



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“NECESIDAD DE AMPLIAR EL MARCO
JURÍDICO PENAL APLICABLE A LA
INFORMÁTICA”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

FERNANDO FEIJOO LÓPEZ

Director de Tesis

MTRO. MIGUEL ÁNGEL GORDILLO GORDILLO

Revisor de Tesis

MTRO. GENARO CONDE PINEDA

BOCA DEL RÍO, VER.

AGOSTO 2013



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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	3
1.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.	3
1.3. DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS.....	4
1.3.1 Objetivo General.....	4
1.3.2 Objetivos Específicos.	5
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	5
1.4.1. Enunciación de la Hipótesis.....	5
1.5. DETERMINACIÓN DE VARIABLES.	6
1.5.1. Variable Independiente.....	6
1.5.2. Variable Dependiente.	6
1.6. TIPO DE ESTUDIO.....	6
1.6.1. Investigación Documental.	6
1.6.1.1. Bibliotecas Públicas.....	6
1.6.1.2. Bibliotecas Privadas	7
1.6.1.3. Bibliotecas Particulares	7

1.6.2. Técnicas Empleadas.	7
1.6.2.1. Fichas Bibliográficas.....	7
1.6.2.2. Fichas de Trabajo.....	8
1.6.2.3. Fichas Hemerográficas.....	8

CAPÍTULO II

LA INFORMÁTICA EN LA SOCIEDAD Y SU REPERCUSIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL.

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES.	9
2.1.1. Tecnologías de la Informática.....	10
2.1.2. Características.....	13
2.2. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO INFORMÁTICO.....	16
2.2.1. Objetivos, Ventajas y Desventajas.	16
2.2.1.1. Aprovechamiento de la Informática en Diversos Sectores.	18
2.2.2. La influencia de la Informática en la Sociedad.	21
2.2.3. Adopción Universalizada de Sistemas Informáticos y de Comunicación.	23
2.3. DERECHO DE LA INFORMÁTICA.	26
2.3.1. Naturaleza Jurídica.....	30
2.3.2. Formación de Recursos Humanos y Cultura Informática.	33
2.4. RELACIÓN DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO A LA INFORMÁTICA.....	36

CAPÍTULO III

EL DERECHO PENAL Y SU PRESENCIA EN EL ÁMBITO INFORMÁTICO

3.1. EL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES.....	39
---	----

3.1.1. Necesidad y Denominación del Derecho Penal.....	53
3.1.2. El Derecho Penal y otras Ramas del Derecho.	57
3.2. ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL	59
3.2.1. Validez Material.	61
3.2.2. Validez Espacial.	64
3.2.3. Validez Temporal.....	68
3.2.4. Validez Personal.....	72
3.2.5. Validez por cuanto hace a la naturaleza del Órgano Juzgador....	75
3.3. TEORÍA DEL DELITO.....	77
3.3.1. Noción Clásica del Delito.....	79
3.3.2. Concepto Jurídico del Delito.....	79
3.3.3. Elementos del Delito y Factores Negativos.	82
3.4. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.....	87

CAPÍTULO IV

LOS DELITOS Y SU CLASIFICACIÓN.

4.1. EL DELITO, SU GRAVEDAD, RESULTADO Y DURACIÓN.....	89
4.1.1. La Culpabilidad.....	96
4.2. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.....	105
4.3. DELITOS COMUNES Y FEDERALES.....	106
4.4. DELITOS INFORMÁTICOS.	109
4.5. MARCO JURÍDICO PENAL APLICADO A LA INFORMÁTICA.....	121
4.5.1. Necesaria Adecuación al Fenómeno.....	125
4.6. SITUACIÓN DE LA INFORMÁTICA INTERNACIONAL.....	135
4.6.1. Legislación extranjera relacionada con la Informática	135
4.6.2. Organismos Internacionales reguladores de la función Informática	139
4.7. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO INFORMÁTICO EN MÉXICO.....	141

4.7.1. Marco Jurídico Penal Actual Aplicado a la Informática en México.....	142
CONCLUSIONES	144
RECOMENDACIONES	148
BIBLIOGRAFÍA	150
LEGISGRAFIA	153

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata sobre la pobre legislación que actualmente sufren no solo nuestro país, sino gran cantidad de Naciones que al igual que la nuestra necesitan imperiosamente legislar en cuanto a la Informática, ya que esta se ha convertido en algo fundamental no solo en algunas partes del planeta, sino en todo el mundo, y como muchas veces, siempre hay alguien que con recursos y conocimientos, abusan y se aprovechan de estas situaciones, afectando de múltiples formas a diversos sectores de la sociedad e incluso al mismo Estado.

Dado el creciente uso de medios electrónicos informáticos como lo es Internet y redes de comunicaciones, es importante conocer el panorama jurídico actual y el desarrollo en otros países con realidades tecnológicas o tendencias a las que se acerca México, incluyendo los delitos a través de estos medios.

Los delitos informáticos en nuestro país han provocado un desafío permanente a nuestra legislación ya que si bien es cierto que el Derecho Informático en México se ha constituido en los tiempos actuales, se le está exigiendo una adecuación a los nuevos fenómenos que la vida social va presentando, de manera que se encuentre preparada la sociedad a introducirlos dentro de sus ámbitos de conocimiento y acción.

En esta era de la Informática, dicho desafío es en sí, la creación de instituciones jurídicas que preserven la justicia y el bien común, así como una actualización de la certeza jurídica, ya que el enfoque de ficción que tiene la sociedad Mexicana en cuanto que las normas son conocidas por todos, y ante la gran diversificación de conocimientos, nada mejor que el adecuado uso de la Informática que atenúe entre otras cosas, la frase tradicionalista y decepcionante que la gran mayoría de las veces tiene que ser utilizada por autoridades ante sus gobernados pregonando que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento...”.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿Se considera importante y necesaria la ampliación del Marco Jurídico aplicable a la Informática como el medio idóneo para la prevención y sanción de delitos cometidos por el uso indebido de los Sistemas Informáticos?

1.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

Con la llegada de la Informática a la vida cotidiana del hombre, esta ha permitido que las actividades que realizamos sean más eficientes y rápidas así como también tener un acceso fácil y rápido a la información.

Hace ya más de una década la tecnología computacional se ha introducido por completo en la mayoría de las actividades diarias del hombre tanto en el ámbito económico como en las esferas sociales y políticas.

En los últimos años se ha visto que en nuestro país se ha incrementado en forma significativa el uso de las tecnologías de información, aunque tal situación no ha sido aprovechada del todo sanamente, y es que en la actualidad se cuenta con aspectos normativos penales que existen en torno a la regulación de la Informática que son casi nulos.

La falta de disposiciones jurídicas que se encarguen de regular esta área, que es tan útil y a la vez tan vulnerable, propicia la proliferación de acciones delictivas de personas que tienen amplios conocimientos y capacidad de acceso a los sistemas informáticos, irrumpen en los Derechos de individualidad de las personas que hacen uso de esta tecnología causándoles perjuicios tanto económicos como morales.

Por esto, es necesario analizar nuevas modalidades de conductas delictivas, derivadas del uso de las tecnologías de información, con la finalidad de contar con elementos de juicio para su adecuada sanción creando así un marco jurídico completo y coherente que brinde seguridad jurídica a la Sociedad, y permitiendo además, que se pueda explotar esta herramienta tan eficaz como lo es la Informática para el logro de un progreso positivo de carácter nacional que conlleve al progreso del país.

1.3. DELIMITACIÓN DE OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.

Demostrar la importancia y necesidad de la creación de un marco jurídico penal aplicable a la Informática como medio idóneo para la prevención y sanción de delitos cometidos por el uso indebido de los Sistemas informáticos.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- Ilustrar la aparición del fenómeno informático en la sociedad y su repercusión en el campo del Derecho, específicamente en el Derecho Penal.
- Enlistar la naturaleza, fines y objetivos del Derecho Penal, así como también su conceptualización del delito, describiendo la naturaleza jurídica del término “delito informático” y distinguir los elementos que lo integran.
- Identificar la problemática a la que se enfrenta la sociedad al no contar con una legislación penal adecuada a la evolución de las tecnologías de la información.
- Demostrar la necesidad de crear una reglamentación jurídica penal aplicable a la Informática para prevenir y sancionar los delitos cometidos a través de los medios electrónicos.

1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.

1.4.1. Enunciación de la hipótesis.

Es necesaria la creación de la legislación penal adecuada y aplicable a la evolución que la tecnología de la información tiene, toda vez que es un importante factor de desarrollo en el país y su debida reglamentación favorecerá el establecimiento de un ámbito jurídico claro y estable en torno a la Informática; lo que aportará bases sólidas para la adecuada prevención y sanción de los delitos cometidos por el uso indebido de la misma, contribuyendo de esta manera a lograr un desenvolvimiento informático más justo.

1.5. DETERMINACIÓN DE VARIABLES

1.5.1 Variable Independiente

La comisión de conductas delictivas derivadas del uso indebido de las tecnologías de la información, es cada vez más frecuente ante la deficiencia de las estructuras jurídicas penales que fijan responsabilidades legales, por lo que la ampliación del marco jurídico penal aplicable a ésta materia es imprescindible.

1.5.2 Variable Dependiente

La carencia de disposiciones jurídicas penales aplicables a la Informática prolifera la comisión de conductas ilícitas por parte de aquellos sujetos que ante la impunidad existente, abusan de su conocimiento y capacidad de acceso a los sistemas informáticos para hacer un uso indebido de los mismos.

1.6. TIPO DE ESTUDIO.

1.6.1. Investigación Documental.

La recopilación de la información que se recabó para la presente investigación, fue a través de infinidad de lecturas en textos, periódicos y revistas que tratan sobre el tema, para ello se visitaron bibliotecas públicas y demás fuentes bibliográficas.

1.6.1.1. Bibliotecas Públicas.

Biblioteca de la Universidad Veracruzana

Ubicación: Juan Pablo II S/N

Boca del Río, Veracruz.

1.6.1.2. Bibliotecas Privadas.

Biblioteca de la Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica

Ubicación: Progreso esq. Urano.

Boca del Río, Veracruz.

1.6.1.3. Bibliotecas Particulares.

Despacho Jurídico del Mtro. Miguel Ángel Gordillo Gordillo

Ubicación: Francisco I. Madero núm. 1506 esq. Mario Molina Col. Centro
Veracruz, Veracruz.

Fernando Feijoo López

Ubicación: Antonio de Mendoza núm. 440 entre José Martí e Isabel la
Católica. Fraccionamiento. Reforma
Veracruz, Veracruz.

1.6.2. Técnicas Empleadas.

Toda la información se manejó a través de fichas bibliográficas, hemerográficas y de trabajo, las cuales cumplen con todos los requisitos metodológicos de estructuración.

1.6.2.1. Fichas Bibliográficas.

Dicha ficha registra los datos de la investigación en el siguiente orden:

- Nombre del autor.

- El título de la obra.
- Lugar de impresión.
- Nombre de la editorial o imprenta.
- Año de publicación.
- Número de la edición.
- Número de tomo.

1.6.2.2. Fichas de trabajo.

Sirven primordialmente para organizar el material seleccionado y conservarlo para fines posteriores. Los elementos que componen la ficha son:

- La fuente en la parte superior derecha se registran los datos bibliográficos respectivos.
- Asignación temática.- Consiste en titular cada ficha de acuerdo con su contenido.
- Contenido.- Es el registro de la información que se desea manejar.

1.6.2.3. Fichas Hemerográficas.

Estas fichas son utilizadas para clasificar una revista o periódico. En ella se registran los siguientes datos:

- Nombre del autor del artículo.
- Título del artículo entrecomillado.
- Nombre de la revista o periódico subrayado.
- Volumen con números romanos y folletos con números arábigos.
- Lugar donde se publica.
- Si es revista, las páginas entre las cuales está el artículo, si es periódico, la sección.

CAPÍTULO II

LA INFORMÁTICA EN LA SOCIEDAD Y SU REPERCUSIÓN EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Para poder entender el fenómeno informático como punto de referencia respecto al tema en estudio, es necesario realizar algunas breves consideraciones en torno a la Cibernética, que es el rubro general del cual se desprende todo el desarrollo de las tecnologías de la información.

El vocablo “Cibernética” fue empleado por primera vez en 1948 por el matemático Estadounidense Norbert Wiener, quien aplicó dicho término para designar a la nueva ciencia de la comunicación y control entre el hombre y la máquina.

El surgimiento de la Cibernética se debió primordialmente a tres factores:

- El factor social, debido a que el entorno que se vivía en esa época era propicio para el surgimiento de una nueva disciplina que fuese capaz de lograr un aumento en la producción y por tanto en el capital.
- El factor técnico-científico, ya que con la unión de la ciencia y la técnica se hizo menester la aparición de una ciencia que facilitara su interrelación y desenvolvimiento.
- Y por último, el factor histórico, porque surge de la imperiosa necesidad de contar con una ciencia que controlara y vinculara a todas las demás. De ahí el surgimiento de la Cibernética como unidad que abarca en forma total y multidisciplinaria a todas las ciencias. En cuanto a su concepción etimológica, la palabra, toma su origen de la voz griega *kybernetes* que significa piloto y *kibernes*, vocablo que hace referencia al arte de gobernar, pero aludiendo a función del cerebro respecto a las máquinas.

En términos generales la Cibernética es “la ciencia de la comunicación y el control”¹ la cual busca el empleo de métodos científicos que den explicación a fenómenos en la naturaleza o en la sociedad, a través de la representación del comportamiento humano de forma matemática en una máquina. Es una ciencia, cuya aplicación está relacionada con cualquier campo de estudio.

2.1.1. Tecnologías de la Informática.

La Informática surge igual que la Cibernética, es decir, de la inquietud racional del hombre, quien ante una cada vez mayor necesidad de información para la adecuada toma de decisiones ante determinadas circunstancias, se ve impulsado a desarrollar nuevas técnicas que lo auxilien al logro de dichos propósitos.

¹ TÉLLEZ Valdez Julio, Derecho Informático, Edit., McGraw Hill, segunda edición, México, 1996, p.4.

A lo largo de la evolución histórica, el mundo ha sufrido diversas revoluciones tecnológicas, que han repercutido sustancialmente en el ámbito tanto económico como social.

En la actualidad se está viviendo una nueva revolución tecnológica, la *revolución Informática*, ésta, con todo lo que representa, está transformando de manera ineludible el mundo.

La palabra Informática tiene su origen en Francia en el año 1962 cuando fue sugerido por el francés Philippe Dreyfus, siendo la palabra un neologismo derivado de los vocablos *information* (información); y *automatique* (automatizada); que en términos generales hace referencia a un proceso de información automatizada.

En un sentido más específico, dicho vocablo alude al tratamiento automático de los datos que constituyen la información.

Desde mediados de los años sesenta se ha intentado encontrar una definición de lo que es la Informática, sin embargo aún no se ha logrado aplicarle una definición integral, puesto que lo que surgió como una disciplina o rama de la ciencia y de la técnica, se ha convertido en un complejo campo de conocimientos, de experiencias y de aplicaciones en todas las áreas del quehacer humano.

A este respecto, se considera entonces que la Informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información, a través de métodos y sistemas innovadores de telecomunicación, que permiten al hombre efectuar una mejor toma de decisiones.

En este punto en tratamiento es importante enfatizar las diferencias que existen entre la Cibernética y la Informática, ya que a pesar de que ambas tienen como objetivo primordial el tratamiento de la información en forma matemática,

lógica y analítica, existen ciertos aspectos que permiten distinguir a una de otra como son por ejemplo los siguientes:

- La Cibernética en forma general, se ocupa de los fenómenos de control y comunicación, lo cual se traduce en el diseño y construcción de máquinas, que permiten representar el comportamiento humano en forma matemática a través de las mismas.

- La Informática por su parte, surge del estudio de las computadoras, de sus principios fundamentales y de su utilización; se centra principalmente en el tratamiento, representación y manejo automático de la información.

- La Cibernética, entre otros aspectos, se relaciona con la creación de instrumentos informáticos que contribuyan a la realización de las actividades humanas, como es el caso de los robots, desarrollo de la inteligencia artificial, etc.

- La Informática, es un instrumento de apoyo para el desarrollo de la Cibernética.

- La Cibernética implica un sistema en el cual puede o no existir la relación entre partes, en cambio, la Informática, entraña un sistema en el cual siempre habrá relación entre las partes que lo integran.

En términos generales, la Cibernética constituye el género del cual deviene la especie, que es la Informática.

2.1.2. Características.

Las computadoras constituyen los instrumentos operativos de la Informática, por lo que resulta importante enfatizar su origen y evolución a través de la historia de la humanidad.

Desde la antigüedad, el hombre se ha visto en la necesidad de procesar datos. En un principio, al tratar de cuantificar sus pertenencias, animales, objetos, etc., hizo uso de los dedos de sus manos y utilizaba su memoria para almacenar toda la información posible en ella, lo cual representaba una gran limitante. Sin embargo, poco a poco comienza a hacer uso de otros medios tales como cuentas, granos y objetos similares que le facilitaban en cierta forma dicha cuantificación.

Posteriormente, la comunicación humana toma otro sentido cuando el hombre comienza a inventar sistemas numéricos que le permitieron realizar sus operaciones con mayor confiabilidad y rapidez.

Es así, como entre las primeras creaciones del hombre encaminadas a facilitar las operaciones de cálculo, se encuentran el ábaco, las tablas de logaritmos, la regla de cálculo, la máquina de pascal, la tarjeta perforada y la máquina de Babbage que representa el antecedente más remoto de las computadoras.

En 1834, el inglés Charles Babbage, ideó una máquina analítica que era capaz de ejecutar procesos complicados como la multiplicación y división, almacenando resultados intermedios en un dispositivo interno donde efectuaba decisiones simples para finalmente entregar un resultado impreso de manera automática.

La máquina de Babbage fue determinante para el desarrollo de las computadoras actuales, ya que cien años después de que él la ideó, sus bases sirvieron de pauta para la realización de la primera computación electrónica.

La primera máquina que llevó a la realidad la idea de Babbage fue la Mark 1 o ASCC (Automatic Sequence Controlled Calculator), que fue creada entre los años 1937 y 1944 por Howard Aike en la Universidad de Harvard, la cual era capaz de realizar largas secuencias de operaciones codificadas previamente, registrándolas en una cinta de papel perforadora y calculando los resultados con la ayuda de unidades de almacenamiento (memoria), sin embargo, esta máquina era muy lenta.

Entre 1943 y 1945, los Estadounidenses John Mauchly, John Eckert y John Von Newman crean la primera computadora electrónica conocida como ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Calculator), la cual se caracterizaba porque no tenía partes mecánicas, sino que estaba integrada por 18,000 bulbos y era capaz de realizar cinco mil operaciones por segundo, pero, esta máquina, era demasiado grande y se calentaba con gran rapidez.

Hacia los años de 1945 a 1952, los mismos creadores de la máquina ENIAC construyen una misma máquina electrónica a la cual denominaron EDVAC (Electronical Discrete Variable Automatic Computer), la cual tenía como función primordial realizar operaciones aritméticas con números binarios y almacenar instrucciones internamente.

En 1951, aparece la primera computadora de uso comercial, conocida con el nombre de UNIVAC 1 (Universal Automatic Computer), teniendo como característica principal el uso de cinta magnética para la entrada y salida de datos, además contaba con capacidad de procesamiento de datos alfabéticos y numéricos, así como un programa especial que era capaz de traducir programas en un lenguaje particular a lenguaje de máquina.

El desarrollo histórico de las computadoras fue dividido en generaciones para una mejor comprensión. Todas las máquinas anteriormente reseñadas constituyen la primera generación de computadoras, caracterizadas por el uso de bulbos de alto vacío como componentes básicos de su estructura interna. Eran máquinas de grandes dimensiones que consumían mucha energía y por tanto, se sobrecalentaban rápidamente, además eran muy lentas y tenían poca capacidad de almacenamiento interno.

La segunda generación de computadoras, se distingue por la sustitución de los bulbos por transistores, los cuales pudieron reducir las deficiencias existentes y lograr una reducción de tamaño y aumento de capacidad de procesamiento de datos.

Las computadoras de la tercera generación se caracterizan por la inserción de circuitos integrados monolíticos, conocidos con el nombre de chips; los cuales aumentaron considerablemente la velocidad de la operación, incrementado a su vez, su confiabilidad y reduciendo el tamaño y costo de las máquinas.

La cuarta generación se da de los años 1972 a 1982, produciéndose el surgimiento de los llamados microprocesadores: que son circuitos integrados de alta densidad que constituyen un gran avance tecnológico, ya que a partir de este momento, es que se originó una nueva industria, la de las computadoras personales.

Y finalmente, la quinta generación, que va del año 1982 a la fecha, es el período en que más innovaciones tecnológicas se han dado en torno a la materia. Siendo en esta etapa la microelectrónica a que ha tenido grandes avances, desarrollándose programas software y otros sistemas que permiten un óptimo manejo de las computadoras.

2.2. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO INFORMÁTICO.

Durante los siglos XVIII, XIX y XX se dieron en el mundo diversos fenómenos sociales, tales como la Revolución Industrial, el pensamiento analítico, el movimiento de las codificaciones escritas, la aparición de la burocracia, de la Cibernética y con ella, de la Informática.

En sus inicios, la aparición de las computadoras no tuvo el impacto esperado, ya que la gente no creía en ellas. No fue sino hasta principios de la década de los sesenta, en el que se les dio el impulso económico necesario para su producción a gran escala, cuando los empresarios se percataron de su utilidad comercial.

Los descubrimientos en el campo de la Informática han alcanzado niveles insospechados, al grado de que se ha llegado a ser no solo objeto de programación económica sino que también han provocado cambios radicales en las conductas social e individual.

Dichos fenómenos son los que caracterizan hoy en día la llamada “Revolución Informática”, que impone en México, al igual que en el mundo globalizado, nuevas formas de organización en los negocios, en los gobiernos, en las instituciones educativas y cada vez más en todas las actividades habituales.

Considerando implicaciones más particularizadas de la Informática en la sociedad, se puede decir, que las computadoras se han convertido en herramientas comunes para el hombre quien se ha involucrado con ellas de múltiples maneras.

2.2.1. Objetivos, Ventajas y Desventajas.

Los avances tecnológicos han logrado que las computadoras se conciban como una de las fuerzas más poderosas de la sociedad actual, haciendo posible su

uso tanto en los grandes niveles empresariales e industriales como en los propios hogares.

El uso y la aplicación de las computadoras en todos los ámbitos sociales ha tenido implicaciones tanto positivas como negativas siendo entre las implicaciones positivas el hecho de la gran gama de nuevas oportunidades de trabajo que se han abierto, en áreas tales como la programación, operación de computadoras y administración de sistemas de información, lo que ha representado un auge, cuestión que exige día a día profesionales mejores capacitados en la materia.

Además el uso de las computadoras representa una mayor sofisticación en el trabajo, es decir, los científicos e ingenieros pueden resolver complejos problemas a través de la operación de sistemas informáticos.

En el ámbito académico y empresarial también tienen una aplicación trascendental, ya que esta tecnología ha permitido un acceso más ágil a la información y por tanto una mayor eficacia en las actividades

De igual forma hay que agregar los grandes beneficios que el uso de las computadoras produce en las industria, lo que se traduce en un aumento en la productividad, ya que permite una mayor eficiencia en a fabricación de los productos, así como también evitan el desperdicio de materias primas y proporcionan un mejor servicio a los clientes.

Por otro lado, el uso de los sistemas informáticos también ha traído consigo implicaciones negativas, tales como la continua amenaza de desempleo, al haber remplazado la fuerza humana por máquinas automatizadas, lo cual puede provocar crisis agudas de carácter socioeconómico.

A esto hay que aunar, los problemas físicos y psicológicos ante los cuales se enfrenta la gente por el empleo de las computadoras como lo son por ejemplo los sentimientos de frustración, trastornos visuales, despersonalización, etc., sin omitir la problemática que los grandes descubrimientos informáticos han originado en el ámbito jurídico como lo son los de falta de seguridad y confidencialidad de la información, robo de programas, comisión de delitos, etc., por enumerar algunas situaciones.

Por ello, ante los grandes avances tecnológicos que han impactado la vida del hombre, éste, debe buscar la forma de adaptarse a ese ritmo violento de cambio, con el fin de dominar la tecnología y no a la inversa.

2.2.1.1. Aprovechamiento de la Informática en Diversos Sectores.

El uso y la aplicación de las tecnologías de la información han tenido injerencia en diversas áreas a nivel institucional, privado y sociocultural, provocando el desarrollo de las computadoras un gran avance en diversos ámbitos.

A nivel institucional se ha logrado una automatización o informatización de las oficinas, lo cual ha permitido un mejor y más rápido desenvolvimiento de las actividades.

Asimismo se ha conseguido una adecuada formulación de políticas, planeación y conducción de estrategias de organización; en igual forma existe también una mejor supervisión y control de empleados y otras tantas circunstancias que han mejorado la organización de las instituciones, como el caso por ejemplo de la administración donde se ha obtenido un adecuado control de nóminas, contabilidad, inventarios, registros, etc.

Los servicios que exigen un manejo masivo de información, como los del sector financiero, los seguros y el comercio pueden prestarse en forma casi instantánea, aumentando su eficiencia, al poder enlazarse oficinas, clientes y proveedores en cualquier parte del mundo a través de redes de computadoras. También la Informática ha hecho posible un mercado mundial capaz de reaccionar prácticamente al instante a los eventos que se suscitan en cualquier parte del planeta y permite amplias transacciones de productos y servicios.

En el área industrial, con la informatización de las fábricas o mejor conocida con el término de robótica, se ha logrado alcanzar un aumento en la productividad, lo que ha redundado en reducción de tiempos y costos, además las consecuencias de esta revolución tecnológica son múltiples y perceptibles, en particular, los avances tecnológicos han permitido reducir en forma antes inimaginable el tiempo requerido para producir bienes de todo índole puesto que en un lapso de diez años el número de horas para ensamblar un automóvil disminuyó a la mitad, por citar uno de los diversos ejemplos que existen.

El uso de las computadoras ha sido muy útil en el ámbito bancario, en el cual la aplicación de los sistemas informatizados ha permitido una mayor agilidad en la realización de las transacciones financieras de pagos automatizados, autorización de créditos, transferencia de fondos, asesorías financieras, etc.

Con el uso de la tecnología, los servicios públicos se proporcionan de forma radicalmente distinta, en lo que toca a su cantidad y en lo referente a su calidad, algunos como los de la salud, enseñanza y seguridad social, pueden prestarse a mayor escala y en forma más rápida y eficaz; las computadoras y las telecomunicaciones coadyuvan en el suministro de estos servicios a comunidades marginadas.

La tecnología ha hecho posible el acercamiento a las necesidades particulares de cada persona, por ejemplo, la conexión a redes de computadoras nacionales e internacionales permiten adaptar la educación, para que cada individuo pueda profundizar en sus áreas de interés, para el estudiante y el maestro está disponible la información contenida en acervos anteriormente fuera de su alcance, permitiéndoles privilegiar su uso y aprovechamiento por encima de su capacidad de memorización.

En el área de la salud, los beneficios que la Informática ha logrado obtener se traducen en mejor preparación de historias clínicas, exámenes y diagnósticos más completos, mayor exactitud en las pruebas de laboratorio y un mejor control de los productos farmacéuticos. El médico puede consultar información sobre la historia clínica de un paciente, bibliografía sobre padecimientos y nuevos tratamientos y aun comunicar e intercambiar información y opiniones con otros especialistas.

El uso de las computadoras ha llegado incluso hasta los hogares, en donde se obtiene como un gran beneficio la mejor administración del presupuesto, un mayor control en el uso de la energía, etc.

No se debe dejar de señalar que gracias a los sistemas informáticos se puede alcanzar un mejor diseño y construcción de edificios, desarrollo de nuevas ideas publicitarias, localización de personas extraviadas, recuperación de vehículos robados, control del tráfico y contaminación, predicciones meteorológicas, mejor desarrollo de la educación y de la investigación, fotografía y animación por computadora, diversión y entretenimiento.

En general, como se puede apreciar, el uso de las computadoras tiene aplicaciones en casi todos los ámbitos de la sociedad, lo que resalta su creciente importancia en la vida del hombre.

2.2.2. La influencia de la Informática en la Sociedad.

La irrupción de la Informática en la sociedad ha permitido realizar más y mejores actividades, de tal forma, que es casi imposible concebir la globalización en que se vive, sin el uso de las tecnologías de la información.

De hecho, el mundo está inmerso en una revolución tecnológica basada en la Informática, su principal impulso, como se sabe, es el acceso expedito y la capacidad de procesamiento de información sobre prácticamente todos los temas y sectores; diversas culturas y sociedades se han transformado aceleradamente, tanto económica como social y políticamente, con el objetivo fundamental de alcanzar con plenitud sus potencialidades.

La Informática ha producido un importante cambio en la economía ya que a los factores tradicionales de producción para generar riqueza, se suma otro estratégico: el conocimiento. Asimismo la Informática ha impulsado nuevos mecanismos de producción, además de modificar múltiples actividades en las esferas políticas y sociales, así como el uso del tiempo y la forma de vida.

Actualmente se vive en una sociedad que se le conoce como la *Sociedad de la Información*, de la cual la Informática es la infraestructura fundamental, por la magnitud de sus efectos, esta revolución es comparable a dos importantes acontecimientos históricos la difusión del conocimiento que trajo consigo la introducción de la imprenta de tipos móviles y la ampliación de las capacidades motrices del hombre como consecuencia de la Revolución Industrial.

Con la introducción de la imprenta, las ideas pudieron viajar a lo largo y ancho del mundo, al fomentarse la lectura y la escritura y al incrementarse la velocidad de transmisión del conocimiento, se dio lugar a una amplia conversación universal y a la consecuente evolución cultural, social, política y económica.

La Revolución Industrial por su parte, amplió las capacidades productivas de la sociedad, la disponibilidad de satisfactores y sus opciones de empleo y organización; trajo consigo el desplazamiento de individuos del campo a las ciudades y también propició un desarrollo heterogéneo entre las Naciones, o que redefinió la organización del mundo.

Lo mismo que la Revolución Industrial, que fue en múltiples regiones una palanca impulsora del desarrollo económico y social, se dispone ahora de las grandes ventajas que abre la revolución tecnológica, que ha dado origen a la Sociedad de la Información.

En el mundo de hoy, la Informática tiene un carácter estratégico, sus aplicaciones han afectado a todas las actividades humanas, modificando las estructuras de producción y comercialización, la organización de instituciones, la generación de nuevas tecnologías y la difusión de conocimientos, así como la prestación de servicios.

De lo anterior se puede concluir que la Informática ha modificado y modificará aún más la vida cotidiana, la forma de ver el mundo y de relacionarse con él, el cambio ya está dado y es importante orientarlo y aprovecharlo para beneficio del país. Las sociedades que han incorporado a la Informática a su forma de vida cuentan con una ventaja económica y social invaluable en el contexto de la globalización, debido a ello, múltiples Naciones están enfocando sus esfuerzos a diseñar políticas y estrategias en Informática.

México no se ha sustraído de este contexto, los futuros niveles de bienestar y viabilidad competitiva como Nación dependen en gran medida de una estrategia Informática que permita aprovechar el potencial que representa esta tecnología, haciendo de ella un instrumento eficaz que sirva para resolver los problemas de la

Nación y para enfrentar con optimismo renovado, retos que el presente y el futuro muestren.

La Informática en México, en los últimos años se ha incrementado en forma significativa, ante tal perspectiva, el papel del Derecho como resultado de la necesidad de una sociedad en el avance y aparición de las tecnologías de la información es imprescindible, esto es, el Derecho es como un elemento regulador del proceso puesto que el empleo de las nuevas tecnologías pueden suponer apropiación para ciertos individuos y despojo para otros, por lo que resulta inevitable la aplicación del mismo.

El Derecho como se sabe es parte de la sociedad, surge de la misma por ello su fin es la de brindar protección adecuada en el desarrollo del conglomerado humano.

Es conveniente afirmar que la Informática es un fenómeno que afecta en gran medida a la sociedad y es por ello que tal debe ser regulado por el Derecho.

2.2.3. Adopción Universalizada de Sistemas Informáticos y de Comunicación.

El aprovechamiento de las tecnologías de la información en la sociedad, representa la oportunidad de alcanzar mayores niveles de bienestar, en particular la población puede obtener grandes beneficios al contar con mejores servicios.

El aprovechamiento de la Informática en la sociedad está vinculado en gran medida al uso de esta tecnología en los sectores privado y público, así como el desarrollo de la infraestructura Informática que permita a la población acceder a los beneficios de la tecnología.

Como consecuencia de una oferta más abundante derivada de la apertura comercial, y de las mismas necesidades de inversión tecnológica para modernizarse, el sector privado ha aumentado en forma considerable la demanda de bienes y servicios informáticos, en especial está creciendo debido a los requerimientos de los grandes grupos industriales, comerciales y financieros, sin embargo en las pequeñas y medianas empresas la inversión en Informática es mínima.

En el sector público es notable el aumento de inversión en tecnologías de la información, el rezago que existía ha permitido que las inversiones recientes se traduzcan en un parque instalado relativamente más moderno que el de otros países, a pesar de ello, la Informática no se está explotando adecuadamente.

Además no puede dejar de considerarse que existen diferencias relevantes entre las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y el retraso en algunos gobiernos estatales y prácticamente en todos los gobiernos municipales.

En México el uso de la Informática no se ha extendido sustancialmente, a pesar de que existe una percepción generalizada de los beneficios que brinda esta tecnología, a ello se hace referencia puesto que de estadísticas que se han dado a conocer, se tiene que el número de computadoras por habitante está por debajo de los países desarrollados, sin embargo, el número de computadoras en los hogares ha aumentado pero aún es incipiente cuando se le compara con otros países.

En los hogares urbanos con computadora, el uso profesional es el más frecuente seguido del escolar, el recreativo, la administración del hogar y otros usos.

La proporción de personas que saben usar las computadoras corresponde en gran porcentaje solo a la población urbana, de ello se infiere que hay un alto

porcentaje de analfabetismo informático, es decir, existen muchas personas que todavía no saben utilizar la computadora.

En base a lo anterior, prevalece una clara necesidad de realizar una serie de acciones que permitan asimilar y adecuar esta tecnología a las necesidades del país, para así poder mejorar y enriquecer procesos y servicios, elevando la competitividad del país y los niveles de bienestar de la sociedad.

Por ello se debe adoptar la tecnología que vaya de acuerdo con las necesidades y prioridades del país, propiciando condiciones de acceso universales y abiertas tanto a la infraestructura y a la tecnología como a los mecanismos de fomento; se necesita también realizar una continua evaluación que permita prever necesidades y oportunidades y asegurar una acción concertada con la comunidad Informática para la instrumentación de las acciones que realicen.

Si crecen las posibilidades de acceso a la información, la tecnología permite una mayor participación social en las actividades de la vida nacional, el reto consiste en hacer factible el acceso universal a la tecnología, para que toda la sociedad se beneficie de ella.

Todo lo anterior se afirma en base a que la Informática posibilita el uso racional y eficiente de los recursos humanos y materiales de que dispone el país, contribuyendo a la asignación del potencial productivo de México a favor de la inversión y del crecimiento económico, además de que también la Informática tiene importantes contribuciones que hacer al fortalecimiento de la soberanía, a la consolidación de un régimen de convivencia social y a la promoción (como ya se ha dicho en repetidas ocasiones) de un crecimiento económico vigoroso, sostenido y sustentable en beneficio de los mexicanos.

No debe olvidarse, sin embargo, que aprovechar la Informática consiste no sólo en adquirir computadoras de nueva tecnología, sino en lograr su asimilación y su dominio en los procesos productivos, administrativos y de toma de decisiones, además de contar con un marco legal aplicable a tal actividad.

2.3. DERECHO DE LA INFORMÁTICA.

El Derecho de la Informática como instrumento regulador de la Informática en la sociedad, no ha sido estudiado en los mismos términos que la Informática jurídica. Esto ha sido en virtud de que se le ha dado más importancia a los beneficios que ha traído aparejado el uso de las computadoras, que a los perjuicios ocasionados por el manejo de las mismas.

Sin embargo, se considera que el Derecho de la Informática no puede estar aislado del entorno social, ya que surge como una ineludible respuesta al fenómeno informático, de ahí que para muchos autores, el Derecho de la Informática sea un Derecho "...en el que su existencia precede a su esencia" ² tal y como lo afirma Julio Téllez en su obra Derecho Informático.

Muchos tratadistas aún no se ponen de acuerdo al respecto de si la materia aquí tratada debe denominarse Derecho Informático o Derecho de la Informática, pero hoy en día, ambos términos se engloban bajo un mismo elemento integrador conocido como Derecho Informático, lo cual, para cientos de autores constituye un error, ya que el Derecho informático engloba tanto a la Informática Jurídica como al Derecho a la Informática, por lo que éste solamente constituye una rama o vertiente de aquél.

² TÉLLEZ Valdés Julio, Derecho Informático, Editorial McGraw Hill, Segunda Edición, México 1996. p. 58.

En términos generales, al hablar del Derecho a la Informática sugiere referirse a una disciplina nueva, normativa y reguladora de los efectos provocados por el uso ya sea activo o pasivo de una computadora.

Como ya se hizo mención anteriormente, los precursores informáticos nunca se imaginaron el alcance que llegarían a tener las computadoras en la vida del hombre y aún más, nunca vislumbraron que el Derecho llegaría a regular la Informática.

El fenómeno informático provocó diversas inquietudes, motivadas en un principio, por las aplicaciones comerciales de las computadoras. Pero no fue sino hasta finales de los sesenta, en que la gente comienza a sentir las repercusiones negativas implicadas por el uso y aplicación de los sistemas informáticos.

Tales circunstancias, fueron las que obligaron a darle un tratamiento especial al fenómeno informático. Surge entonces, la necesidad de aplicar el Derecho como un elemento disciplinador del proceso que fuese capaz de brindar a los usuarios de las tecnologías de la información, la protección y seguridad jurídica indispensable para el adecuado desarrollo de las mismas.

Es así como aparece una nueva disciplina del Derecho denominada Derecho de la Informática, cuyo objeto esencial es establecer una normatividad jurídica aplicable al fenómeno informático.

Sin embargo, para algunos autores, la existencia de un Derecho de la Informática como regulador de los efectos producidos por el uso y aplicación de la Informática, reviste ciertos aspectos tanto positivos como negativos.

Al respecto, el Doctor Juan José Estavillo señala en su libro *Derecho e Informática en México* los puntos positivos y negativos de tal presunta existencia y en relación a los negativos menciona que:

- El Derecho de la Informática no puede concebirse como un cuerpo normativo con naturaleza propia e independiente; por lo tanto, no es considerado como una rama autónoma de campo jurídico.

- Todo cuerpo normativo debe estar respaldado por normas tanto sustantivas como adjetivas, o bien, por reglas propias reguladoras del ser, hacer o no hacer así como de reglas propias para la solución de controversias. En México, la existencia de legislación que regule la materia Informática es casi nula, por lo que prevalece un vacío en la ley en tal sentido. De ahí que sea prudente resaltar, que las problemáticas que surjan debido al impacto de las tecnologías Informáticas en el Derecho, deben ser resueltas por el aparato jurídico propiamente hablando, y no por las reglas Informáticas. Es decir, el Derecho no debe supeditarse a la Informática, sino es ésta quien debe supeditarse al Derecho, por lo que el Derecho de la Informática como tal, no existe.

- La norma jurídica tiene su origen en el desarrollo y convivencia de los individuos en una sociedad; tales individuos plantean una serie de hechos que el Derecho regula, por lo que el avance normativo depende en sí del individuo y no de los avances tecnológicos. En este sentido, se ve que el hecho es primero que el Derecho; de tal forma, que la sociedad no puede estar supeditada al Derecho, sino el Derecho a la sociedad, y ante esto, el hombre es quien debe dominar a la tecnología y no a la inversa; por lo tanto, el Derecho de la Informática no puede existir como tal, ni puede dársele valores autónomos.

En cuanto a los aspectos o puntos positivos que pueden determinar la existencia del Derecho de la Informática están los siguientes:

- El hecho de que el Derecho de la Informática pertenezca o no estrictamente a un objeto de estudio del Derecho, no lo hace que pierda su propia naturaleza de observación como fenómeno de estudio. No obstante su existencia deriva de una naturaleza distinta a la del Derecho, finamente emana propiamente de él.

- No todo objeto jurídico de estudio guarda normas sustantivas y adjetivas; y suponiendo que ese fuera el caso, el sistema jurídico imperante en el país soluciona el problema bajo uno de los principios generales de Derecho; determinando, que a pesar de la inexistencia de normas jurídicas que complementen el supuesto planteado, el juzgador tiene la obligación de emitir una resolución al respecto, esto es, los propios valores jurídicos y normativos tienen existencia hablando, a pesar de estar ante la inexistencia de la norma adjetiva expresa. Esto quiere decir, que una norma adjetiva, no está supeditada en forma determinante a la norma sustantiva.

- Además, la afirmación de que el hecho va primero que el Derecho no es válida en México, según lo aseverado por Doctor Ríos Estavillo. Aunque es cierto que las normas jurídicas están supeditadas a la convivencia social o de los gobernados, la regla a esta afirmación admite excepciones planteadas por el propio Derecho, por lo que ambos objetos interactúan; ya sea que la sociedad se supedita al Derecho, o el Derecho a la sociedad, ya que lo único que limita al Derecho es en sí, el propio Derecho.

- Es por tales argumentos, que el Derecho a la Informática puede abarcar su propio campo de estudio; por lo que la clasificación tradicional del Derecho Público y el Derecho Privado, no restringe científicamente a esta disciplina, ya que guarda su propio objeto de estudio y por tanto, su propia metodología. En este sentido, la autonomía no implica que se separe de la ciencia a la cual pertenece, sino que aborde los problemas con métodos e instrucciones propias.

2.3.1. Naturaleza Jurídica.

Son diversas las acepciones que algunos abogados y estudiosos del Derecho y del fenómeno informático, le han atribuido al Derecho de la Informática.

Para Carrascosa López, el Derecho de la Informática es “el conjunto de normas que regulan las acciones, procesos, productos y relaciones jurídicas surgidas en torno a la Informática y sus aplicaciones”³.

Fix Fierro, no da un concepto preciso de lo que es el Derecho de la Informática, sin embargo, considera que “la Informática como objeto de regulación jurídica ha dado origen al llamado Derecho de la Informática”⁴.

Por otro lado, Julio Téllez asevera que el “Derecho de la Informática es el conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la Informática”⁵.

Finalmente, el Doctor Juan José Ríos Estavillo conceptualiza el Derecho de la Informática como “El conjunto de normas jurídicas que regulan la creación, desarrollo, uso, aplicación de la Informática o los problemas que se deriven de la misma en las que exista algún bien que es y deba ser tutelado jurídicamente por las propias normas”⁶.

³ RÍOS Estavillo Juan José, Derecho e Informática en México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas. Núm. 83, México. D.F., 1997, p. 73.

⁴ FIX Fierro Héctor, Informática y Documentación Jurídica, UNAM, México, D.F. 1990, p. 53.

⁵ TÉLLEZ Valdés Julio, Derecho Informático, editorial McGraw Hill, segunda edición, México, 1996, p. 58.

⁶ RÍOS Estavillo Juan José, Derecho e Informática en México, UNAM, (Instituto de Investigaciones Jurídicas), Número 83, México D.F., 1997, p. 73.

En tal sentido se afirma, que el Derecho de la Informática es el conjunto de normas jurídicas que regulan los efectos producidos por el uso y aplicación de la Informática en la sociedad.

Como toda rama autónoma, el Derecho de la Informática, tiene sus propias fuentes de creación, de las cuales emanan propiamente ese conjunto de conocimientos; sus fuentes son principalmente la legislación, que como se ha mencionado en muchos países, incluyendo México, es relativamente incipiente al respecto.

Sin embargo, existen disposiciones aplicables a otras áreas del Derecho, que guardan cierta relación con respecto al fenómeno informático, tales como en materia Constitucional, Civil, Penal, Laboral, Fiscal, Administrativa, Procesal, Internacional, etc.

También existen algunos pronunciamientos en cuanto a Jurisprudencia, Doctrina y literatura en algunos países que ya han hecho referencia sobre el particular; incluso en algunas revistas y obras especializadas, han aparecido teorías y artículos respecto a los problemas suscitados por la Informática.

Es conveniente citar, que existe mucha información respecto al tema vía Internet; sin embargo, como fenómeno derivado del uso y aplicación de las tecnologías de la información, el Internet todavía no ha sido asumido en su totalidad, como un medio confiable de información.

Con respecto al fenómeno Internet se debe hacer mención que él es un medio de comunicación informático constituido por una red gigante que interconecta a su vez, una enorme cantidad de redes locales de computadoras a los sistemas informáticos de múltiples organizaciones en el mundo. Hay varias formas para

interconectar esas redes, ya sea, a través de líneas telefónicas regulares, de líneas de alta velocidad, de fibra óptica, satélites y microondas.

Se calcula que el Internet enlaza hoy en día a sesenta millones de computadoras personales, lo que demuestra el crecimiento extraordinario que dicho fenómeno ha alcanzado en pocos años.

El Internet también es considerado como “un sistema internacional de intercambio de información que une a personas, instituciones, compañías y gobiernos alrededor del mundo, de manera casi instantánea, a través del cual es posible comunicarse con un solo individuo, con un grupo amplio de personas interesadas en un tema específico o con el mundo en general”⁷.

Los servicios más populares que ofrece el Internet en la actualidad son: correo electrónico, transferencia de archivos, acceso remoto a recursos de cómputo por interconexión, Word wide web, grupos de discusión, comunicación en tiempo real (Chat en general).

El Internet, o también conocido como *red de redes*, es un enorme generador de relaciones entre personas y es visto, como una herramienta indispensable para la globalización.

A pesar de lo anterior, es un fenómeno carente de regulación jurídica, y los efectos de su aplicación ya se han dejado sentir ocasionando múltiples problemas que en muchos casos aún no encuentran una solución favorable al respecto.

En México, se vive una etapa caracterizada por la *autorregulación* del Internet, situación que ha generado incertidumbre para los usuarios de dicho medio,

⁷ BARRIOS Garrido Graciela; Muñoz de Alba M. Marcia, Pérez Bustillo Camilo. Internet y Derecho en México. Editorial McGraw Hill, México D.F. 1998, pp. 5-6.

toda vez que al haber ausencia de normatividad aplicable al fenómeno, quedan desprotegidos los Derechos y garantías individuales de las personas que acceden a dicho medio de información masiva.

2.3.2. Formación de Recursos Humanos y Cultura Informática.

Para que exista un adecuado desarrollo de la Informática, es menester realizar una planificación a través de normas y objetivos que permitan orientarla y aprovecharla para beneficio del país.

Esta planeación específica en torno a la Informática debe tener como objetivos principales el adecuado desarrollo de la industria de construcción de equipos de cómputo y materiales de programación, difusión y aplicación del fenómeno informático, contratación gubernamental de bienes y servicios informáticos, elaboración de normas estándares aplicables a la materia Informática, etc.

En México, el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, aprobó mediante Decreto Presidencial, el *Programa Especial de Mediano Plazo denominado de Desarrollo Informático*; encaminado a aprovechar los beneficios de la Informática, alcanzar un pleno desarrollo democrático, impulsar el bienestar social y promover el desarrollo económico del país.

El Poder Ejecutivo Federal en el Programa de Desarrollo Informático previó que para consolidar un verdadero aprovechamiento de la Informática en todos los sectores era indispensable la formación de recursos humanos de alto nivel que tuviera conocimientos de Derecho de la Informática, así como también la necesidad de consolidación de disposiciones jurídicas que normaran la materia y que aseguraran condiciones adecuadas para favorecer un aprovechamiento de la Informática y un viable desarrollo de infraestructura de la materia.

La Legislación Informática es “un conjunto de reglas jurídicas de carácter preventivo y correctivo derivadas del uso (fundamentalmente inadecuado) de la Informática”⁸.

En la actualidad son muy pocos los países que cuentan con una legislación aplicable a la Informática. En Europa, países como Francia, España e Inglaterra, han comenzado a integrar una normatividad aplicable a la Informática dentro de sus sistemas legales.

Lo mismo sucede en algunos países de América como Estados Unidos, Canadá y Argentina, en donde ya se han asentado precedentes sobre la regulación jurídica de la Informática.

En México, la normatividad legal aplicable a las tecnologías de la información, es casi nula, a pesar del crecimiento en el uso de las computadoras y de Internet. Este problema ha alcanzado a la mayoría de la población mexicana incluyendo a los miembros de los Poderes Legislativo y Judicial del país, ya que es muy difícil prever el pronunciamiento de los Tribunales federales o de la Suprema Corte de Justicia, en caso cuya resolución se fundamente esencialmente en un problema derivado del uso y aplicación de los sistemas informáticos; lo mismo para el caso de vislumbrar la existencia de un cuerpo legislativo aplicable a la Informática, toda vez que muchos congresistas, jueces y magistrados están ajenos a la problemática actual que el fenómeno informático presenta.

En 1984, la Gran Comisión del Senado de la República encomendó a su Comisión Especial de Informática, identificar las necesidades de legislación en esta materia, y en su caso proponer un proyecto para el establecimiento de un marco normativo.

⁸ TÉLLEZ Valdés Julio, Derecho Informático, editorial McGraw Hill, segunda edición, México 1996, p. 59.

En 1985, se creó el Centro de Informática Legislativa del Senado (CILSEN) como órgano dependiente del Senado de la República y cuya encomienda principal se basó en la elaboración de un documento intitulado *Marco Normativo de la Informática en México*, el cual a grandes rasgos, presentaba un aspecto general del Estado de la normatividad existente en torno a la Informática en México, un proyecto de exposición de motivos sobre la necesidad de establecer un marco normativo en materia de Informática, y un proyecto por el que se adicionaba la palabra Informática a la fracción X del artículo 73° Constitucional.

De dicho proyecto se realizó un análisis sustentado principalmente en dos áreas de estudio: en la primera se estudió el rubro relativo a la *Legislación relacionada con la Informática*, la cual comprende todas aquellas leyes, reglamentos, acuerdos, tratados internacionales, entre otros que son aplicables a las tecnologías de la información ; en la segunda se estudió primordialmente lo relativo a la *Legislación específica sobre Informática*, integrada por normas que hacen referencia expresamente a dicho término.

Algunas de las conclusiones sustanciales que se obtuvieron del estudio realizado, fueron que:

- No existe a nivel constitucional disposición específica en torno a la materia Informática. Solo algunas disposiciones constitucionales son aplicables en ciertos casos a dicha tecnología.
- Además, la Constitución no otorga facultad al Congreso de la Unión para legislar en materia de Informática. Ninguna de las facultades explícitas preceptuadas en el artículo 73° Constitucional, son aplicables como fundamento para legislar en torno a la materia.
- Por otra parte, algunos cuerpos legislativos plantean numerosos problemas y situaciones en los que la Informática está presente.

- Ante la ausencia de un marco jurídico aplicable a la Informática, se ha tenido que recurrir a la creación de reglamentos, con el fin de dar solución a situaciones concretas que ya se han presentado, derivadas del uso y aplicación de la Informática en la sociedad.
- Las entidades federativas por su parte, también han expedido en forma reglamentaria, algunas normas con el fin de regular algunos aspectos motivados por la aplicación de la Informática.

De lo anterior se desprende que, en México existe un gran vacío legislativo en torno a la materia Informática, por lo que se tiene la imperiosa necesidad de legislar al respecto, tanto a nivel constitucional, como a nivel de legislación ordinaria, fundamentalmente en aspectos como: garantías individuales, sociales, políticas; seguridad nacional, soberanía nacional, flujo de datos transfronterizos, contratos informáticos, regulación de bienes informacionales, protección de programas computacionales, promoción de desarrollo científico, promoción de la enseñanza de la Informática a niveles de educación básica y formación de profesionistas e investigadores, valor probatorio de los soportes modernos de información y en materia penal, los delitos informáticos, que es la problemática que se aborda en el cuerpo del presente trabajo de investigación en donde el objetivo principal es mostrar la necesidad de ampliar el marco legal penal aplicable a la Informática.

2.4. RELACIÓN DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO A LA INFORMÁTICA.

Clara es la relación estrecha que guardan el Derecho Penal y el Derecho a la Informática ya que así como las computadoras se presentan como una herramienta muy favorable para la sociedad, también pueden ser un instrumento u objeto en la comisión de verdaderos ilícitos.

Este tipo de actitudes concebidas por el hombre y no por la máquina como algunos pudieran suponer encuentran sus orígenes desde el mismo surgimiento de

la tecnología Informática, ya que es lógico pensar que de no existir las computadoras, estas acciones (delictivas) no existirían.

Por otra parte la misma facilitación de las labores que traen consigo dichos aparatos propicia que, en un momento dado, el usuario se encuentre ante una situación de ocio, la cual canaliza a través de las computadoras, cometiendo, sin darse cuenta, una serie de ilícitos.

Por último por la misma naturaleza egoísta del humano se establece una especie de *competencia* entre el hombre y la máquina, lo cual en última instancia provoca el surgimiento de ilícitos en su mayoría no intencionados, por esa idea del hombre de demostrar su superioridad frente a las máquinas y en este caso específico frente a las computadoras.

De esta forma se puede decir que estas acciones, más que resultado de una situación socioeconómica, se derivan de una actitud antropológica y psíquica, aunque en el terreno de los hechos son una realidad sociológica bien determinada y que requiere, por ende, de un tratamiento jurídico específico.

Es precisamente por ello que el Derecho Penal debe vincularse con el Derecho a la Informática, ya que figuras como el robo, fraude, abuso de confianza o los llamados secretos comerciales (figura americana) y secretos de fabricación (figura europea) se presentan como medios que pueden ser considerados para la solución de problemas que se presentan, sin embargo, dichas instancias parecen no estar integradas por elementos tales que permitan atribuir una cabal asimilación.

Así por ejemplo, el robo, requiere del apoderamiento físico de una cosa mueble, la cual, en los términos de la información como un *algo* indiscutiblemente intangible o inmaterial, no configura de manera convincente en el supuesto.

Por otra parte, en el abuso de confianza se requiere de la disposición de una cosa ajena mueble, lo cual representa problemas a nivel de la carga de la prueba. Así mismo en el fraude, en donde se requiere un engaño aprovechamiento de un error que permita hacerse de manera ilícita de alguna cosa, no especificándose de que tipo, o bien alcanzar un lucro indebido, lo cual si bien pudiera ser aplicable a final de cuentas, por su misma abstracción frente al problema, ofrece serios inconvenientes en la práctica.

El hecho de utilización de tipos penales generales por vía de extensión a los tipos de acciones que se dan en la Informática provoca enormes errores de apreciación y por ende de punitividad, al no ser adecuadamente encuadradas bajo las consideraciones que se encuentran prescritas.

Lo anterior, fundamenta aún más la relación que guardan el Derecho Penal y el Derecho a la Informática porque entre uno y otro existe auxilio en la guarda de intereses comunes e individuales.

CAPÍTULO III

EL DERECHO PENAL Y SU PRESENCIA EN EL ÁMBITO INFORMÁTICO.

3.1 EL DERECHO PENAL Y LAS CIENCIAS PENALES.

La exigencia de una reglamentación imperativa o coercitiva de las relaciones humanas aparece en el momento en que surgen los grupos, las familias, los clanes, las tribus, etc. Así, el Derecho es producto de la organización social, consustancial al hombre en cuanto éste no puede prescindir de su relación con los demás cuando ha alcanzado cierto grado de evolución.

El Derecho, siguiendo al maestro Legaz Lacambra, “es una forma necesaria del vivir social, lo mismo que el vivir social es una forma inherente a la existencia humana; donde hay hombre hay sociedad y donde existe ésta, debe haber un Derecho”⁹.

⁹ TÉLLEZ Valdés Julio, Derecho Informático, Edit. McGraw Hill, segunda edición, México, 1996, p. 19.

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público integrada por el conjunto de normas que regulan los delitos, las penas y las medidas de seguridad, de esto, se desprende que son tres las materias constitutivas del Derecho Penal: a) las normas jurídico-penales; b) los delitos; y c) las penas y las medidas de seguridad.

La finalidad del Derecho Penal es la regulación de las conductas humanas para lograr la paz, la seguridad y la tranquilidad públicas, y con ello evitar la afectación de bienes jurídicos que en un lugar y tiempo determinado se consideran valiosos para la sociedad, por lo que es necesaria su protección de manera especial, sancionando de forma ejemplar a los infractores.

Todos los intereses que el Derecho trata de proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en el orden social, para lograr esto, el Estado, está facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Por lo anterior se le ha considerado al Derecho Penal como la rama más importante entre todas las de la Ciencia de las Leyes, ya sea por sus relaciones morales, o bien por las políticas: “todo progreso de la Ciencia Penal es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral”¹⁰.

Por su naturaleza, la Ciencia del Derecho Penal es esencialmente normativa; su objeto lo constituye, de modo esencial, el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional, esto quiere decir que en tanto que el Derecho Penal procede mediante el análisis de categorías jurídicas concretas, en relación

¹⁰ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima octava edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 13.

con los conceptos de delito, delincuente y pena, según la legislación, la Ciencia del Derecho Penal procede sistematizando dichos conceptos para lograr una noción universal y abstracta del delito y, mediante el método científico, o sea el jurídico, abarca el delito como fenómeno humano, social y jurídico, al delincuente como un ser corpóreo y no un ente conceptual, y a la pena como una consecuencia política y social del delito, aplicada según los fines que con ella se persiguen.

Liszt descubre en esta ciencia dos atributos: “es práctica porque trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia creando siempre nuevos frutos; y es sistemática porque sólo así garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho no pasaría de ser un eterno diletantismo”¹¹.

Al lado de ella existen otras ciencias diversas en sus objetos y métodos; se trata de disciplinas causales explicativas conocidas con el nombre genérico de Ciencias Penales; no intentan guiar la conducta humana, sino explicar causas, estudiar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción.

Hasta hoy, no existe unidad de criterio entre los estudiosos penalistas respecto a las ciencias propiamente penales, en general, se les incluye en una disciplina más amplia a la que se le ha denominado Criminología, que se ocupa, al decir de Constancio Bernaldo Quirós, “del estudio del delito considerado como fenómeno biológico y social, como algo vivo, caliente, palpitante, sangrante, a la manera de la Historia Natural en toda su amplitud minuciosa”¹².

¹¹ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima octava edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 24.

¹² CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1995, p. 25.

Por su parte Saldaña define a la Criminología así: “es la ciencia del crimen como fenómeno empírico, psicológico, desprovisto de todo prejuicio religioso, de todo convencionalismo ético y libre de ficciones jurídicas”¹³.

Nicéforo, señala una dirección más amplia y dice que la Criminología es el estudio del hombre delincuente, del delito y de los medios de represión y de prevención adecuados; por lo que comprende el delito en sus nociones jurídica, filosófica, etnográfica, histórica y cuantitativa; el delincuente en sus fases externa e interna, etnográfica, ambiental, más su clasificación y responsabilidad; la pena como reacción contra el delito; por último, el problema de la prevención “¹⁴.

De lo anterior se pueden agrupar los objetos materiales que estudia la Criminología y se distribuyen de acuerdo a su contenido en diversas ramas de la propia ciencia, teniendo en consecuencia a:

- La Criminología que comprende la Antropología Criminal y la Mesología Criminal, al hombre y al medio.
- La Criminografía que hace la clasificación de los delincuentes, según su Estado peligroso.
- La Criminometría que estudia al fenómeno delito en su contenido y por último,
- La Criminotecnia que aplica a la Criminología a la vida social en general.

Esta orientación da lugar a concebir a una Criminología dinámica, dado su apoyo en el Derecho Penal que es al final de cuentas, el que al valorar jurídicamente

¹³ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1997, p. 25

¹⁴ Ídem

la conducta le crea al delincuente, por ello, la Criminología representa pues, muchas Ciencias Penales, entre las cuales se pueden destacar a la Antropología, la Sociología, la Endocrinología, la Psicología la Estadística Criminal, y la Penología y más aún, también se pueden enumerar a disciplinas conocidas bajo el nombre de Ciencias Auxiliares del Derecho Penal como son la Medicina Legal, la Política Criminal y la Criminalística.

Con efectos de familiarizarse con las anteriores ciencias y disciplinas enumeradas se detalla a continuación cada una de ellas, ya que dentro de la investigación científica cada día es mayor la exigencia de la especialización en el Derecho Penal además también con la intención de proponer un marco jurídico penal adecuado a la Informática se hace necesaria la especificación de ciertas circunstancias para apoyar la afirmación que se desarrolla en la presente investigación.

Por lo que respecta a la **Antropología Criminal**, se debe entender que se ocupa de estudiar al hombre delincuente, esto es, investiga las causas biológicas del delito y por ello en muchas ocasiones se le ha llamado también Biología Criminal.

Josué Y Muyard de Vouglans, en Francia, hicieron hincapié en la mala fisonomía del acusado como prueba en su contra. La Demonología, buscó conocer la influencia de los espíritus malignos en los criminales, y Morel se refirió a las degeneraciones, en tanto que Despine a la insensibilidad del sentido moral.

Pero la Antropología Criminal como ciencia, nació propiamente con César Lombroso, incansable removedor de los escrúpulos y prejuicios de pura cepa tradicional que privaban en su época. Médico, pasó de los estudios sobre pelagra entre los presidiarios a la etiología del delito, tratando de precisar sus causas antropofisiológicas, si bien, exagerando la importancia de sus hallazgos, llegó a las causas astronómicas del delito.

Analizando médicamente a los delincuentes, relacionando sus anormalidades somáticas y psíquicas, generalizando sobre sus índices cefálicos en relación con las especies delictuosas, concluyó que el delito tiene un origen atávico y patológico. Escribió y publicó en 1876 el libro titulado *El Hombre Delincuente* en donde se destaca su doctrina la cual puede resumirse en tres puntos fundamentales explicativos de la delincuencia a saber: el atavismo, la locura moral y la epilepsia. Por lo que los delincuentes natos representan el tipo criminal.

Las conclusiones de esta primera fase de la Antropología Criminal fueron combatidas y cayeron en desuso, por ser objeto de incontables rectificaciones que vinieron a demostrar la naturaleza heterogénea del delito, con exclusión de un solo elemento causal, pues surge como resultante de múltiples factores.

Otros autores siguieron los estudios de la Antropología Criminal, entre ellos se puede nombrar a Liszt, Ferri, Garófalo y Fioretti entre otros, lo cual dio lugar a la fase netamente biológica de ésta ciencia, superándose en una segunda fase que se puede denominar la bio-sociológica o, según denominación de Saldaña, biotipológica, la cual pasa, de la definición del tipo al del biotipo, doble síntesis de tipicidad: fisiológica y ontológica, así la Antropología, como la patología mira al género, a la enfermedad ; la biotipología, como la clínica, mira a lo concreto, al enfermo.

Hoy, las clasificaciones de los delincuentes revelan las nuevas orientaciones de la última fase biotipológica que con mayor precisión y síntesis, Vervaeck y Veiga de Carballo agrupan de la siguiente manera:

- “1.- meso-criminal (delincuentes de causa social)
- 2.- biocriminal (delincuentes por causas psíquicas)
- 3.- meso-bio-criminal (delincuentes por causas a la vez sociales y psíquicas, sin predominio de ninguna de ellas)

4.- meso-criminal preponderante (cuando predominan en el delincuente los factores sociales)

5.- biocriminal preponderante (cuando predominan los factores biológicos o psíquicos)¹⁵.

Sin duda, cabe reconocer que la Antropología Criminal tiene el mérito de haber centrado la atención en el delincuente y tal conquista ha sido de mucha utilidad y seguirá siéndolo; también debe dársele un reconocimiento al investigador y sabio positivista César Lombroso, pues gracias a sus estudios se sistematizó el conocimiento del factor personal en la producción del delito.

Por lo que toca a la **Sociología Criminal**, ésta estudia la delincuencia desde el punto de vista social, pretende hallar sus causas, más que en el factor personal, en el medio ambiente, Enrique Ferri, dio gran impulso a esta ciencia y por ello se le considera el padre de la misma.

La Sociología Criminal estudia, en su rama biosociológica, los caracteres individuales del delincuente con el fin de determinar las causas de su delito y su grado de temibilidad social; en su rama jurídica estudia la legislación preventiva y represiva de la delincuencia por ello según su creador, es la ciencia compleja de los delitos y de las penas.

El campo de aplicación de la Sociología Criminal, ciencia general sobre la criminalidad, comprende por medio de la Antropología Criminal, las causas individuales del delito y con el auxilio de la Estadística Criminal, las del ambiente (físico y social).

¹⁵ CARRANCÁ Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1997, p. 42.

Con los datos que puede recabar la Sociología Criminal a través de su objeto de estudio, establece de modo preciso los caracteres, sobre todo psíquicos (en relación con la génesis individual y de ambiente de las tendencias y acciones delictivas) de las distintas categorías de delincuentes, indicando los remedios preventivos y represivos que legislativamente deben organizarse para la defensa social contra los delincuentes.

Por otra parte, estudia también el ordenamiento jurídico de la prevención directa (policía de seguridad) para realizar dicha defensa social y sobre todo, el ordenamiento jurídico represivo, delito, pena, juicio, ejecución, como conjunto de normas legales y de sus aplicaciones interpretativas.

Es así como se ve que la Sociología Criminal comprende el conjunto de todas las disciplinas criminológicas inclusive el Derecho Penal, que siempre tendrá razón de ser. No obstante Manzini sostiene que considera la misma materia que el Derecho Penal, sólo que ambas ciencias desde puntos de vista diferentes, así como que la Sociología Criminal es una ciencia descriptiva que realiza la historia natural de la delincuencia.

En cuanto a la **Endocrinología Criminal**, propiamente aparece como ciencia en el siglo XX debido a los estudios de Nicolás Pende y de su discípulo Giuseppe Vidoni. Tal disciplina intenta descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna; trata de demostrar la decisiva influencia de las hormonas en la etiología y aparición del delito ya que el desequilibrio de las secreciones glandulares engendra trastornos en la conducta humana, que a su vez, motivan al delito.

Nicolás Pende, compara a las glándulas endocrinas con el registro de un reloj y dice: “son el registro del reloj de la vida, de la distinta fórmula endocrina individual

depende, en último término, la personalidad psíquica del sujeto”¹⁶. Analizando endocrinológicamente los varios tipos de delincuentes, les encuentra anomalías morfológicas como las que aparecen en los tipos endocrinopáticos: hipertiroidismo, hiperpítuitarismo, alteraciones endocrinas genitales, etc., ciertos estigmas somáticos y psíquicos tienen en ello su causa.

Del estudio de 400 delincuentes y prostitutas, Vidoni, discípulo de Pende, concluye que: “el tipo hipovegetativo predomina en los autores de hurtos y delitos no violentos, el hípervegatíivo en los homicidas y autores de robos violentos; la alteración en los caracteres sexuales en los ladrones, falsarios y estafadores”¹⁷.

Jiménez de Asúa, analiza diversos casos aplicando sus conocimientos de Endocrinología Criminal y manifiesta que sería un pensamiento demasiado ingenuo el creer que todos los delincuentes se pudieran corregir mediante tratamientos endocrinos y señala como recomendación, cautela, pues la delincuencia tiene múltiples aspectos para asignarle un solo origen, por su parte Mariano Ruiz Funes, en su obra denominada Endocrinología y Criminalidad, llega a análogas conclusiones.

Por otra parte la **Psicología Criminal**, estudia concretamente los caracteres psicológicos del delincuente para fijar las causas de su actividad criminal. Adquiere una importancia extraordinaria con los estudios del psiquiatra vienés Sigmund Freud y de su discípulo Alfredo Adler, siendo para el primero, el delito el resultado del *ello*, es decir, del instinto, que triunfa sobre el *súper yo*, o sea la conciencia moral.

Para Freud no sólo el delito, sino todos los fenómenos humanos, tienen una fuente de producción de tipo sexual, siendo por esta afirmación la doctrina freudiana

¹⁶ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997 p. 44.

¹⁷ Ídem.

eminentemente pansexualista. Afirma que los sueños, los delirios, los actos fallidos, los chistes, las distracciones y equivocaciones en la vida cotidiana, todo ello es instrumento del psicoanálisis.

Según éstos estudios, el delito es producto de la inadaptación social a causa de los complejos como por ejemplo, los de Edipo, Electra, Cain, Diana y Clitemnestra, de castración, de auto castigo, etc., y de sus efectos sobre *el yo, el súper yo y el ello*. El *súper yo*, es la parte socialmente adaptada de la personalidad anímica, su fracaso es el delito; el yo es lo natural y el ello lo ancestral.

Alexander y Staub escriben que: “Cierta número de sucesos psíquicos proporcionan a las tendencias asociales una satisfacción alucinatoria fantástica, demuestran la continua tensión que dichas tendencias ejercen sobre el yo, incluso en el hombre normal y adaptado por completo a las exigencias sociales”¹⁸.

Estos sucesos psíquicos presentan la mayor parte de las veces una base socialmente inocente, ya que no se trata de actuaciones reales y tienen solo una actuación subjetiva. Sólo las actuaciones equívocas, las pequeñas ligerezas y aparentes casualidades de la vida diaria, que cualquier hombre comete, significan el tránsito a la acción efectiva y cuando ello tiene consecuencias criminales se les denomina delitos por negligencia o culposos.

Adier en su libro Teoría de la Psicología Individual expresa que lo definitivo, el impulso motor en la vida es el sentimiento de la propia personalidad. Consiguientemente dice Bernaldo Quiróz, en esta nueva concepción que “el delito es un resultante del complejo de inferioridad, adquirido en virtud de disminuciones de los valores personales, orgánicos y sociales, que trata de superar la tendencia

¹⁸ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 45.

del hombre al poder, en virtud de supracomposiciones adecuadas, no sin el cortejo de conflictos internos y externos consiguientes”¹⁹.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que como dice Mezger, “el delito no es tan sólo expresión de una debilidad, de un sentimiento de inferioridad, sino que en su mayor proporción y en numerosos casos representa una lucha abierta y sin consideración contra los intereses legítimos del prójimo ... el Derecho Penal es el Derecho de lucha, que tiene que vencer en el combate contra estas tendencias, por ocultas que estén las raíces psicológicas de su existencia, la actividad juzgadora del Derecho Penal es siempre, al mismo tiempo, en su aspecto más profundo y en sus últimos fundamentos, actividad directiva, en el sentido de la evolución cultural de la Humanidad”²⁰.

La Estadística Criminal es un instrumento útil para la determinación de las causas generales de la delincuencia, permite deducir conclusiones de la representación numérica de los hechos y sentar generalizaciones aproximadas, requiriendo de personal especializado y datos veraces.

Cuello Calón dice que la Estadística Criminal “da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, determinados fenómenos físicos y sociales, y la Criminalidad, pone de relieve sus causas, muestra su aumento o disminución y sus formas de aparición”²¹.

Mediante ella, es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región dada y en un cierto momento histórico, pero sus conclusiones, a pesar de su utilidad indiscutible, deben de ser tomadas en cuenta con restricciones,

¹⁹ CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, SA. México 1995, p. 27.

²⁰ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 45.

²¹ CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, SA. México 1995, p. 29.

porque el delito, por su carácter complejo, no puede ser manejado exclusivamente con base en datos estadísticos.

La Penología, última enunciada de las Ciencias Penales, se define en el Diccionario de Derecho como “rama de la ciencia penal que tiene como objeto el estudio de las penas, de las medidas de seguridad, y de los sistemas penitenciarios”²².

La Penología o tratado de las penas estudia éstas en sí, sus objetos y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos y sustantivos. Lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad y por ello abarca un campo más extenso que la ciencia Penitenciaria.

Cuello Calón, cuando habla de la Penología dice que “ ... algunos autores, sobre todo los norteamericanos, la entienden como parte de la criminología y no como una ciencia autónoma, que difiere de la citada criminología en que ésta es una ciencia pura y la penología es una ciencia aplicada ”²³.

Para demostrar la anterior concepción cita a Taft, quien define a la Penología como una ciencia dedicada a “la aplicación de los conocimientos sobre la etiología del delito al tratamiento de los criminales o a la prevención del delito”²⁴. Sin embargo Cuello Calón considera que la Penología es una disciplina autónoma dedicada al estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), sus métodos de aplicación y de la actuación pos penitenciaria.

²² DE PINA Vara Rafael, Diccionario de Derecho, décima octava edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1992, p.401.

²³ MENDOZA Bremauntz Emma, Derecho Penitenciario, Editorial McGraw Hill, México 1999, p. 8.

²⁴ Ídem

Este autor comprende en su estudio, no sólo las medidas privativas de libertad, sino todas las penas, la de muerte, las corporales, las restrictivas de libertad, las pecuniarias y todo género de sanción, pena o medida sea con sentido retributivo o con finalidad reformadora o defensiva, así como los métodos de su ejecución.

Siguiendo con el tema toca mencionar a las ya enunciadas Ciencias Auxiliares del Derecho Penal, las cuales como ya se dijo son: la Medicina Legal, la Política Criminal y la Criminalística.

Por lo que respecta a la Medicina Legal, es la aplicación especial a la materia jurídico-penal de los aportes de la medicina; es indispensable para la determinación del alcance de los textos legales que contienen referencias médicas (lesiones, homicidios, atentados al pudor, desfloraciones, violaciones, asfixiología, psiquiatría, Estados de inconsciencia, etc.), y sobre todo para el momento de su adaptación al delincuente, estableciendo sus condiciones somático-funcionales en relación con dichos textos.

La referida ciencia auxiliar tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y las técnicas médico-quirúrgicas, por ello, en la investigación de infinidad de delitos y en el tratamiento de los delincuentes, se requiere del auxilio de médicos forenses, sobre todo cuando se trata de los delitos de sangre y sexuales.

El médico legista no sólo examina a los sujetos activos, sino también a las víctimas y procura establecer, dentro de las posibilidades de la ciencia, el nexo causal entre el autor y el resultado, ayudando con ello, a hacer realidad la aplicación del Derecho Penal.

Las otras Ciencias Auxiliares del Derecho Penal, esto es, la Política Criminal y la Criminalística, resumen experiencias y conocimientos, con arquitectura científica, para formar y establecer las funciones de los auxiliares de la Justicia Penal.

La Política Criminal se ha definido como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito, concluyendo por tanto, que esta disciplina en realidad no es sino el aprovechamiento práctico, por parte del Gobierno, de los conocimientos adquiridos por las Ciencias Penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

Por su parte la Criminalística, la define Cuello Calón como aquella que “esta constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del *modus operandí* del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas, tratándose por ello, de diversas ciencias y artes para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes”²⁵.

No debe existir confusión después de la definición que se da en el párrafo anterior con respecto a la Criminología y a la Criminalística debido a que ambas agrupan a varias ciencias y artes, puesto que la Criminología como quedó asentado es la ciencia cuyo objeto es el estudio del delincuente, del delito, de sus causas y de su represión, tomando en cuenta los datos proporcionados por la antropología, la psicología y la sociología criminales. Es la ciencia complementaria del Derecho Penal que tiene por objeto la explicación de la criminalidad y de la conducta delictiva, a fin de lograr, un mejor entendimiento de la personalidad del delincuente, una adecuada aplicación de sanciones y una mejor realización de la política criminal.

²⁵ CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1995, p. 29

En tanto que la Criminalística, es una disciplina auxiliar del Derecho Penal destinada a la formación técnica de los encargados de la investigación científica de los delitos, es una disciplina compleja que se integra con elementos de la física, de la química, de la medicina, de la fotografía, de la dactiloscopia, etc. sin que ello sea un obstáculo para que sea considerada un auxiliar del Derecho Penal.

3.1.1. Necesidad y Denominación del Derecho Penal.

Desde las primeras asociaciones humanas se encuentran ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirían en extra y antijurídicos, los cuales eran una muestra de deslealtad para la asociación humana apenas naciente, como hoy lo son para la sociedad humana, pero que sin embargo son tan humanos, como lo humano mismo.

Se dice que la humanidad nació con vocación innata para el crimen, al parecer, la historia del crimen es la historia de la civilización y del hombre mismo, pero a pesar de lo anterior, también el hombre tiene afortunadamente sentimientos de solidaridad, los cuales combaten a toda costa esos sentimientos e instintos negativos del mismo.

La Sociedad en su lucha incesante contra el crimen, por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados dando origen al Derecho Penal, el cual es tan viejo como la humanidad, y si bien no puede decirse que fue el primero de todos en el orden cronológico, tuvo en sus orígenes un desarrollo muy superior al de las otras ramas del Derecho, lo que se comprende con sólo considerar la eficacia del medio coactivo que siempre representa la pena para los hombres.

“Se ha definido al Derecho Penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente

(Cuello Calón); o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito (Pessina); o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (Liszt); o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica (Mezger); o como el conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo (Renazzi, Canónico, Holtzendorff); o como el conjunto de aquellas condiciones libres para que el Derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos a donde la violación llegó (Silvela)”²⁶.

Sociológicamente Manzini, considera que el Derecho Penal “representa aquel conjunto de reglas de conducta sancionadas con el medio específico de la pena, que son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una eficaz tutela, así como de asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerado como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico”²⁷.

Las anteriores consideraciones sobre el Derecho Penal, muestran tres puntos de coincidencia; las que son el delito, la pena y la relación jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia la una al otro.

En resumen, el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

²⁶ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 16.

²⁷ TÉLLEZ Valdés Julio, Op. Cit. Nota No.5 p. 17.

El Derecho Penal es una disciplina jurídica y social, que mira las violaciones de la ley, a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad, y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana.

En muchos países se emplea la denominación de Derecho Criminal, en otros, como en México, es usual la de Derecho Penal, ello en base a si se toma la pena o al delito como base de la definición; además, la expresión Derecho Criminal no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino porque en las disposiciones penales mexicanas solo se alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos lo que en otros países se denominan crímenes.

La connotación de Derecho de Defensa Social, la cual también es utilizada, es equívoca, ya que todo el Derecho, y no sólo el Penal se dicta para la defensa de la sociedad, por consiguiente el nombre de Derecho Penal utilizado para denominar a este conjunto de normas es correcto.

La expresión de Derecho Penal según dice Maggiore se aplica para designar al conjunto de normas penales, y una definición del mismo es la que señala que se trata de una "... rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social"²⁸.

Haciendo una explicación de la anterior definición para ubicar al Derecho Penal dentro de una clasificación general del Derecho y del Sistema Jurídico Mexicano se puede decir que por Derecho Público, debe entenderse al conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho Privado, regulador de situaciones entre particulares.

²⁸ Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, editorial Porrúa, 5. A. México 1995, p. 46

Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto que solo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, más tal criterio no es del todo correcto, pues todo Derecho, inclusive el privado, lo dicta y aplica el Estado.

Hay necesidad, en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica, si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho Público; en cambio, si la disposición sólo rige relaciones entre particulares, formará parte del Derecho Privado. Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho Público, no por emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido, ya que el Estado tiene la obligación de defender a los gobernados que son víctimas de otros gobernados, ya sean particulares o personas que trabajen para el mismo Ente gubernamental.

De aquí parte también la necesaria explicación de concebir al Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo, aun cuando éste último no tiene una reconocimiento por parte de todos los estudiosos penalistas y se niega su existencia.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal es la facultad o Derecho de castigar (*jus puniendi*); función propia del Estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar éstas por medio de los organismos correspondientes. Pero esta facultad no es ilimitada, pues la acota la ley penal misma al establecer los delitos y sus penas. Como se ha hecho referencia en párrafos anteriores, se ha llegado a negar la existencia de un Derecho penal subjetivo por decirse que no es tal Derecho, sino un

atributo de la soberanía del Estado, ya que es un deber del mismo que da nacimiento a una función.

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de las normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad. En tanto que en sentido objetivo, el Derecho Penal, es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica, en una palabra es la ley penal.

3.1.2. El Derecho Penal y otras Ramas del Derecho.

Aunque el Derecho es sólo uno, no obstante, sin romper su unidad, es vario, pues se diversifica y diferencia en ramas especiales, con notas distintas nacidas de la complejidad de la vida humana. Al ser el Derecho Penal una parte del todo jurídico, no puede negarse sus íntimas relaciones con las demás ramas del Derecho como son el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Laboral y el Derecho Internacional, éstos por lo que toca a los intereses del Estado, a la cosa pública, al todo social, pero en relación con los particulares también puede decirse que el Derecho Penal tiene relación con el Derecho Civil y el Derecho Mercantil.

Se relaciona con el Derecho Constitucional, porque éste tiene por objeto establecer la forma y organización del Estado y la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares. Estructura al Estado y sus funciones y reconoce las garantías individuales como de grupo, por ello, incuestionablemente se relaciona con el Derecho Penal, pues es el Derecho Constitucional quien le señala su órbita de acción. Si la Constitución es la Ley Fundamental en la vida del Estado, reparte competencias y finca barreras a las autoridades frente a los

individuos, las orientaciones constitucionales sin duda marcan el cauce del Derecho Penal.

Las garantías de naturaleza penal encuentran su fundamento en el reconocimiento que de ellas hace la Constitución, como Ley Suprema, por lo tanto, son de incalculable importancia las relaciones entre ambas disciplinas.

También se relaciona con el Derecho Administrativo ya que este representa la totalidad de normas positivas destinadas a regular la actividad del Estado y de los demás órganos públicos, en cuanto se refiere al establecimiento y realización de los servicios de esta naturaleza, así como a regir relaciones entre la administración y los particulares y las de las entidades administrativas entre sí, por ende, al ser el Estado el que norma el ejercicio punitivo del poder, se relaciona con el Derecho Penal en todo lo relativo a la imposición de las penas y donde se cumplen.

Con el Derecho Laboral encuentra una relación el Derecho Penal en base a que al tener la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un artículo 123, que sienta la bases para la organización de una relación obrero-patronal, es necesaria la protección contra determinadas conductas que pueden ser configurativas de delitos que le corresponde conocer al Derecho Penal.

Se relaciona con el Derecho Internacional público y privado, porque es obvio que la humanidad cada día va ligando más sus destinos, que los hombres y los pueblos están cada vez más cerca, material y espiritualmente, que la comunicación ahora se da de forma inmediata a través de las nuevas tecnologías, de aquí, una solidaridad internacional cada vez más acusada, que se confirma hasta en las pugnas al parecer irreductibles entre algunos pueblos.

Actualmente el delito tiende a internacionalizarse, ejemplos lo son el tráfico de estupefacientes, ciertos delitos que se dan en las finanzas, y los delincuentes cibernéticos ya mencionados en los medios de comunicación. Como consecuencia de lo anterior, todos los países civilizados han firmado tratados de diversa índole, los cuales hacen referencia a la extradición, y a la persecución de delincuentes que han evadido la justicia.

Por lo que corresponde a la relación que guarda el Derecho Penal con el Derecho Civil el cual forma parte del Derecho privado, es que siendo aquél el que comprende la regulación del Derecho de Familia, Sucesiones, Obligaciones y Contratos, y dado que esta regulación interesa a los particulares, cuando el desconocimiento de las obligaciones adopta formas agudas, que producen perturbación del orden público y un especial peligro, el Estado interviene mediante la tutela penal, como ocurre por ejemplo con el abandono de las obligaciones económicas que pesan sobre el cónyuge en relación con los hijos, lo que íntegra también un delito.

La misma referencia se puede hacer con el Derecho Mercantil, en cuanto que éste regula los actos de comercio y las relaciones jurídicas derivadas de la realización de éstos; y cuando esos actos no son realizados de acuerdo a la norma, en muchas de las ocasiones se configuran delitos, relacionando precisamente ahí al Derecho Penal.

3.2. ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

El ámbito de validez de las normas del Derecho debe ser considerado, según Kelsen, desde cuatro puntos de vista: el espacial, el temporal, el material y el personal. El ámbito espacial de validez es la porción del espacio en que un precepto es aplicable; el temporal está constituido por el lapso durante el cual conserva su

vigencia; el material, por la materia que regula; y el personal, por los sujetos a quienes obliga.

Al colocarse en el primero de los cuatro ángulos visuales a que alude Kelsen, se descubre que los preceptos del Derecho pueden ser generales o locales, perteneciendo al primer grupo los vigentes en todo el territorio de un Estado, y al segundo, los que sólo tienen aplicación en una parte del mismo.

Por su ámbito temporal de validez, las normas jurídicas pueden ser de vigencia determinada o indeterminada, definiéndose las primeras como aquellas cuyo ámbito temporal de validez formal se encuentra establecido de antemano, y las segundas, como aquellas cuyo lapso de vigencia no se ha fijado desde un principio.

Los preceptos de Derecho pueden también ser clasificados de acuerdo con la índole de la materia que regulan. Esta clasificación tiene su fundamento en la división del Derecho objetivo en una serie de ramas, dándose la agrupación de Derecho Público y Derecho Privado, los cuales, tienen una clasificación conocida por todos.

Por último, desde el punto de vista de su ámbito personal de validez, las normas del Derecho se dividen en genéricas e individualizadas. Llámense genéricas las que obligan o facultan a todos los comprendidos dentro de la clase designada por el concepto sujeto de la disposición normativa; y recibiendo el nombre de individualizadas las que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados.

Las normas individualizadas se dividen en privadas y públicas, las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto éstos aplican ciertas normas genéricas. Las segundas, de la actividad de las autoridades. Debe considerarse en

este punto que los tratados internacionales son normas individualizadas de índole pública.

3.2.1. Validez Material.

Dentro de la Teoría de la Ley Penal, merece especial atención el problema de los ámbitos de validez y aun cuando se dice que estas cuestiones no son propiamente Derecho Penal, sino más bien de la aplicación del Derecho Penal, deben ser tratadas en razón de que al mismo corresponde también limitar los ámbitos de su propia aplicación.

La Constitución como es sabido, tiene el rango de ordenamiento fundamental en la vida del país, por ser expresión de la soberanía del pueblo; es la ley que rige las leyes y autoriza a las autoridades. Puede definirse como “la ley suprema de un país que establece su forma y organización y fija los límites del poder público al garantizar ciertos Derechos individuales y de grupo” ²⁹.

La Carta Magna dispone en su artículo 124, que todas aquellas funciones o actividades por ella misma no conferidas en forma expresa a los poderes federales, se entienden reservados a los Estados miembros; el precepto hace el reparto de competencias entre los dos órdenes legislativos: común y federal, existiendo entonces una dualidad de competencias, la ordinaria o común y la excepcional o federal.

Los poderes federales son mandatarios con facultades limitadas y expresas de que enumeradamente están dotados; cualquier ejercicio de facultades no conferidas de modo expreso, entraña un exceso en el mandato y por ende un acto nulo.

²⁹ CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1995,p. 92.

La fracción XXI del artículo 73 de la Constitución de la República, faculta al Congreso de la Unión para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por dichas infracciones deben imponerse. Por otra parte, cada una de las entidades federativas, por conducto de su Poder Legislativo local, dicta para su territorio las leyes pertinentes, tanto en materia penal como en otros órdenes debiendo respetar siempre los postulados generales preceptuados por la Constitución Federal.

De lo anterior se puede afirmar entonces que todos los delitos son de la competencia común, excepto las que el Legislativo Federal, al ejercer las facultades conferidas por la Constitución, ha creído conveniente señalar como federales y más aún, se puede hacer mención también que en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se enumeran los delitos que afectan a esta materia, los demás, se reservan a la competencia de los Estados.

Los delitos informáticos deben considerarse, como delitos de carácter federal (como ya se ha hecho) por la legislación penal mexicana, puesto que la injerencia de las computadoras a nivel de transferencia de información (comunicación) da lugar a problemas jurídicos como son la seguridad y confidencialidad de la información, robo de programas, fraudes a través de vías Informáticas, etc.

Los robos de programas son un ejemplo claro de la injerencia jurídico-penal que se tiene en éste fenómeno. Los programas de cómputo se pueden considerar como el conjunto de procedimientos o reglas que integran el soporte lógico de las máquinas y que permiten la consecución del proceso de tratamiento de la información. En la práctica se distinguen dos tipos de programas: los fuente y los objeto.

Los programas fuente (conocidos también como sistemas operativos o de explotación) están ligados al funcionamiento mismo de la máquina, guardando una

estrecha relación con las memorias centrales auxiliares de la computadora, a través de dispositivos como los compiladores, traductores, intérpretes, editores, etc., que permiten el adecuado enlace entre la máquina y los trabajos del usuario.

Por otra parte se tiene a los programas objeto, que son aquellos que se realizan para satisfacer las necesidades más variadas de los usuarios, y que permiten el tratamiento de datos definidos concretamente, siendo dissociables de la máquina. En este tipo de programas se tiene aquellos que resuelven las necesidades de un número elevado de usuarios y aquellos que *sobre medida* responden a necesidades específicas de determinados usuarios.

Es evidente que los programas están relacionados de manera estrecha con los llamados lenguajes de programación, los cuales, sea del nivel de que se traten, funcionan como medio de enlace entre el lenguaje natural y el lenguaje de la máquina; siendo por tanto, las máximas manifestaciones del producto-información, provocando problemas en torno al software, rebasando la esfera puramente técnica, para alcanzar niveles además de económicos, jurídicos.

Esto es, los programas han suscitado entre otras cosas, el deseo de detención, de propiedad, a través de cualquier medio, dándose en la generalidad de los casos acciones ilícitas de apoderamiento, lo cual provoca conductas delictivas como por ejemplo el robo, espionaje industrial, chantaje, etc.

Tratando de dar mayor claridad a lo antes expuesto, un ejemplo de este tipo de acciones ilícitas es el hecho de que el usuario, a través de Internet, puede apropiarse de un programa y aplicarlo a su computadora, explotando el mismo de manera desmedida y sin peligro de detección.

En México, La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de junio de 1991,

estableció en su artículo 1° que los programas de computación no son considerados como invenciones, y por lo tanto no son patentables, con lo que se crea controversia en cuanto a la propiedad de los programas dejándose en Estado indefenso al autor de los mismos.

Además, de acuerdo a la Ley Federal de Derecho de Autor y sus modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 17 de julio de 1991, las sanciones que se imponen contra la protección autoral a los programas de computación son de orden administrativo, es decir, de carácter pecuniario, no resolviéndose por ende la problemática que se ha venido visualizando a través del presente trabajo, ya que el plano del Derecho Penal es calificar a estas acciones ilícitas como delitos.

3.2.2. Validez Espacial.

La función represiva del Estado se lleva al cabo dentro de su territorio puesto que la ley, es la expresión de la soberanía del Estado y en esta forma se entiende que los límites de éste son también los del imperio de sus reglas jurídicas.

Sin embargo, a pesar de tan clara explicación de validez espacial de la ley, surgen problemas con respecto a la norma aplicable a situaciones que tuvieron por escenario el territorio extranjero; o bien hechos delictivos en donde se involucran nacionales y extranjeros, ya sea extranjeros agravando o viceversa, etc., repercutiendo ello en la preocupación constante de reglamentación penal, no sólo a la defensa de un Estado sino de varios, hoy día, esta situación es cada vez más frecuente, específicamente con el fenómeno informático que esta viviendo la humanidad.

Para resolver los problemas sobre aplicabilidad de las leyes penales, se invocan diversos principios; uno de ellos es el llamado principio de territorialidad,

según el cual, una ley debe aplicarse únicamente dentro del territorio del Estado que la expidió, sin importar la nacionalidad de los sujetos a quienes haya de imponerse; este principio ofrece dos aspectos: el positivo, o sea que, por lo general, es aplicada la ley penal a todos los estantes y habitantes del territorio de una Nación, y el negativo, o sea que también por lo general no se aplica a nadie fuera de dicho territorio, en consecuencia, ni las leyes ni las sentencias extranjeras tienen eficacia dentro del ámbito espacial de la ley penal de cada Estado.

De acuerdo con el principio personal, es aplicable la ley de la Nación a la que pertenezca el delincuente, con independencia del lugar de realización del delito; el principio real atiende a los intereses jurídicamente protegidos y por ello es aplicable la ley adecuada para la protección. Conforme al principio universal, todas las Naciones tendrán Derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, cometidos en territorio propio o ajeno, en tanto estuviera a su alcance el delincuente.

La sola enunciación de estos principios, permite apreciar que se trata de proposiciones hechas para resolver el problema, sin que de manera alguna sea fácil admitir su conciliación o la convivencia de tales fórmulas respecto a las mismas leyes y a la misma clase de hechos, puesto que sus términos expresan la contradicción, la cual se justificará o se hallará irreprochablemente fundada en la razón, la cual, sería la única que pudiera constituir un principio.

Los principios son verdades o fundamentos de razón de donde se hace derivar las conclusiones o segundas proposiciones de una ciencia o de una técnica; no puede haber verdades contradictorias, frente al principio que afirma que las leyes de un Estado sólo pueden tener efecto en su propio territorio, es ilógico admitir cualquier fórmula, de lo contrario, si la verdad es una, habrá que pensar bien los motivos y las razones antes de aceptar un principio; pero aceptado o establecido, hay que reconocer que sólo puede ser uno en una misma cuestión.

La ley mexicana, principalmente se acoge al principio de territorialidad, y si bien es cierto que la palabra territorio significa algo relativo a la tierra, tratándose del Estado, su territorio no está formado únicamente por el suelo, sino también por el subsuelo, la atmósfera, una faja de mar a lo largo de las costas y la plataforma continental.

Se llama territorio del Estado a todo el espacio sobre el cual éste ejerce normalmente su poder; es el campo de imperio del poder del Estado y de acuerdo a lo que establece el artículo 42 Constitucional, "... el territorio de la República comprende las partes integrantes de la Federación y, además, el de las islas adyacentes en ambos mares, incluyendo los arrecifes y cayos; las islas Guadalupe y Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico; la plataforma continental e insular y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional, y las marítimas interiores; y, el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que especifica el propio Derecho Internacional y que se plasma en el Derecho Nacional a través de la Ley Federal del Mar".³⁰

En consecuencia de lo anterior, se consideran como ejecutados en el territorio de la República los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar a bordo de buques nacionales, ya que el buque se considera una extensión del territorio nacional, y en cuanto a México es aplicable la ley penal extranjera cuando esos mismos buques nacionales se encuentren en puertos o en aguas territoriales de la jurisdicción de otro Estado.

Debe pensarse entonces que, la soberanía penal de un Estado sobre sus aguas territoriales sólo debe ceder a favor de la soberanía extranjera cuando el delito se haya cometido a bordo de la nave o sobre personas o cosas propias de

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.

ésta y sin que el hecho repercuta al exterior, de lo contrario, se consideran como ejecutados en territorio de la República, los delitos cometidos a bordo de un buque extranjero, en puerto o en aguas territoriales si se turba la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueran de la tripulación.

Para todos los casos que se puedan presentar en este sentido e inclusive las aeronaves, en donde la ley penal da soluciones idénticas con relación a los buques, rige de manera relevante el principio de reciprocidad y en cuanto a la competencia jurisdiccional, está determinada por la ley expresamente en el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Hablando nuevamente del principio universal, fundado en la necesidad común de todos los países de protegerse contra cierto tipo de delitos, los Estados soberanos se han comprometido en prestar auxilio policial para prevenir o en su caso reprimir la delincuencia; esto es porque siendo inexcusable el imperio de la defensa social, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre el sujeto de la infracción, a fin de satisfacer la necesidad internacional de seguridad y defensa, los Estados deben entregar a los delincuentes que se refugian en su territorio para que sean juzgados por el Estado en cuyo territorio delinquieron, por ello la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe en su artículo 119 que el Estado tiene la obligación de entregar sin demora a los criminales de otro Estado del extranjero, a las autoridades que los reclamen cumpliendo con el procedimiento requerido.³¹

En materia de Informática, sin embargo, se ha demostrado que la intervención en ilícitos de ésta índole atenta contra la soberanía de las Naciones, puesto que se puede presentar el caso de que una persona que se encuentra en Corea y de nacionalidad chilena transmita a México datos e información que

³¹ Ídem

repercutan en perjuicio de un tercero (quizá una Institución Bancaria Chilena), con tal acción, se crea un problema de aplicación de la ley, en el sentido de que la pregunta obligada sería: ¿se aplica la Ley Chilena, la Coreana o la Mexicana?; en base a qué se establece tal decisión, por el resultado del delito, por quien cometió el acto, por el daño que causa o bien por su forma de persecución. Lo anterior lleva a reflexionar sobre la necesidad de un control jurídico penal que evite o al menos limite este tipo de situaciones. Por supuesto aquí no se está hablando de la creación de un tribunal penal con carácter internacional, quizá esta aseveración sea motivo de otra investigación ya que conllevaba la especificación y fundamentación de una serie de factores de índole social, jurídico y económico.

3.2.3. Validez Temporal.

Racionalmente las normas jurídicas deben obligar a partir del momento de la iniciación de su vigencia, ya que resultaría inexacto que el Estado exigiera el cumplimiento de disposiciones no nacidas propiamente, por ello la ley les da a conocer a los individuos que deben cumplirla.

En México, la iniciación de la vigencia de las leyes queda supeditada al acto material de su publicación, concediéndose un tiempo necesario para su conocimiento, estableciéndose además, que la propia ley puede fijar la fecha de iniciación de su obligatoriedad, si su publicación es anterior, preceptuándose que a falta de declaración expresa, la nueva ley entrará en vigor tres días después de su publicación en el Diario Oficial, sí se trata del lugar en donde dicho periódico se edita, y un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad, según la distancia del lugar de la publicación con el de su aplicación.

También se establece, que la ley sólo puede ser abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare, o contenga disposiciones incompatibles con la

anterior, y contra su observancia no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

Según el lenguaje ordinario, una ley es retroactiva si obra sobre el pasado, cuando actúa sobre situaciones anteriores a la iniciación de su vigencia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 14 establece de manera terminante que: "... a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna..."³² consagrando el mismo ordenamiento la garantía de legalidad fundado éste en el Derecho que tiene el hombre a ser juzgado conforme a las leyes vigentes en el momento de delinquir; pues es justo que el Estado pueda ordenar o prohibir alguna cosa bajo la amenaza de alguna sanción, pero no es menos justo que antes de que se realice el hecho o el acto se sepa cuáles son los actos ordenados, cuales las acciones permitidas y cuales las prohibidas.

La Declaración de los Derechos Humanos, recoge con carácter universal estos principios, sin embargo contra ellos, se ha mantenido el punto de vista de algunos doctrinarios jurídicos de que el delincuente solo tiene Derecho a ser juzgado conforme a la ley, no conforme a determinada ley, y que por tanto debe aplicarse la ley vigente por representar la medida adecuada a la defensa social, así entonces, la irretroactividad carece de fundamento.

A este respecto, debe comentarse que el principio de irretroactividad de las leyes penales no es nunca absoluto en las legislaciones, admite excepciones, pero sólo en cuanto a leyes procesales o adjetivas las cuales se aplican inmediatamente y para todos los casos, salvo que sus disposiciones sean menos favorables que las de la ley derogada, pues las formas de juicio son de orden público, razón que tiene

³² Ídem

igual validez tratándose de las normas penales sustantivas y que, sin embargo, no se extiende a ellas, como debiera.

Cuando la nueva ley penal declara que ciertos hechos punibles en la ley anterior ya no lo son, puede ocurrir que el delincuente esté sujeto a orden de aprehensión o a proceso, o que esté sentenciado ejecutoriamente y como la nueva ley le quita ilicitud penal al hecho, reprimirlo sería incorrecto; de aquí que la aprehensión y el proceso deben quedar insubsistentes.

El problema más arduo surge tratándose de condenados ejecutoriamente, pues entonces sólo queda la vía correcta de amnistía o de indulto, a fin de dejar subsistente el principio de la santidad de la cosa juzgada.

Dentro del sistema jurídico mexicano no se requiere en materia penal, ni la amnistía ni el indulto para aplicar la favorabilidad de la ley en estos casos, ya que cuando ocurre que una ley quite a un hecho u omisión el carácter de delito que otra ley anterior le daba, se pondrá en absoluta libertad a los acusados a quienes se esté juzgando y a los condenados que se hallen cumpliendo o vayan a cumplir sus condenas y cesarán de Derecho todos los efectos que éstas y los procesos debieran producir en el futuro, por tanto, hay retroactividad benéfica a los delincuentes, fundada en el precepto constitucional anteriormente citado, de donde se deduce a contrario sensu que sí cabe la retroactividad en cuanto beneficie al reo.

Cuando la ley penal nueva modifica la anterior sólo con disminución de la sanción o con sustitución por otra más benigna, o bien con agravación de dicha sanción, cabe considerar a los delincuentes que están bajo proceso y a los sentenciados. Respecto de los primeros, se sostiene la no retroactividad absoluta por cuanto el delincuente tiene el Derecho de ser juzgado conforme a la antigua ley, pues de lo contrario deberla ser aplicada lo nueva ley en cuanto no le es favorable también. Pero por otra parte sé admite la retroactividad sólo cuando es favorable.

Criterio absoluto de la ley penal nueva más favorable, no retroactividad de la más severa.

Por último, se ha sostenido la retroactividad absoluta o incondicionada de la nueva ley penal porque la nueva ley es la que el juez tiene que aplicar, la única vigente, y en cuanto a los ya sentenciados, se sostiene que la cosa juzgada debe tener la aplicación de la nueva ley más benigna. También, cabe distinguir desde el punto de vista de las penas, sean estas principales o accesorias, si la nueva ley es más favorable que la anterior o no.

Se entiende por penas accesorias, por ejemplo, a la suspensión de Derechos, vigilancia de la policía, multa cuando acompaña a la de prisión, etc., no deben en general tomarse en cuenta para determinar si la sanción de la nueva ley es o no más grave que la de la derogada.

Esta gravedad debe fijarse atendiendo a la naturaleza de las penas, a sus límites concretos y, sólo en caso de igualdad, a las accesorias que las acompañan.

En el Derecho Penal Mexicano, cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncie, se promulga una o más leyes que disminuyen la sanción establecida en otra ley vigente, al cometerse el delito, o la sustituyen con otra menor, se aplica la nueva ley. Cuando pronunciada una sentencia irrevocable en que se hubiere impuesto una sanción corporal se dicta una ley que, deja subsistente la sanción señalada al delito y sólo disminuye su duración, si el reo lo pide y se halle en el caso de la nueva ley se reducirá la sanción impuesta en la misma proporción en que estén el mínimo señalado en la ley anterior y el de la señalada en la ley posterior. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

resuelto que "...la reducción debe hacerse empleando exclusivamente los límites inferiores de las sanciones"³³.

Ahora bien, considerando al delito como un hecho humano, dañino a las condiciones de vida individuales y sociales más necesarias, como un hecho que el Estado reprime para defender el orden externo y conservar el social, debe adaptarse la defensa a la naturaleza del daño o peligro resultante de un determinado hecho, y, siendo la ley penal la expresión de la medida del daño o peligro social derivado de determinadas acciones, debe de ser suficiente.

Esto es, cuando se promulga una nueva ley colocándola en el lugar de otra existente, este hecho, socialmente importantísimo, significa que la ley antigua no corresponde a la defensa de las condiciones sociales, y también se interpreta que ha variado por su insuficiencia, por ello si la ley penal crea delitos nuevos o hace más severas las sanciones, la ley anterior ya no debe aplicarse por no adecuarse a la realidad social.

Esto es precisamente lo que está sucediendo en la cuestión de los delitos informáticos, los cuales necesitan urgentemente la ampliación del marco penal legal aplicable al Derecho Informático.

3.2.4. Validez Personal.

"Ante la ley penal son iguales todas las personas ya que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."³⁴, además de que ninguna persona o corporación goza de fuero; son responsables todos los que intervienen en un delito, en cualquiera de las formas enumeradas en la ley.

³³ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, SA. México 1997, p. 201.

³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.

El aumento o disminución de las sanciones sólo obedece a la participación de cada delincuente en la acción criminal. Ni el sexo ni la nacionalidad, ni la condición económica o social son causa de inaplicación de las leyes penales.

Existe actualmente una corriente favorable a la idea de una especial legislación penal para ciertos grupos étnicos, tenidos por inferiores cultural y económicamente, es decir, se ha pugnado porque la legislación penal tome en cuenta el factor indígena, sobre todo cuando el elemento étnico es numeroso; se ha dicho también que debe procurarse la adopción de una legislación tutelar, que tiende preferentemente a su incorporación a la vida civilizada, así entonces los legisladores mexicanos han hecho grandes esfuerzos por crear un documento con tales características, sin embargo, no debe olvidarse, en las cuestiones penales lo que importa es la personalidad peligrosa y no el dato étnico.

La igualdad ante la ley penal debe entenderse sin perjuicio de las incapacidades naturales que puedan presentar los sujetos de la infracción, de las diferencias a que haya lugar entre unos y otros delincuentes ya que la ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga.

En el Derecho Positivo Mexicano, existe igualdad absoluta para todos, sin embargo la misma Ley Fundamental establece algunas excepciones para quienes ocupan determinados cargos públicos, a fin de hacer posible el desempeño de sus funciones, sin peligro de ser enjuiciados como resultado de acusaciones que, en muchos de los casos podrían ser infundados y solo servirían como medio político de ataque y puesto que la misión de ciertos funcionarios no debe ser interrumpida bajo ningún concepto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace sus señalamientos excepcionales, sin que sea materia de este trabajo estudiarlas cada una de manera extensiva.

Lo expuesto anteriormente relacionado con los ámbitos de aplicación de la ley penal, se mencionan ya que en éste análisis surgen varias interrogantes en lo relativo a la jurisdicción y competencia en los delitos informáticos, por ejemplo; ¿quién deberá resolver las complejas situaciones que se generan a partir de la comisión de dichos ilícitos, teniendo en cuenta, que en la mayoría de los casos son delitos que se generan a distancia?

Podría darse el caso de que un país contemple dentro de su legislación penal como delito, el acceso no autorizado a los sistemas informáticos, luego un Banco de ese país sufre un acceso no autorizado a su sistema tendiente a obtener una transferencia indebida; pero al investigar, se descubre que el violador del sistema es un alemán que vive en Nueva Zelanda y que penetró en el sistema a través de un servidor que se encuentra en los Estados Unidos. Y entonces, surge la pregunta inevitable de si pudiese el país en cuestión apropiarse la potestad de persecución del delito.

En respuesta a dicha interrogante, hay autores que consideran que el Juez Penal de ese país puede intervenir por la sola circunstancia de que la infracción fue cometida en el territorio de su país, por lo que de acuerdo a ello, se aplicaría la ley del domicilio. Sin embargo no cabe la menor duda que los delitos informáticos por sus características, son delitos que en su mayoría carecen de un espacio físico, y por tanto de nacionalidad.

Es decir, pueden ser cometidos por nacionales o extranjeros y sus efectos, pueden o no, darse dentro del Estado en donde fueron cometidos; de ahí la importancia de determinar qué jurisdicción tendría competencia para juzgarlos.

Por su parte, el Manual de las Naciones Unidas para la prevención y Control de Delitos Informáticos, señala que cuando el problema se eleva a la escena internacional, se magnifican los inconvenientes y las insuficiencias, ya que los

delitos informáticos constituyen una nueva forma de crimen internacional y su combate requiere de una eficaz cooperación internacional concertada.

3.2.5. Validez por cuanto hace al carácter del órgano jurisdiccional.

Se entiende por jurisdicción en sentido general, el campo de acción o esfera de influencia de los actos de una autoridad. Por jurisdicción penal entendemos la capacidad de un órgano juzgador para intervenir en un proceso de naturaleza penal, mediante la aplicación de normas de la misma naturaleza. La jurisdicción penal se conforma de los siguientes elementos:

- A) Órgano juzgador;
- B) Sistema con técnica jurídica;
- C) Comportamiento imparcial, y
- D) Resoluciones motivadas y fundadas.

García Ramírez nos dice: “sobre la competencia se han aportada muy numerosas definiciones. Aquella es la medida de la jurisdicción o el ámbito dentro del que se puede ejercer la jurisdicción que todo juzgador posee, dada la atribución jurisdiccional a un órgano del Estado, es pertinente saber en qué forma, dentro de qué fronteras, con qué extensión pueda ejercerla. La respuesta conduce al planteamiento de la competencia, que así se transforma en cuestión de segundo grado, con respecto al problema de la jurisdicción, cuestión de primer grado. Todo juez posee, por fuerza, jurisdicción, mas no todo juez es competente para ejercerla, en forma indiscriminada, en la solución de cualesquiera controversias. Es la competencia lo que deslinda los campos jurisdiccionales y define y delimita la potestad de cada juzgado particular. También se le conoce con el nombre de capacidad procesal objetiva del juzgador, giro en el que se relaciona con el objeto del proceso, vale decir: capacidad del juez o tribunal para conocer de un proceso, habida cuenta del objeto de éste”.

Apoyados en la opinión anterior debemos concluir:

1. La competencia en materia penal la tiene un órgano juzgador;
2. La actuación de ese órgano se encuentra debidamente delimitada, esto es, se sabe dentro de qué fronteras actúa, y
3. Todo juez o tribunal penal goza de jurisdicción o sea de capacidad de actuar, pero no todos tienen competencia sobre un asunto en particular.

Con gran acierto García Ramírez señala que son siete los puntos de vista para atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales penales, a saber:

- I. En orden a la materia;
- II. En orden al territorio;
- III. En orden a la conexión;
- IV. En orden a la persona;
- V. En orden a la función;
- VI. En orden al grado, y
- VII. En orden al turno.

I. En orden a la materia, la competencia puede ser de tres tipos: federal, local y militar;

II. En función del territorio, se sigue el principio de que será competente el juez del lugar donde se cometió el delito; si son varios los lugares, entonces será competente el que conoció primero el asunto;

III. En orden de la conexión, se refiere a cuanto existen varios juicios donde estén implicadas las mismas personas; o bien cuando varias personas han cometido en diversos tiempos y lugares diversos delitos, pero en ello estuvieron de acuerdo; o una tercera hipótesis, cuando se ha cometido un delito como medio para ejecutar otro. En este caso la competencia se resuelve a favor del tribunal que conozca las

diligencias más antiguas (artículo 479 del Código Federal de Procedimientos Penales);

IV. En orden a la persona, debe considerarse que los menores de edad están sujetos a un régimen especial diverso al de los adultos; igualmente, los militares, como lo prevé el artículo 13 de la Constitución Federal, tienen sus propios tribunales;

V. En orden a la función. Antiguamente existían dos clases de jueces: el instructor y el sentenciador; en la actualidad subsiste esa clasificación en el fuero militar;

VI. En orden al grado, se precisa en función de los medios de impugnación. De esta manera hay tribunales de primer y segundo grado; en nuestro medio serían tribunales de primer grado, el juez penal competente (*a quo*) y el de segundo grado lo sería la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia (*ad quem*), y

VII. En orden al turno. En algunos ámbitos jurídico-penales hay varios órganos competentes, tal es el caso de los juzgados de distrito en materia penal del Distrito Federal, pero se decidió darles un turno por semana para conocer de los asuntos; de esta manera aun siendo iguales solo se han concretado de conocer de las controversias que les correspondan en la semana en que estén en turno.

Dentro de los temas de aplicación de la ley penal, hay dos de particular importancia sobre los que resulta sano abundar; el de los militares y el de los menores de edad.

3.3. TEORÍA DEL DELITO.

Sin pretender estudiar históricamente a la institución penal del delito es menester señalar que siempre ha tenido una valoración jurídica, puesto que en tiempos remotos en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y hasta en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico.

Esquines decía “arrojemos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente... y, si un hombre se suicida enterremos lejos de su cuerpo la mano que hirió”³⁵. Platón en las Leyes, afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios.

En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias, debido esto a que la valoración jurídica no se hacía como hoy en día, no descansaba el reproche en los elementos subjetivos y solo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención y por ello el que se les aplicara castigo.

Haciendo ya referencia a la personas, la valoración jurídica de sus conductas varía con el transcurso del tiempo, así por ejemplo, se debe recordar que hasta el siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas, siendo al parecer en esa época la hechicería un delito grave. “La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades contrarias a la valoración de la época”³⁶.

Lo transcrito anteriormente lleva a la cuenta de que antes, eran otras figuras o conductas las que se consideraban delitos, es decir existía otra valoración jurídica que se ha ido modificando a través del tiempo. En la actualidad existen infinidad de conductas que son consideradas como delitos, pero hay otras tantas que no se les considera delito porque no se encuentra la hipótesis señalada en las codificaciones penales, específicamente en el tema tratado en la presente investigación, las conductas que se dan en la Informática.

³⁵ JIMÉNEZ de Asúa Luís, Lecciones de Derecho Penal; Mexicano, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México 1999. pp. 129-130

³⁶ Ídem

3.3.1. Noción Clásica del Delito.

Para hacer una determinación de la existencia de los delitos informáticos, es necesario definir qué se entiende por delito. De acuerdo a lo establecido por el autor Fernando Castellanos Tena en su obra Lineamientos Elementales de Derecho Penal, la palabra delito “se deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”³⁷.

Los simpatizantes de la Escuela Clásica, elaboraron diversas definiciones respecto al término delito, el principal exponente de esta corriente, Fernando Carrara, lo define como “la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”³⁸.

Para Carrara, el delito es un ente jurídico, en virtud de que su esencia deriva de una violación al Derecho. También lo considera como una infracción a la Ley del Estado, toda vez que un acto se convierte en delito al transgredir dicha Ley, la cual ha sido promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos. Además precisa que el delito es una infracción resultante de un acto externo, positivo o negativo del hombre, con lo cual se determina que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Y finalmente, considera que dicho acto es moralmente imputable al hombre, por estar el individuo sujeto a leyes criminales en virtud de su naturaleza moral.

Para la Escuela del Positivismo, cuyo principal exponente fue el jurista Rafael Garófalo; el delito es un fenómeno o hecho natural que se da como consecuencia necesaria de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

³⁷ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, editorial Porrúa, S.A. México 1995, p.125

³⁸ RÍOS Estavillo, Juan José, Óp. Cit. Nota No. 3 p. 126.

De acuerdo a la concepción sociológica de Rafael Garófalo, el delito natural es “la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida, media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad”³⁹.

Esta noción sociológica del delito no tiende a definir al delito como un hecho natural, ya que el delito como tal debe entenderse como un acto; en cierto sentido lo que buscaba dicha definición, era describir la esencia del delito como fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, etc., que determinen aquellas conductas que habrán de ser consideradas como delictuosas.

3.3.2. Concepto Jurídico del Delito.

La concepción jurídica del término delito es formulada desde el punto de vista del Derecho, y al respecto, se han elaborado tanto definiciones de tipo formal como de carácter sustancial.

Por lo que hace a la noción formal del término delito, ésta es proveída por la ley positiva, al advertir la imposición de una pena o sanción por la ejecución u omisión de ciertos actos. De ahí que no sea posible hablar de delito, sin la existencia de una ley que sancione una determinada conducta.

Para Edmundo Mezger, el delito es en su acepción jurídica una “acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena”⁴⁰. Lo que Mezger quería significar al referirse al delito como una acción punible, era que por delito debía entenderse toda acción que estuviera sancionada con una pena.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, editorial Porrúa, S.A. México 1995, p. 128.

En México, el ordenamiento jurídico que define al delito es el Código Penal Federal; el cual dispone en su artículo 70, primer párrafo, que “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales⁴¹. De tal modo, que de esta definición se advierte, que nada puede ser castigado sino por hechos que la ley ha definido previamente como delitos; ni tampoco podrá ser sancionado con otras penas establecidas en la propia ley. De igual forma se entiende, que la consumación de un delito se obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que se dé a consecuencia de ello. En el momento preciso en que se vulnera la ley, se provoca el delito.

El Código Penal para el Estado de Veracruz, no define en su articulado lo que debe concebirse como “delito”, únicamente se concreta a estipular en su artículo 9° que “el delito puede ser realizado por acción u omisión”⁴², por lo que se considera que la alusión que el Código Penal del Estado hace respecto al término delito es vaga e imprecisa, situación que provoca se tenga que remitir al Código Penal Federal, para encontrar la definición formal que la propia ley le otorga al término en estudio.

Por lo que respecta a la noción jurídica sustancial del término delito existen dos sistemas encargados del estudio: el sistema unitario o totalizador y el sistema analítico o atomizador.

El primer sistema establece que el delito no puede dividirse, por ser parte integrante de un todo orgánico, se trata pues, de un concepto indisoluble. Para los seguidores de esta doctrina, el delito se presenta como un bloque monolítico, que no es fraccionable de modo alguno.

⁴¹ Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, vigente.

⁴² Código Penal del Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave, vigente.

En cambio, los afiliados al sistema analítico o atomizador, estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos, considerando que, para entender el todo, se precisa el conocimiento cabal de cada una de sus partes integrantes; sin embargo, aceptan que el delito integra necesariamente una unidad.

En base a estos dos sistemas, Mezger elabora una definición jurídica sustancial del término delito, en la cual expresa que “el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable”⁴³.

En el mismo sentido, Cuello Calón, concibe al delito como “la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible”⁴⁴.

Por su parte, Jiménez de Asúa, considera que el “delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”⁴⁵.

La definición jurídico-sustancial de delito formulada por Jiménez de Asúa, integra como elementos del delito la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, elementos que se describen a continuación.

3.3.3. Elementos del Delito y Factores Negativos.

Los elementos del delito son estudiados desde dos perspectivas puntos de vista, de acuerdo al sistema propuesto por Guillermo Sauer y retomado a su vez por Jiménez de Asúa.

⁴³ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1995, p. 129.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ibidem. p 161

De acuerdo a dicho método se contraponen lo que el delito es, a lo que no es; y así se tiene que los elementos integrantes del delito son en su:

Aspecto Positivo	Aspecto Negativo.
•	La actividad + Falta de acción
• Tipicidad	+ Ausencia de tipo o Atipicidad
• Antijuridicidad	+ Causas de Justificación
• Imputabilidad	+ Causas de inimputabilidad
• Culpabilidad	+ Causas de inculpabilidad
• Punibilidad.	+ Causas absolutorias.

El primer elemento objetivo del delito en su aspecto positivo lo es la *actividad*. En sentido amplio, el delito es ante todo una conducta humana, en la cual se incluye tanto el hacer positivo *acción*, como el negativo *omisión*.

Ahora bien, se advierte que este primer elemento objetivo del delito puede presentarse en forma de acción, omisión o comisión por omisión. Mientras que la acción se manifiesta a través de la ejecución de una actividad voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad. El aspecto que diferencia a la omisión y a la comisión por omisión es, que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto que en la comisión por omisión hay violación de dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

En sentido estricto, la acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

En cambio, la omisión, radica en una abstención de obrar, es dejar de hacer lo que se debe realizar o ejecutar, por lo tanto, se considera que la omisión es una forma negativa de la acción, ya que en los delitos de acción, el sujeto activo ejecuta

un acto prohibido por la ley, en tanto que en los delitos de omisión, éste deja de hacer lo estipulado por la misma.

Por lo que hace a la ausencia de acción, como aspecto negativo del primer elemento objetivo del delito; se afirma que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no puede integrarse; en consecuencia, si hay ausencia de conducta, no se produce el delito.

El segundo elemento objetivo del delito en su aspecto positivo lo es la *tipicidad*, entendiéndose por ésta el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley. Es, en menos palabras, la adecuación de la conducta al tipo penal descrito por la ley.

En tal sentido, se considera que no existe delito sin tipicidad, es decir, cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se da el aspecto negativo de la tipicidad, que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo o también llamada *atipicidad*. Si la conducta no se amolda al tipo descrito por la ley, no puede ser considerada la misma, un delito.

En cuanto a la *antijuridicidad* como tercer elemento objetivo del delito, se dice que este es un concepto negativo; siendo que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. Dicho de otro modo, una conducta es antijurídica, cuando transgrede una norma jurídica establecida por el Estado, causando en ese acto un daño o perjuicio social producto de dicha rebeldía.

La ausencia de antijuridicidad como factor negativo del elemento del delito en cuestión, lo constituyen las causas de justificación. Puede ocurrir que la conducta típica esté aparentemente en oposición al Derecho, sin embargo, no será antijurídica si existe una causa de justificación.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienden a excluir la antijuridicidad de una conducta establecida en el tipo penal; de tal modo, que en tales condiciones, la acción realizada no será considerada antijurídica, en virtud de existir una justificante que hace que dicha conducta resulte apegada a Derecho. Las causas de justificación previstas por la ley penal son: la legítima defensa, el Estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un Derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

La *imputabilidad* es el cuarto elemento objetivo del delito, y se define como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, considerándose entonces que un sujeto será imputable, si reúne todas aquellas condiciones psíquicas exigidas por la ley al momento de realizar el acto típico penal, las cuales lo capacitan por tanto para responder del mismo. Se afirma que la imputabilidad está determinada por dos aspectos de tipo psicológico: un mínimo físico representado por la edad del sujeto (desarrollo mental), y otro, de carácter psíquico consistente en la salud mental.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, siendo causas de inimputabilidad, todas aquéllas capaces de anular o inhabilitar el desarrollo o salud mental del sujeto, en cuyo caso, éste carecerá de aptitud psicológica para ser sujeto del delito. En el Código Penal Federal, son consideradas causas de inimputabilidad: la minoría de edad, el trastorno mental, el desarrollo intelectual retardado, el miedo grave y el temor fundado. De esta forma, los protegidos por las eximentes de inimputabilidad deben quedar al margen de toda consecuencia represiva o asegurativa, en virtud de haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y decisión.

La *culpabilidad* es otro de los elementos objetivos del delito y se considera como la capacidad que tiene el sujeto para entender y querer en el campo del Derecho Penal, por lo tanto, se afirma que la imputabilidad funciona como

presupuesto de la culpabilidad. Esto es, un sujeto será culpable, siempre y cuando se dé el nexo intelectual y emocional que ligue al sujeto con el acto que perpetró, de tal manera que dicho acto pueda serle reprochado jurídicamente. La culpabilidad reviste tres formas: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

El factor negativo de la culpabilidad lo constituye la inculpabilidad, dándose ésta ante la ausencia del conocimiento y de la voluntad, que conforman los elementos esenciales de la culpabilidad; por lo tanto, toda causa eliminadora de alguno de estos dos aspectos, es considerada como causa de inculpabilidad.

Para muchos autores las causas de inculpabilidad son el error y la no exigibilidad de otra conducta; o dicho en otras palabras el error, esencial de hecho (que ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (que afecta el elemento volitivo).

Por lo que respecta a la punibilidad como sexto elemento objetivo del delito, se dice que ésta consiste en la imposición de una pena en función de la realización del acto penalmente tipificado y sancionado por la ley. Es punible una conducta, cuando por su propia naturaleza amerita ser sancionada.

Cuando hay ausencia de punibilidad se dice que se está en presencia de las excusas absolutorias, las cuales como se puede apreciar, constituyen el factor negativo de la punibilidad. Al concurrir en el acto alguna excusa absolutoria, no es posible determinar la aplicación de una pena.

El autor Fernando Castellanos Tena, hace mención en su obra Lineamientos Elementales de Derecho Penal, de las que a su juicio son consideradas como las principales excusas absolutorias y menciona como tales las siguientes; “excusa en razón de arrepentimiento y mínima temibilidad del agente, excusa con razón de la maternidad consciente (en el caso de un aborto causado sólo por imprudencia de la

mujer, o cuando el embarazo sea resultado de una violación), excusa por inexigibilidad de la conducta (como en el caso del encubrimiento de parientes y allegados, o de la falsa declaración de un encausado), excusa por graves consecuencias sufridas por el sujeto activo, en su persona, de tal manera que se hace notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena”⁴⁶.

Con la *punibilidad*, último elemento del delito, se llega a la conclusión de que una conducta es delictuosa cuando es típica, antijurídica y culpable, siendo la imputabilidad un presupuesto o consecuencia de la culpabilidad, además de consecuencia ordinaria del delito, siendo claro que, las conductas delictuosas son castigadas con penas que contempla el Estado en las leyes penales para los casos concretos.

3.4. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Los Códigos Penales contemporáneos en su generalidad no dan una definición exacta de delito, pues la definición, como dice Jiménez de Asúa, nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos. Las definiciones que se han manejado de delito carecen, por así decir, de verdadero contenido humano y social, el que sólo puede encontrarse en el delito considerado como un fenómeno humano y social también. Sin embargo se han expuesto diversas definiciones las cuales dan la posibilidad de perfeccionar la misma.

El Código Penal del Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal define al delito como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales” definición que no es muy satisfactoria en el sentido de que estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que

⁴⁶ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, SA. México, 1995, p. 178.

gozan de una excusa absolutoria como se ha señalado anteriormente, y no por ello pierden su carácter delictuoso.

Además, la definición anteriormente señalada no conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos. Más aún, la misma definición, no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, sin que sea inherente al mismo, ni por tanto, útil para definirlo.

Una definición descriptiva puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define o se relacionen con él de manera que a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañaran necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos; por lo demás decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales.

Ante tal situación, solo es necesario advertir que se puede seguir estudiando la forma de dar una definición más fecunda de delito, en donde se amarren todos los elementos del mismo y se plasmen de manera correcta en las disposiciones penales.

CAPÍTULO IV

LOS DELITOS Y SU CLASIFICACIÓN

4.1. EL DELITO, SU GRAVEDAD, RESULTADO Y DURACIÓN.

La clasificación teórica de los delitos no tiene en el Derecho Penal Mexicano una íntegra sino sólo parcial reproducción en las disposiciones penales, ya que existen diversas divisiones atendiendo a diferentes enfoques.

En función de su gravedad, las infracciones penales se ha dividido en forma bipartita y se distinguen los delitos de las faltas. Una clasificación más compleja de carácter tripartita señala los crímenes, delitos y faltas o contravenciones, considerándose crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad, por ejemplo; y, por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, en ellos se viola una ley prohibitiva. “Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones

de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto”⁴⁷.

En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión “las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio”⁴⁸. Agregándose también que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan, es decir, se sancionan por la omisión misma; por lo que respecta a los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación

⁴⁷ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, SA. México 1995, p. 137.

⁴⁸ Ídem.

jurídica se produce un resultado material; en los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen ley o leyes dispositivas y prohibitivas.

Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales, a los primeros se les denomina también delitos de simple actividad o de acción; a los segundos se les ha llamado delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material y los ejemplos que se pueden mencionar son el homicidio, el robo y otros más con relación al daño que causan o más bien al daño resentido por la víctima, o sea, en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y delitos de peligro.

Los delitos de lesión, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio y el fraude entre otros; los delitos de peligro, no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como es el caso del abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

Por su duración también los delitos se clasifican en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes, de los cuales se puede decir lo siguiente.

Los delitos instantáneos, son aquellos en que la acción que los consuma se perfecciona en un solo momento, “El carácter de instantáneo — dice Soler — no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria”⁴⁹.

El delito instantáneo puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos. Para la determinación de este tipo de delitos bajo el punto de vista de ésta clasificación se tiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito, no importando que, a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo, existiendo una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el delito de homicidio y en el delito del robo, por citar algunos ejemplos.

Tratándose de los delitos instantáneos con efectos permanentes, se aprecia que la conducta que se da en él, destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

Así por ejemplo, en el caso del delito de homicidio, se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre; en el caso del delito de lesiones, el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuye instantáneamente

⁴⁹ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, SA. México 1995, p. 138.

como resultado de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanece por un determinado tiempo.

En el caso del delito continuado se dan varias acciones y una sola lesión jurídica; es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Por ello Carrara explica que la continuidad en este delito debe buscarse en la discontinuidad de la acción.

Se dice que el delito continuo consiste en:

- Unidad de resolución
- Pluralidad de acciones (discontinuidad en la ejecución); y,
- Unidad de lesión jurídica.

Un ejemplo clásico de expresar este tipo de delito es donde se cita el caso de aquel sujeto que decide robar veinte botellas de vino, más para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

Según Alimena, en el delito continuado “las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación sola”⁵⁰, mientras que para Soler este delito se comete cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley.

En algunas codificaciones penales se integra el concepto de delito continuo como aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción

⁵⁰ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1995, p. 139.

o la omisión que lo constituyen (el Código Penal del D. F. en materia común y para toda la República en materia federal así lo señala).

Por otra parte, el delito considerado permanente Sebastián Soler lo define en los términos siguientes: “Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos”⁵¹.

Para Alimena existe el delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación. Permanece no solo el mero efecto del delito, sino el estado mismo de la consumación, a diferencia de lo que ocurre en los delitos instantáneos de efectos permanentes.

En el delito permanente puede concebirse la acción .como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; persistencia del propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución; tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el rapto, el plagio, etc.

Con fines exclusivamente didácticos, se explica en el presente espacio en que consiste el delito instantáneo, continuo y el delito permanente, en cuanto al primero se considera así en la conciencia y en la ejecución; en tanto que el continuado es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución y, el permanente, es continuado en la conciencia y continuado en la ejecución. El delito instantáneo puede representarse gráficamente por un (.), el continuado con una sucesión de puntos (...); y el permanente, con una raya horizontal (-).

⁵¹ CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1995, p. 140.

Además debe hacerse referencia al elemento acción ya que puede representar tres aspectos diversos con relación al tiempo:

1.- Desarrollarse y perfeccionarse en un momento relativamente corto, y entonces se está en presencia del delito instantáneo, como en el homicidio.

2.- Desenvolverse sin solución de continuidad en una forma idénticamente antijurídica, dándose en ello el delito permanente, como el rapto, y finalmente;

3.- Consistir en una serie discontinua de acciones parciales que mutuamente se integran, formando entre todas una sola agresión de conjunto al Derecho, y eso sucede en el continuado.

“Porte Petit enumera como elementos del delito permanente los siguientes:

- una conducta o hecho; y
- una consumación más o menos duradera.

A su vez el segundo elemento comprende tres momentos a saber:

- un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley;
- un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico, y;
- un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico”⁵².

⁵² CASTELLANOS Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, décima quinta edición, Editorial Porrúa, S. A. México, 1995, p. 140.

Algunos autores encuentran en el delito permanente dos fases: la primera, de naturaleza activa, consiste en la realización del hecho previsto por la ley; la segunda, de naturaleza omisiva, es el no hacer del agente, con lo que impide la cesación de la compresión del bien jurídico.

Contra el criterio anteriormente señalado se pronuncia Antoliseí al negar la existencia de tales fases. Para él “de esos dos momentos sólo uno de ellos es trascendente, o sea precisamente aquel que va de acuerdo con la conducta por el tipo descrita”⁵³.

Es de interés subrayar que el delito permanente requiere, esencialmente, la facultad, por parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta y dada la importancia de estas situaciones por ello se hicieron las clasificaciones antes transcritas con diversos criterios de relevantes autores juristas y estudiosos del Derecho Penal.

4.1.1. La Culpabilidad.

Si se tiene como base la culpabilidad, también se pueden clasificar los delitos y se les menciona como: delitos dolosos y delitos culposos, algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales.

Los delitos pueden ser intencionales o no intencionales o de imprudencia y es precisamente ahí donde se acepta la división entre delitos dolosos y culposos.

El delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico; en tanto que en los delitos culposos, no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y

⁵³ Ídem.

precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida común. Por otra parte, el delito es preterintencional cuando el resultado sobrepasa a la intención; si el agente, proponiéndose realizar la conducta sobrepasa en resultados se denomina preterintención.

Es necesario, para mejor comprensión de este apartado especificar lo relativo a la culpa, así entonces, debe decirse que la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito. La culpabilidad o la culpa es la que da origen, según la teoría psicológica, a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radicó en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no. De aquí la reprobación de su conducta, o sea, su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al Derecho.

Atendiendo a la causalidad psíquica y al juicio de valor que se traduce en un reproche, en una palabra, a la culpabilidad, puede presentar ésta dos grados diversos: dolo y culpa.

La acción, acto u omisión ha de contener uno u otra para hacer a alguien responsable a título de culpable y, por tanto, para constituir posible, aunque no necesariamente delito. Por el contrario, si ni la una ni la otra existen no habrá ni culpabilidad ni delito, la posibilidad de incriminación habrá desaparecido. Por ello se establece en el Derecho Penal Mexicano, con fórmula demasiado precisa que es, circunstancia excluyente de responsabilidad penal causar un daño (resultado) por mero accidente, sin intención (dolo) ni imprudencia (culpa) alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas; tratándose en este caso de un hecho casual o contingente, de una desgracia, como si ese hecho hubiera sido causado por una fuerza fatal de la naturaleza.

El dolo, puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará, pues, con dañada intención aquél que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción.

Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo.

De lo anterior se dan las siguientes definiciones de dolo “como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito (Jiménez de Asúa); como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito (Florian); como conocimiento y querer, de la concreción del tipo (Weltzel); o como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso (Cuello Calón), ... aunque se entiende que la valoración legal del fin no tiene que ser necesariamente prevista por el agente, pues puede ignorar que sea realmente ilegal ya que el delincuente dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica”⁵⁴.

Como elementos del dolo unas teorías subrayan como el mas importante la voluntad (teorías de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación). Elementos constitutivos del dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma, elementos intelectuales y emocionales. “No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin previsión. La voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin

⁵⁴ CARRANCÁ y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, décima edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1997, p. 399.

voluntad es vana. El derecho no puede prescindir de ninguna de las dos (Maggiore)
“55 .

En la Escuela Positiva, la noción de dolo se clarifica perfectamente, ya que afirma que para existir el mismo requiere de: voluntad, intención y fin; aquélla es la acción misma, la intención es el motivo de la acción y el fin es el resultado querido; qué, por qué y para qué; no basta, pues, con haber querido el hecho; es precisa, además, la intención de violar el Derecho con un fin antisocial y antijurídico.

El por qué, la intención, es el motivo determinante, que debe ser juzgado a la luz de la sana moral y de la utilidad social por el Juez, además, se añade a los señalados todavía un elemento más: la conciencia de la ilicitud del hecho; y así se dice que el análisis de la violación presenta cuatro elementos simples:

1.- La voluntad del acto en sí, esto es, la voluntariedad, que considera la producción del hecho en sí mismo (¿se quiso o no realizar el acto?);

2.- La intención, que corresponde al fin inmediato del acto, esto es, al efecto que el agente se propuso y trató de conseguir a querer un hecho, en suma, el fin inmediato anterior al delito se quería hacer el acto);

3.- El motivo psicológico o determinante, el móvil en fuerza del cual se quiere aquel acto, el motivo que impulsa éste, el fin lejano o remoto (se realiza por algún sentimiento) y;

4.- La conciencia del ilícito jurídico (esto es, la conciencia de lo injusto).

⁵⁵ Ibidem, p. 400

Existen de acuerdo a los elementos que intervienen la constitución o integración del dolo, grados del mismo, de los cuales se pueden hacer diferencias, ya que existe el dolo genérico y el dolo específico. El primero, consiste en la dañada intención, la que en materia penal se presume siempre por lo que ya no requiere prueba; en el caso del dolo específico, es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, siendo necesario probarlo correspondiéndole esta función al Ministerio Público ya que no se presume.

Existe otra clase de dolo que se le ha denominado *determinado* (intención directa de producir el resultado previsto), y éste se distingue del dolo indeterminado porque es el que conlleva una intención pero indirecta, por ello, se le ha llamado a esta división dolo directo y dolo indirecto.

Lo que se puede mencionar del dolo directo e indirecto es que su diferencia esencial radica en que en el uno el resultado corresponde a lo previsto y querido por el sujeto, quien actúa con el propósito de producirlo; y en el otro no, pues el resultado corresponde a lo previsto, pero que no es querido, aunque el sujeto no retrocede ante la posibilidad de que, en efecto, ocurra. El llamado también por ello, dolo mediato o de segundo grado.

Una especie más de dolo de segundo grado es el eventual. En él, se tiende a lesionar un derecho ajeno y se prevé, además, la posibilidad de lesionar otro más ocasionándose así un daño consecutivo, pero sin la voluntad positiva de causar este último resultado; de aquí que sea consecuencia lógica considerar como culposa la acción por cuanto se esperaba poder evitar el daño consecutivo, no lográndose por imprudencia en la especie imprevisión.

En el dolo eventual, el sujeto se representa como posible, la producción del resultado y esperando que no ocurrirá no se prescinde de desarrollar la acción; es

decir, el dolo consiste en la representación de un resultado ante el que no se retrocede, pero que no se le quiere.

Es menester mencionar que en el Derecho Penal Mexicano no se hace expresa mención de las denominaciones de dolo directo, ni de dolo indirecto, ni de dolo eventual, pero se le atiende después de establecer la presunción de intencionalidad *Juris tantum*, al prescribirse que dicha presunción no se destruirá aunque se pruebe que el acusado previó o pudo prever esta consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes.

Después de lo anteriormente expuesto en párrafos anteriores es claro determinar que existe una frontera sutil entre el dolo y la culpa por ello de imprescindible mención se convierte la idea de establecer el otro grado o especie de la culpabilidad que es: la culpa.

Se define la culpa "... como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado"⁵⁶.

Constituye la culpa o imprudencia el límite mínimo de la culpabilidad, cuyos grados, de mayor a menor son: el dolo, el dolo eventual, la culpa con representación y la culpa propiamente dicha, por supuesto fuera del ámbito de la culpabilidad queda el caso fortuito.

Para Carrara culpa "... es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho; es la falta de conciencia de

⁵⁶ *Ibidem*, p. 413.

la criminalidad de nuestros actos derivada de nuestra negligencia...”⁵⁷. Según Carrara, el trípede sobre el que descansa la noción de culpa lo constituían la voluntariedad, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de preverlo.

A estos tres elementos, se le puede añadir uno más, de evidente justificación teórico-práctica: la *prevenibilidad*; dando lugar al entendimiento de la culpa, como la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible.

Así concebida la culpa, gira como se ve, en torno al elemento subjetivo *previsibilidad* más el objetivo *prevenibilidad* y permite mantener la imputabilidad por vicio de la voluntad (culpa), a diferencia del vicio del sentimiento (dolo).

Esta última noción hace que la culpa gire sobre el elemento objetivo denominado *voluntaria causalidad*; en efecto, el hombre debe responder de todo aquello de que es voluntaria causa y que ofende al derecho; la voluntariedad inicial y los medios antijurídicos son, por eficaces, la base del nuevo concepto; el evento dañoso y contrario al derecho es punible cuando es el producto inmediato de un acto voluntario del hombre que, si bien no se halla dirigido a un fin antijurídico, se ha manifestado con medios que se revelan como no normales a la idea del Derecho.

Ahora bien, para que en el Derecho Penal Mexicano se integre el grado de culpabilidad constituido por la imprudencia, se requiere que el sujeto cause una acción (acto u omisión) imprudentemente en el amplio sentido de esta palabra, y que cause un resultado antijurídico y penado por la ley, previsible normalmente y humanamente evitable. Sobre el elemento psicológico de la culpa se dice en el Derecho que consiste en la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o

⁵⁷ *Ibidem*, p. 414.

de cuidado; y, sobre la punibilidad del resultado, se dice que la imprudencia ha de causar igual daño que un delito intencional.

Tratándose de la previsibilidad y evitabilidad del evento, la ley penal impone al Juez, tomar en cuenta las especiales circunstancias siguientes:

- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resulte;
- Sí para esto bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;
- Sí el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y;
- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras y en general, por conductores de vehículos.

Los elementos señalados se encuentran resumidos en la teoría orgánica de la culpa de Liszt, el cual menciona que : "... para la existencia de la culpa se requiere: 1. falta de precaución en la manifestación de voluntad, es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por las circunstancias y medio, en general, por la naturaleza objetiva de la acción; la no aplicación de la atención, el no cumplimiento debido, es lo que se llama falta de voluntad; 2. falta de previsión, o sea que el agente haya podido prever el resultado como efecto del acto y reconocer sus elementos esenciales, todo ello dadas las facultades mentales del sujeto en general y en el momento de la acción, es decir, según una medida subjetiva especial, pues a lo que se atiende es a la falta de previsión y no a la inteligencia; y 3. falta de sentido de la significación del acto, es decir, no haber

reconocido, siendo posible hacerlo, la significación antisocial del acto, a causa de la indiferencia de la gente frente a las exigencias de la vida social”⁵⁸.

De aquí que la teoría del delito de imprudencia se integre en el Derecho Penal Mexicano con los siguientes elementos:

- a) un daño con tipicidad penal;
- b) existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o falta de cuidado, el cual se manifiesta en actos u omisiones;
- c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño;
- d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto u omisión causal.

También debe mencionarse que aparte de todo lo anterior, en la culpa se distinguen grados y se tiene la culpa consciente o con representación, en la que se prevén las consecuencias del resultado esperado que no ocurran; y la culpa inconsciente o sin representación en la que no se prevén dichas consecuencias.

En el Derecho Penal se distingue entre culpa leve y grave y se deja su calificación al prudente arbitrio del juez, para lo que deberá tomar en cuenta, especialmente, la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño, si para esto bastara una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencias, si el acusado delinquirió anteriormente en circunstancias semejantes, si

⁵⁸ *Ibidem*, p. 417.

tuvo tiempo para obrar con reflexión y el cuidado necesarios y el estado del equipo, etc. Podría agregarse, que también se admite la culpa levísima y que incluso en la normación penal se le define en algún caso específico, señalando que cuando por imprudencia se ocasione únicamente daño en propiedad ajena con un monto que no exceda de determinada cantidad, se sancionará con una infracción pecuniaria, es decir, la culpa levísima, cuya consecuencia penal es, aparte de la penalidad específica, que el delito pase a convertirse en privado haciéndose necesaria la previa querrela del ofendido para su persecución.

4.2. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.

En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos. Llámense delitos simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única; por lo que respecta a los delitos complejos, éstos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente. Edmundo Mezger, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

Ahora bien, no es lo mismo delito complejo que concurso de delitos; en el delito complejo la misma ley crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

Debe hacerse en esta clasificación una diferencia entre los delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, éstos últimos, además, no deben confundirse con los delitos complejos. Tal clasificación atiende al número de actos integrantes de la acción típica; los delitos unisubsistentes, se forman por un solo acto, mientras los plurisubsistentes, constan de varios actos.

Expresa Soler “que en el delito plurisubsistente, a diferencia del complejo, cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye, a su vez, un delito autónomo”⁵⁹. Así, para imputar el ejercicio ilegal de una determinada conducta, es preciso que la actividad imputada conste de varios hechos homogéneos, pues para la existencia del delito es requerida la habitualidad.

El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en si mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado *de varios actos*, sean éstos idénticos o no; en tales condiciones, un mismo delito se da unas veces mediante diversos actos y otras con uno solo. Sin embargo, para que no exista confusión alguna para identificar a los delitos plurisubsistentes y sobre todo para distinguirlos de los delitos complejos debe considerarse al delito que comporta en su elemento objetivo una repetición de conductas similares que aisladamente no devienen delictuosas, porque el tipo se colma del concurso de ellas como plurisubsistentes.

4.3. DELITOS COMUNES Y FEDERALES.

La clasificación de delitos comunes y federales es en relación a la materia, por ello debe comprenderse que los delitos comunes constituyen la regla general ya que se formulan en las leyes dictadas por las legislaturas locales; en cambio, tratándose de los delitos federales, se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

⁵⁹ *Ibíd*em, p. 142.

Los delitos de orden federal son los enumerados en la fracción I del artículo 50 de la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1995 los cuales se pueden ser sujetos de la siguiente clasificación

I. Por razón del lugar:

a) Los cometidos en el extranjero, en los casos previstos en los artículos 2°, 3° y 4° del Código Penal Federal;

b) Los ejecutados a bordo de los buques nacionales o extranjeros y aeronaves, en los casos a que hace referencia el artículo 5°, fracciones I a IV, del propio Código;

c) Los cometidos en embajadas y legaciones mexicanas (fracción V del artículo 5° del Código Federal);

d) Los cometidos en las embajadas y legaciones extranjeras (inciso d de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

e) Los cometidos en el territorio insular, dependiente de la Federación (artículo 48 de la Constitución Federal) y

f) Los cometidos en los inmuebles sujetos a la jurisdicción federal (artículo 132 de la Constitución).

II. Por razón de las personas, sujeto pasivo o activo:

a) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo (inciso e de la fracción 1 del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

b) Los cometidos por un servidor o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas (inciso f de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

c) Los cometidos en contra de un servidor o empleado federal, en ejercicio de sus funciones con motivo de ellas (inciso g de la fracción I del artículo 50 de la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

d) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal.

III. Por razón del lugar y de la persona, sujetos activos o pasivos;

a) Los oficiales o comunes cometidos en el extranjero por los Agentes diplomáticos, personal oficial de la República y Cónsules mexicanos (inciso c de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

b) Los cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal (fracción I del artículo 2° del Código Penal federal) y;

c) Los cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o en contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos (artículo 4° del código Penal Federal).

El cambio de nacionalidad de alguno de los sujetos, activo o pasivo, posterior a la comisión del delito, no sustrae a éste del conocimiento de la jurisdicción federal mexicana.

IV. Por razón del delito:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados (inciso a de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

b) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado (inciso h de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

c) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque este se encuentre descentralizado o concesionado (inciso i de la fracción I del artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación);

d) Todos aquellos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación (inciso j de la fracción y artículo multicitado y;

e) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal, cuando se prometa o proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal (inciso k de la propia fracción y artículo).

V. Por atracción.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que el Fuero Federal es atractivo, por lo que en caso de concurso ideal de delito, conocerá de todos ellos, si uno es federal. (Compilación de 1917-1975, primera parte. Tesis 158).

La jurisdicción federal se ejerce en primera instancia por los Juzgados de Distrito, y en segunda por los Tribunales Unitarios de Circuito. Todos los delitos no incluidos en alguna de las enumeraciones anteriores son delitos de orden común y la persecución de los mismos incumbe al Procurador de Justicia de las diferentes Entidades Federativas. Son juzgados por los jueces de Primera Instancia de cuyas resoluciones se pueden recurrir en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado.

4.4. DELITOS INFORMÁTICOS.

Como se ha mencionado la Informática ha irrumpido en el mundo y ha penetrado en cada uno de los aspectos de la vida cotidiana, brindando múltiples beneficios a la sociedad, sin embargo, de la misma manera en que representa una

herramienta favorable, también se ha convertido en un instrumento para la comisión de verdaderos actos ilícitos.

Este tipo de actitudes ilícitas encuentran su origen en el propio surgimiento de la tecnología informática, ya que es imposible concebir el delito informático, sin la existencia de las computadoras.

En las últimas cuatro décadas, ha aparecido un nuevo tipo de acto delincencial, cuyo sujeto activo no usa herramientas típicas para cometerlo, sino que ahora maneja y tergiversa la información, valiéndose de los medios electrónicos a su alcance y en la más completa libertad; de ahí su peligrosidad.

El delito informático o electrónico aumentó su número de acciones delictivas en un término muy corto; la popularidad que últimamente han tenido las computadoras personales, ha provocado un mayor número de usuarios y con ello, el potencial delictivo ha ido en aumento.

Hay una infinidad de ilícitos que se producen a través de las computadoras, y los delincuentes electrónicos proliferan día a día; es por tal motivo que se hace cada vez más necesaria, la existencia de una reglamentación jurídica penal adecuada a los nuevos tiempos, que trate de evitar en lo posible, la comisión del delito electrónico o informático y sus efectos.

Establecer un concepto sobre delitos informáticos, es una labor ardua y difícil en virtud de que para hablar del término delitos informáticos, se requiere que éstos estén contemplados en los textos jurídico-penales de todos los países.

Algunas personas consideran que los delitos informáticos como tales no existen, argumentan que solo se trata de delitos normales cuya única diferencia estriba en el tipo de herramientas empleadas para cometer el ilícito o en los objetos

sobre los cuales se produce, sin embargo, esta es una visión muy limitada de la realidad.

No obstante a lo que muchas personas piensan, algunos tratadistas penales que han incursionado en el tema, se han dado a la tarea de conceptualizar el término *delitos informáticos o electrónicos*.

El autor Julio Téllez Valdés, el cual se ha citado a través de todo este trabajo de investigación, elaboró un concepto típico y uno atípico para definir el término *delitos informáticos*, estableciendo de esta manera que “los delitos informáticos son actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”⁶⁰.

En el mismo sentido, María de la Luz Lima define el delito por computadora como “cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, su técnica y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin)”⁶¹.

El autor español Romeo Casabona se refiere a la definición propuesta por el Departamento de Justicia Norteamericana, según la cual, “delito informático es cualquier acto ilegal en relación con el cual el conocimiento de la tecnología informática es esencial para su comisión, investigación y persecución”⁶².

La definición que presenta la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo señala que “cometerá delito informático la persona que maliciosamente use o entre a una base de datos, sistema de computadoras o red de computadoras o a cualquier parte de la misma con el propósito de diseñar,

⁶⁰ TÉLLEZ Valdés Julio, Óp. Cit nota No.2, p.104.

⁶¹ RÍOS Estavillo Juan José, Derecho e Informática en México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Número 83, México D. F. 1997, p.116.

⁶² TÉLLEZ Valdés Julio, Óp. Cit nota No.2, p.117.

ejecutar o alterar un esquema o artificio, con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información. También comete este tipo de delito el que maliciosamente y a sabiendas y sin autorización intercepta, interfiere, recibe, usa, altera, daña o destruye una computadora, un sistema o red de computadoras o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red”⁶³.

En virtud de lo anteriormente descrito, se puede concluir estableciendo que por *delito informático* se debe entender, toda conducta no ética, típica, antijurídica, culpable y punible cometida a través de cualquier sistema informático y/o telemático, ya sea que éste sea empleado como medio o como fin para llevar a cabo el delito.

Desde el punto de vista general, se han determinado ciertas características fundamentales de los delitos informáticos, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:

- Son conductas criminógenas de cuello blanco, en virtud de que sólo un determinado número de personas con los conocimientos suficientes en el ámbito de la informática puede llegar a cometerlos; sin embargo en la actualidad, el número de delincuentes informáticos se ha incrementado, debido a que los medios para cometer un delito de esta naturaleza están al alcance de casi todos los individuos.
- Son acciones que en múltiples ocasiones se llevan a cabo durante el desarrollo de las actividades profesionales del individuo; es decir, cuando el sujeto se encuentra laborando.
- Son acciones que se llevan a cabo aprovechando una ocasión, en la mayoría de las veces, creada por el propio sujeto, por lo que se les llama acciones de oportunidad.

⁶³ RÍOS Estavillo Juan José, Óp. Cit Nota No. 61, p. 117.

- Son de consumación casi instantánea, ya que en milésimas de segundo y sin requerir necesariamente de una presencia física, pueden llegar a realizarse.
- Provocan grandes daños y pérdidas económicas a sus víctimas.
- Los casos de delitos informáticos son cada vez más y las denuncias contra éstos son muy pocas, lo cual, ante la ausencia de disposiciones regulatorias al respecto, contribuye a que la delincuencia informática siga proliferando.
- Debido a su carácter técnico, son muy difíciles de comprobar, por lo que procuran a sus autores una probabilidad bastante alta de alcanzar sus objetivos sin ser descubiertos.
- Por estar los sistemas informáticos al alcance de todos los individuos; ofrecen grandes facilidades para su comisión, incluso a los menores de edad.
- Carecen de regulación jurídica en las Legislaciones Penales del país, por lo que siguen considerándose como ilícitos impunes en México.
- Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación.

De lo anterior, se advierte la peculiaridad que guardan los delitos informáticos frente a otro tipo de conductas criminales, lo que los distingue como una nueva modalidad de ilícitos cometidos a través de los medios informáticos.

Para algunos autores, los delitos informáticos se pueden clasificar, atendiendo al provecho que producen para el autor del delito y el daño que provocan

en los sistemas informáticos como entes físicos; o bien, en atención al agravio que le ocasionan a un individuo o grupos de individuos, en su integridad física.

Para otros, la clasificación de los delitos informáticos se realiza de acuerdo a los fines que se persiguen al cometer las conductas delictivas en los sistemas informáticos, desde esta perspectiva dichos delitos se clasifican atendiendo a dos puntos de vista:

- Delitos con medios informáticos, que son aquéllos en los cuales la computadora o sistemas informáticos son empleados como herramienta o medios de comisión del delito.
- Delitos contra medios informáticos, que son aquéllos en los cuales se provoca una lesión en el contenido de la información de un sistema, causando un perjuicio o afectación a los datos procesados o almacenados, o bien, a los propios programas del sistema.

Por su parte, el autor Juan Diego Castro Fernández establece que hay ciertos delitos informáticos que se adecuan a figuras tipificadas en el Código Penal, y en atención a los bienes jurídicamente afectados, realiza la siguiente clasificación de los delitos informáticos.

- Delitos contra las personas.- Lo cual se puede dar desde el punto de vista de que la medicina moderna ya cuenta con sistemas informáticos como medios para diagnóstico clínico, por lo que es posible que se pueda dar un uso indebido de la computadora, por dolo o culpa del médico, ocasionando con ello un agravio en contra del paciente.
- Delitos contra el honor.- Esto puede suceder en el caso de que se incluya información falsa de carácter injurioso en un archivo electrónico de un

determinado individuo, lo cual en el momento de darse a conocer cause un perjuicio al honor de la persona; o bien, que se conserve información falsa de alguna persona en registros electrónicos.

- Delitos contra la propiedad.- La mayoría de los delitos informáticos encuadran dentro de esta subclasificación, en virtud de que en múltiples ocasiones el móvil de éste tipo de delitos es afectar un bien en propiedad de alguien. En este sentido, los principales delitos contra la propiedad, según lo establecido por el autor Castro Fernández son los siguientes:

- Manipulación (Fraude Informático): Existe manipulación en el programa o consola, lo cual puede afectar tanto a la fase de suministro o alimentación de datos, como a su salida o procesamiento.

- Espionaje: Mediante esta actividad se obtienen datos o programas sin autorización de su propietario o titular, o bien, se divulgan aquéllos que han sido obtenidos legítimamente.

- Sabotaje: Este tipo de conductas se propone la destrucción o incapacidad de los sistemas informáticos o de algún elemento de las estructuras (hardware o software).

- Hurto de tiempo: Es la utilización indebida de los sistemas informáticos por parte de los empleados o extraños, cuestión que puede provocar pérdidas considerables, especialmente en los sistemas de procesamiento de datos a distancia, en los cuales se emplean accesos con números de cuenta ajenos.

Para Julio Téllez Valdés, los delitos informáticos deben clasificarse en atención a dos criterios: 1.- como instrumento o medio, o 2.- como fin u objetivo. De

tal forma que entre las principales conductas crimínógenas que emplean a las computadoras como medio para la comisión del delito, se encuentran:

- Falsificación de documentos a través de los sistemas informáticos (tarjetas de crédito, cheques, etc.).
- Variación de los activos y pasivos de la contabilidad de las empresas.
- Planeación o simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, etc.).
- Robo de tiempo de computadora.
- Lectura, sustracción o copiado de información confidencial de la base de datos.
- Modificación de datos (en su entrada o salida).
- Aprovechamiento indebido o violación de un código para introducirse a un sistema con el fin de infiltrar instrucciones inapropiadas (esto es lo que se conoce con el nombre de Caballo de Troya).
- Variación en cuanto al destino de cantidades de dinero hacia cuentas bancarias apócrifas, método comúnmente conocido como *Técnica del Salami*.
- Uso no autorizado de programas de acceso universal (Superzapping o Llave Maestra).
- Puertas con trampa, es decir, utilización de interrupciones en la lógica de un programa en la fase de desarrollo para su depuración y uso posterior de éstas con fines lucrativos.

- Alteración del funcionamiento de los sistemas informáticos a través de los *virus informáticos*.

- Obtención de información residual, obtenida a través de la impresión de trabajos o de la captura en cinta magnética en memoria después de la ejecución de un trabajo.

- Acceso a áreas informatizadas en forma no autorizada.

- Intervención de las líneas de comunicación para acceder o manipular los datos que son transmitidos.

Dentro de las conductas críminógenas que van dirigidas en contra de los sistemas informáticos como entidad física (clasificación de los delitos informáticos como fin u objetivo) se encuentran los siguientes:

- Programación de instrucciones que tienen como fin bloquear en forma total el sistema.

- Destrucción de programas.

- Daño a la memoria de los sistemas informáticos.

- Daños o atentados físicos contra la computadora y sus accesorios.

- Sabotaje político o terrorismo, en los cuales se destruye o haya un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados

- Secuestro de soportes magnéticos que contengan información valiosa con fines de chantaje (pago de rescate, etc.)

Para otros a pesar de que el término delito informático engloba tanto a los delitos cometidos en contra de los sistemas informáticos, como a los cometidos mediante su uso, proponen realizar la siguiente clasificación:

- Delitos e infracciones tradicionalmente denominados informáticos, dentro de los cuales se pueden destacar:

- El acceso no autorizado a sistemas informáticos, mediante el uso ilegítimo de passwords.

- Destrucción de datos (a través de los llamados *virus informáticos, bombas lógicas y demás actos de sabotaje informáticos*).

- Infracción de los derechos de autor.

- Infracción del copyright de bases de datos.

- Intercepción de e-mail (violación de la correspondencia).

- Estafas electrónicas (a través de la proliferación de compraventas telemáticas).

- Transferencia de fondos.

- En segundo término, clasifican a los delitos informáticos en *delitos convencionales*, es decir, aquéllos que están plenamente tipificados por las legislaciones penales de los países y en los cuales no se requiere el empleo de medios informáticos para su comisión, y son los siguientes:

- Espionaje.- Se han dado casos de acceso no autorizados a sistemas informáticos gubernamentales, así como interceptación de correo electrónico del servicio secreto.

- Espionaje Industrial.- La existencia de hots, que permiten guardar la identidad de los remitentes, ha sido aprovechada en muchas ocasiones por terroristas, para emitirse consignas y planear su actuación a nivel internacional.

- Narcotráfico.- Es común el envío de mensajes encriptados entre narcotraficantes, para ponerse de acuerdo con los cárteles, por lo que el FBI y el Fiscal General de los Estados Unidos, han alertado sobre la necesidad de establecer medidas que permitan interceptar y descifrar dichos mensajes.

- Y en tercera clasificación establecen los malos usos o también llamados cybertorts, entre los cuales se encuentran los siguientes:
 - Usos comerciales no éticos.
 - Actos parasitarios como obstaculización de comunicaciones ajenas, mensajes con insultos personales, interrupciones en formas repetidas, etc.

 - Obscenidades, entre las cuales se pueden encontrar los insultos, mensajes raciales, satánicos u otros: y el llamado terrorismo informático, que consiste en mostrar fotografías pornográficas e imágenes que muestran violencia, muerte y destrucción en páginas destinadas a niños y a adolescentes.

De acuerdo a lo reseñado, se puede establecer que la clasificación general que se hace en torno a los delitos informáticos, atiende principalmente al fin que se persigue al momento de llevar a cabo la conducta ilícita que llega a afectar negativamente a un tercero.

Es así como finalmente se puede llegar a considerar que por cuanto hace a los delitos informáticos, existen tres tipos de comportamiento que se adecuan básicamente a su comisión:

1.- El acceso no autorizado, que hace deliberadamente un usuario a un a red, un servidor o un archivo.

2.- Actos dañinos o circulación de material dañino, que se traduce en el robo o copia de archivos (piratería), introducción de información negativa o de virus informáticos; alteración, modificación o destrucción de datos o de software (sabotaje).

3.- Intercepción no autorizada, en la cual el infractor obtiene información no dirigida a él, mediante la intrusión de comunicaciones relativas a sistemas informáticos o telemáticos.

El autor Oliver Hance cita en su obra *Leyes y Negocios en Internet*, que... “las estadísticas más recientes sobre la comisión de delitos informáticos, indican alrededor de 72 mil intentos diarios por lograr acceso ilegal a algún sistema informático, además establece que se estima que aparecen seis virus nuevos cada día y se han identificado más de mil virus informáticos”⁶⁴.

La cantidad de estas operaciones fraudulentas dan una idea del daño informático y económico que se genera con la comisión de este tipo de ilícitos. Tan sólo en Estados Unidos de Norteamérica se calcula que se generan perjuicios económicos por los delitos informáticos que superan los diez mil millones de dólares; en México, la situación es menos impactante, sin embargo la necesidad de

⁶⁴HANCE Oliver. Suzan Dionea Balz, *Leyes y Negocios en Internet*, Traducción de Yasmín Juárez Parra, Revisión Técnica: Gabriela Barrios Garrido, Editorial McGraw Hill (Sociedad Internet de México), Traducido de la primera edición en inglés de *Business and Law on the Internet*, México 1996, p. 45.

establecer una solución que frene tal problemática a la brevedad posible es algo contundente.

4.5. MARCO JURÍDICO PENAL APLICADO A LA INFORMÁTICA.

El concepto de bien jurídico fue empleado por primera vez por Ihering para precisar el objeto de protección de las normas de Derecho, para algunos otros juristas como Nawiasky, se debe hablar de fin jurídico o interés jurídicamente protegido, pues el concepto positivista de Derecho subjetivo cabe perfectamente en estos términos.

De acuerdo a la teoría positiva, el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo a su propio criterio. Según la misma teoría, el legislador observa la realidad social y de acuerdo a ésta y a su ideología, determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean la vida, la libertad, la propiedad, la honra, etc., y la forma que se utiliza para proteger dichos bienes jurídicos determinados por el legislador, es mediante el uso de una sanción que puede ser civil o penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consigna los bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían estar protegidos; de esta forma el artículo 14° Constitucional indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución lo prescribe.

El hablar de los bienes jurídicos, es hablar de valores esenciales para la sociedad que, por su importancia, son protegidos por el Derecho Penal mediante la tipificación de delitos que atentan en su contra, así, cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico.

Sin embargo, por lo que se refiere a la materia que se analiza en este trabajo de investigación, existe una gran problemática, ya que no se ha llegado a identificar y justificar plenamente, desde la perspectiva normativa y doctrinal, el bien jurídicamente tutelado en los delitos informáticos. Tal parece que los autores y legisladores de los países en donde dichos ilícitos ya se encuentran regulados aún no se ponen de acuerdo en cuál es el bien jurídico vulnerado al cometerse un delito de esta índole.

En su obra *Derecho e Informática en México*, Juan José Ríos Estavillo, establece que se debe de identificar plenamente en un esquema primario, el bien jurídicamente tutelado en los delitos informáticos y opina; "... no podemos decir que lo que se tutela es la intimidad o la protección de la información personal, porque no sólo se protegen éstos, sino también aquellos que deriven de la seguridad nacional, o datos en materia de seguridad pública o en seguridad industrial, por lo cual no podemos tomar una parte como el todo, sino al todo con todas sus partes"⁶⁵.

Según lo aseverado por este autor, se debe considerar que el bien jurídicamente tutelado en los ilícitos informáticos es la *información* en general, ya que, por las características de los delitos informáticos, lo que se protege es la información contenida en bancos y bases de datos, redes de computadoras o simples computadoras personales; comprendiendo dentro de dicha información, tanto lo que se deriva de un lenguaje natural como del informático.

Ahora bien, una vez que se ha establecido que la *información* es el interés social digno de tutela penal en los delitos informáticos, hay que determinar si se está frente a un bien jurídico penal de carácter individual o colectivo.

⁶⁵ RÍOS Estavillo Juan José, *Derecho e Informática en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Núm.83, México, D. F. 1997, p. 128.

El carácter colectivo que se le atribuye al bien jurídico tutelado en los delitos informáticos, se da tomando en consideración que la información es un interés social vinculado a la actividad empresarial.

La valoración del merecimiento de protección que se le debe otorgar a aquellos intereses que, como la información, tiene un inminente carácter colectivo, debe abordarse en función de la trascendencia que dicho bien tenga para los individuos.

Esto quiere decir que, no resulta suficiente que el interés social trascienda a la generalidad para que se compruebe el merecimiento de su protección, sino que precisa también que su lesión o puesta en peligro puedan provocar un daño a los individuos integrantes del grupo social.

En contraposición a lo anteriormente señalado, para otros autores como Luís Manuel C. Meján, el bien que se debe tutelar en los delitos informáticos es la intimidad y más específicamente la *intimidad informática*.

C. Meján, establece que aunque el derecho vigente en el país contiene un buen número de disposiciones que regulan la materia de la intimidad y la información, es evidente que hay lagunas que han sido creadas por el avance tecnológico, las cuales deben ser colmadas con una adecuada legislación sobre la intimidad y en específico, sobre la intimidad informática, en la que se estipulen y regulen los derechos de los individuos a conocer, modificar, extraer las informaciones que sobre sí, obtienen tanto de los particulares, como el Estado, y el uso correcto que debe hacerse de dicha información.

Asimismo afirma, que la inclusión de la intimidad informática como garantía fundamental en el texto de la Carta Magna, "... sería un reconocimiento justo a la dignidad del ser humano en la problemática que nuestro tiempo pide".

En efecto, tal como lo asevera Fabio Rubén Troncozo Auld, en su estudio titulado *México: El Derecho a la Intimidad y el Derecho a la Información ¿Garantías encontradas?*, el hombre al nacer lo hace libre físicamente, y él mismo, tiene libertad para dar a conocer de sí ante los demás lo que su voluntad le sugiera, pero con la informatización de la sociedad, esto parece ser imposible. Con la gran inseguridad existente en el almacenamiento, ensayo, recopilación o transmisión de datos en las redes de las empresas públicas o privadas; así como con la manipulación de sistemas informáticos ajenos, la intimidad de las personas se ve quebrantada.⁶⁶

Si bien es cierto que la información es un elemento indispensable en la vida de hombre para la adecuada toma de decisiones, y que el hombre nace con el derecho a estar informado, también es cierto que él mismo tiene plena facultad para decidir qué información desea compartir con los demás individuos de su sociedad y cuál desea reservar para sí mismo.

En este sentido es posible apreciar que, el derecho a la intimidad así como el derecho a la información, son necesarios en estos tiempos para el hombre, pero al abusar del derecho a ser informado se transgrede el derecho a la intimidad.

Algunos otros estudiosos del derecho consideran que detrás de delito informático no existe un bien jurídico específico y que sólo se tratan de formas de ejecución de delitos que afectan bienes jurídicos de protección penal ampliamente reconocida. Pero quienes sostienen esto, confunden a los delitos informáticos con ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal, sin entender que los delitos informáticos son conductas nuevas que por su peculiar naturaleza no se subsumen en la típica descripción de los delitos convencionales, por lo que se debe de admitir la existencia de un bien jurídico propio para esta nueva modalidad de delitos.

⁶⁶ MEJÁN Luís Manuel C., *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, segunda edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1996, p. 130.

El criterio seguido por los autores que afirman que el bien jurídico a protegerse dentro de un análisis de delitos informáticos, es la información, se encuentran en lo correcto, ya que sí bien es cierto que hasta hace unos años el merecimiento de protección penal en el interés social aquí abordado hubiese resultado cuestionable, hoy, el fenómeno informático en el que se halla inmersa la sociedad, ubica al bien jurídico de la información en una posición de absoluto y comprensible merecimiento de resguardo en sede penal.

4.5.1. Necesaria Adecuación al Fenómeno.

Con la informatización de la sociedad, la proliferación de centrales de cómputo y el aumento en el número de usuarios de éstas a dado lugar al surgimiento de un nuevo tipo de acto delincencial, y con él, un nuevo tipo de delincuente que para cometerlo no usa las herramientas típicas, sino que en su lugar maneja y tergiversa la información contenida en las bases de datos de los sistemas informáticos.

Los sujetos que cometen los delitos informáticos, o mejor dicho los delincuentes informáticos, son personas que poseen ciertas características que no presentan el común denominador de los delincuentes.

En muchos de los casos no necesariamente se requiere que el sujeto activo desarrolle actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos, sino que basta tan solo con que dicho sujeto sea diestro en el manejo de los sistemas informatizados.

El nivel de aptitud de los delincuentes informáticos, ha sido tema de controversia, ya que mientras algunos autores sostienen que el nivel de aptitudes no es indicador de delincuencia informática, otros aducen que los posibles delincuentes informáticos son personas sumamente inteligentes, decididas,

motivada y ansiosas de aceptar un reto tecnológico, aunque se puede afirmar que en la mayoría de los casos son personas carentes de principios.

La tendencia educacional que presenta la sociedad actual, hace pensar a los jóvenes en el delito informático como algo atrayente, lleno de audacia; y el cometerlo les produce en la mayoría de los casos una satisfacción visceral, de ahí parte el material humano que comete este tipo de ilícitos.

Hay otra situación preocupante en cuanto a los delincuentes informáticos; ya que debido a la gran disponibilidad de los sistemas informáticos, los cuales se encuentran fácilmente al alcance de cualquier persona sea ésta adolescente o adulto, se ha detectado que la edad de los delincuentes de esta naturaleza está ya entre los 13 a 15 años en adelante, de ahí que en cuanto más avanza la edad y la experiencia de impunidad, se desarrollan mayores capacidades para delinquir.

Como se puede apreciar de acuerdo a lo anteriormente reseñado, el sujeto activo del delito es una persona de cierto status socioeconómico, puede ser menor o mayor de edad, la comisión de este tipo de delitos no puede explicarse por pobreza del delincuente, ni por mala habitación, ni por carencia de recreación, ni por baja educación, ni por poca inteligencia, ni por inestabilidad emocional. Más bien se trata de personas carentes de principios, que consideran sus desviaciones morales y éticas como algo audaz, y no como un conflicto.

Tomando en consideración las características de los sujetos activos en los delitos informáticos, los estudiosos en la materia los han catalogado como *delitos de cuello blanco*, sin embargo, esta caracterización obedece no al interés protegido como sucede en los delitos convencionales, sino tomando en cuenta al sujeto activo que los comete.

En cuanto al sujeto pasivo de los delitos informáticos, en primer término se debe distinguir que es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, o bien, el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo, por lo que en el caso de los delitos informáticos, las víctimas o sujetos pasivos pueden ser personas físicas o morales, instituciones crediticias, entes gubernamentales, etc., que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros.

Pero para poder ser considerado sujeto pasivo en los delitos informáticos, requiere ser cumplida una condición específica, que es la de ser titular de la información de carácter confidencial y privada, almacenada en forma digital, es decir, en un sistema informático, la cual es vulnerada por el delincuente informático al llevar a cabo la conducta ilícita. De tal forma, que no puede ser sujeto pasivo de un delito informático, quien no posea una información digital que revista cierto valor que requiera su confidencialidad; o bien detente dicha información pero ésta no se encuentre en formato digital o sea registrada en un medio informático.

El sujeto pasivo es sumamente importante en el estudio de los delitos informáticos, ya que es a través de él como se pueden conocer las diversas conductas delictivas en las que incurren los sujetos que cometen este tipo de ilícitos y de esta forma tener la posibilidad de actuar en prevención de las acciones antes mencionadas.

Sin embargo, en México e incluso en muchos de los países desarrollados resulta prácticamente imposible conocer la verdadera magnitud de los delitos informáticos, ya que en gran parte de éstos no son descubiertos o lo que es peor, no son denunciados ante las autoridades, aunándose a ello la existencia de leyes que protejan a las víctimas de este tipo de delitos y la falta de preparación por parte de las autoridades para comprender, investigar y aplicar un tratamiento jurídico adecuado a esta problemática.

En muchos de los casos esta situación es provocada debido al temor de las empresas víctimas de delitos informáticos, de denunciar este tipo de ilícitos, por el desprestigio que esto pudiera ocasionar a su empresa y las consecuentes repercusiones económicas que ello traería aparejado consigo.

Para poder tener una prevención efectiva de la criminalidad informática se requiere entre otras cosas, educar a las víctimas potenciales (sujetos pasivos) de los delitos informáticos sobre las técnicas de manipulación y de encubrimiento utilizadas por los delincuentes informáticos para cometer sus ilícitos; así como estimular en ellos la confianza pública de denunciar esta clase de delitos ante las autoridades encargadas de detectar, investigar y prevenir los delitos informáticos, otorgándoles de esta manera protección penal.

Ahora bien, para adecuar dentro de la legislación penal las conductas ilícitas que se dan en el fenómeno informático, debe conocerseles, siendo las más comunes las siguientes: a) Hacking. b) Cracking, c) Phreaking, d) Virucker y e) Carding.

a) Hacking: La palabra *hacking* proviene del inglés *hack* que significa *hachar* y es el término que se usaba hacia los años 50's en los Estados Unidos para describir la manera en que los técnicos telefónico reparaban las cajas descompuestas, ya que estos utilizaban como herramienta principal de reparación un golpe seco al artefacto con fallas, es decir, un *hack*, de ahí que a estos individuos se les diera el nombre de *hackers*.

En la terminología informática un *hacker* es aquél individuo que “intercepta dolosamente un sistema informático para dañar, apropiarse, interferir, desviar, difundir y/o destruir información que se encuentra almacenada en ordenadores pertenecientes a entidades públicas o privadas”.

La actividad de *hackear* puede tener diferentes finalidades y alcances, así, en la mayoría de los casos, los *hackers* acceden sin autorización a los sistemas informáticos con el objeto de satisfacer su curiosidad al husmear el contenido de la información protegida en los archivos o programas, o bien, para superar los controles, probar la vulnerabilidad del sistema para mejorar su seguridad, sustraer, modificar, dañar o eliminar información; Y éstas motivaciones pueden deberse también a diversos intereses ya sea que lo hagan con ánimo de lucro, por posturas ideológicas anarquistas, avidez de conocimientos, orgullo, propaganda, política, etc.⁶⁷

Para algunos autores, el término *hacker* significa intrusismo informático ilegítimo, no autorizado, y supone el acto de violentar las barreras de seguridad predispuestas por su titular para proteger la información para acceder al sistema, o bien, porque el ingreso se realiza en contra de la presunta voluntad de aquél; en estas circunstancias, todas estas conductas, deben ser objetos de sanción penal, ya que el intrusismo informático, es la penetración por la fuerza a un sistema informático.

El jurista chileno Claudio Manssur, expresa en su artículo *Chile: Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones*, publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático, que el hacking puede dividirse en directo e indirecto.

Este autor expresa que el hacking propiamente dicho “es un delito informático que consiste en acceder de manera indebida, sin autorización o contra derecho a un sistema de tratamiento de la información, con el fin de obtener una satisfacción de carácter intelectual por el desciframiento de los códigos de acceso o passwords,

⁶⁷ BARRIOS Garrido Graciela, et. al. Internet y Derecho en México, Editorial McGraw Hill, Sociedad Internet en México, México 1998, p. 103.

no causando daños inmediatos o tangibles en la víctima, o bien por la mera voluntad de curiosear o divertirse de su autor “⁶⁸.

Para Mansur, en el hacking directo, el hacker solo busca la intromisión a los sistemas informáticos por diversión, siendo las características propias de esta clase que: el hacker es una persona experta en materias informáticas y sus edades fluctúan comúnmente entre los 15 y 25 años, y su motivación no es el de causar un daño, sino que se trata más bien de obtener cierta satisfacción y orgullo, basándose para ello en la burla de los sistemas de seguridad impuestos, no presentando un significativo nivel de riesgo, ya que el hacker no busca causar daño.

Contrario a lo anterior, el hacking indirecto “es el medio para la comisión de otros delitos como fraude informático, sabotaje informático, piratería y espionaje”⁶⁹, siendo la característica principal de este tipo el ánimo del delincuente, que está determinado por su intención de acceder indebidamente a un sistema informático con el fin de dañar, de defraudar, de espiar, etc. Sin embargo debe hacerse una distinción entre la conducta que se desarrolla por un hacker y la que desarrolla un cracker, ya que suelen confundirse.

b) Cracking: Se les llama así, a las entradas ilegales a los sistemas informáticos, que tienen por objeto la destrucción de dichos sistemas; y a los sujetos que las realizan se les denomina *crackers*.

Cracking, es una expresión idiomática derivada del inglés, cuya traducción al español se puede entender como *quebrar*, vencer las barreras de seguridad y romper lo que hay detrás de ellas. Según algunos estudiosos de la materia, en el supuesto del cracking, la intencionalidad del agente es acceder ilícitamente a un

⁶⁸ Revista de Derecho Informático <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=453>

⁶⁹ Ídem

sistema informático con el fin de obstaculizar, dejar inoperante o dañar el funcionamiento de dicho sistema.

A simple vista, los términos hacker y cracker pudieran significar lo mismo, sin embargo la diferencia radica en el elemento subjetivo que delimita la frontera de cada comportamiento; mientras que en el *cracking* la intencionalidad del agente es obstaculizar, dejar inoperante o dañar el funcionamiento de un sistema informático en el hacking, el sujeto busca únicamente el ingreso a tales sistemas sin dirigir sus actos a la afectación de la integridad o disponibilidad de la información, pero si vulnerando la confidencialidad y exclusividad de la misma, y la intimidad de su titular.

Aun cuando de lo anterior se pudiera desprender que la conducta que llevan a cabo los hackers al introducirse ilícitamente a los Sistemas informáticos no generan daños, su actuar se encuentra dentro del plano de la ilegalidad y ellos lo asumen, de ahí que adopten muchas precauciones para evitar ser descubiertos.

Además debe destacarse que desde el punto de vista técnico, el ingreso ilegítimo implica la utilización de los recursos del sistema y un riesgo concreto de dañar accidentalmente la información contenida en dicho sistema con la simple intrusión con fines aventureros, por lo que debe descartarse la hipótesis de que el mero acceso sin fines específicos de causar un daño determinado, no genera ninguna consecuencia sobre el sistema informático.

Retornado a la explicación de la figura del cracking, Claudio Manssur expone “si el acceso ilegítimo al sistema informático es el medio para alterar, modificar o suprimir la información, no habrá hacking sino *cracking* que supone una acción concreta de daño sobre la información y el elemento subjetivo en el autor, dolo constitutivo del conocimiento y voluntad de provocarlo”. Entonces, en estricto apego a lo anterior, se puede considerar que el hacking es el presupuesto necesario para

que se dé el cracking, sin embargo al consumarse la conducta del cracking se sobreentiende que para su consecución tuvo que haber un hacking previo, por lo que ésta conducta queda subsumida en la otra.⁷⁰

Lo que es un hecho en definitiva, es que en ambos casos, tanto en el hacking como en el cracking, hay una afectación al bien jurídico tutelado en los delitos informáticos, es decir, a la información, de ahí la peligrosidad de este tipo de conductas que hacen inminente la comisión de los delitos informáticos.

c) Phreaking: La actividad del phreaking, es una de las conductas ilícitas más comunes en el medio de los delitos informáticos, y se define con este término, a la actividad de obtener ventajas de las líneas telefónicas para los efectos de no pagar los costos de comunicación. Es decir, básicamente se trata de encontrar el medio para evitar el pago por el uso de la red telefónica, ya sea ésta pública o privada, digital o inalámbrica.

El phreaking, es considerado como un delito informático por la mayoría de los autores de la rama, no obstante lo anterior, esta conducta es generalmente extra PC, es decir, raramente se realiza a través de las computadoras. Su gestión se efectúa básicamente vía telefónica y se lleva a cabo por medio de la ingeniería en electrónica y no como en los delitos informáticos, los cuales se realizan propiamente a través de ingeniería en sistemas computacionales.

d) Virucker: Esta conducta consiste “en el ingreso doloso de un tercero a un sistema informático ajeno, con el objetivo de introducir virus informáticos y destruir, alterar y/o inutilizar la información contenida”⁷¹.

⁷⁰ Revista de Derecho Informático <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=453>

⁷¹ BARRIOS Garrido Graciela, et. al. Internet y Derecho en México, Editorial Mc Graw Hill, Sociedad Internet en México, México 1998, p. 103.

Los virus informáticos son programas secuenciales que tienen por objetivo bloquear los sistemas informáticos, destruir los datos contenidos en dichos sistemas o causar un daño en la memoria de éstos, y que tienen una gran capacidad de reproducción en el ordenador y de expansión y contagio a otros sistemas informáticos. Su incidencia es similar a la que ejercen los virus propiamente dichos en el organismo humano, de ahí su denominación. El origen de los virus informáticos es desconocido, pero se tiene conocimiento de que Bulgaria es el país productor de la mayoría de ellos, seguido por Rusia y Estados Unidos, estando dentro de los virus más conocidos el Data Crime, Alabama, Disk Killer, I love you y Melissa, entre otros.

De acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores la conducta *virucker* se puede llegar a encuadrar dentro de la que se denomina cracking, ya que como se vio con anterioridad, el cracking supone el acceso ilegítimo a un sistema informático con el fin de obstaculizar, dejar inoperante o dañar el funcionamiento de dicho sistema y como se aprecia en la definición de la conducta *virucker* ésta se lleva a cabo de igual manera, a través del ingreso ilícito y doloso a un sistema informático con el objeto de destruir, alterar y/o inutilizar la información contenida en éste, mediante la introducción de un virus informático.

e) Carding: Se le llama carding a la actividad de cometer un fraude o estafa a través del uso ilegal de tarjetas de crédito, pero debe hacerse notar que no todo fraude cometido con una tarjeta de crédito supone que se esté realizando carding, ya que si una tarjeta crédito es robada o encontrada y se usa por otra persona que no es su titular, ello no constituirá carding, sino un fraude convencional.

El carding consiste propiamente en el uso de un número de tarjeta de crédito (ya sea real o creado a través de procedimientos digitales), con el fin de realizar compras a distancia por Internet y efectuar pagos.

El nivel de seguridad de Internet para realizar transacciones económicas no es bueno, a menudo existen fugas de información, ya que muchos usuarios de la red ponen su número de tarjeta de crédito para hacer compras y estos números son captados por otras personas que los reutilizan para hacer más compras sin ser los titulares de la tarjeta.

En otras ocasiones, los delincuentes informáticos que llevan a cabo este tipo de conducta, generan números válidos de tarjetas de crédito a través de procedimientos digitales para usarlos posteriormente en compras a distancia.

Otro inconveniente con que cuentan las tarjetas de crédito, es que las empresas que otorgan tarjetas numeradas a sus usuarios lo hacen a través de un sistema automatizado de creación de números aleatorios; dicho sistema es muy susceptible de ser vulnerado ya que cualquier persona con conocimientos en la materia puede hacer un sistema de cálculo de números aleatorios y por tanto, puede crear números válidos para efectuar transacciones fraudulentas.

En este sentido, y una vez analizadas las conductas delictivas típicas en los delitos informáticos, se puede apreciar la relevancia jurídica que dichas conductas han adquirido en la actualidad en virtud de la gran cantidad de delitos informáticos que diariamente se realizan a través de las mismas, lo que hace cada vez más importante su tipificación y sanción a través de la ampliación del marco legal penal aplicable a la informática.

En muchos países ya se ha trabajado al respecto, resta a México, a través de los legisladores trabajar en este rubro siguiendo la muestra por ejemplo de Naciones como Francia, Gran Bretaña, Holanda, Austria, Alemania, España, Chile, Argentina, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica.

4.6 SITUACIÓN DE LA INFORMÁTICA INTERNACIONAL

A continuación los diferentes aspectos legislados en diferentes países:

- Abuso fraudulento en el procesamiento de información (Austria, Japón)
- Daño de equipo de cómputo y uso ilegal de equipo de cómputo (Japón)
- Lucrar utilizando inadecuadamente bases de datos (Japón, Nueva Zelanda)
- Sabotear negocios ajenos (Japón) Piratería y adquisición ilegal de programas (Francia, Alemania, Japón, Escocia, Gran Bretaña, El Salvador).
- Fraude o robo de información confidencial y programas (Francia, Gran Bretaña, Austria, Suiza, Japón, Estados Unidos).
- Alteración de programas (Japón, Gran Bretaña).
- Regulación de delitos informáticos (Chile LEY-19223, y como proyecto en El Salvador).
- Proyecto de legislación para proteger la intimidad, dignidad y autodeterminación de los ciudadanos frente a los retos que ofrece el procesamiento automatizado de datos personales (Costa Rica).
- Regulación de delitos informáticos (Chile LEY-19223, y como proyecto en El Salvador).
- Proyecto de legislación para proteger la intimidad, dignidad y autodeterminación de los ciudadanos frente a los retos que ofrece el procesamiento automatizado de datos personales (Costa Rica).

4.6.1. Legislación extranjera relacionada con la Informática.

Ricardo Cantú Aguillen nos expresa en su escrito *Tendencias actuales de la Informática y el derecho a nivel Internacional* que... “de manera análoga al

desarrollo tecnológico, el nivel de desarrollo del Derecho Informático se encuentra integrado en los países del mundo. A continuación se presentan algunos casos de los esquemas de Derecho Informático y Jurídicos Informáticos clasificados por nivel de desarrollo.

- Nivel básico.- Debido a la escasa importancia dada a la materia por los profesores de derecho de las Universidades y también por los funcionarios del Gobierno y se estudia al Derecho Informático dentro de la Informática Jurídica.

Tendencia Creciente o Progresiva.- Se distingue claramente la Informática Jurídica del Derecho Informático, como ramas totalmente independientes una de la otra, pero relacionadas entre sí. Considera al Derecho Informático como rama autónoma del derecho. Se incluye su estudio en la infraestructura académica.

Entre los países que se encuentran en este nivel: Venezuela, Colombia, Brasil Perú y Chile quienes cuentan con desarrollos para la Jurídica Informática, asimismo con relación al Derecho Informático, Chile ha emitido una de las pocas leyes de América Latina, que regulan los llamados *Delitos Informáticos* (LEY-19223).

Costa Rica cuenta con una propuesta de legislación del recurso del Habeas Data, proyecto que destaca debido a que intenta recoger una necesidad sentida de proteger la intimidad, dignidad y autodeterminación de los ciudadanos frente a los retos que ofrece el procesamiento automatizado de datos personales, lo cual a la fecha probablemente ya se encuentre instituido formalmente.

Tendencia Avanzada o Próspera.- Destaca la necesidad e importancia de desarrollar la labor legislativa respecto al derecho informático, normas específicas que regulen su aplicación. Entre los países aquí situados se encuentra:

- Argentina ya que cuenta con uno de los mejores bancos de datos legislativos de América Latina el *Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ)*. Se imparten Posgrados de Derecho de la Alta Tecnología y cursos de Actualización en Informática Jurídica.

- *El Salvador.*- Se imparten posgrados (Ciencia de la Legislación, Nuevas Tecnologías para la Justicia) de manera conjunta por universidades Europeas o profesores extranjeros (Italia, Inglaterra, Francia, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay, así como funcionarios de justicia de Italia y Argentina). En cuanto a la Legislación Informática, se emitió la ley que pena la piratería del software. Asimismo se tienen proyectos de ley sobre Delitos Informáticos, en dicho proyecto se toman en cuenta el acceso ilegítimo a datos, el daño y el fraude informático, entre otros temas.

- *Uruguay.*- Cuenta con el CINADE (Centro de Informática Aplicada al Derecho), se tienen convenios con la Red CHASQUI 23 (adscrita al Programa Alfa de la Unión Europea), con la Universidad de Greenwich, Londres, y con la Universidad Nacional de Lánus, Argentina.

Tendencia Culminante o Innovadora.- Se distingue por los importantes avances respecto de la Informática Jurídica, auge de centros de investigación para la utilización de sistemas de inteligencia artificial aplicados al derecho, desarrollo de tesis doctorales relativas a la inteligencia artificial y el derecho. Asimismo se desarrollan proyectos prácticos y específicos de utilización de la inteligencia artificial aplicados al derecho.

- *Estados Unidos.*- Cuenta con la mejor base de datos jurídica a nivel mundial (Lexis - Nexis), y existen proyectos desde hace años sobre el uso de la inteligencia artificial aplicada al derecho. Asimismo las demandas y

juicios judiciales, debido a los temas propios derivados del Derecho Informático, son en realidad, incontables en este país.

- *España.*- Se dice que en el caso de España, sí se puede hablar de una verdadera autonomía en el Derecho Informático y que aunque esta materia como rama jurídica apenas nace y se encuentra en desarrollo, se está perfilando actualmente como una nueva rama jurídica autónoma. Con relación a la Legislación Informática que ha desarrollado España, destaca el proyecto de ley sobre firma electrónica que ha sido aprobado por la Unión Europea; para lo cual, se creará un medio de identidad para poder navegar con seguridad por Internet, y que surtirá la misma eficacia jurídica que una firma manuscrita sobre papel y será admisible como prueba para efectos procesales, a través de cualesquiera de los medios admitidos en Derecho, dicha firma electrónica tendrá el tamaño y el precio aproximado de una tarjeta de crédito y funcionará con un módem especial, de precio reducido. Asimismo, España cuenta con estudios a nivel posgrado especializados en Derecho Informático. Francia es otro caso situado en esta tendencia.

- *Italia.*- Es otro caso de amplio desarrollo en legislación sobre Derecho Informático; considerado por algunos como el primer país que dio una solución integral al problema relativo a la autoridad de certificación, sobre la firma digital asimétrica. Se llevan a cabo cada año, congresos internacionales sobre inteligencia artificial y derecho. Es necesario destacar que la Universidad de Pisa (Università degli Studi di Pisa), está constituida como la coordinadora de la Red Chasqui.

- *Japón.*- Potencia de Desarrollo Informático en el mundo, situado incluso en la quinta generación, que implica la comunicación con la computadora en lenguaje natural y utilización de sistemas expertos. Con

relación a la Legislación Informática, se tiene que los aspectos contemplados en los sistemas jurídicos de algunos países son los siguientes:

- Daño de equipo de cómputo y uso ilegal de equipo de cómputo (Japón).
- Abuso fraudulento en el procesamiento de información (Austria, Japón).
- Lucrar utilizando inadecuadamente bases de datos (Japón, Nueva Zelanda).
- Sabotear negocios ajenos (Japón).
- Piratería y adquisición ilegal de programas (Francia, Alemania, Japón, Escocia, Gran Bretaña), que es el caso de México Ley Federal de derechos de Autor (LFDA).
- Fraude o robo de información confidencial y programas (Francia, Gran Bretaña, Austria, Suiza, Japón, Estados Unidos), expresada en la LFDA en México.
- Alteración de programas (Japón, Gran Bretaña), expresada en la LFDA en México⁷².

4.6.2. Organismos Internacionales reguladores de la función Informática.

Los siguientes organismos son los encargados de regular a nivel internacional las funciones Informáticas, ya sea en un determinado país, en varios países o en el trabajo conjunto que dos o más países realicen en cuanto a computadoras o cualquier otro medio Informático.

- “Business Software Alliance- BSA. Asociación de Negocios en Software.

⁷² CANTÚ Aguilén Ricardo, Tendencias actuales de la Informática y el Derecho a Nivel Internacional, Revista electrónica de Derecho Informático: www.vlex.com

- Global Information Infraestructure Comision (GIIC) o Comisión de la Infraestructura Global de Información.
 - Conferencia de Autoridades Iberoamericanas de Informática (CAIBI).
 - Federación Latinoamericana de Informática y Comunicaciones (FLAI).
 - European Software Institute (ESI).
 - International Council for Information Technology in Government Administration (ICA).
 - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)
 - Pacific Telecommunications Council (PTC).
 - Global Inventory Project (GIP): La meta global de este proyecto es la creación de un inventario multimedia, basado en Internet, de los proyectos nacionales e internacionales, estudios y otras iniciativas que estén relacionadas directamente con la sociedad de la información.
 - Organización de las Naciones Unidas
 - Programa Sociedad de la Información para Todos (ISAP-UNESCO).
 - Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).
 - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
 - Centro Internacional de Cómputo (ICC).
 - Unión Europea.
 - Information Society Project Office (ISPO).
 - Information Society Directorate-General: Sección de la Dirección General para la Sociedad de Información de la Comisión Europea.
 - CORDIS: Centro de información de los programas de investigación y desarrollo promovidos y financiados por la Comisión Europea⁷³.

⁷³ Página Electrónica del INEGI, Desarrollo Informático: www.inegi.gob.mx

4.7. SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO INFORMÁTICO EN MÉXICO.

En las diversas actividades que se llevan a cabo en México se han integrado medios tecnológicos como forma de conseguir los objetivos particulares, la herramienta que sin duda destaca por su uso es la comunicación remota a través de redes Informáticas, en primer plano Internet, este medio ha sido adoptado por instituciones gubernamentales, educativas, de salud, culturales, políticas, industriales y principalmente comerciales para desempeñar funciones sustantivas y no sustantivas.

En México existen aspectos informáticos que no se contemplan en la legislación actual, tal es el caso del uso ilícito de equipo de cómputo, seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos, reconocimiento legal de transacciones en medios electrónicos, entre otros aspectos. Existe la protección a los derechos de autor y propiedad industrial y se han promovido reconocimientos penales en cuanto a faltas de respeto a la integridad humana en espacios virtuales, protección de menores, fomento a la protección de información confidencial; asimismo se ha promovido la inclusión de elementos legales en el uso de correo electrónico. Es importante contar con un esquema jurídico informático que facilite la implantación de esquemas de seguridad Informática en los diversos ámbitos de dicha función, ya que el propósito de un esquema de seguridad es la protección de los bienes informáticos, principalmente seguridad de la información y a los dueños de la misma, se debe considerar que el factor humano es de suma importancia, y que cuando se incurre en prácticas ilícitas y no existe un marco jurídico que reconozcan como tal, el esquema de seguridad se reduce a mecanismos tecnológicos que de cualquier manera son vulnerables en menor o mayor grado a los actos ilícito recurrentes.

4.7.1. Marco Jurídico Penal Actual Aplicado a la Informática en México.

Con relación a la protección que se ofrece a los usuarios por daño o perjuicio en el uso de tecnología Informática, entre los aspectos que se tienen contemplados en la legislación Mexicana se encuentran los siguientes:

- Piratería de software y su documentación cuyos derechos de autor estén reconocidos. Marcas, nombres comerciales, patentes y secretos industriales. Que sería el equivalente a la Ley Federal del Derecho de Autor.
- Regulación de las comunicaciones, (Ley Federal de Telecomunicaciones).

Sin embargo, es importante señalar aquellos aspectos que no son contemplados de manera expresa en la actual legislación nacional y que por la naturaleza de la actividad Informática es imperioso que sean integradas, entre ellos:

- Tipificación de delitos informáticos
- Uso ilícito de equipo de cómputo
- Seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos
- Reconocimiento legal de transacciones en medios electrónicos.

Se ha promovido la inclusión en el marco jurídico informático:

- El reconocimiento penal sobre faltas de respeto a la integridad humana en espacios virtuales, protección de menores y fomento a la protección de información confidencial.
- Regulación del uso de correo electrónico.

Es importante contar con un esquema jurídico informático para implantar esquemas de seguridad robustos, para que la seguridad se concrete a mecanismos tecnológicos vulnerables en menor o mayor grado a los riesgos inherentes al uso de tecnología informática.

Es con estas iniciativas y propuestas que poco a poco podremos ir ampliando este marco jurídico que cada día se vuelve más y más importante en la vida de todos alrededor de todo el mundo, y por este motivo, necesitamos leyes que nos respalden en cuanto al procesamiento de tantos ilícitos que no se encuentran apropiadamente regulados.

CONCLUSIONES

Primera.- La Informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información, a través de métodos y sistemas innovadores de telecomunicaciones que permiten al hombre efectuar una mejor toma de decisiones. Los descubrimientos en el campo de la Informática han alcanzado niveles insospechados, al grado de que ha llegado a ser no solo objeto de programación económica, sino que también han provocado cambios radicales en las conductas social e individual, concibiéndose las computadoras como una de las fuerzas más poderosas de la sociedad actual, haciendo su uso tanto en los grandes niveles empresariales e industriales como en los propios hogares.

Segunda.- El uso y la aplicación de las computadoras en todos los ámbitos sociales ha tenido implicaciones tanto positivas como negativas, siendo entre las primeras, el hecho de la gran gama de nuevas oportunidades de trabajo que se han abierto en áreas tales como la programación, operación de computadoras y administración de sistemas de información representando una sofisticación en el trabajo; en tanto que las implicaciones negativas se presentan como la continua amenaza de desempleo al haber remplazado la fuerza humana por maquinarias automatizadas lo cual representa una crisis de carácter socioeconómico.

Tercera.- Actualmente se vive en una sociedad que se le conoce como la *Sociedad de la Información*, siendo la Informática la infraestructura fundamental, la cual tiene un carácter estratégico en sus aplicaciones, modificando las estructuras de producción, comercialización, la organización de las instituciones, la generación de nuevas tecnologías, la difusión de conocimientos y la prestación de servicios. La Informática ha modificado y modificará aún más la vida cotidiana, la forma de ver el mundo y de relacionarse con él, este cambio debe orientarse y aprovecharse en beneficio del país de tal manera que se convierta en una ventaja económica y social en el contexto de la globalización, por ello, la necesidad de trabajar en el diseño de políticas y estrategias relacionadas con la informática.

Cuarta.- El Derecho de la Informática existe como una rama autónoma y se define como el conjunto de normas jurídicas que regulan la creación, desarrollo, uso, aplicación de la informática o los problemas que se deriven de la misma en las que exista algún bien que es y deba ser tutelado jurídicamente por las propias normas tiene una vinculación estrecha con el Derecho Penal debido a que dentro del ámbito informático se presentan figuras que se adecuan a conductas delictivas las cuales deben ser sancionadas.

Quinta.- La presencia del Derecho Penal en el ámbito informático es necesaria debido a la concurrente presencia de ilícitos derivados del uso de las tecnologías de la información; México requiere de un marco jurídico penal aplicable a la informática más amplio, donde se actualicen los presupuestos básicos para la tipificación del delito como tal. Se entiende por Delito Informático a toda conducta no ética, típica, antijurídica, culpable y punible cometida a través de cualquier sistema informático y/o telemático, ya sea que este sea empleado como medio o como fin para llevar a cabo el delito.

Sexta.- El nivel de informatización nacional no es tan pronunciado como en otros países; estadísticas recientes muestran que el nivel de informatización es de

un 5% en comparación con Canadá y los Estados Unidos de América que muestran niveles superiores al 70%, pero es suficiente para la realización de un adecuado análisis y tratamiento por la vía del Derecho, por ello, la historia normativa en torno al fenómeno informático inicia en México 1984, dando como resultado en 1985 la creación del Centro de Informática Legislativa del Senado (CILSEN), organismo que entro en vigor en 1986.

Séptima.- A pesar de que los trabajos del CILSEN han dado frutos, como el documento titulado *Marco Normativo de la Informática en México*, el cual trata la problemática a partir del documento, base del sistema jurídico mexicano que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y siguiendo el orden jerárquico, los tratados internacionales, leyes reglamentarias, ordinarias y comunes, éste, ha sido incipiente debido a que el problema se ha abordado de manera errónea ya que se han considerado a los delitos informáticos como figuras típicas de carácter tradicional, provocando con ello errores de apreciación y por ende de punibilidad.

Octava.- A pesar de que en México se ha querido remediar la situación del vacío legal penal que existe con respecto a la informática, no se ha logrado. El 22 de marzo del 2000, se presentó ante el Honorable Congreso de la Unión del país, un Proyecto de Iniciativa de Ley que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal del Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del Fuero Federal (Código Penal Federal), pero, a pesar de que dicha iniciativa aborda con más claridad y precisión la temática en torno a los delitos informáticos, adolece de la misma imperfección que muchas de las legislaciones existentes en torno a esta materia, ya que se continua encuadrando y adaptando esta nueva modalidad de conductas ilícitas derivadas del uso indebido de los sistemas informáticos, dentro de los llamados delitos convencionales, lo cual es anacrónico.

Novena.- Los delitos denominados informáticos, merecen un tratamiento especial con disposiciones jurídicas específicas en torno a la materia, de tal manera que sean contemplados en los Códigos Penales sustantivos para efectos de un adecuado control preventivo y correctivo de dichas conductas ilícitas que tanto daño causan en los intereses individuales y sociales. México, tiene la ventaja de poder tomar como marco de referencia las experiencias que en ámbito internacional se han dado en materia de delitos informáticos, así como de observar elementos valiosos que el derecho comparado le ofrece, sin embargo, también requiere de juristas con conocimientos en la materia, que tengan la capacidad de influir en la adaptación de estos esquemas internacionales a la realidad nacional, en su entorno histórico, social y jurídico. En México los delitos informáticos carecen de un adecuado entorno jurídico y su función preventiva ha tenido que manifestarse a través de diversas formas de carácter administrativo, normativo, y técnico, tales como: elaboración de exámenes psicométricos previos al ingreso de los trabajadores al área de sistemas informáticos en las empresas introducción de cláusulas especiales en los contratos de trabajo del personal informático, establecimiento de códigos de ética de carácter interno en las empresas, adopción de medidas en el acceso y control de las áreas informáticas de trabajo, capacitación adecuada del personal informático, entre otras.

Décima.- Sin embargo las medidas de carácter administrativo, normativo y técnico no son suficientes, en términos generales se requiere una reglamentación jurídica completa, con los siguientes rubros: tipificación del delito informático, caracterización del mismo, determinación técnica del grado de delictuosidad, fijación de responsabilidades, determinación de negligencia, fijación de indemnización por daños, establecimiento de medidas preventivas, capacitación (en materia de informática) de las autoridades penales encargadas de sancionar este tipo de conductas y establecimiento de la obligación de reportar esta clase de ilícitos.

RECOMENDACIONES

Primera.- Del estudio realizado en el presente trabajo de investigación se desprende, en primera instancia, la imperiosa necesidad de legislar a nivel constitucional sobre informática porque no existe disposición específica sobre el tema, por ello se deben realizar modificaciones en los artículos 28, 73 fracción X, 124 y 134, preceptos relacionados con la tecnología en cuestión.

Segunda.- Por lo que corresponde a los Convenios Internacionales, que como se sabe de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, representan la Ley Suprema de toda la Unión, se recomienda que México firme y ratifique debidamente acuerdos relacionados con el fenómeno informático y de manera particular sobre delitos informáticos ya que constituyen una forma nueva de delito internacional que solo podrá ser combatida con una eficaz cooperación internacional concertada.

Tercera.- Debe ampliarse la Codificación Penal con un capítulo relativo a los crímenes de cómputo (tanto local como federal) en el cual se penalicen entre otras cosas el proceso fraudulento a los sistemas, fraude informático estipulando

además penas alternativas para tales delitos, dependiendo de la intromisión fraudulenta que se cometa.

Cuarta.- También es necesario que se tipifique en la legislación penal aquellas conductas que de forma intencional y a sabiendas de estar vulnerando los derechos de terceros hayan impedido o alterado el funcionamiento de un sistema de procesamiento automatizado, esto es, que se prevean todas las situaciones que puedan llegar a actualizarse con el uso indebido de los sistemas informáticos, a fin de no dejar impune cuestión alguna en torno a la materia.

Quinta.- La regulación jurídica de esta clase de delitos informáticos, trae aparejada consecuentemente, la reforma y adición de algunas disposiciones en las legislaciones adjetivas del país, tal es el caso del Código de Procedimientos Penales, tanto federal como estatal en cuyo articulado se propone señalar las reglas específicas para el tratamiento y resolución de las problemáticas suscitadas con motivo de este tipo de delitos, así como lo conducente a la adopción de técnicas pertinentes en materia de Informática Forense.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS Garrido Graciela, et. Al. INTERNET Y DERECHO EN MEXICO, editorial McGraw Hill, México, D.F. 1998.

CANTÚ Aguillén Ricardo, TENDENCIAS ACTUALES DE LA INFORMATICA Y EL DERECHO A NIVEL INTERNACIONAL, Revista electrónica de Derecho Informático, www.vlex.com

CARRANCA y Trujillo Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General, décima octava edición, editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1997.

CASTELLANOS Fernando, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, Parte General, décimo quinta edición, editorial Porrúa S.A. México 1995

DAVARA Rodríguez Miguel Ángel, MANUAL DE DERECHO INFORMATICO, editorial Arazandi, Pamplona, España 1997.

DE PINA Vara Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, décima octava edición, editorial Porrúa, S. A. México 1992.

DELGADILLOS Gutiérrez Luis Humberto, et. Al. INTRODUCCIÓN AL DERECHO POSITIVO MEXICANO, tercera edición, editorial LIMUSA, México, D.F. 1996.

FIX Fierro Héctor, INFORMÁTICA Y DOCUMENTACION JURÍDICA, UNAM, México D. F. 1990.

GONZALEZ de la Vega Francisco, DERECHO PENAL MEXICANO, Los Delitos, décimo novena edición, editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1990.

HANCE Oliver, LEYES Y NEGOCIOS EN INTERNET, editorial Mc Graw Hill, México, D.F. 1996.

JIMENEZ de Asúa Luis, LECCIONES DE DERECHO PENAL MEXICANO, editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1999.

MEJÁN Carrer Luís Manuel C, EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA INFORMATICA, segunda edición, editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996.

MENDOZA Bremauntz Emma, DERECHO PENITENCIARIO, editorial McGraw Hill, México 1999.

Página Electrónica del INEGI, Desarrollo Informático, www.inegi.gob.mx, visitada el 23 de marzo de 2013

PAVON Vasconcelos Francisco, COMENTARIOS DE DERECHO PENAL, Parte Especial, séptima edición actualizada, editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1994.

Revista de Derecho Informático, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=453>, visitada el 17 de abril de 2013

RÍOS Estavillo Juan José, DERECHO E INFORMATICA EN MÉXICO, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 83, México D. F. 1997.

TELLEZ Valdés Julio, DERECHO INFORMATICO, editorial Mc. Graw Hill, México, D.F. 1996.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.
- 2.- Código Penal Federal, vigente.
- 3.- Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave, vigente.