de dejar su mensaje. En muchos casos, no se informa del tiempo que estará vigente el concurso, por lo que el usuario desconoce las probabilidades que tiene de ganar un premio que, generalmente, es de una cuantía ridícula en comparación con el coste de la llamada y el número de usuarios que participan.

Líneas eróticas

En ocasiones, lo que se presenta como una conversación erótica se reduce a una simple grabación. Asimismo, quienes atienden estos teléfonos hacen lo posible, como en el resto de líneas 906, por prolongar al máximo las llamadas.

Al analizar las conductas tipificadas en el nuevo código penal, que afectan cada una de las dimensiones en que puede lesionarse el bien jurídico intermedio de la información (confidencialidad, integridad y disponibilidad); sin pretender agotar el tema y sólo como un punto de reflexión, se encuentra un vacío legal respecto del uso fraudulento de nombres de dominio en Internet. Los nombres de dominio son derechos de propiedad industrial, equivalentes a las marcas y que merecen igual protección por parte del derecho penal. No obstante, dada la prohibición de analogía en el Derecho Penal, no se podrá adecuar estas conductas a los delitos establecidos en nuestro actual Código Penal.

Esta omisión legislativa nos indica que quienes estudiamos el derecho penal, a veces nos abstraemos en discusiones y estudios que nos aíslan de la realidad, de la cultura general, del progreso, de la tecnología, de los avances científicos, de las crisis sociales, de los aspectos económicos y de los estudios que se hacen en otras áreas del derecho. Los profesionales que necesita la sociedad deben poseer, en lo posible, conocimientos integrales; argumentar la especialización, en la sociedad globalizada, puede convertirse en sinónimo de ignorancia.

CONCLUSIONES

Se ha dicho que el acceso de una persona no autorizada a los datos que se encuentran en soportes informáticos se está produciendo cada vez mas, motivado por la falta de seguridad de los sistemas y de formación de las personas que en ellos operan, facilitado más, si cabe, por las posibilidades que ofrecen las modernas técnicas de comunicación que permiten el conocimiento, manejo y transferencia de información entre sistemas, con máximas garantías y mínimo riesgo.

En efecto, las estadísticas sobre delitos informáticos demuestran que cada vez es mayor el acceso a sistemas informáticos sin autorización

Este estudio demuestra, la necesidad de equiparar este espacio informático a la tradicional protección con que cuentan otros ámbitos como el domicilio o la correspondencia epistolar nos convencen de la necesidad de tipificar penalmente el acceso ilegítimo a sistemas informáticos.

Pero una inclusión como la que proponemos en el Código Penal puede suscitar reparos, pues la sanción penal del mero ingreso a un ordenador sin exigir un daño concreto (por ej. daño o borrado de datos, copia de obras intelectuales o acceso a datos privados o secretos) constituirá un delito de peligro abstracto.

Respecto a ello, cabe recordar que la Corte Suprema tiene dicho que *“No es exigencia constitucional que toda figura delictiva deba producir un daño para ser punible, pues tal razonamiento prescinde de la existencia de tipos delictivos constitucionalmente válidos y en los que el resultado de la acción consiste en la creación de un peligro”*

La experiencia nos demuestra que en la mayoría de los casos, quien accede a un sistema informático, intentará copiar información, destruirla o borrarla o apropiarse de

algún dato valioso (protegido por las normas de propiedad intelectual, de los secretos comerciales o de la privacidad).

Asimismo, por la analogía existente con el ingreso al domicilio, el artículo debería ubicarse dentro del título de los delitos contra la Libertad (Título 5) Incorporase al Libro segundo del Código Penal y a continuación del Art. 161, un Capítulo 6 que contendrá el epígrafe siguiente : *Capítulo 6: Delitos contra la privacidad y la libertad informática.*

En síntesis consideramos que el vacío existente en nuestro Código Penal amerita la señalada reforma y supero cualquier objeción que se haga relacionada con la amplitud del tipo penal. Es que en la era de la información, es justamente este tipo de bienes los que deben recibir tutela por parte del legislador, pues el comercio electrónico, la digitalización de los datos y el crecimiento de las autopistas de la información dependerán en gran medida del amparo legal que los usuarios encuentren en estos ámbitos.

Por lo que como resultado de este estudio se sugiere establecer normas que brinden protección a la privacidad de datos de los usuarios y consumidores que efectúen operaciones en línea.

Es indispensable entonces que aquellos llamados a reformar el Código Penal reflexionen sobre la importancia de contar con normas penales actualizadas a la época que nos toca vivir. La seguridad jurídica exige que todos aquellos que quieran desarrollar actividades en las autopistas de la información se encuentren con reglas similares a las que existen en el mundo real. En general esto es así sin necesidad de modificar norma alguna, salvo el presente caso, que parece ser una de las pocas excepciones donde la intervención legislativa se hace necesario, atento al notorio vacío legislativo que a la fecha existe.

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. **Derecho Penal**. Editorial Harla, México, 1998 P.p. 350.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Delito**. Editorial Argos. P.p. 1025.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I, 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1958 P.p. 380.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamiento Elementales del Derecho Penal**. 34ª edición. Editorial Porrúa, México 1994. P.p. 607.

CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal**. 9ª edición, Editorial Nacional. México 1961. P.p. 900.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. **Derecho Penal**. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990. P.p. 585

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho Penal**. 24ª edición. Editorial Porrúa, México, 1991. P.p. 471.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1977. P.p. 326.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**. 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 589.

MALO CAMACHO, Fernando. **Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 486.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª edición. Editorial PPU. Barcelona, España 1985 P.p. 452.

MSUA Y OMEGA. **Derecho Penal**. 18ª edición. Editorial Reus. España 1929. P.p. 531.

ORELLANA WIARCO, Octavio. **Teoría del Delito**. 4ª edición. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 862

VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 2ª edición. Editorial Porrúa, México 1960. P.p. 653.

LEGISLACIONES

Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política

Guanajuato. Código Penal del Estado de