

300609 7  
Leje.



**UNIVERSIDAD LA SALLE**

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA U.N.A.M

# ANALISIS DE LOS DELITOS INFORMATICOS

TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PATRICIA CALDERON ABEITUA

DIRECTOR DE TESIS:  
LIC. JAIME A. VELA DEL RIO

México, D.F.

1994

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **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 está 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.

**A MIS PADRES:**

Por su apoyo incondicional  
que en todo momento me han brindado.

**A MIS HERMANOS:**

Por su impulso y confianza  
que han depositado en mi.

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS**

Por contar siempre con ellos  
en los momentos más difíciles  
en mi desarrollo profesional.

Agradezco especialmente al  
**Lic. Luis Gilberto Salazar Velasco**  
por motivarme a llevar acabo  
el presente trabajo a éste feliz término.

# I N D I C E

INTRODUCCION .....	1
CAPITULO I	
Antecedentes Generales de los Delitos Informáticos .....	4
1.1 Antecedentes en Europa .....	4
1.1.1 Alemania .....	5
1.1.2 Suecia .....	6
1.1.3 Portugal .....	6
1.1.4 Italia .....	7
1.1.5 España .....	7
1.1.6 Francia .....	9
1.1.7 Convención Europea .....	10
1.1.7.1 Estructura y Funcionamiento de la Convención Europea .....	12
1.1.7.2 Objeto de la Convención Europea en Materia de Delitos Informáticos. ....	13
1.1.7.3 Estudio de los Crímenes en Computadora .....	14
1.1.7.4 Forma de Realizar el Reporte para la Convención .....	14
1.2 Antecedentes en los Países en Desarrollo .....	16
1.2.1 India .....	17
1.2.2 América Latina .....	18
1.2.2.1 Brasil .....	19
1.2.2.2 Argentina .....	21
1.2.2.3 Chile .....	21
1.2.3 México .....	22

1.2.4 Estados Unidos .....	24
<b>CAPITULO II</b>	
Los Delitos Informáticos .....	27
2.1 La Informática .....	27
2.1.1 Concepto de Informática .....	27
2.1.2 La Información y la Automatización como Tecnología de la Informática .....	29
2.1.3 La Telemática como Medio de la Informática .....	30
2.2 Delitos Informáticos y su Clasificación .....	30
2.2.1 La Propiedad el Patrimonio y el Orden Económico en los Delitos Informáticos .....	31
2.2.2 La Actividad Económica en Relación a los Delitos Informáticos .....	31
2.3 Guía de los Delitos Informáticos y Formas de Manifestarse .....	32
2.4 Clasificación de los Delitos Informáticos .....	34
Clasificación de Donn B. Parker	
a) Cambios Clandestinos en Programas .....	34
b) Caballo de Troya o Trojan Horse .....	34
c) Bombas Lógicas o Logics Bombs .....	34
d) Puertas con Trampas o Trap Doors .....	35
e) Modificación de Documentos Fuente .....	35
f) Salami Techniques o Rounding Down .....	36
g) Superzapping .....	36
h) Ataques Asíncronos o Asynchronous Attacks .....	37
i) Recogida de Residuos o Scavenging .....	37

j) Filtración de Datos o Dataleakage .....	37
k) Trasego de Persona o Pigybacking and Impersonation .....	37
l) Simulation and Modeling .....	38
Clasificación de los Delitos según Uhlrich Sieber.....	38
a) Fraude por Manipulación de Computadora contra un Sistema de Procesamiento de Datos .....	38
b) Espionaje Informático .....	38
c) Sabotaje Informático .....	38
d) Robo de Servicios o Hurto de Tiempo .....	38
e) Acceso no Autorizado a Sistemas de Procesamiento de Datos .....	39
Clasificación según la Stand Ford Resorch Institute.....	39
a) Objeto .....	39
b) Herramienta .....	39
c) Simbolo .....	39
d) Medio .....	39

### CAPITULO III

Protección Jurídica de los Programas de Computo .....	41
3.1 Derecho Intelectual .....	41
3.1.1 Características del Derecho Intelectual .....	42
3.2 Protección de los Programas de Computo como Obra Intelectual .....	43
3.2.1 Derecho de Autor .....	44
3.2.2 Ineficacia de la Aplicación de los Derechos de Autor .....	44
3.3 Derecho de Patente .....	48

3.3.1	Aplicación del Derecho de Patente .....	49
3.3.2	Novedosidad .....	50
3.3.3	Estado de la Técnica .....	51

#### CAPITULO IV

	Análisis del Delito en Relación a la Informática .....	53
4.1	Principio de Legalidad .....	54
4.2	Concepto de Delito .....	55
4.2.1	Concepto de Delito Informático .....	56
4.3	Elementos del Delito .....	58
	a) Conducta .....	59
	b) Ausencia de Conducta .....	63
	c) Tipicidad .....	64
	d) Atipicidad .....	65
	e) Antijuricidad .....	66
	f) Causas de Justificación .....	67
	g) Culpabilidad .....	68
	h) Inculpabilidad .....	71
	i) Imputabilidad .....	75
	j) Inimputabilidad .....	77
	k) Punibilidad .....	81
	l) Excusas Absolutorias .....	82
	m) Condiciones Objetivas de Punibilidad .....	83
	n) Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad .....	83
4.4	El Bien Jurídico en los Delitos Informáticos .....	84
4.5	Clasificación del Delito Informático en Cuanto a su Consumación .....	86
4.6	Concurso del Delito (real o ideal) .....	90
4.7	La Tentativa en los Delitos Informáticos .....	92

4.8 La Autoría y la Participación .....	94
---	----

## CAPITULO V

Perfil del Delincuente Informático .....	99
5.1 Delitos de Cuello Blanco .....	100
5.2 El Delincuente Informático .....	101
CONCLUSIONES .....	103
PROPUESTAS .....	105
BIBLIOGRAFÍA .....	107



## **I N T R O D U C C I O N**

El presente trabajo se avoca al estudio de los Delitos Informáticos, los cuales tienen su origen en los constantes avances de la técnica Informática, misma que tiene un reflejo sumamente importante en el desarrollo y transformación de la sociedad actual en todos sus ámbitos de aplicación, como en la industria, educación, política, medicina, ciencia, economía etc.

En el primer capítulo se aprecia como existen países que se han interesado por tratar de evitar la impunidad de conductas contrarias al orden social en materia de Delitos Informáticos, las cuales cuentan con ordenamientos legales, en algunos casos, que regulan y sancionan conductas contrarias al fin deseado por los usuarios de un medio informático; de este mismo modo veremos como los países menos desarrollados se encuentran en una situación desfavorable, toda vez que carecen de un ordenamiento que regule tales conductas, como es el caso de México, quien pretende proteger únicamente la reproducción de Programas de Cómputo a través de la ley de Derechos de Autor, ley que al no contemplar las adecuaciones pertinentes en materia de Informática, como más adelante lo veremos, no es de gran utilidad en relación al tema que nos ocupa. Esta situación es muy común en varias Naciones, por lo que el presente trabajo pretende hacer notar estas deficiencias, tanto en el aspecto normativo como en el estudio de parámetros que nos permitan hablar de la existencia, como tales de los Delitos Informáticos, como es el caso de los Estados Unidos, Francia, etc., países que cuentan con leyes en razón a los Delitos Informáticos.

En el segundo capítulo se explica en que consiste la Informática, la información y automatización de datos dentro del presente estudio, asimismo se señalarán las formas de violar o vulnerar la Información procesada a través de una lista o guía de conductas ilícitas, aportada por diferentes autores e Instituciones interesadas en el estudio de los Delitos Informáticos.

Por otra parte en el tercer capítulo, se hablará de la protección jurídica de los Programas de Cómputo, capítulo que se trata de forma muy especial debido a su importancia, esto es que en la mayoría de los países desarrollados cuentan con protección de los Programas de Cómputo a través de la ley Autoral, esto en función a que es la mejor forma de protegerlos cuando no cuenta un país determinado con una ley especial en la materia, con la salvedad de que en dicho instrumento legal deben hacerse las modificaciones conducentes, como lo es la forma de registrar, el tiempo de duración de los derechos sobre la obra, y la manera de sancionarlo. En este sentido se ha llegado al acuerdo de que categóricamente se descarte la posibilidad de regular a los Programas de Cómputo a través de una Patente, debido a que esta ley pondría en evidencia los métodos y formas de elaboración de un programa, en consecuencia el presente capítulo resulta de gran interés debido a la forma de tratar y ver a un Programa de Computo, es decir en un rubro distinto a la Información automatizada.

El cuarto capítulo denominado *Análisis del Delito en Relación a la Informática* se avoca al estudio del Delito y de sus elementos de acuerdo a la teoría *Causalista*, esto en virtud de que es la teoría que cuenta con el mayor número de elementos y que de esta forma facilita desarrollar el presente capítulo interrelacionándolo con los Delitos Informáticos. De esta forma apreciaremos que al no existir un tipo penal en la materia es imposible hablar de un Delito Informático, aun y cuando se esté afectando a la sociedad y causando daños incalculables que se reflejan tanto en la administración pública, y privada los cuales al sufrir un daño no sería posible castigar al autor, por falta de una figura delictiva que sancione el comportamiento inadecuado y dañoso de una persona.

En relación al quinto y último capítulo, se pretende señalar como son reconocidos los Delitos Informáticos en el ámbito Internacional, es decir se ubican dentro de los llamados Delitos de Cuello Blanco, mismos que derivan de la teoría del Derecho Económico; asimismo se proporcionan las características que permiten asociar a una persona cualquiera con el perfil de un delincuente Informático, a través de las consideraciones y planteamientos que se exponen.

## **CAPITULO I**

### **ANTECEDENTES GENERALES DE LOS DELITOS INFORMATICOS**

Los primeros antecedentes relacionados con los delitos informáticos se ubican dentro de los países que cuentan con un mayor desarrollo tecnológico, ya que por sus constantes transformaciones en materia de Informática, esta área se a vuelto susceptible de un gran número de conductas ilícitas; es decir tanto el software como el hardware al ser cada vez más usados y necesarios en diversas actividades de la sociedad se ha convertido en un punto de referencia para la comisión de una serie de ilícitos. Asimismo resulta evidente que dicha delincuencia va aparejada con los avances de la técnica.

Por otra parte a los conocedores de la técnica Informática les resulta sumamente sencillo sustraer todo o parte del contenido de la información de un Programa o bien reproducir el mismo para el caso de necesitarlo; toda vez que es muy fácil apoderarse de estos instrumentos ya que únicamente para ello se tiene que de oprimir unas cuantas teclas.

#### **1.1 ANTECEDENTES EN EUROPA**

En el presente siglo, durante los años 70s, ha sido la década en la historia de la civilización jurídica europea, que ha marcado el comienzo y el desarrollo de la legislación sobre la Informática para

compilarla en ordenamientos jurídicos, continuado con este desarrollo en virtud del continuo avance tecnológico, dando lugar el 28 de Enero de 1981 a la primera "Convención para la protección de las personas en orden a la elaboración automática de los datos de carácter personal, acuerdo adoptado en Estrasburgo por los Estados del Concilio Europeo, mismo que se encuentra abierto a la adhesión de otras Naciones."<sup>(1)</sup>

### 1.1.1 ALEMANIA

El 7 de octubre de 1970, fue la fecha en que por primera vez se sancionó la protección de los datos en cinta magnética en este país, en el que la violación a los bancos de datos de la Administración Pública se sancionaba acudiendo de inmediato a la instancia judicial.

Alemania, finalmente legisló el 27 de Enero de 1977 sobre esta materia, ya que el abuso y robo de información de los bancos de datos se hizo cada vez más constante dando lugar a la elaboración de una ley, ya que no tan sólo se limitó tal saqueo de información en el ámbito de la Administración Pública, sino que también trascendió a la esfera privada. Por otra parte, en lo relativo al software, o Programa de Cómputo, la ex República Federal Alemana, ubica dos períodos, el primero de ellos entre los años de 1961 a 1974, resultando factible en este la posibilidad de patentar el Programa; posteriormente para el año de 1976, segundo período en el que únicamente se permitía patentar un Programa o

(1) VITTORIO FROGINI, "Informática y Derecho" Edil. Temis, Bogotá Colombia, 1988 P. 167

software cuando existía una vinculación estrecha entre el Programa y la máquina; es decir, no debería de tratarse del Programa en particular sino de un Programa adherido a la propia máquina.

### **1.1.2 SUECIA**

En este país se estableció en el año de 1973, la primera ley que protegía a la intimidad y el control de la gestión de los bancos de datos, la cual fue modificada en el año de 1979, formando un antecedente para la realización de posteriores leyes en los países europeos; ya que en este sentido el punto fundamental de la protección versa sobre la intimidad, la cual se ve seriamente afectada en la Informática para el caso de ser violada por uno o varios sujetos no autorizados para obtener datos o informes de una persona determinada através de un sistema de Cómputo.

### **1.1.3 PORTUGAL**

En 1976, este país contempló en su Constitución Política la Libertad Informática, la cual consiste en el derecho que toda persona posee a tener acceso a la información que se quiera o necesite; sin embargo en relación al presente tema es sumamente importante esta referencia en virtud de que en todos los Programas de Cómputo se insertan grandes cantidades de información, pero con la salvedad

de que esta información esta procesada, adquiriendo una calidad de privada o personal, por lo que esta libertad que tienen todas las personas, queda restringida cuando la información ha sido procesada.

#### **1.1.4 ITALIA**

La regulación jurídica en lo relativo a la Informática, es sumamente escasa en este país, y para ello solamente existen propuestas o iniciativas gubernamentales que datan de los 70s a los 80s, mismas que a la fecha no se han concretado. Por otra parte Italia se encuentra adherida a la Convención Europea, documento que firmó el 2 de febrero de 1983, pero que a la fecha no ha sido ratificado; al respecto el artículo 4o de dicha Convención dispone que "para dar efecto a los principios fundamentales y la protección de los datos, debe ser adoptada a más tardar al momento de la entrada en vigor de la presente Convención en el país que haya dado su adhesión,"<sup>(2)</sup> requisito que a la fecha no ha cumplido y que tiene como consecuencia la no aplicación de las disposiciones de la Convención.

#### **1.1.5 ESPAÑA**

España es un país firmante de la Convención Europea, y por lo tanto en la actualidad ha dedicado tiempo al estudio del derecho en materia de Informática, siendo así uno de los países de habla hispana que cuenta con importantes aportaciones al respecto como

(2) *Ibid.* P. 168

es el hecho de haber tipificado figuras constitutivas de Delitos Informáticos en su Código Penal vigente através de reformas.

En 1980, en un anteproyecto de Código Penal, se pretendía castigar a quienes faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la informática grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos, manipulare la información legitima o ilegitimamente procesada.

En 1983, hubo otra propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal Español, en el que se constituyó el intento más trascendente en el derecho español por afrontar la problemática de la intimidad frente a los abusos Informáticos; desafortunadamente este anteproyecto no prospero, pero si determinó un antecedente muy importante para considerar las medidas de protección que en la actualidad se tienen en este país.

En 1985, se formuló otro anteproyecto de ley en materia de informática denominado normas penales del uso de la informática para la protección de datos personales.

Asimismo, en la actualidad el artículo 18 de la Constitución Española dispone que la ley limitará el uso de la informática, incorporando a ésta, sanciones de carácter penal que regulen los limites y restríngan el uso de la información.



### 1.1.6 FRANCIA

La ley francesa de 1978, señala las sanciones a los atentados que las personas realicen a través de la manipulación de datos en los siguientes supuestos:

- 1.- Creación de ficheros clandestinos (art. 41)
- 2.- El registro y conservación ilícita de informaciones normativas (art. 42)
- 3.- Divulgación ilícita de las informaciones normativas (art. 43)
- 4.- Desviar la finalidad de la información

En 1988 se reformó el Código Penal francés al dictarse una ley específica de protección contra la criminalidad informática (Capítulo III del Código Penal Francés), en este sentido se elevó a la categoría de ilícito penal:

- 1.- El espionaje de datos.
- 2.- El acceso sin derecho o fraudulento a un sistema de tratamiento automatizado de datos.
- 3.- La conservación fraudulenta de datos automatizados.

Los anteriores ilícitos se castigan con una pena de dos meses a un año de prisión y 2,000 a 50,000 francos. La pena máxima puede ser elevada al doble, si de las maniobras, y de manera voluntaria se suprimen o modifican los datos contenidos en el sistema, o se altera el funcionamiento del sistema o información automatizada. Se castiga

a quién intencionalmente y con menosprecio de otros, impida o falsee el funcionamiento de un sistema de tratamiento automático de datos, con pena de 10,000 a 100,000 francos.

En el esquema normativo relativo a los Delitos Informáticos se especifica que la noción de "sistema" comprende a las redes destinadas a permitir la transmisión de datos.

### **1.1.7 CONVENCION EUROPEA**

La unión de los países Europeos de Occidente constituye un gran esfuerzo, en razón a la necesidad de establecer vínculos entre estas Naciones que a su vez faciliten sus relaciones de carácter económico, político y jurídico, resultando este último aspecto el de mayor importancia para el desarrollo del presente tema.

En la Convención Europea, junto con los acuerdos que conforman la unidad de la Comunidad Económica Europea, "implantan la creación de Procedimientos y de Organos que, a diferencia de lo que ocurre con los tratados Internacionales normales están destinados a realizar actos tendientes a perfeccionar la ejecución del Acuerdo."<sup>(3)</sup> Es decir los Tratados Internacionales llevan a cabo una serie de procedimientos encaminados a una finalidad específica, más sin embargo en la Convención Europea logran la creación no sólo de los procedimientos, sino también la implantación de Organos, que

(3) Ibid. P. 168

gracias a ellos se perfecciona la sanción y como consecuencia la ejecución en materia de Informática.

La competencia para ventilar los acuerdos que se plasmaron en dicha Convención Europea, recae en la Corte Judicial y Corte Europea de los Derechos del Hombre. Dicha Convención Europea señala que "para la protección de las personas en relación con la elaboración automática de datos de carácter personal, que consagra en el plano del derecho internacional y del comunitario europeo los nuevos intereses jurídicos puestos en evidencia por el derecho de la informática que ha nacido tras una prolongada gestión serán tutelados de igual forma por la Corte Judicial." (4)

La Convención Europea, actualmente la integran como países firmantes: Austria, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Portugal, España, Suiza, Turquía, Reino Unido, faltando las firmas de los Estados de Chipre, Islandia, Liechtstein, Malta, Suiza y países que aun faltando este requisito de firma, se han adherido; por lo que se ha quedado abierta para aquellos países que deseen aplicarla aunque no formen parte de la misma; resultando de gran importancia la adhesión por que conforma un punto de partida para el estudio y regulación común de varias Naciones para resolver problemas en el ámbito jurídico como lo es la Informática.

(4) Ibid. P. 172

### **1.1.7.1 ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CONVENCION EUROPEA**

Se compone de 27 artículos distribuidos en 7 capítulos, contemplando derechos humanos y las libertades fundamentales del hombre, teniendo esta última, una equivalencia el derecho que la persona tiene a ser respetada en la vida privada, así como a la libertad de información. Cabe destacar que los dos derechos aludidos, son muy importantes con base a que los Delitos Informáticos señalados en cualquiera de sus modalidades tales como la violación a la intimidad de los individuos y a la libertad de la información, son derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, y que para el caso de ser utilizados en perjuicio de su titular, serán objeto de una sanción. Ahora bien, en caso de que dicha conducta y perjuicio sea cometido a través de una computadora, se deberá considerar como un delito informático, por ser este aparato el medio a través del cual se cometió. El artículo 15 b de la Convención Europea, establece una unidad entre los estados miembros, atendiendo al nuevo reto de los Delitos Informáticos Transfronteros, es decir la transmisión telemática de la información contenida en una computadora, fomentar la armonía en la ley en un ámbito de cooperación internacional, y creando para ello dos recomendaciones que a saber son las siguientes:

- 1.- Tomar en cuenta el Estado miembro al momento de revisar su legislación, el reporte de Delitos Informáticos elaborado por la Convención Europea, y en particular considerar la guía expuesta para legislar las Naciones firmantes.
- 2.- Reportar en 1993 ante esta Convención los Crímenes Informáticos suscitados en cada nación firmante o adherida a ella de conformidad con la cooperación internacional; exponiendo sus prácticas y experiencias. Cabe destacar que en el año de 1985 el trabajo del comité de selección de la Convención, encaminó un estudio relativo a los Delitos Informáticos, mismos que aportaron criterios como los anteriormente indicados, y para lo cual eligieron Naciones como Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, España, Suiza, Canadá, Finlandia, Japón, Estados Unidos, Comunidad Económica Europea, finalizando dicha estudio en marzo de 1989.

#### **1.1.7.2 OBJETO DE LA CONVENCION EUROPEA EN MATERIA DE DELITOS INFORMATICOS DE ACUERDO AL PUNTO NUMERO DOS DE LA GUIA ARRIBA INDICADA**

Dichos objetivos fueron planteados a partir del informe rendido al Consejo de Ministros relativo a las experiencias de las Naciones participantes en materia de Delitos Informáticos de acuerdo a los puntos que a continuación se describen.

### **1.1.7.3 ESTUDIO DE LOS CRIMENES EN COMPUTADORA**

- a) Análisis de los Crímenes: fraude, espionaje, sabotaje y abuso tomando en cuenta las circunstancias que acarrea.
- b) Hacer un estudio del alcance de la ley adoptando las nuevas formas de cada crimen y considerándolas para así elaborar una legislación y terminología apropiada en cada nación, y así poder aplicar medidas de seguridad en caso de la presencia de un delito informático.
- c) Los miembros de esta comunidad elaboraran un estudio en el campo penal para combatir esta nueva forma de delito en Europa, para ver la posibilidad de formar parte de convenios con otras Naciones y apoyarse mutuamente.

### **1.1.7.4 FORMA DE REALIZAR EL REPORTE PARA LA CONVENCION**

Se debe tomar en cuenta para elaborar este reporte la información relacionada a la legislación común del país que lo elabore; asimismo deberá tomar en cuenta la práctica legal y propuestas para legislar en el ámbito de los Crímenes computacionales. Deberán contemplar una descripción de los antecedentes fenomenológico y comentarios detallados de los delitos cometidos. Con todos estos datos aportados por diversas Naciones, la Convención realizó un reporte respecto a los Crímenes cometidos, a su vez dicha institución elaboró una lista de recomendaciones para los países miembros y

para insertarlas en las legislaciones comunes de los mismos, como a continuación se indican:

- a) La entrada, alteración, borrado y/o supresión de datos de la computadora y/o Programas de la computadora hechos intencionalmente con el propósito de cometer una transferencia ilegal de fondos u otras cosas de valor;
- b) La entrada, alteración, borrado y/o supresión de datos en la computadora y/o Programas de la computadora hechos intencionalmente con el propósito de cometer una falsificación;
- c) La entrada, alteración, borrado y/o supresión de los datos en la computadora y/o Programas en la computadora, u otro tipo de interferencia con los sistemas de la computadora, hecho intencionalmente con el propósito de impedir el funcionamiento de la computadora y/o el sistema de telecomunicación;
- d) El infringir el derecho exclusivo del autor de un Programa con el propósito de explotarlo comercialmente y ponerlo en el mercado;
- e) El acceso o interceptación en la computadora y/o sistema de telecomunicación sin la autorización de la persona responsable del sistema, por los siguientes casos:

I.- Si se infringen las medidas de seguridad o

II.- Por otra intención deshonesta.

## 1.2 ANTECEDENTES DE LOS PAISES EN DESARROLLO

La informática en los países en vías de desarrollo se encuentra en suma dependencia tecnológica en relación a los países que han transformado esta industria, y los países llamados subdesarrollados no han podido aun despegar en el campo de la cibernética; cabe mencionar que dentro de este rubro de países los que mayor auge han logrado son Argentina, Brasil, México, Costa Rica y la India; convirtiéndose en fabricantes de software a pequeña escala, toda vez que realizan Programas en función de determinadas necesidades convirtiéndose en una industria pequeña y sin posibilidades de competir en el extranjero. Por otra parte esta pequeña industria lo que desea es formar parte de aquellas grandes empresas pero lo único que han logrado es convertirse en maquiladores de Programas de Cómputo, ya que no se tiene la capacidad para cubrir un mercado internacional.

En lo relativo al aspecto jurídico de los países en desarrollo encontramos que existe una constante" la no protección a los Programas,"<sup>(5)</sup> y es por ello que los países productores buscan la manera de protegerse estableciendo cláusulas en los contratos, como los que a continuación se describen:

- a) determinar la duración,

(5) TELLEZ VALDES, Julio, "Protección Jurídica de los Programas de Cómputo", Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., México, 1991 P. 101



- b) forma de pago,
- c) reivindicación de terceros,
- d) criterios de aceptación,
- e) daños y vicios ocultos,
- f) asegurar el derecho de acceso a futuras modificaciones, y
- g) rechazar todo tipo de limitaciones no justificadas para la utilización de los Programas.

Estas cláusulas son actualmente usadas por aquellos países que contratan con Argentina, Brasil, México y la India.

#### **1.2.1 INDIA**

"La ley 665 del 14 de septiembre de 1984 (vigente a partir del 8 de octubre de 1984) reformó a la ley autoral, reconociendo a los Programas como obras literarias con una protección de cincuenta años post mortem autor y con disposiciones penales que sancionan todo tipo de comercio o aprovechamiento de soportes ilegítimos de Programas, inclusive cuando se destinan al uso privado."<sup>(6)</sup> La ley anterior restringe su campo de acción protegiendo únicamente a los Programas utilizados directamente por la computadora, es decir quedan fuera todos aquellos Programas que realizan funciones indirectas ya sea para mandar señales a otros aparatos electrónicos o computadoras; no permitiendo que la ley antes citada tenga una aplicación en torno a todo lo relativo al campo de

(6) *Ibid.* P. 103

la Programación. Esta ley define a los Programas de Cómputo como toda obra intelectual que el autor "grave en discos, cintas, tarjetas perforadas y otros dispositivos de almacenamiento de información que, cuando son introducidos en un ordenador u otro equipo son capaces de reproducir esa información."<sup>(7)</sup> Lo controvertido en esta ley es el concepto utilizado referente a la recuperación de información ya que se interpreta en el sentido de que se protege únicamente la búsqueda y reproducción de datos mas no el procesamiento.

### **1.2.2 AMERICA LATINA**

En este rubro únicamente se citaran algunos países que por su interés en una transformación tecnológica en el ramo de la computación son los más sobresalientes, y no solo en la creación de software sino también en la preocupación por una protección jurídica de todo aquello que concierne a la informática. Lo anterior deriva de la necesidad de tener un respaldo jurídico en virtud de que al ser Naciones en desarrollo la industria naciente en el ámbito de la cibemética también lo es, y por ello es indispensable tener en la medida de lo posible en sus normas jurídicas, la protección legal para esta industria que florese, ya que de lo contrario esta deficiencia los coloca en desventaja frente a economías o Naciones más avanzadas; lo anterior lo podemos observar con base a la descripción de la forma en que están organizadas las Naciones europeas mismas que se encuentran en la

(7) *Ibid.*, P. 104

búsqueda de una unificación de criterios para regular jurídicamente los llamados Delitos Informáticos.

### **1.2.2.1 BRASIL**

Esta nación cuenta con una Ley de Software la cual responde al número 7646, que a su vez constituye el antecedente de la ley 5988 en el año de 1973, siendo dicho instrumento la única legislación vigente en materia de Delitos Informáticos, que existe en toda Latinoamérica. Resulta importante mencionar el esquema jurídico relativo a la protección jurídica de los Programas de Cómputo que el Doctor Julio Téllez Valdés cita en su obra, "Protección Jurídica de los Programas de Cómputo", y los cuales a continuación se describen:

- a) Contempla un periodo de protección de veinticinco años contados en el Brasil desde el "lanzamiento en cualquier país del Programa" (artículo 3).
- b) El registro de los Programas no es condición para su protección, más si para su comercialización. Esto se extiende en favor de brasileños y extranjeros siempre que en el país en cuestión se conceda a los brasileños o extranjeros radicados en Brasil, derechos equivalentes en extensión y duración (artículo 3), es decir, que exista una reciprocidad material y no solo formal).

- c) En relación a los fines del registro de los Programas (y a diferencia de anteproyectos anteriores) no se requiere el depósito del Programa fuente, sino solo de los "segmentos del Programa y otros datos que se consideren suficientes para caracterizar la creación independiente y la identidad del Programa" (artículo 4, punto 1).
- d) La ley regula la propiedad de los Programas elaborados en relación de dependencia mediante normas de aplicación supletorias (artículo 5).
- e) En su artículo 6º establece por otro lado que, cuando se estipule en un contrato, los derechos sobre las modificaciones tecnológicas y derivaciones pertenecerán a la persona autorizada a realizarla, será la única que podrá ejercer aquellos derechos en forma automática.
- f) En relación con las copias, la ley brasileña preve que no constituye infracción entre otros supuestos, la "reproducción de copia legítimamente adquirida, y que sea indispensable para la utilización adecuada del Programa" (artículo 7, punto 1)
- g) No infringe esta ley el Programa que presente semejanza con otro cuando derive de las características funcionales de su aplicación. Esta ley obliga al registro ante la Secretaria Especial de Informática (SEI), la que lo clasifica como un instrumento del desarrollo tanto en el interior del país como en el extranjero; en caso de no ser Nacional el Programa se condiciona a que no haya uno similar en el país; permite la comercialización de Programas Nacionales o extranjeros siempre que sean aplicados a equipos producidos en el país o extranjero pero comercializados por empresas Nacionales. De lo anterior podemos observar que en este país latinoamericano existe una gran inquietud

por regular la industria de la cibernética en relación a la elaboración del software así como su utilización en diferentes áreas de desarrollo como puede ser en la industrias; protege en todo momento a su industria Nacional y brinda apoyo a la extranjera através de la ley; esta situación en Brasil resulta ser muy sobresaliente en razón al esquema jurídico que maneja, y que a su vez es un punto de apoyo y referencia para el resto de las legislaciones latinas.

#### **1.2.2.1 ARGENTINA**

En este país existe la inquietud de regular y proteger jurídicamente al software, y en razón a ello se le ha considerado como "obra inédita" a este instrumento, pero con la salvedad de que esto no significa un derecho en favor del depositante, descartando rotundamente la posibilidad de ser patentado el Programa (resolución 15 del 11 de diciembre de 1975). "La doctrina jurídica en Argentina esta considerablemente dividida. Algunos autores sostienen la aplicación de la legislación autoral sin modificaciones al régimen vigente. Finalmente hay quienes señalan la conveniencia de una regulación específica."<sup>(8)</sup>

#### **1.2.2.3 CHILE**

Los Programas de Cómputo son susceptibles de protección legal a través de la ley autoral, pero de una forma muy deficiente. Se planea un anteproyecto de ley sobre Delitos Informáticos.

(8) Ibid. P. 108

### 1.2.3 MEXICO

En nuestro país existe una situación similar a la del resto de Latinoamérica, consistentes en la inexistencia de una ley que regule en forma categórica y determinante la situación jurídica del software y del hardware. El país que rompe con la anterior regla es Brasil, como ya se cito con anterioridad.

En México al igual que en el resto de muchas otras Naciones existe la imperiosa necesidad de contar con una ley que regule jurídicamente esta problemática, para brindar una mayor seguridad en todos los niveles de aplicación que tiene un Programa de Cómputo o el propio aparato, através de la investigación desarrollada en el presente trabajo se observará sin problema alguno que en México no hay una protección legal que garantice el uso adecuado del software, siendo el único instrumento jurídico que cita de una manera textual a los Programas de Cómputo la Ley de Derechos de Autor. Por otra parte la Ley de Fomento Protección de la Propiedad Industrial, artículos 9 y 19 citan lo siguiente; en el primero dispone que para gozar del privilegio de esta ley se requiere del registro de patente para así poder exportarla; y en el segundo de los citados se establecen que actos y objetos pueden ser susceptibles de una patente, describiendo lo que para efectos de esta ley es considerado como invención ya que de no ser calificada así, no es posible obtener una patente.

art. 1 "La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrá el derecho exclusivo de su explotación en su provecho por sí o por otros con su consentimiento, y de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta ley y su reglamento.

art. 19 "No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley:

- I. Los principios teóricos y científicos;
- III. Los esquemas, planes reglas y metodos para realizar actos mentales, juegos o negocios;
- IV. Los programas de computación.

En consecuencia, se desprende de los dos artículos anteriores, que en México no existe la posibilidad de proteger a los Programas de Cómputo a través de la Ley antes indicada; toda vez que en el artículo 19 fracción IV descarta categóricamente esta posibilidad de protección, la cual es utilizada en otros países como medio de defensa. La Ley de Derechos de Autor, es el único ordenamiento jurídico en México que regula la protección de los Programas de Cómputo, pero de una forma muy deficiente, dado que tal ordenamiento jurídico necesita de ciertas modificaciones para así poder aplicarla, ya que de no ser así, es como si no hubiera ninguna protección, toda vez que como veremos, que en los países en donde es aplicable la ley autoral, éstas han realizado las modificaciones

pertinentes para la debida observancia como lo es considerar para efectos del registro a toda la obra y no solamente una parte, y que el tiempo de protección no sea superior a un par de años, toda vez si se sujeta al término señalado por la ley autoral, éste resultaría obsoleto para los sistemas de Cómputo, su vigencia y novedosidad es muy corta, y en dicha situación injusta para los nuevos creadores de Programas.

#### **1.2.4 ESTADOS UNIDOS**

En el año de 1974, se creo la "Privacy Act", primera ley de carácter federal que contempló en un capítulo especial sanciones por riesgos relacionados con la automatización de información, como por ejemplo, en el caso de que un directivo o empleado de un Organismo, en razón a su empleo o cargo, tuviere en su poder registros de dicho organismo y que contuvieren información identificable con respecto a un individuo o establecimiento y que estuviere prohibida... y revelare dolosamente la información de cualquier manera, será culpable de delito leve y castigado con multa de US \$ 5,000 (cinco mil dolares).

En este país existen once Estados que cuentan con legislaciones estatales en materia de Delitos Informáticos, en las que se destaca que cualquier persona que entre en forma maliciosa, altere, borre, dañe o destruya cualquier sistema computacional, red



de Cómputo, datos o Programas, será culpable de una ofensa pública (dicho proceder es considerado un delito en este país).

Asimismo los ordenamientos legales en cada uno de los Estados de Norteamérica, cuentan con sanciones diferentes en lo que respecta en materia estatal, pues es una facultad discrecional del ejecutivo de los Estados legislar o no en torno a esta materia; como es el caso del Estado de Florida que en el año de 1978, incluyó en su legislación numero 815.04 el rubro de las ofensas contra la propiedad intelectual como las siguientes:

- 1.- Cualquiera que deseándolo, sabiéndolo y sin autorización modifique datos, Programas o documentos de soportes (almacenada o existente, interna o externa, en computadora, sistema o red de computadoras), comete un daño contra la propiedad intelectual;
- 2.- Cualquiera que deseándolo, sabiéndolo y sin autorización modifique datos, Programas, o documentación de soportes almacenada o existente...;
- 3.- Cualquiera que deseándolo, sabiéndolo y sin autorización divulgue o tome datos, Programas, o documentación de soportes que sean secretos comercial o confidencial, almacenada o existente...;
- 4.- Cualquiera que deseándolo, sabiéndolo y sin autorización modifique equipos y suministros usados o destinados a ser usados en un computador, sistema o red computacional, comete una ofensa contra equipos de computación o suministros.

Por otra parte, veremos que la ley Federal del 12 de Octubre de 1984, sanciona los delitos computacionales, que causan un detrimento al país como por ejemplo, se tipifica como delito al que atente contra la soberanía interna y externa del Estado; cometiendo un delito el usuario no autorizado a utilizar una computadora para obtener información militar norteamericana clasificada o de política extranjera, con el fin de dañar conscientemente a los E.E.U.U. o beneficiar a una nación. Se consagra el delito menor, por utilizar desautorizadamente un computador para obtener información financiera o de crédito, protegida por las leyes financieras aprobadas de carácter federal.

Asimismo podemos apreciar como en países más desarrollados, se cuentan con leyes que sancionan los delitos en materia de informática, pues para el caso de existir alguno, se puede causar un grave daño tanto a un individuo, como al propio Estado; motivo por el cual otros tantos países, especialmente europeos se interesan por seguir estudiando y tipificando Delitos Informáticos.

## **CAPITULO II**

### **LOS DELITOS INFORMATICOS**

En el presente capítulo se pretende citar a los delitos informáticos mismos que se encuentran íntimamente relacionados con el concepto y criterios que a continuación se consideran, de lo que es la información automatizada como una fuente o herramienta de la tecnología en la actualidad; asimismo se proporcionan a manera de guía un listado de los Delitos Informáticos, mismos que son producto de la aportación de los actuales estudiosos de la Informática y sus consecuencias en el ámbito Jurídico, proporcionando a su vez al campo del derecho una nueva criminalidad que atenta la propiedad de un bien intangible, es decir la información procesada.

#### **2.1 LA INFORMATICA**

La Informática actualmente implica un elemento básico en el desarrollo de las naciones en el aspecto económico, social, cultural, político, científico y tecnológico; impactando las formas y hábitos de la sociedad en general, a través de la herramienta potencial que resulta ser la actividad intelectual.

##### **2.1.1 CONCEPTO DE INFORMATICA**

Etimológicamente la palabra Informática surge de la fusión de los términos información y automatización.

El término Informática fue establecido en Francia, y sus creadores unieron las dos primeras sílabas de INFORMATION (información) y las tres últimas de autoMATIQUE (automática), por lo que dicho neologismo se refiere a la "información automatizada"; es decir el "tratamiento automático de los datos que constituyen la información."

La Informática de acuerdo a los estudiosos de la materia es definida como:

- a) Ciencia que estudia los métodos y medios necesarios para el tratamiento sistemático y eficaz de la Información;
- b) Ciencia que tiene que ver con el procesamiento de Información, particularmente con el que utiliza medios y dispositivos automáticos;
- d) Ciencia que se ocupa del proceso y almacenamiento de Información mediante computadora.

Partiendo de las definiciones arriba indicadas apreciamos que la Informática es considerada como una "Ciencia de la Información", en donde a través de un proceso en una máquina, esta es ordenada de una forma lógica proporcionando una utilidad o beneficio al usuario; en donde no cualquier persona puede tener acceso a esta Información, pues únicamente mediante una autorización se puede hacer uso de ella, ya sea para modificarla, corregirla o simplemente usarla.

La Informática al ser una ciencia sumamente importante en el desarrollo de la sociedad actual, en donde se maneja una gran cantidad de Información, debe ser tutelada por las leyes Nacionales e Internacionales, ya que la Información contenida en un computador puede ser utilizada para diversos fines, tanto buenos como malos, los cuales pueden afectar aspectos económicos de una sociedad.

### **2.1.2 LA INFORMACION Y LA AUTOMATIZACION COMO TECNOLOGIA DE LA INFORMATICA**

La Información dentro del campo de la tecnología Informática constituye el objetivo fundamental, dado que una computadora recopila un conjunto de datos y los ordena de manera lógica dando lugar a un proceso de elaboración automática de la Información, misma que al estar contenida en el procesador no se pierde y puede reproducirse, corregirse y transmitirse de una máquina a otra.

Este proceso de elaboración automático o automatización es la operatividad o funcionalidad de una máquina lógica o también llamada computadora, para elaborar, ordenar, seleccionar y comparar los datos introducidos en ella, a una velocidad superior a la del pensamiento humano.

### **2.1.3 LA TELEMÁTICA COMO MEDIO DE LA INFORMÁTICA**

"Sirve para designar el procedimiento de elaboración automática de los datos informativos, que se producen en el diálogo con las computadoras electrónicas, utilizando las terminales inteligentes, es decir, capaces de recibir y de transmitir. La telemática ha contribuido, pues, anteriormente a <poner a la Información en libertad>, otorgándole una plena autonomía de circulación, que hoy se ejerce por medio de los satélites artificiales."<sup>(9)</sup>

### **2.2 DELITOS INFORMATICOS Y SU CLASIFICACION**

Como ya se comentó anteriormente el objeto dentro de la Informática lo conforman los medios que suponen la computación, la Información procesada, misma que para procesarse se requiere del software y del hardware. Los Delitos Informáticos estaría constituidos por cualquier atentado a los medios descritos lo que significa desviar el correcto desempeño de la máquina; entendiendo por correcto desempeño, utilizar la computadora para satisfacer el fin deseado por el usuario; y que para el caso de ser utilizada para obtener un fin contrario se estaría atentando en contra de todo aquello que implica la Informática, como es el software, hardware y la Información.

(9) VITTORIO FROSINI, Ob.cit. P.33

### **2.2.1 LA PROPIEDAD EL PATRIMONIO Y EL ORDEN ECONOMICO EN LOS DELITOS INFORMATICOS**

La propiedad dentro de los Delitos Informáticos es muy restringida, pues únicamente este derecho a la propiedad se refleja en el software o Programa de Cómputo, conformando a su vez un patrimonio exclusivamente para el autor; sin embargo en lo relativo a los demás aspectos que integran a la Informática no existe una protección legal determinada en virtud de que esta nueva criminalidad esta en pleno estudio, y no siendo así el caso de los Programas de Cómputo toda vez que estos cuentan en algunos países con una tutela jurídica, partiendo del principio de ser considerado una idea original que parte del intelecto humano.

### **2.2.2 LA ACTIVIDAD ECONOMICA EN RELACION A LOS DELITOS INFORMATICOS**

El Orden Económico alude a un conjunto de actividades en constante movimiento financiero y que se manifiesta a través de una ganancia o perdida económica. Esta actividad económica resulta ser de gran importancia para entender a los Delitos Informáticos, puesto que estos delitos han sido clasificados como una especie moderna de Delitos Económicos, y que para el caso de que se manifieste un delito de esta naturaleza sus consecuencias se reflejan en una pérdida económica.

Cabe destacar que para algunos autores al referirse a los delitos Informáticos lo hacen a través de la expresión "Compiuter Crime".

### **2.3 GUIA DE LOS DELITOS INFORMATICOS Y FORMAS DE MANIFESTARSE**

El presente apartado señala en forma de guía cuales son los Delitos Informáticos detectados a la fecha, así como la forma de llevarlos a cabo. Estos delitos se han clasificado en dos tipos de conductas:

- 1.- El de uso o acceso al computador de un tercero perjudicado.
- 2.- El del uso de una computadora propia para defraudar o enmascarar acciones punibles.

Existen varias compilaciones respecto a las diversas formas de manifestarse los delitos Informáticos como es la realizada por Donn B. Parkee, un norteamericano miembro del Stanford Research Institute quien es el principal teórico que compila la clasificación que a continuación se agrega:

- 1.- Fraude Informático;
- 2.- Sabotaje Informático;
- 3.- Espionaje Informático y
- 4.- Hurto de horas de ordenador.



Así mismo existen otros autores que redundan respecto a la clasificación de Donn B. aportando solamente algunos nuevos.

Entre otros autores tenemos al inglés Uhlrich Siber, Standford Research Institute, Concilio Europeo através del European Committee on Crime Problems, y a su vez todos ellos interesados por una misma causa han desarrollado sus propias clasificaciones, las cuales en lo substancial no son muy variadas entre ellas, pues todas coinciden y admiten cuatro categorías de delitos. Raúl Moreno Barrera afirma que "la computación no es generadora de fraudes o delitos, sino que constituyen una nueva herramienta que eventualmente puede ser utilizada para cometer un delito."

Los Delitos Informáticos al ser estudiados se les ha llamado de muy diversas formas como delitos computacionales, computer crime y Delitos Informáticos

El Standford Research Institute, define a los abusos computacionales, que es otra forma de atentar en contra de la Informática, como "todos aquellos actos distintamente relacionados como los computadores y con la comunicación de la información en donde las víctimas sufren o pudieron haber sufrido involuntariamente perjuicios o daños, o en los que las personas que los llevaron a cabo recibieron o pudieron haber recibido algún provecho."<sup>(10)</sup>

(10) JIJENA LEIVA, Renato Javier, ob.cit.P. 100

## 2.4 CLASIFICACION DE LOS DELITOS INFORMATICOS

Existen principalmente tres clasificaciones que a continuación se exponen:

### CLASIFICACION DE DONN B. PARKER

- a) *Cambios Clandestinos en Programas.*- Consiste en introducir modificaciones no autorizadas en ellos, alterando sus procesos. Se obtiene la realización de funciones también no autorizadas.
- b) *Caballo de Troya o Trojan Horse (variante del anterior).*- Se introducen rutinas, conjunto de instrucciones en la codificación de un programa y que no están autorizadas, y que son activadas con una señal o al cumplirse una condición predeterminada se obtiene que el programa actúe de forma distinta a la prevista.

Un ejemplo de este caso es introducir en una institución bancaria dentro de sus redes de cómputo una modificación al programa de cuenta corriente para que siempre que sea consultado el saldo de alguna persona, este se multiplique por mil, diez mil, cien mil, etc. Claro está, que para poder realizar este acto es necesario tener conocimientos de programación.

- c) *Bomba Lógica o Logics Bombs.*- Son programas que se ejecutan en unos momentos específicos, periódicamente o cuando se cumplen determinadas condiciones, que operan según determinadas circunstancias de tiempo, de fecha, de pago etc.

A esta forma de criminalidad se le atribuyen la modalidad de un sabotaje Informático, que al introducir un conjunto de instrucciones que generalmente no son utilizadas y mismas que se pretenden sean ejecutadas en una fecha o circunstancia predeterminada para destruir o alterar alguna Información. Esta modalidad incluye los llamados virus.

- d) *Puertas con Trampas o Trap Doors.*- Son puntos débiles en un sistema Informático, que permiten el acceso de instrucciones ajenas al mismo y que eluden los controles normales. Se utilizan las interrupciones en la lógica de un programa (que los programadores elaboran para el chequeo del mismo en la fase de desarrollo para su depuración) las cuales pudieron no haber desaparecido cuando los programas entran al proceso de producción normal y debilitan su seguridad.

Esta falta o deficiencia parte del propio autor, y la cual causa un daño cuando es encontrada o percibida, pero este descubrimiento de la parte débil de un programa implica un riesgo cuando se pretende realizar una conducta ilícita.

- e) *Modificación de Documentos Fuente.*- Consiste en modificar la Información destinada a ser procesada, ya sea antes o durante la entrada de los datos, siendo tal circunstancia difícil de detectar; y puede consistir en:

- 1.- La omisión de ingresos de ciertas informaciones (datos),
- 2.- Alteración de su contenido, incluir datos no autorizados, y procesamiento duplicado de datos o manipulación de datos.

La manipulación de datos en un Delito Informático es muy frecuente, pues al no verificar la Información que ha sido insertada en la computadora y al filtrar algún dato o estar equivocado puede cometerse un delito denominado "Fraude Informático".

- f) *Salami Techniques o Rounding Down.*- Es un método utilizado en las Instituciones Bancarias para transferir dinero y que através de el, puedan sustraerse alguna cantidad de dinero de diversas procedencias o socios bancarios, haciendo un redondeo de las respectivas cuentas, y depositando el dinero en otra u otras cuentas. Esta conducta es muy difícil de descubrir. Un ejemplo de esta clasificación, es un caso ocurrido en 1960 en los Estados Unidos en donde un cajero de una sucursal bancaria transfería a una cuenta personal los centavos de dolar, llegando a conformar dicho sujeto una fortuna muy cuantiosa. Este ilícito fue descubierto por un socio de la sucursal que se quejó al notar que faltaban unos centavos en su cuenta. Este ejemplo se volvió a suscitar en el presente año.
- g) *Superzapping.*- Es la utilización no autorizada de Programas de Cómputo, y que son de uso universal o tilitarios; es decir reproducir un programa para no pagar por el los derechos, licencias etc. y através de el se copia Información, se borra, se utiliza o altera.

El nombre a esta conducta delictiva deriva de un programa de acceso universal llamado superzap que permite entrar a un ordenador por muy protegido que esté alterando datos sin que se perciba su cambio.

- h) *Ataques Asíncronos o Asynchronous Attacks.*- Consiste en un programa o un conjunto de programas básicos que permiten el funcionamiento global de una computadora coordinando los sistemas periféricos que lo acompañan y comprobando que los procesos se ejecuten en el orden, al momento y en el lugar adecuado. El delito en este caso es introducir órdenes al computador para que esta secuencia lógica de funciones opere de forma distinta. Un ejemplo sería que actualmente muchas industrias funcionan con maquinaria computarizada y si se llega a alterar su funcionamiento puede producir situaciones desfavorables para la empresa.
- i) *Recogida de Residuos o Scavenging.*- Consiste en recoger la Información en una computadora y que queda impresa en papel o grabada en un disco. El delito se perfila en el momento de utilizar la Información guardada en el disco magnético.
- j) *Filtración de Datos o Dataleakage.*- Consiste en copiar o sustraer datos confidenciales como puede ser el caso de duplicar una cinta magnética sin previa autorización (llamado espionaje Informático).
- k) *Trasiego de Persona Piggybacking and Impersonation.*- Consiste en ingresar a un área controlada por medios electrónicos.

- l) *Simulation and Modeling*.- Consiste en simular situaciones para planificar y controlar un delito. En este caso, un ejemplo sería el manejo de las grandes mafias organizadas.

#### CLASIFICACION DE LOS DELITOS SEGUN UHLRICH SIEBER

- a) *Fraude por Manipulación de Computadora contra un Sistema de Procesamiento de Datos*.- Consiste en introducir datos falsos o dejar de insertarlos como es el Caballo de Trola, virus, técnica del redondeo.
- b) *Espionaje Informático*.- "Se refiere a obtener resultados de investigaciones en un proceso Informatizado;"<sup>(11)</sup>
- c) *Sabotaje Informático*.- Consiste en destruir o alterar al Software o Hardware dándose através de procedimientos basados regularmente en la misma tecnología para borrar total o parcialmente los datos contenidos en un programa.

Asimismo se puede provocar la distorsión de su debido funcionamiento a la configuración o estructuración del propio aparato o del hardware.

- d) *Robo de Servicios o Hurto de Tiempo*.- Se configura cuando un empleado para fines personales utiliza horas de tiempo máquina sin previa autorización. En esta figura el delito versa en el robo de tiempo máquina traduciendo en una pérdida económica, dado que el estar en funcionamiento un aparato representa desgaste del hardware, o bien utilizar el software o programas.

(11) *Ibid.* P. 106

- e) *Acceso no Autorizado a Sistemas de Procesamiento de Datos.*- Esta acción se da a través de vías o redes telemáticas para obtener Información ilegal.

*CLASIFICACION SEGUN LA STANDFORD RESEARCH INSTITUTE*

La Standford Research Institute cita en su clasificación los mismos tipos de delitos pero agregando como un elemento distintivo los roles del computador o hardware al ser objeto de un abuso; y este rol se clasifica de acuerdo a los siguientes puntos:

- a) *Objeto.*- El abuso implica daño, robo y uso sin autorización del hardware y/o el software.
- b) *Herramienta.*- El computador es complemento de apoyo en el abuso.
- c) *Símbolo.*- Se usa el prestigio del computador.
- d) *Medio.*- El abuso se fragua a partir de las capacidades del computador.

La idea de esta clasificación es dejar claro que el primer punto o rol cae dentro de los delitos contra medios informáticos y los tres restantes están insertados en los denominados delitos con medios Informáticos.

Destruir el hardware provoca un malicioso daño, toda vez que se pierde el aparato en el cual se encuentra insertada toda la

Información provocando gravísimos daños. Existen dos opiniones al respecto, la primera dice que si una persona daña o roba un hardware dándole lo mismo que fuera una lavadora que una computadora no se configura el delito Informático, y en el segundo caso se afirma que no importa la intención del sujeto activo ya que tratándose de un hardware que ha sido robado se configura el delito Informático. Este delito se refiere al robo de equipo computacional, de sus componentes en general y de los dispositivos de almacenamiento en particular.

De lo anterior se observa que aún y cuando la Ciencia de la Informática es de reciente creación se han engendrado conductas delictivas, las cuales se presentan con ciertas características, las cuales han permitido crear la guía expuesta anteriormente y en consecuencia resulta necesario crear una legislación al respecto ya que actualmente en el ámbito internacional se protegen únicamente a los Programas de Cómputo a través de la ley autoral, misma que en forma previa ha sido modificada, situación que solo sucede en algunos países. en este sentido y en lo relativo a los Delitos Informáticos únicamente se protegen conductas delictivas derivadas de consideraciones o experiencias de cada nación, no existiendo, hasta el momento una uniformidad para sancionarlos.



## **CAPITULO III**

### **PROTECCION JURIDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTO**

En el presente capitulo se tratara a los Programas de Cómputo como un Derecho Intelectual para que de esta forma se llegue a entender el criterio utilizado por los especialistas y legisladores en la materia para pretender protegerlos.

#### **3.1 DERECHO INTELECTUAL**

El Derecho Intelectual hoy en día es considerado en una forma especial, ya que en el derecho antiguo fue desconocido por los Romanos, y sin embargo, como se menciona, actualmente se le atribuye un derecho por ser una creación original producto del intelecto humano; en este sentido se entiende por Derecho Intelectual a toda expresión perceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, en donde el objeto recae en la obra Intelectual de una persona denominada autor; no debiendo confundir la materialización de la obra en este derecho, por que esta corresponde al objeto de la tutela del Derecho Intelectual ya que es únicamente la manifestación de la obra plasmada en una cosa u objeto material.

La parte substancial y medular del Derecho Intelectual, es la originalidad, correspondiendo esta únicamente al autor.

### 3.1.1 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTELECTUAL

Las características del Derecho Intelectual se clasifican en tres, tales como:

- Monopolio o privilegio exclusivo de explotación a favor del titular;
- Amparo del derecho moral del autor;
- Su existencia o diferencia de las patentes de invención y las marcas no depende de formalidades esenciales; ambos nacen de la obra Intelectual, y solamente para el reconocimiento del Derecho Intelectual se requiere el depósito legal.

El Derecho Intelectual que en todo momento se caracteriza por ser INMATERIAL, puede ser traducido y plasmado en un objeto material para que así pueda tener acceso o conocimiento la comunidad en general; en consecuencia esta adquisición constituye un derecho de uso para el sujeto que lo adquiere mediante el pago de una cantidad líquida, pero no para disponer como propietario de las ideas insertadas en el bien material, ya que la obra Intelectual le corresponde únicamente al autor de la creación Intelectual original y con carácter individual.

El Derecho Intelectual se ha valido del precepto jurídico de "propiedad" para efecto de proteger a la idea o creación Intelectual prevista en todo momento de originalidad. Este acto corresponde a la

forma o manera de la que se ha valido el legislador para poder proteger el Derecho de autor.

Se ha expresado que la tutela a este derecho corresponde a una categoría de derecho *suigeneris*, esto con base a que el derecho de propiedad que el autor tiene sobre el bien es de carácter temporal, agregando la calidad de un derecho real sobre el bien una vez que ha sido materializado. Cabe destacar que el criterio de fijar una temporalidad del derecho que tiene el autor sobre el bien incorpóreo alude a que ésta idea original puede ser superada implicando ello una transformación o avance reflejado en la sociedad. Las obras Intelectuales en la actualidad han alcanzado una difusión internacional, motivo por el cual al no poderlo circunscribirlos a una frontera, surgió la necesidad de tutelarlos en el ámbito Internacional y así proteger a los titulares del derecho tanto en su producción, su publicación, su disfrute y aprovechamiento en cualquier parte.

### **3.2 PROTECCION A LOS PROGRAMAS DE COMPUTO COMO OBRA INTELECTUAL**

Los programas de Cómputo, son considerados como una obra Intelectual protegida a través del Derecho de autor, entendiendo por derechos de Autor como el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras Intelectuales

externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el videocassette y recientemente los programas de Cómputo, así como cualquier otro medio de comunicación. Este medio de protección legal es la tendencia utilizada y a seguir por varios países tanto desarrollados como los subdesarrollados; asimismo en estos últimos se estudia la posibilidad de crear una legislación específica en la materia; tal como sucede en los mas avanzados.

### **3.2.1 DERECHO DE AUTOR**

Los países que han adoptado la protección de los Programas de Cómputo através de la Ley de Derechos de Autor, lo han aplicado como producto de una serie de análisis que favorecen a esta área de desarrollo, pero con la salvedad de que deben realizar modificaciones idóneas a la misma ley para poder ser aplicada eficazmente, dado que si no se hacen las modificaciones y señalamientos adecuados se aplicaría la ley de una forma muy limitada encontrando varias lagunas, ya que el Derecho de Autor en sus orígenes no contempló la posibilidad de tutelar esta área de desarrollo, y que es de carácter inmaterial en todo momento.

### **3.2.2 INEFICACIA DE LA APLICACION DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

La aplicación de los Derechos de Autor se consideran ineficaces por las siguientes razones:

- a) La ley de Derechos de Autor protege únicamente la reproducción, y si bien es cierto y como ya lo hemos observado a lo largo del presente trabajo, un Programa no solamente puede ser reproducido; sino que através de él se pueden realizar muchas más conductas ilícitas. Sin embargo este derecho solamente tutela la reproducción, dejando al aire todos los demás aspectos que integran y conforman a un Programa de Cómputo, como lo es su modificación, corrección e inclusive mejoramiento de la idea para una mayor eficacia. Asimismo un Programa no puede compararse de una forma tan simple con las obras Intelectuales protegidas comunmente por el Derecho de Autor, como son las obras literarias, fonogramas, videocassette etc., pues un Programa de Cómputo es muy fácil de reproducir en comparación a las anteriores, ya que para ello bastan unos cuanto minutos. En este sentido al estar esta tecnología al alcance de la sociedad, así como también los conocimientos y medios necesarios para acceder y tener dominio de esta área de desarrollo, la cual es y será, la base para el desempeño de muchas actividades como es la economía, medicina, política, cultura, recreación etc., no es posible que se pretenda restringir la reproducción de un Programa de Cómputo, como comunmente lo dispone la Ley Autoral, pues si bien es cierto, que la propia sociedad es la que apoya el conocimiento de la Informática, enseñando esta actividad a un nivel profesional y además exhortando a la comunidad a continuar desarrollando y transformando cada vez más a esta tecnología, en este sentido no es posible que una sociedad sancione a uno de sus miembros cuando le ha dado los elementos y la herramientas necesarias para realizarlo.

Asimismo un autor de un Programa, antes de haber desarrollado una idea en esta materia, debió de haber reproducido varios Programas, para así poder allegarse de todos los elementos necesarios y lograr el aprendizaje, manejo y funcionamiento de la Informática y crear un nuevo Programa funcional, original y novedoso. Por otra parte la reproducción en los Programas de Cómputo no se manifiesta de la misma forma que un videocassette, pues este último como lo hemos visto, los reproductores obtienen un lucro indebido creando varias copias similares, y sin embargo en el área de la Informática la reproducción de un Programa se da frecuentemente en el ámbito de trabajo o estudiantil, pues son solamente los usuarios las personas que saben la utilidad que les repara el Programa que ha sido copiado.

- b) El principio de originalidad en el Derecho de autor es inoperante para los Programas de Cómputo, ya que en este sentido puede afirmarse que en el inicio de la Informática los primeros Programas de Cómputo fueron novedosos y originales, lo cual ya no sucede con los actuales, debido a que estos últimos son consecuencia de una idea que fue original en su inicio; sin embargo la Informática es parte de la tecnología actualmente y conforma una utilidad pública, misma que es necesaria darle difusión para el mejoramiento de la ciencia, de la cultura y de la educación, como consecuencia de lo anterior es evidente que un Programa al ser difundido y reproducido, puede ser superado en un tiempo muy breve, que es aproximadamente de tres años, en tal caso deben considerarse a los Programas de Cómputo como ideas originales durante éste lapso de tiempo.

- c) La Inadecuación de los Plazos de Protección, en especial por la necesaria aplicación de las disposiciones de la Convención Universal de Ginebra y del Convenio de Berna, en donde ambos determinan que las obras de un autor queden protegidas por un tiempo determinado. Este principio en lo relativo a los Programas de Cómputo, no es eficaz dado que al estar al alcance de un gran número de personas y la facilidad que implica modificar, aumentar, corregir o superar un Programa, esta temporalidad no protege en nada al autor, pues no es un principio que tenga cabida en la programación, por lo poco que puede durar la novedosidad en esta área. Sería más práctico y real si se reduce a un mínimo de tiempo, en el que se considere el lapso en que puede surgir o crearse un Programa mejor, de lo contrario un Programa protegido por el Derecho de Autor puede prestarse a muchos conflictos, ya que la persona que lo mejora puede caer en cierto momento, por las lagunas de la ley, en una conducta ilícita por estar protegida esta idea y por lo tanto esta causa motiva a retardar un mejoramiento de los Programas e incluso a evitar que los nuevos sean registrados para evitarse problemas legales.
- d) Es inconveniente la aplicación del principio de Derecho Moral por ser de carácter subjetivo, ya que el derecho moral se refiere al respeto de la obra, que en caso de quebrantarlo se incurre en un ilícito por hacer un uso indebido de ella y del nombre del autor.

- e) Inconveniencia de la aplicación de los principios que la ley autoral posee en materia de licencia obligatoria; este principio no es funcional, ya que para obtenerla, el autor debe cumplir con requisitos tales como la presentación de las 10 primeras páginas de su obra y las 10 últimas, para así poder obtener el registro, y posteriormente la licencia que autoriza reproducir y comercializar la obra; esta forma de obtener el registro no es operante en materia de computación, debido a que estas 20 páginas no demuestran la originalidad del Programa, ya que todo Programa inicia y concluye de manera similar; y en tal caso, la parte sustancial que demuestra la originalidad del mismo, queda fuera de la apreciación de las autoridades competentes.

### 3.3 DERECHO DE PATENTE

Las Patentes como Derecho Intelectual descarta categóricamente la protección de los Programas por no considerarlos como un producto ni como un proceso. "En este sentido el poder tener acceso total respecto de una invención que caracteriza al Derecho de patentes (por la aplicación del principio de divulgación pública), facilita de sobremanera la usurpación de los programas, circunstancia que resulta obvia y absolutamente negativa." <sup>(12)</sup>

EL Convenio de Munich de 1973, firmado por la mayoría de los países europeos, estipula que los Programas de Cómputo no son

(12) Conf. TERCERA REUNION DE EXPERTOS EN INFORMATICA JURIDICA AUSPICADA POR LA CONFERENCIA DE JUSTICIA DE LOS PAISES HISPANOS LUSO AMERICANOS, Sede México, 1991, P. 3



susceptibles de una protección a través de la patente; y sin embargo existen países que aplican tal derecho como es el caso en recientes fechas en Estados Unidos, provocando esta situación un conflicto dado que la industria del software se ve seriamente expuesta y herida.

### **3.3.1 APLICACION DEL DERECHO DE PATENTE**

"La aplicación del Derecho de patentes ha sido descartada de manera general, ya sea mediante normas legales específicas o por decisiones jurisprudenciales y administrativas. Ello no es óbice empero para que determinadas invenciones que se instrumentan mediante Sistemas de Cómputo sean aplicables, en tanto no sean dichos programas en si la materia de protección. Se advierte en cambio, una aceptación GENERAL en el sentido de que el software sea amparado por las normas de secreto industrial o comercial, en virtud de las cláusulas que las partes preveen en sus relaciones contractuales."<sup>(13)</sup>

Los Programas de Cómputo son un punto muy discutido por la tutela de una patente por no ser considerados como productos ni procesos que carece de los elementos indispensables de Novedad, Actividad Inventiva y Carácter Industrial.

(13) *Ibid.*, P. 6

### 3.3.2 NOVEDOSIDAD

"Una invención es considerada como nueva si ella no esta comprendida en el estado de la técnica."<sup>(14)</sup> Este concepto de novedosidad implica dos problemas fundamentales, el primero de ellos de acuerdo al Dr. Julio Téllez Valdés, responde a un orden Nacional en el que se manifiesta que la Novedosisdad es la" eventual presencia de anterioridad de la solicitud de patente de un Programa."<sup>(15)</sup> En esta idea se pone en tela de juicio si es que un Programa puede ser patentado por haber formado parte de la técnica con anterioridad al registro; y por otro lado este hecho es necesario para probar la eficacia del Programa de Cómputo en el ámbito comercial. El segundo problema se ubica en un orden práctico en el cual se manifiesta que "la solicitud en que se menciona a un Programa objeto debe y puede demostrar por tanto, y luego de la búsqueda de anterioridad, un carácter de novedosidad que la distinga de entre otras. Queda entonces por cuestionarse si efectivamente ese carácter no podría ser encontrado en las características del Programa que, sin estar implicado explícitamente derive en forma implícita de la utilización particular que pudiera realizarse. Esta funcionalidad se convierte entonces en el elemento más importante a considerar."<sup>(16)</sup>

(14) Artículo 54, Primer Párrafo del Convenio de Munich, Artículo 8.1, Leyes Francesas de 1968 y 1978, Citado por TELLEZ VALDES JULIO Ob. Cit. 42

(15) TELLEZ VALDES JULIO, Ob., cit. P. 45

(16) Artículo 54, Segundo Párrafo del Convenio de Munich, Artículo 8.2, Citado por TELLEZ VALDES JULIO, Ob. Cit. P. 42

### **3.3.3 ESTADO DE LA TECNICA**

Para Julio Téllez Valdés, es todo aquello que ha sido puesto al conocimiento del público antes de la fecha del depósito, esto quiere decir que para efectos del registro de una patente, previamente se prueba el bien susceptible de registro; y para el caso de un Programa de Cómputo puesto a disposición del público y utilizarlo, posiblemente alguien más se apropie de la idea y la utilice en su beneficio afectando al autor, ya que a diferencia de otros bienes, un Programa incluye todos los parámetros de su elaboración, mismos que están al alcance del usuario. Por estas consideraciones citadas se ha implantado como una práctica común descartar a los Programas de Cómputo susceptibles de una patente, partiendo esta idea fundamental del Convenio firmado en Munich el 5 de octubre de 1973, agrupando 11 países firmantes, más aquellos adheridos al mismo, como es el caso de México.

Asimismo existen países que no se han apegado del todo a las anteriores disposiciones, como es el caso de Estados Unidos, el cual ha reconocido el Derecho de patente a solo algunos Programas, provocando un grave problema porque se piensa que este acto afectara en lo sucesivo la industria del Software; esto es consecuencia

de que es el país de mayor producción de software en el mundo, siguiéndole Francia y Japón. De esta forma podemos apreciar que la protección jurídica de un Programa de Cómputo se ve seriamente afectada si la legislación común de un país no hace las modificaciones o adecuaciones necesarias para una eficaz aplicación de la ley, pues en el caso de no realizar estas, seguirán cometándose delitos en materia de Patentes y Derechos de Autor a todos los niveles en materia de informática; esta situación no debe continuar así, ya que la reproducción, modificación y superación de un Programa es una actividad cotidiana, o bien, en términos jurídicos una costumbre, debido a lo anterior es necesario crear una ley que regule todas estas costumbres en donde se contemple no solamente a los Programas, sino también a la Informática incluyendo a la información procesada y los delitos que se derivan de un uso indebido de la misma; así como los ilícitos que se pueden cometer en contra de la computadora o su utilización como un medio para un fin inadecuado.

## CAPITULO IV

### ANALISIS DEL DELITO EN RELACION A LA INFORMATICA

Los Delitos Informáticos como tales solo se encuentran tipificados en algunas leyes penales vigentes, en países como Estados Unidos, Francia, España y Alemania, en virtud de que las actuales legislaciones tuvieron su origen en un momento en el cual no se concibe la existencia de una era cibernética, circunstancia que es consecuencia de una transformación tecnológica en los medios de desarrollo de la sociedad actual, en el caso de estos países los Códigos Penales, en épocas pasadas no podían prever las circunstancias concurrentes en este tipo de delitos."<sup>(17)</sup> Asimismo resulta difícil formular un tipo penal que encuadre los delitos Informáticos, siendo tal circunstancia una consecuencia de las "peculiaridades de los medios y modalidades de comisión del objeto material afectado (un intangible) y de los intereses jurídicos lesionados."<sup>(18)</sup> En consecuencia, en el presente capítulo se pretende interrelacionar a los Delitos Informáticos con la teoría del Derecho Penal, para que de esta forma sea posible percatarse de la gran necesidad que existe en la actualidad, de legislar en materia de Informática, apreciando además que no es posible encuadrar a un Delito Informático en los delitos descritos en el Código Penal o leyes especiales, por tratarse de circunstancias que por el momento no se encuentran consignadas en el común de los ordenamientos legales en varios países en el mundo, y hagan posible sancionarlos.

(17) JUENA LEIVA, Renato Javier, Ob. Cit. P. 71

(18) *Ibid.* P. 72

#### 4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, resulta de gran importancia para el desarrollo del presente capítulo; ya que establece dos ideas fundamentales: los delitos y las penas (*nulla poena, sine lege*). Por consiguiente, "un caso cualquiera, que no esté reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo cometió,"<sup>(19)</sup> y en cuanto a esta idea y en relación con los delitos informáticos no se puede sancionar una conducta delictiva cuando se atente en contra de un objeto inmaterial o bien informático, tales como el software, hardware, procesamiento de datos personales o información confidencial, datos procesadores, secretos de las personas en soportes magnéticos, ordenadores, sistemas informáticos de acceso restringido y medios teleinformáticos. Las Naciones Europeas actualmente se han avocado a continuar mejorando las deficiencias sobre la tipificación de los Delitos Informáticos para lograr una ley común entre éstas Naciones pertenecientes especialmente a la Comunidad Económica Europea, las cuales han sido las que con mayor interés se han avocado al estudio y regulación de los delitos informáticos a través del Concilio Europeo, ya que el vértice de unión entre estas naciones es el aspecto económico, quedando encuadrada en este ámbito la informática.

(19) BURGOA, Ignacio "Las garantías Individuales" 22ª Edición Edit. Porrúa, México, 1989 P. 568

En Latinoamérica también se ha tratado de encuadrar a los delitos informáticos dentro de sus cuerpos normativos vigentes; siendo las naciones más avocadas a este estudio jurídico Brasil, Argentina, Chile, México y Costa Rica; sin embargo en algunos de ellos se están elaborando proyectos de una ley más específica para no violar el principio de legalidad, considerando como referencia los criterios adoptados por países desarrollados, los cuales encuadran los Delitos Informáticos en un ordenamiento legal especial, que debe ser retomado por Latinoamérica.

#### **4.2 CONCEPTO DE DELITO**

Delito es una palabra que proviene de una voz latina, "delinquere", que significaba: abandonar, alejarse del buen camino o sendero marcado por la ley. Francisco Carrara, exponente en la escuela Clásica define al delito 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,"<sup>(20)</sup> De ambas definiciones se desprende que el delito implica una infracción a la Ley del Estado causando un daño a la sociedad; asimismo dicho comportamiento puede manifestarse de dos formas, positivo y negativo. El primero de ellos es un hacer, es decir realizar determinados actos, y el segundo significa una omisión o un no hacer. Ambas conductas al momento de manifestarse cualquiera de ellas se incurre en un Delito.

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, "Derecho Penal Mexicano", Parte General, 5ª Edición, Edil. Porrúa, México 1986, P. 986

#### 4.2.1 CONCEPTO DE DELITO INFORMÁTICO

En Chile se ha definido al Delito Informático como "toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se utiliza o afecta una computadora o sus accesorios."<sup>(21)</sup> La "denominación de los Delitos Informáticos en este país son variadas y se habla de delitos técnicos, delitos intraempresariales, delitos automatizados, delitos informáticos, abusos informáticos etc."<sup>(22)</sup> asimismo es calificado como una acción delictiva el acceso a un computador que es el instrumento u objeto del hecho, ya que en algunos casos el aparato es el objeto del delito o un medio para cometerlo. Castillo y Ramallo, dos estudiosos del derecho informático en España han definido al delito informático como "toda acción dolosa que provoca un perjuicio a persona o entidad, y en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas."<sup>(23)</sup>

Es de gran importancia destacar la definición expuesta por el costarricense Juan Diego Castro Fernández la cual contiene los mismos elementos descritos en las definiciones anteriores aportando además una clasificación que facilita su estudio partiendo de la conceptualización norteamericana "Computer Crime"; la primera en sentido restringido y la segunda en sentido amplio como a continuación se expone:

(21) JIJENA LÉIVA, Renato Javier, ob.cit. P. 82  
(22) Ibit. P. 81  
(23) Ibit. P. 82



- a) *Clasificación en sentido restringido.*- Es aquel hecho en el que independientemente del perjuicio que pueda causarse a otros bienes jurídicos tutelados y que eventualmente puedan concurrir en forma real o ideal se atacan elementos puramente informáticos. Tales serán los casos del uso indebido del software, apropiación indebida de datos, interferencia de datos en sistemas ajenos etc. Esta clasificación aporta dos ideas fundamentales, la primera se refiere a atentar en contra de bienes jurídicos tutelados; es decir en materia de informática los bienes jurídicos tipificados en las leyes penales vigentes corresponden a objetos materiales y en este sentido solamente se podría configurar un delito si se destruye al aparato o computadora, a un disco magnético, o cualquier parte del aparato como el teclado, o el televisor; y la segunda idea relativa a elementos puramente informáticos se refiere a bienes inmateriales como la información.
- b) *Clasificación en sentido amplio.*- acción típica, antijurídica y culpable para cuya consumación se utiliza o se afecta a una computadora o sus accesorios, manipulada por el hombre y afectando los intereses de la sociedad; la finalidad del delito no es la consumación sino la acción del hombre, es decir, éste es un medio del que se vale el sujeto activo para delinquir.

Un delito informático se diferencia de un delito del orden común porque en un Delito Informático se habla de atentar en contra

de una computadora, sus accesorios que incluso algunos son de carácter inmaterial y en donde la información es lo más importante, mientras que en los delitos comunes estos se encuentran debidamente tipificados en la ley manifestando intrínsecamente cual es el bien jurídico tutelado, mientras que en los delitos informáticos resulta difícil conceptualizarlo dado que su estudio es muy actual y por el momento se parte de situaciones de hecho que constituyen solamente antecedentes para una regulación debidamente fundamentada y motivada que en un futuro se contemplará en una ley especial como es la inquietud de varias naciones europeas y algunas latinoamericanas.

#### **4.3 ELEMENTOS DEL DELITO**

Existen dos corrientes opuestas para el estudio del delito, la corriente totalizadora o unitaria y la concepción analítica o atomizadora. En la primera de ellas se considera al delito como un todo, mientras que en la segunda se estudia a través de sus elementos constitutivos.

Así mismo, el presente capítulo se desarrolla, para facilitar su análisis en relación a los Delitos Informáticos, a partir de la concepción analítica o atomizadora del delito, consistente en el estudio de sus elementos (positivos y negativos), de conformidad con la teoría

Causalista expuesta por Jiménez de Asúa, y misma que a continuación se expone relacionando sus elementos con los Delitos Informáticos.

#### **Elementos Positivos**

Conducta o Hecho  
 Tipicidad  
 Antijuricidad  
 Culpabilidad  
 Imputabilidad  
 Punibilidad  
 Condiciones objetivos de Punibilidad

#### **Elementos Negativos**

Ausencia de Conducta o de Hecho  
 Atipicidad  
 Causas de Justificación  
 Inculpabilidad  
 Inimputabilidad  
 Excusas absolutorias  
 Ausencia de Condiciones  
 objetivas de Punibilidad

#### **a) Conducta**

López Gallegos la define como "una actividad voluntaria, o una inactividad voluntaria, que produce un resultado con violación,"<sup>(24)</sup> pudiendo ser:

- a) de una norma prohibitiva, en los delitos comisivos,
- b) de una preceptiva en los omisiones ,
- c) de ambas, en los delitos de comisión por omisión.

Jiménez Huerta dice que la conducta es siempre una manifestación de voluntad dirigida hacia un fin.

Así mismo la conducta para Porte Pettit es un hacer voluntario o bien un no hacer voluntario. En este sentido la teoría Causalista expone que la conducta esta compuesta por tres elementos, que son:

(24) PAVON VASCONCELOS, Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", Edit. Porrúa, México, P. 75,176,177

- a) manifestación de la voluntad
- b) resultado
- c) nexo de causalidad

### *Manifestación de la Voluntad*

"Consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria; es decir la conducta consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien una inactividad, una abstención, un no hacer,"<sup>(25)</sup> en este sentido y en relación a los Delitos Informáticos, la conducta se manifestará a través de una actividad voluntaria. Al respecto Edmundo Mezger la define como "el acto de voluntad se concibe como referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta,"<sup>(26)</sup> esta definición en relación a los Delitos Informáticos se puede afirmar que existe un acto de voluntad que afecta al titular del bien Informático, en donde la referencia psicológica inmediata del autor es causarle un daño al titular, pero hablar de una acción injusta es en donde queda una interrogante ¿existen los delincuentes informáticos? ó ¿simplemente no hay delincuencia o criminalidad Informática!, toda vez que en algunos países se considera un comportamiento delictivo y en otros no, aún y cuando se pretenda sancionar en aquellos que se encuentran comprendidos en esta segunda circunstancia al no tener expresamente tipificado el Delito

(25) Conf. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, "Derecho Penal Mexicano". Parte General Edt. Porrúa México, 1991, P. 182

(26) MEZGUER, Edmundo, "Tratado de Derecho Penal Mexicano", 9ª edición, tomo II, Edt. Revista de Derecho Penal, Madrid 1995, P. 155

Informático, no es posible sancionar al autor ya que únicamente la intención de querer sancionar queda en un simple intento. Asimismo el hecho de que existan países que cuentan con normatividad al respecto, y otros tantos que no la contemplan y los cuales son la mayoría, provoca dicha situación una gran confusión dentro del ambiente o mundo de la Informática, pues de este modo podíamos decir que existen delincuentes a medias, en virtud de que en un país sí lo son, mientras que en otros no.

### *Resultado*

"Se trata de la afectación de una esfera protegida por el derecho penal. La lesión jurídica se produce en último término por la integración del tipo o por la puesta en peligro del bien jurídico tutelado;"<sup>(27)</sup> ahora bien para que exista este elemento en los Delitos Informáticos es sumamente importante proteger a la Información procesada a través de la creación del bien jurídico que la protega, y para ello se necesita crear conciencia en las personas que necesitan de la Informática, en el sentido de que es un bien susceptible de protección y respeto , considerando que en la actualidad se pueden causar daños incalculables por un uso indebido de la Información.

### *Nexo Causal*

Se explica como el método de comprobación lógico del enlace entre una acción y un resultado. En los Delitos Informáticos la

(27) GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo ob. cit. P. 182

conducta o la acción, siempre será un hacer, y en relación al resultado y para que exista el nexo causal es indispensable crear el bien jurídico protegido, que en relación a la presente, es la protección a la información procesada considerándola como un bien.

#### FORMAS DE LA CONDUCTA

Al exteriorizarse adopta las formas de:

- a) Acción: "Es la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado (consiste en un hacer)." <sup>(28)</sup>
- b) Omisión: Conducta negativa, inactividad voluntaria con violación a una norma preceptiva (omisión simple) o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión)." <sup>(29)</sup>

De estos dos elementos de la conducta en los Delitos Informáticos se da de hecho pero no de derecho ya que al no existir una tipificación no es punible; sin embargo esta manifestación de la voluntad causa un daño porque en estos delitos la conducta siempre se manifiesta através de un acción y jamás por omisión, puesto que es indispensable para poner en funcionamiento a una computadora, dar una serie de ordenamientos lógicos através de comandos para así obtener el resultado deseado por el operador de la máquina.

(28) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, ob. cit. P. 244

(29) GONZALEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO ob. cit. P. 243

## b) AUSENCIA DE CONDUCTA

"Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son suyos por faltar en ellos la voluntad. " (30)

### CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA

- a) Vis absoluta: Fuerza irresistible, de carácter físico dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide resistirla.
- b) Fuerza mayor: Fuerza exterior de carácter irresistible, originada por la naturaleza o en seres irracionales.

La Ausencia de conducta como elemento negativo del delito también se puede presentar en los delitos Informáticos; pues podemos imaginar que una persona en estado hipnótico puede ser alguien que domine la Informática y que en este estado realice determinadas órdenes para cometer un Delito Informático e incluso destruir el hardware, como podría suceder en cualquier otro delito, como un homicidio, lesiones, daño en propiedad etc., pero en Informática lo que esencialmente se pierde es la Información.

(30) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob.cit. P. 244

### c) *TIPICIDAD*

La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibitiva de un tipo penal. Por presentar las características de tipicidad, decimos que es una conducta "típica".

#### *TIPO*

Es la formula legal que permite averiguar la tipicidad de la conducta, y puede ser:

- a) Tipo abierto: Son aquellos en donde el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga; requiriendo necesariamente acudir a una norma de carácter general.
- b) Tipo cerrado: Es aquel que no sale de los elementos de la propia ley penal en el tipo, puede individualizarse perfectamente la conducta. Es el juez quien comprueba la tipicidad comparando la conducta particular y concreta con la individualización típica, para ver si se adecúa o no a la misma. Esta faena mental es el juicio de tipicidad que debe realizar el juez.

La tipicidad en los Delitos Informáticos solamente se da en algunos países, pues la mayoría solamente sancionan la reproducción de un Programa de Cómputo através de la Ley



Autoral y en donde el Juez, si es que está frente a un tipo abierto o cerrado y que además se aprecia que la ley es muy deficiente en materia de Informática, es seguro que deberá de absolver al cerciorarse que existe duda, toda vez que no es posible determinar una responsabilidad penal en tales circunstancias, porque atentaría en dicho caso en contra del principio de legalidad, en virtud de que en materia penal esta prohibida la analogía.

#### d) ATIPICIDAD

Al ser el elemento negativo de la tipicidad corresponde a una falta de adecuación de la conducta al tipo penal. "Esta no tipicidad prioritariamente puede darse por inexistencia del tipo o por no integración del tipo".<sup>(31)</sup>

La atipicidad es un elemento negativo del delito que en los Delitos Informáticos es muy usual; es decir, que siempre será difícil adecuar una conducta dañosa en materia de Informática a un tipo descrito en las leyes penales vigentes o especiales (como Derecho de Autor y Patentes y Marcas) para poder determinar que existe un delito. Un ejemplo de la atipicidad es el fraude, en donde se requiere que una persona sea engañada; y no es aplicable este tipo penal cuando es una computadora la que ha sido objeto del engaño, "en consecuencia, el Delito Informático es una figura que va más allá, o es

(31) GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo ob. cit. 243

más amplia que los tipos vigentes, porque no se requiere de la voluntad de un estafado inducido a error o que le haga disponer su patrimonio en beneficio del estafador."<sup>(32)</sup>

"En el caso del delito de Robo, es difícil subsumir esta figura en los Delitos Informáticos, por que la acción debe recaer en una cosa mueble ajena; en donde la información es una cosa mueble ajena pero inmaterial o incorporal."<sup>(33)</sup>

#### e) ANTIJURICIDAD

Fue planteado por Binding y traduce los conceptos de "injusticia" o de "ilicitud", debido a la cual muchos han declarado inútil su confrontación específica. Algunos confunden este concepto con el de acción típica, es decir, con el de ejecución delictiva, pero ha logrado establecerse con precisión su contenido y alcance vinculándose con la justificación."<sup>(34)</sup>

"La Antijuricidad es pues la violación de una norma, entendiendo por norma no el precepto descriptivo del delito, sino la consagración del derecho en la constitución de un pueblo. La norma es lo que se viola. El precepto penal apenas sanciona esa violación. Delictivo es, en consecuencia, solo la acción antijurídica, es decir, tratándose de la dogmática colombiana, la que no está amparada por ninguna justificación."<sup>(35)</sup>

(32) JUENA LEIVA, Renato Javier, ob. cit. P. 115

(33) *Ibid.*, P. 117

(34) MEZGUÉR, Edmundo, ob. cit. P. 68

(35) PÉREZ, Luis Carlos, "Manual de Derecho Penal", Parte General y Especial, 29ª edición, Edil. Temis, Colombia, 1969, P. 69

Este elemento del delito se explica através de dos aspectos;

- a) formal, y
- b) material

El aspecto Formal es un acto formalmente antijurídico cuando a su condición de tipicidad, une la de no estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de las circunstancias de tal naturaleza que la ley contempla como causas excluyentes de responsabilidad; y que por lo tanto es la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo.

El aspecto Material es cuando al transgredir una norma positiva se lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quiere proteger. En materia de Delitos Informáticos no existe la antijuricidad, porque al no haber un tipo penal no se configura este elemento del delito porque de lo contrario se viola el principio de legalidad.

#### f) CAUSAS DE JUSTIFICACION

Enrique Bacigalupo, manifiesta que las causas de justificación consiste en "la autorización para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado, equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró."<sup>(36)</sup>

(36) Citado por GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo ob cit. P. 271

No es posible hablar de causas de justificación en Delitos Informáticos, dado que al no existir tipo penal no pueden haber causa que justifiquen este comportamiento.

#### g) CULPABILIDAD

La Culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, y sin ella no es posible concebir su existencia. Luis Jiménez de Asúa considera que la culpabilidad en un sentido amplio se define como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".<sup>(37)</sup>

A saber, dentro de la Teoría de la Culpabilidad existen dos corrientes, la psicológica y la normativa:

- a) Corriente Psicológica: Para esta corriente la culpabilidad es la posición subjetiva del individuo frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.

González Quintanilla sobre esta Teoría psicológica manifiesta que "desde un punto de vista subjetivo se establece el núcleo de la conducta en el inadecuado actuar interno psíquico del individuo, que ante una conducción no acorde a la salvaguarda de los demás bienes jurídicos, a pesar de no desear la causación del daño, en la ejecución de la conducta, lo produce " <sup>(38)</sup>

(37) MEZGUER, Edmundo, ob. cit. Tomo I P. 320

(38) GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo ob. cit. P. 320

- b) **Teoría Normativa:** Esta corriente presupone la existencia de una conducta o hecho antijurídico. Mezger afirma que dentro de esta Teoría la culpabilidad consiste en el reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica.

Como podemos observar ambas teorías van enfocadas a la violación de un bien jurídico, hecho que puede producirse de manera intencional o dolosa y por una perturbación psicológica, que también corresponde a una conducta imprudencial.

González Quintanilla afirma que en nuestra legislación para los delitos ejecutados por culpa, con algunas variantes no substanciales, resaltan como elementos primordiales la imprudencia, la cual se conforma de dos elementos, el deber de cuidado y desatención del cuidado individual. De esta forma observamos que la culpabilidad es un presupuesto que fundamenta la reprochabilidad de la conducta y la misma en los Delitos Informáticos es muy importante, puesto que a partir de ella podemos determinar la intención de un sujeto para realizar determinado acto; en este sentido, resulta injusto que las Leyes Penales Vigentes califiquen como un simple delito la destrucción de una computadora, porque en este supuesto se tendría que tipificar daño en propiedad ajena por tratarse de un bien mueble, y que sin embargo la conducta de una persona que tuvo el firme propósito de destruir el aparato, no solamente causa la pérdida material que en un momento dado es fácil recuperar o sustituir, pero

lo que no es posible recuperar es el contenido de la Información procesada, la cual es imposible cuantificarla económicamente por su categoría de inmaterial puesto que para algunas personas esta Información tendrá un valor y para otras no lo tiene; pero independientemente del delito la pérdida económica es en éste sentido evidente.

Es así como de la anterior observación la conducta de una persona en materia de Delitos Informáticos no se puede calificar en cuanto al daño material causado, puesto que en estos delitos la intención tiene un alcance mayor que la destrucción de una simple máquina o bien mueble.

#### *Elementos de la Culpabilidad*

De acuerdo a la teoría Causalista la culpabilidad consta de los siguientes elementos:

- 1.- La imputabilidad: Es un presupuesto de la culpabilidad consistente en la capacidad general atribuible de un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal. Meyer define a este concepto como la posibilidad condicionada por la salud y madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento.

- 2.- Las formas de culpabilidad: El dolo y la culpa, constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor.
- 3.- La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad: Estas causas consisten en las circunstancias que harían desaparecer la culpabilidad de un sujeto.

La Culpabilidad en los Delitos Informáticos solamente se configura en algunos países como Estados Unidos, Francia y Alemania mientras que en otros, que son la mayoría no cuentan con leyes penales en la materia que sancionen éste proceder.

#### *h) INculpABILIDAD*

La inculpabilidad responde al aspecto negativo de la culpabilidad como a continuación se explica, de acuerdo con la teoría expuesta por Jiménez de Asúa, quien manifiesta que la Inculpabilidad implica la no integración de la culpabilidad.

Existen dos causas de exclusión de la culpabilidad

- a) El error e ignorancia
- b) La no exigibilidad de otra conducta

#### *Error e Ignorancia*

El error y la ignorancia son consideradas como actitudes psíquicas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho

dándose una actitud negativa y la pérdida de la noción de una cosa, como frecuentemente sucede en la Informática por no haber una ley determinada, o porque solamente en algunos países tienen legislaciones y esta no es del conocimiento de muchas personas dedicadas a la informática, resultando difícil saber que circunstancias son consideradas delictivas en unos y otros países como por ejemplo solo en algunos existe el fraude Informático, en algunos la reproducción de Programas se regula por la ley de Derechos de Autor, mientras que en otros se tutelan por la ley de Propiedad Industrial y Autorial. De esta forma observamos que no hay una unificación de criterios y por lo tanto es factible incurrir en el error o ignorancia, ya que las personas desconocen su situación jurídica en un lugar y otro debido a que no existe una ley determinada, mientras que en otros, si cuentan con ella, pero son diferentes entre Naciones.

El error consiste en una idea falsa respecto a un objeto, cosa o situación que constituyen un estado positivo. El error a su vez se divide en Error de Derecho y Error de Hecho. El Error de Derecho Pavón Vasconcelos lo define como la creencia sobre la legitimidad del fin propuesto; y puede derivar del conocimiento de la ley, a pesar de la cual la violación hecha sobre ella no concuerda con su propio contenido, o bien por la ignorancia sobre la regulación del hecho realizado, es decir, desconocimiento total de la regla de derecho. En ambos casos el referido autor afirma que la culpabilidad es dolosa por la presunción legal declarada en el precepto.



El Error de Hecho a su vez se divide en Error Esencial y Error Accidental. El Error esencial produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible y se comete un delito. Ahora bien el Error Esencial Vencible es el que el sujeto puede prever y dejó de hacer; en este caso se habla de culpa y no de dolo. El Error Inesencial o Accidental no constituye una inculpabilidad por no recaer sobre elementos esenciales o accidentales del delito, y sin embargo las personas que llevan acabo estas conductas desconocen que están cometiendo un delito.

En los Delitos Informáticos el Error de Derecho es un acto delictivo que se presenta continuamente entre las personas que se dedican a esta actividad, porque si bien es cierto constantemente se están utilizando Programas que han sido copiados de otros, constituyendo dicho acto una reproducción, o bien se obtiene de la Información procesada en una computadora, Información que de alguna forma es confidencial para una empresa o determinada persona. Este Error de Derecho solamente es posible configurarlo en aquellos países que cuentan con un ordenamiento legal en materia de Delitos Informáticos.

#### *La no Exigibilidad de una Conducta*

La no Exigibilidad de la Conducta consiste en el juicio de reprobación de la conducta del autor, tratando de escapar de los

rígidos moldes del ordenamiento jurídico, incapaces en ocasiones, de adaptarse a las extrañas formas de la vida concreta. Se ha buscado la solución en la llamada "inexigibilidad, apoyándose primeramente en la culpa;"<sup>(39)</sup> y en este sentido Mezger estima que la no exigibilidad se explica como las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del autor; esta causa de inculpabilidad, en la que no se puede exigir una conducta determinada en los Delitos Informáticos es evidente su existencia, porque en la actualidad se está en pleno estudio de la forma de regular jurídicamente tales conductas; además es una materia en la que existe gran inquietud por aprender y actualizarse, pretendiendo una mayor utilidad de los medios informáticos; en consecuencia un Programa o determinada Información es novedosa, pero a corto plazo y se vuelve obsoleto haciéndose cada vez más necesaria la actualización.

Asimismo los especialistas en Informática tienen como reto o finalidad superar los medios Informáticos vigentes reparando dicha situación un beneficio para la sociedad; en este sentido se considera que las personas dedicadas a estudiar y continuar con el avance y desarrollo de la presente materia no pueden considerarse delincuentes, y por lo tanto no se les puede exigir otra conducta, porque de lo contrario no existirían tantas facilidades como en la actualidad, sin embargo hay que distinguir a aquellos sujetos que logran superar la tecnología Informática con el fin de cometer un delito, valiéndose de los avances en el desarrollo científico y tecnológico.

(39) FAVON VASCONCELOS, Francisco, ob. cit. P. 401

## i) IMPUTABILIDAD

Existen diversas teorías que explican a la Imputabilidad, las cuales a continuación se exponen:

En Italia, Romagnosi manifiesta que la "imputación, como también dice la imputabilidad es un juicio de derecho. Al respecto habla de una imputabilidad física y de una imputabilidad moral, pero en su noción de la imputabilidad moral no está incluido el concepto de la posibilidad de ser imputado, de responder penalmente de un delito, pues para él imputar moralmente un acto a alguien es lo mismo que considerar que había sentido, conocido o querido el acto practicado."<sup>(40)</sup>

Jiménez de Asúa a la imputabilidad le otorga el carácter de elemento integrante del delito.

La escuela alemana considera la imputabilidad y a la culpabilidad bajo la rubrica común de culpabilidad, abarcando los problemas relativos al nexo moral que liga al sujeto con su acto, pretendiendo establecer la intención o la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Esta postura la sostienen Mayer, Liszt y Mezger.

Maggiore expresa que "la imputabilidad es la contemplación de una idea, lo cual lleva necesariamente a considerar que, sí

(40) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis "Tratado de Derecho Penal", 2ª edición, Tomo V, Edit. Losada, Argentina, 1963, P. 39

unidamente el hombre es imputable, la imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal;" es decir la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer determinada circunstancia.

La imputabilidad es considerada como un presupuesto general del delito o bien como un presupuesto de la culpabilidad ambos comentarios aluden al hecho de que un delito no puede existir sin la presencia de un hombre, en donde su conducta puede ser contraria al orden jurídico convirtiéndose en este momento en imputable, pero que en los Delitos Informáticos éste actuar del hombre no va en contra del orden jurídico por falta de leyes que regulen éstos ilícitos.

Ahora bien "la noción de imputabilidad requiere no solo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad".<sup>(41)</sup> Esta definición resulta muy ilustrativa en materia de Delitos Informáticos, puesto que se destaca que un sujeto que desea cometer un daño necesariamente requiere de capacidad mental y entendimiento del manejo de la Informática, pues únicamente estas personas por su desarrollo Intelectual son

(41) PAVON VASCOIICELOS, Francisco, ob. cit. P. 357

capaces de realizar un hecho dañoso de esta naturaleza. Meyer califica a la Imputabilidad como la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento, que en el presente tema implica un conocimiento de la Informática.

#### *j) INIMPUTABILIDAD*

Dentro del rubro de la imputabilidad del delito, también existe la inimputabilidad, que se dice es una causa excluyente de responsabilidad, que en su conjunto y al momento de presentarse eximen de responsabilidad penal al autor del delito, en este sentido sería difícil que existiera la inimputabilidad como tradicionalmente se maneja, pues una persona que hace uso de una computadora necesariamente debe tener los conocimientos necesarios para obtener un fin determinado y en este sentido sería imposible pensar que el sujeto no quiso el resultado dañoso; sin embargo es posible que la voluntad se vea afectada pero no siendo así la capacidad de raciocinio.

Asimismo el dolo y la culpa como elementos integrantes de la imputabilidad se describen a continuación:

#### *Dolo*

Jiménez de Asúa define al dolo como un presupuesto de la culpa y contempla dos aspectos que resultan de suma importancia

para su entendimiento, como son la representación y la voluntad. En consecuencia manifiesta el referido autor que dolo es " la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."<sup>(42)</sup>

### *Elementos del Dolo*

- 1.- Elemento Intelectual: Consiste en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijurídica, como conciencia del quebrantamiento del deber).
- 2.- Elemento Emocional o Afectivo: Consistente en la voluntad de ejecutar la conducta o de producir el resultado.

En los Delitos Informáticos se puede decir que el dolo es evidente en el comportamiento humano el cual pretende provocar un cambio en el mundo exterior, pero que sin embargo al no haber tipo no es posible hablar de dolo.

### *Culpa*

Pavón Vasconcelos manifiesta que existe culpa cuando "la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes

(42) *Ibid.* P. 372

impuestos por la ley, es reprochable en virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, ordenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos."<sup>(43)</sup>

La culpa es considerada teóricamente como una forma de manifestarse la imputabilidad, en donde existe, según Castellanos Tena un resultado mayor de lo que podría racionalmente preverse y evitarse. Con este comentario, es posible entender el contenido de la culpa en un Delito Informático, en donde se tiene como consecuencia un evento dañoso por una falta de cuidado o pericia, y solamente en algunos casos como podría ser la destrucción culposa del hardware o de alguna de sus partes, dejar de guardar la Información en el momento oportuno, o dar ordenes inadecuadas por falta de un debido conocimiento y que en consecuencia se pierda o destruya la Información procesada.

Los Elementos de la Culpa se clasifican en:

- a) Una conducta voluntaria: Consistente en una acción u omisión, ya que únicamente del acto puede derivarse la culpabilidad.
- b) Un resultado típico y antijurídico: Significa que el nexo causal derivado de la acción u omisión se adecúa al tipo penal.
- c) El nexo causal entre la conducta y el resultado: Es un elemento indispensable para determinar la existencia de la culpa. Además es necesario precisar la relación causal de la conducta con el resultado o delito cometido.

(43) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. P. 381

- d) **Naturaleza previsible y evitable del evento:** Solamente considerando todas las medidas de cuidado necesarias para prever la conducta antijurídica, es posible determinar que tan posible hubiera sido evitar el resultado o si el evento era imprevisible e inevitable.
- e) **Violación de los deberes de cuidado:** La responsabilidad culposa se genera cuando el sujeto que esta obligado a observar determinadas medidas de seguridad no lo hace, provocando un resultado antijurídico, convirtiendose en este momento en responsable por la falta de cuidado.

Los elementos de la culpa en los Delitos Informáticos contemplan algunas de las circunstancias susceptibles de presentarse en ésta materia como la conducta voluntaria que siempre será de acción, en relación al resultado típico y antijurídico solamente la encontramos en algunos delitos del orden común tales como los delitos de robo, daño en propiedad y reproducción; mientras que en otros países existen diferentes tipos penales que sancionan los Delitos Informáticos, que de acuerdo a las experiencias de cada uno de los países desarrollados en relación a estos delitos y a su interés por regular la materia, es variada la forma de tipificación de los delitos y en consecuencia del nexo causal.



### *Clasificación del Tipo*

- a) **Consciente:** Es aquella que puede ser llamada con representación o previsión. Es también representada "la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, en virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza el sujeto de que las mismas no sobrevengan."<sup>(44)</sup> En esta clase de culpa el estado consciente en los Delitos Informáticos siempre esta presente en virtud de la acción realizada, ya que si se pretendió causar un mal, éste siempre se producirá si ese fue el propósito, descartandose la idea o posibilidad de que en un momento dado no sobrevenga el resultado dañoso.
- b) **Inconsciente:** Denominada sin representación o sin previsión. Se incurre en este tipo de culpa inconsciente cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable. Esta clase de culpa en los Delitos Informáticos no es muy frecuente dado que el operador de una computadora requiere de un conocimiento amplio en Informática, y sabe de los riesgos que se corren por falta de cuidado; y sin embargo en el caso de que por descuido, se cometa un delito, sería difícil probarlo.

### **k) PUNIBILIDAD**

Es un elemento integrante del delito el cual es definido como la amenaza de pena que el Estado asocia a la Violación de los deberes

<sup>(44)</sup> PAVON VASCONCELOS, *Francisco*, ob. cit. P. 388

consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social, elemento del delito que se encuentra en plena elaboración su tipificación para sancionar las conductas delictivas, por lo tanto considerando que en muchos países ni siquiera existe el intento por estudiar estos crímenes, existiendo una alta impunidad en la materia.

#### 1) EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Corresponde a una inexistencia del delito y Jiménez de Asúa las define como causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Castellanos Tena, considera la punibilidad como una consecuencia del delito, y dice que la ausencia de punibilidad se da cuando realizado un delito, la ley no establece la imposición de la pena, haciendo con tal expresión referencia a los casos en los cuales en los que hay una conducta típica, antijurídica y culpable, el legislador por motivos de política criminal, basada en consideraciones de variada índole, que excusa de pena al autor. La punibilidad se da cuando el orden jurídico establece de manera expresa excusa absoluta.

En cuanto a los delitos Informáticos al no existir una ley expresa en esta materia que señalen penas y sanciones no existe la punibilidad y mucho menos las excusas absolutorias.

#### m) *CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

Ernesto Beling las define como aquellas "circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad."<sup>(45)</sup> Estas Condiciones Objetivas de Punibilidad se diferencian de los elementos del tipo por no ser circunstancias que pertenezcan al tipo, no siendo necesario que dichas condiciones objetivas sean abarcadas por el dolo; es decir basta con la simple manifestación de ellas en el medio exterior y objetivo. Por lo anterior suelen ser denominadas como condiciones objetivas o extrínsecas. En los Delitos Informáticos dichas Condiciones Objetivas de Punibilidad pueden darse en los Delitos Informáticos; toda vez que de dicho comportamiento o manifestación objetiva se condiciona a la aplicación de una sanción, misma que podrá en un momento dado proceder si en el país en que se produjo existe o no sanción por el comportamiento de determinado individuo.

#### n) *AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD*

Son consideradas por Jiménez de Asúa como formas atípicas que destruyen la tipicidad, y en este sentido afirma que cuando, en "la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; haciendo imposible perseguir el hecho, y si

(45) JIMENEZ DE ASUA, ob. cit. P. 417 y 418

se reproduce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, por carecer del acto, la atipicidad, la antijuricidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias."<sup>(46)</sup>

En este sentido y en relación a los Delitos Informáticos es común su presencia, toda vez que al no existir tipo penal, no existe una conducta antijurídica y mucho menos la tipicidad; pudiendo en tal caso señalarse que la Ausencia de Conductas Objetivas existen en los Delitos Informáticos.

#### **4.4 EL BIEN JURIDICO EN LOS DELITOS INFORMATICOS**

El objeto jurídico corresponde al bien jurídico tutelado o protegido por el derecho penal, pero a su vez no se encuentra expresamente señalado en los tipos penales. Es decir es "el bien jurídico que el hecho punible pone en peligro o lesiona y que la ley penal ampara mediante la amenaza de una pena para quienes lo ataquen,"<sup>(47)</sup> corresponde al objeto jurídico protegido.

González Quintanilla explica al bien jurídico de una forma muy ilustrativa y de gran trascendencia para entender el proceso de elaboración y de transición por el que está pasando la Informática; al

(46) *Ibid.*, P. 425

(47) NOVQA MONREAL, citado por JUENA LEIVA, Renato Javier, ob. cit. P. 91

respecto señala que nosotros llamamos bien jurídico a los intereses protegidos por el Derecho; y en tal caso todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés jurídico, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva al interés vital a bien jurídico. La libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia, eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución contra las intromisiones arbitrarias del poder del Estado, o por las leyes penales, contra las violaciones procedentes de los individuos.

Asimismo "la necesidad crea la defensa, y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos."<sup>(48)</sup>

En la definición anterior apreciamos que este estudioso del derecho nos expresa de una forma muy sencilla como surge o se crea un bien jurídico, exponiendo que es producto de una necesidad.

La protección en el ámbito de la Informática hoy en día es una necesidad, que requiere de observancia jurídica; sobre el particular, el estudio y sanción en cada país responde a las experiencias y necesidades de cada una de ellas, resultando una diversidad de criterios para poder regular un delito.

(48) GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, ob. cit. P. 260

El Bien Jurídico en los delitos Informáticos se encuentra en plena elaboración, en donde países europeos se interesan en regular a los Delitos Informáticos como se expuso anteriormente; asimismo estos países que forman parte de la Convención Europea aplican determinados lineamientos como es el regular a través de la Ley Autoral a los Programas de Computo descartando de pleno derecho la posibilidad de patentarlos, esto es con fundamento en que la Información es considerada como un derecho del Hombre, dejando a salvo la posibilidad de que cada Nación regule jurídicamente la Información procesada; porque no es lo mismo la Información, a la cual todo mundo tiene acceso por considerarse un derecho del Hombre, que la Información procesada para emplearla para un fin lícito determinado; y que quienes cuentan con mayores experiencias en la actualidad, de igual forma han elaborado ordenamientos legales previendo mayor número de riesgos y protegiendo los objetos jurídicos susceptibles de ser vulnerados.

#### **4.5 CLASIFICACION DEL DELITO INFORMATICO EN CUANTO A SU CONSUMACION**

Los delitos en cuanto a su consumación se clasifican de la siguiente forma: Instantáneo, permanente y continuado o continuo, mismos que enseguida se definen pretendiendo interrelacionarlos con los Delitos Informáticos.

- a) Delito Instantáneo: Consiste en aquella conducta en donde "la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos"<sup>(49)</sup>

En los Delitos Informáticos se habla de dos elementos que son los siguientes: el primero se refiere a la consumación del delito, y el segundo a la destrucción del bien jurídico.

En función a los dos elementos expuestos, la consumación significa "cometer la acción o incurrir en la omisión característica de una infracción penal."<sup>(50)</sup> A partir de esta definición apreciamos que los Delitos Informáticos de acuerdo a su consumación pueden ser instantáneos porque en todo momento la acción (un hacer) se agota en el mismo momento en que se ha realizado, esto es que al darle una serie de ordenes a la computadora se obtiene el fin deseado atentando contra el bien jurídico que es de carácter material (hardware) o inmaterial (información), como por ejemplo el copiado de un Programa de Computo, que se realiza en un instante muy breve en comparación al tiempo que lleva la elaboración del mismo.

- b) Delito Permanente o Continuo: El delito Permanente o Continuo es aquel que se "prolonga en el tiempo"<sup>(51)</sup> La doctrina explica que también se le conoce como delito sucesivo.

Por su parte Mezger "sostiene que los delitos permanentes son aquellos en los que mediante la manifestación de voluntades punibles del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico

(49) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Porrúa, 49ª edición, México, 1993 P. 9

(50) DE PINA VARELA, Rafael, "Dirección de Derechos", Edit. Forua, México 1986, P. 176

(51) Artículo 7, Fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, 49ª edición, Edit. Porrúa, México 1993, P. 9

durante,"<sup>(52)</sup> y por lo tanto éste supuesto únicamente se podrá presentar en aquellos países que cuentan con una ley en materia de Delitos Informáticos.

En la obra del Doctor Pavón Vasconcelos se establecen dos elementos en los delitos permanentes:

- a) Una acción u omisión, y
- b) Una consumación duradera creadora de un estado antijurídico.

En consecuencia los Delitos informáticos siempre serán de acción y solamente el estado antijurídico se dará en algunos países que los regulan jurídicamente.

Partiendo de los conceptos expuestos y para concluir con la explicación de los delitos permanentes Maggiore dice en relación a ellos que "al verificarse el resultado la acción puede considerarse concluida."<sup>(53)</sup> Por lo tanto los delitos permanentes en materia de informática serán aquellos que se ejecutan através de la acción de uno o varios sujetos y que se prolongan en el tiempo, verificandose su culminación cuando se realiza el acto antijurídico. Un ejemplo de este tipo de delitos sería el fraude Informático (tipificado en algunos países) cometido através de la computadora, en donde una persona entra al sistema de una Institución Bancaria y dispone de fondos para fines personales, o también realizar alteraciones en la contabilidad de una empresa através de la computadora modificando la información.

(52) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob. cit. P. 226

(53) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco, P. 228



El criterio subjetivo considera que la intención es un fundamento que lo caracteriza, así como la unidad de propósitos para lograr una conducta antijurídica determinada; es decir para determinar la unidad criminal de un delito, se integra por un propósito y la exteriorización de la conducta que en todo momento es encaminada a dicho propósito, integrándose o configurándose de este modo un delito continuado.

- c) Delito Continuado: Por Delito Continuado debemos entender "que cuando con unidad de propósitos delictivos y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal,"<sup>(54)</sup> dicho concepto significa que una persona puede cometer o violar un precepto legal a través de la realización de varias conductas, las cuales pueden ser distintas entre ellas pero encaminada a un fin determinado que es violar un precepto legal.

Doctrinalmente existen dos teorías que explican la Naturaleza Jurídica del delito continuado, a saber son las siguientes:

**Teoría de la ficción:** Parte del principio de que el conjunto de acciones integrantes del delito continuado, constituye la suma de acciones que, separadamente consideradas, integran una violación perfecta a la norma penal. La unidad de las diversas acciones se integra en atención al elemento subjetivo, identificado en el mismo propósito criminal, siendo su finalidad la de evitar una innecesaria acumulación de sanciones.

(54) Artículo 7º, Fracción III, CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 49ª edición, Edit. Porrúa, México 1993, P. 9

Cuello Calón, afirma que "el delito continuado es una ficción jurídica ya que es una ficción favorable a los delincuentes."<sup>(55)</sup>

**Teoría de la unidad:** Dice que el delito constituye la realidad que responde a la verdad de los hechos.

En los Delitos Informáticos no es posible hablar de un delito continuado porque en este caso la conducta se agota en un solo momento, donde la realidad y la verdad de los hechos corresponde a la comisión de varios delitos Informáticos independientes entre ellos y por lo tanto se deben de sancionar individualmente.

#### **4.6 CONCURSO DEL DELITO (REAL O IDEAL)**

El Concurso del delito es considerado como un problema de aplicación de la pena," asimismo se debe aceptar el hecho de que la finalidad perseguida por el autor juega trascendental papel en la comprensión del concepto de la conducta."<sup>(56)</sup>

Resulta de gran importancia saber si se presenta una o varias acciones para así determinar si existe concurso de delito.

Para su estudio doctrinalmente existen cuatro hipótesis planteadas por Pavón Vasconcelos:

(55) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob. cit. P. 455

(56) Ibid. P. 476

- 1.- unidad de conducta y delito
- 2.- pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado)
- 3.- unidad de conducta y pluralidad de delitos ( concurso ideal o formal)
- 4.- pluralidad de conductas y delitos (concurso real o material)

#### *Concurso Real*

Novoa dice que hay concurso real "cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una para la integración del delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esta prescrita."<sup>(57)</sup>

Nuevamente en esta clasificación se aprecia que no es factible la presencia del concurso real en los Delitos Informáticos, ya que no es posible que existan dos o más conductas independientes para violar un tipo penal, pues de existir dos o más conductas independientes, se estaría en presencia de dos o más delitos, autónomos e independientes entre ellos.

#### *Concurso Ideal*

El concurso ideal según Maurach "se manifiesta através de una unidad de acción con necesaria pluralidad de tipos."<sup>(58)</sup>

(57) *Ibid.*, P. 485

(58) Citado por PAVON VASCONCELOS, Francisco, P. 457

Requisitos del concurso ideal o formal:

- 1.- Una conducta. (acción u omisión)
- 2.- Una pluralidad de delitos.
- 3.- El carácter compatible entre las normas en concurso.

El concurso Ideal, de acuerdo a su concepción, se puede presentar en los Delitos Informáticos, pues como se observa a lo largo del presente capítulo no es posible la presencia de una diversidad de conductas delictivas (concurso real), pero sí de una diversidad o pluralidad de delitos (concurso ideal).

#### **4.7 LA TENTATIVA EN LOS DELITOS INFORMATICOS**

El Iter Criminis consiste en el estudio de las diversas faces recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento; además debe distinguirse dentro de este concepto la fase interna de la externa, llamada también subjetiva u objetiva. El delito se encuentra en su fase interna cuando aún no ha sido exteriorizado, no ha salido de la mente del autor y en tal caso la ideación, la deliberación y la resolución se encuentran en una fase interna y una vez que se exterioriza y materializar se esta hablando de la fase externa u objetiva.

Para definir a la tentativa es necesario hablar del delito perfecto o consumado por lo que los autores lo denominan un delito imperfecto "por faltar el acto material de la consumación."<sup>(59)</sup>

Jiménez de Asúa considera que la tentativa es un " grado en la vida del delito; es por la falta del daño inmediato o físico, un delito imperfecto."<sup>(60)</sup>

En el Código Español así como en el de otros países latinoamericanos, la tentativa del delito es punible, al igual que el delito frustrado, en donde cualquier manifestación de la voluntad es suficiente para que sea equiparado el delito; es así, como el resultado corresponde al peligro corrido pues en todo momento la tentativa es peligrosa y se corre un riesgo aunque se frustre el hecho punible y querido.

En la ejecución se contemplan los aspectos o requisitos mínimos para cometer una conducta antijurídica y así obtener el resultado querido.

Se dice que los delitos de omisión y de comisión por omisión, no se pueden equiparar a la acción, ya que no son susceptibles de la tentativa, "puesto que el comienzo solo hipotéticamente se presenta como <acción esperada>, y la ausencia de esta no puede castigarse más que cuando de su falta resulta un defecto."<sup>(61)</sup>

(59) PAVON VASCONCELOS, Francisco, ob. cit. P. 431

(60) JIMÉNEZ DE ASUA, Renato Javier, P. 474

(61) Ibid. P. 470

Los autores franceses y alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido. "Beling, con respecto al comienzo típico de ejecución de un delito dice que todos los actos realizados antes de llevar a cabo un acto delictuoso son actos preparatorios, y no actos de ejecución."<sup>(62)</sup>

Finalmente Jiménez de Asúa afirma que para efectos prácticos y así poder hablar de tentativa es necesario acudir a la teoría del bien jurídico lesionado o puesto en eficaz peligro, para que de esta forma se pueda decir que nos encontramos ante un acto preparatorio o de una tentativa, puesto que el núcleo típico puede ser confundido con otro similar o bien puede ser el caso de una conducta inocente. La tentativa en los Delitos Informáticos es susceptible de presentarse, puesto que en todo delito existe una fase interna de ideación y otra externa que es la materialización del acto delictivo, que puede ser frustrado. Tratándose de estos delitos no existe razón para dejar de creer en la existencia de la tentativa.

#### **4.8 LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION**

En la comisión de un delito generalmente intervienen varias personas distinguiendo entre ellos a los autores y participantes.

(62) Conf. JIMENEZ DE ASUA, Renato Javier, Ob. cit. P. 478

Se habla de concurso cuando participan varias personas en la comisión de un delito pudiendo ser estas tanto autores, coautores y partícipes los que a su vez se subdividen en instigadores y cómplices.

### **Autoría**

- 1.- Autor: es aquella persona que quiere el hecho como propio y que realiza personalmente la conducta típica aunque utilice como instrumento físico a otro que no realiza la conducta, pero que tiene el dominio del hecho el que se vale del que actúa sin dolo.
- 2.- Coautor: es cuando en un delito concurren varios autores, en donde cada una de las personas que actúa realiza la totalidad de la conducta típica.
- 3.- Autor mediato: es aquella persona que utiliza a un tercero que actúa sin dolo, justificadamente y que por lo tanto su conducta es atípica.

### **Partícipes**

*Partícipes.*- Son varias personas que actúan dolosamente en carácter de autores; situación que la ley penal considera para atenuar la pena a cada uno de los participantes.

La participación se divide a su vez en instigadores y cómplices primarios o secundarios.

*Complicidad.*- Es la realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto."<sup>(63)</sup>

- 1.- **Cómplice Primario y Secundario:** El primario es aquella persona que presta un auxilio o cooperación necesaria en un acto preparatorio, supuesto en que pese a tener el dominio del hecho, el sujeto no toma parte en la ejecución, y que por lo tanto carece de los caracteres típicos del autor en la ejecución de un delito; y el segundo de los mencionados es el que presta cualquier otro tipo de cooperación de carácter necesario al autor, o proporciona cualquier ayuda en razón de promesas anteriores.
- 2.- **Instigación:** Persona que induce o determina a otro para cometer un delito.

La Autoría dentro de los Delitos Informáticos representa un factor muy importante, ya que partiendo de las diversas formas de perpetrar un ilícito de esta naturaleza, pueden intervenir tanto el autor como los participantes, mismos que en un momento dado tienen o no conocimiento de que su conducta es constitutiva de un delito; pues como ya se ha planteado anteriormente la normatividad en esta materia no es uniforme en varios países en el mundo; mientras que en otros ni siquiera se habla de ellos y por lo tanto no hay delito, y en consecuencia tampoco autoría o participación; sin embargo como tales existen, pues de conformidad con los principios planteados en los países que cuentan con legislación en la materia, se deduce que se presentan en sus diversas modalidades en delitos tales como:

(63) GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, ob. cit. P. 401



- el acceso ilícito a información o el apoderamiento ilícito de ella,
- la destrucción o inutilización maliciosa de información,
- la transformación o desfiguración ilícita de información, y
- la revelación indebida de información (incluyendo la transmisión indebida de datos).

De estas formas de cometer un Delito Informático, y solo por mencionar algunas, podemos apreciar que indudablemente puede existir un autor directo, mientras que pensando más allá de las situaciones planteadas, también puede existir cualquier otro tipo de participación o autoría; ya que solamente algunas personas practican estas conductas por simple distracción o aprendizaje sin que intervenga alguien más que busque un beneficio económico mientras que otras lo llevan a cabo para obtener una contraprestación, interviniendo varias personas constituyendo un delito.

Para concluir con este capítulo, apreciamos que los Delitos Informáticos existen desde el momento en que hay conductas que afectan a un bien intangible que merece la tutela penal provocando

dicha situación, una gran impunidad de estas conductas en varias partes del mundo, causando tal evento, serios problemas que en su mayoría tienen consecuencias de carácter económico, intelectual, social, político etc.

## CAPITULO V

### PERFIL DEL DELINCUENTE INFORMATICO

En los delitos informáticos, el Derecho Económico tiene una gran importancia en virtud de que la Informática forma parte de la actividad económica de un país entendiendola como un producto o servicio, ya que simplifica la mayor parte de las actividades.

El Derecho Económico, en los países europeos abarca la protección a la libertad contractual, comercial e industrial; las cuales se encuentran tuteladas por el Derecho Penal Económico, aspirando a ser éste un derecho de protección; el cual es definido como "el conjunto de reglas de derecho penal que tiende a asegurar, bajo la amenaza de sanciones represivas, el libre juego de los individuos en la conclusión y ejecución de las relaciones económicas que contraen libremente entre ellos." De lo anterior se aprecia una relación entre un productor, un distribuidor y un consumidor; asumiendo la calidad de partes en esta relación tanto el Estado como los particulares. Este derecho, sanciona a las conductas ilícitas, en el ramo de la actividad comercial, quedando incluida en este rubro la Informática, como se aprecia en la clasificación siguiente; asimismo estas conductas son conocidas en el ámbito internacional como Delitos de Cuello Blanco o White Collar Crime.

- a) *Derecho Penal Económico en sentido amplio.*- es la relación jurídica existente entre particulares que provocan la desconfianza de una sociedad y ponen en grave peligro a la estabilidad económica, al bien jurídico patrimonial individual, al consumo, distribución y conservación de los bienes y servicios.

- b) *Derecho Penal Económico en sentido estricto.*- es la relación jurídica existente entre un particular frente al Estado, con las mismas características enunciadas en la definición anterior.

Entendiendo como bien jurídico y dentro del sentido amplio, al patrimonial individual a las normas relativas a la protección del medio ambiente, la insolvencia punible, LAS INFRACCIONES EN EL CAMPO DE LA INFORMATICA (manipulación o robo de datos, violación de secretos), falsificación de las mercancías, infracciones bancarias y bursátiles, el envío al extranjero de grandes cantidades de dinero procedentes de delitos, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, la creación de sociedades ficticias, etc.

### **5.1 DELITOS DE CUELLO BLANCO**

Estos delitos son conocidos en la doctrina del derecho Internacional como "White Collar Crime", y se definen como "una conducta antisocial, orientada al enriquecimiento, practicada por personas en posiciones de gran consideración social y dentro de su profesión, abusando de la confianza pública que necesariamente se otorga a su grupo y presuponiendo simultáneamente el comportamiento fiel a la ley de todos los demás". Ahora bien dentro de esta clasificación existen los delitos llamados de Cuello Azul, los cuales están fundamentados en los mismos elementos conceptuales de la definición anterior, a excepción de la condición económico social y lo cual significa que este tipo de delitos

se ubican en cualquier esfera social y dentro de un ámbito profesional.

## **5.2 EL DELINCUENTE INFORMATICO**

De la definición anterior se desprende que los delincuentes informáticos dada su condición de preparación para la comisión de un delito, con extrema frecuencia, logran eludir la sanción que la conducta dañosa merece; ya que por lo regular se trata de personas con niveles de inteligencia y conocimientos superiores, que poseen óptima preparación en el manejo de la tecnología Informática y que por lo regular se trata de profesionales del área y de personal calificado de las empresas informáticas, que pueden actuar ilícitamente tanto los dueños, administradores o personal que hacen uso de estos medios Informáticos, los usuarios, e incluso terceros ajenos, los cuales según estadísticas por lo regular tienen entre 18 y 30 años edad, no poseen actividad delictiva previa, son de sexo masculino y tienen características de empleados sobresalientes.

Generalmente los motivos de los delincuentes Informáticos pueden ser el lucro personal, el deseo de venganza en contra de una determinada compañía, e incluso aquellos que son producto de la existencia misma del computador, tales como:

- 1.- Considerarlo el blanco ideal por no tener sentimientos.

- 2.- Representar un verdadero desafío o reto para el ego y la inteligencia del hombre para poder vencer a la maquina; por ejemplo los delincuentes informáticos son llamados "computer hackers, network pirates y network hackers (piratas de sistemas computacionales o despedazadores de sistemas)", en la actualidad afirmar que los hackers o delincuentes Informáticos no deben ser sancionados, implica demostrar desconocimiento de las reales dimensiones del problema, ya que nadie puede seguir desconociendo que la violación de la memoria de las computadoras es solamente un simple pasatiempo.

## C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA:** Los delitos Informáticos se encuentran en proceso de una tipificación más adecuada, debido a la importancia que últimamente ha adquirido como propiedad Intelectual y como un derecho de Autor.

**SEGUNDA:** Dentro del desarrollo del presente trabajo, he concluido que el hardware o también llamado computadora, no es generadora de delitos, sino que únicamente constituye un medio del cual se vale el hombre para la comisión de ilícitos, en ésta área de la Informática.

**TERCERA:** No obstante que la computadora por sí misma no pueda llegar a constituir un delito, sí es factible que al destruir a ésta, se cometa un ilícito, porque en ella puede contenerse todo un Programa e Información procesada, que tiene un valor incalculable, desde el punto de vista patrimonial, ya que se afecta a un bien intangible.

**CUARTA:** En el presente estudio llegué a la necesidad de hacer la distinción entre lo que es un bien material y un bien inmaterial, puesto que de aquí se desprende que el bien jurídico que se debe tutelar en este caso, será siempre un bien inmaterial, esto es, la información debidamente procesada.

**QUINTA:** De acuerdo al principio de legalidad que es rector en nuestro medio del derecho penal, se descarta la posibilidad de utilizar la analogía como una forma de sancionar conductas que no estén plenamente tipificadas como delitos; lo cual nos obliga en materia de Informática a hacer que las conductas que se lleguen a sancionar sean precisar en cuanto al bien que tutelan, como es el caso de la Información Procesada.

**SEXTA:** En relación a los Programas de Cómputo, he llegado a la conclusión de que deben de estar sujetos a una temporalidad menor a la dispuesta por la Ley de Derechos de Autor, ya que constantemente son superados por otros Programas más novedosos que los hacen obsoletos en un muy corto plazo; y por consiguiente las versiones más recientes están fuera de la protección de la ley.



## PROPUESTAS

**PRIMERA:** Poner un mayor interés en relación al estudio de los Delitos Informáticos para crear conciencia en la sociedad de la necesidad que existe de proteger a la Informática, como una ciencia que está permitiendo un acelerado desarrollo del conocimiento humano. Por tanto, es necesario que estos Delitos Informáticos se contemplen en una Ley Especial sobre la materia, ya que ni en el Código Penal, la Legislación sobre Derechos de Autor, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, no están tipificados estos delitos; y en este sentido no hay que dejar de percatarse que la informática y como consecuencia los Delitos Informáticos van avanzando de una forma más acelerada que la propia creación de ordenamientos jurídicos que la regulen.

**SEGUNDA:** Se tipifique como delito las siguientes conductas:

- Comete el delito de robo de Información Procesada el que se apodere de la información Procesada de una Computadora, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella.
- Al responsable de este ilícito se le impondrá de 4 a 8 años de prisión.
- Comete el delito de Fraude Informático, al que transforme o desfigure ilícitamente la información procesada en una computadora, el que através de una computadora realce un

engaño a una persona o a una computadora, aprovechándose del desarrollo tecnológico y de los conocimientos en materia de Informática, y se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

El delito de Fraude Informático se castigará de acuerdo a las sanciones impuestas en el Delito de Fraude.

- Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro de un bien informático, reproduzca un Programa de Cómputo, al que no estando autorizado al acceso de información procesada haga uso de ella, al que destruya o inutilice maliciosamente la información, al que revele maliciosa o indebidamente información procesada de cualquier bien mueble informático (hardware) o bien intangible como lo es la información procesada, comete el Delito Informático de Abuso de Confianza.

En éste delito Informático se castigará de acuerdo a las sanciones impuestas en el Delito de Abuso de Confianza.

**BIBLIOGRAFIA**

- 1.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, 4ª edición, México, 1978, P 514
- 2.- GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, México, 1991, P 506
- 3.- IGNACIO BURGOA, Garantías Individuales, Edit. Porrúa, 22ª edición, México, 1989, P 772
- 4.- PINA, Rafael de, PINA VARA, Rafael de, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, 14ª edición, México, 1986, P 508
- 5.- VITTORIO FROSINI, Informática y Derecho, Edit. Temism, 1ª edición, Bogotá Colombia, 1988, P 179
- 6.- TELLEZ VALDES, Julio, Protección Jurídica de los Programas de Cómputo, Edit. por el autor, México, 1985, P 152
- 7.- JIJENA LEIVA, Renato Javier. Chile La Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático, Edit. Jurídica de Chile, 1ª edición, Chile, 1992, P 225
- 8.- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Criminología, Edit. Porrúa, 7ª edición, México, 1991, P 546
- 9.- RAMIREZ FONSECA, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Edit. Pac, 4ª edición, México, 1985, P 565

- 10.- TELLEZ VALDES, Julio, Derecho Informático, Edit. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, México, 1991, P 98
- 11.- RANGEL MEDINA, David, Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual, Edit. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2ª edición, México, 1992, P 155
- 12.- COUNCIL OF EUROPE, European Committee on Crime Problems, Select Committee of Experts on Computer-related crime, Final Activity Report on Computer-related crime, Strasbourg, 24 de Abril de 1989, P 81
- 13.- LONG, Larry, Introducción a la Informática y el Procesamiento de Información, Edit. Prentice Hall, México 1986.
- 14.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio, Edit. Cajica. 2ª edición, México, 1982
- 15.- OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, La Habana Cuba, Agosto-Septiembre, 1990, P 6
- 16.- GARZON CLARIANA, Gregorio, Informática y Delincuencia, Documento, P. 25
- 17.- CASTRO FERNANDEZ, Juan Diego, Juristas y Computadoras, Costa Rica, 1991

- 18.- AZPILCUETA, Hermilio Tomás, Derecho Informático, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 1987, P 91
- 19.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Edit. Cárdenas Editora, 1ª edición, Argentina, 1986
- 20.- JIMENEZ DE ASUA, Principios de Derecho Penal, Edit. Sudamérica, Argentina, 1967
- 21.- TERCERA REUNION DE EXPERTOS EN INFORMATICA JURIDICA, AUSPICIADA POR CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS APIRES HISPANO-LUSO-AMERICANOS, México, Oct. 1991. P 34
- 22.- LOREDO HILL, Adolfo, Derecho Autoral Mexicano, Edit. Porrúa, 1ª edición, 1982, P 139
- 23.- LEGISLACION SOBRE DERECHOS DE AUTOR, Edit. Porrúa, 13ª edición, México 1992.
- 24.- LEGISLACION SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INVERSIONES EXTRANJERAS, Edit. Porrúa, 16 edición, México, 1991
- 25.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Porrúa, 49ª edición, México, 1993.