

00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

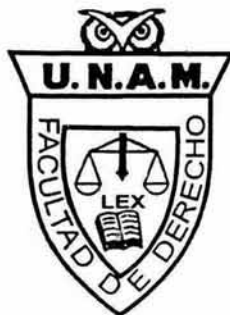
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS

TUTOR: DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2004





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A mi madre

Con cariño.

Entrego a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE: Alberto Enrique Nava
Garcés

FECHA: 2 de abril de 2004

FIRMA: 

Con amor para mi esposa Mariela.

**Cuya presencia y apoyo en mi vida es
definitoria y definitiva.**

A mis hermanos Paty, Manuel Heriberto y Juan Carlos

A quienes les debo años de afecto inagotable.

A la memoria de
Guadalupe Casas de Garcés y
Margarita Garcés Casas.
Este trabajo rinde tributo al cariño
y a los años de infancia que me dieron.

A mi tío Carlos Octavio Garcés Casas
Cuyas palabras están inmersas en mi formación.

A mi padre

A mi casa, la Universidad Nacional Autónoma de México,

En cuyo seno he podido forjarme y en donde pude coincidir como discípulo de grandes juristas que enaltecen el nombre de esta Máxima Casa de Estudios: doctores Guillermo Floris Margadant S., Ignacio Burgoa Orihuela, Pedro Hernández Silva y Jaime F. Cárdenas Gracia.

Al Dr. Dr. h.c. Ricardo Franco Guzmán,

Con admiración y afecto permanente a quien debo no sólo la dirección de esta tesis, sino sus cátedras de Derecho Penal que orientaron mi vocación dentro del Derecho.

A los doctores Ana Eloisa Heredia García, Verónica Román Quiroz, Carlos Daza Gómez y Julio César Kala, quienes en sus clases y conferencias compartieron algo más que conocimientos: su gran calidad humana.

A Jorge Vasconcelos Santillán y Arturo Soto Marquina
Como testimonio de nuestra ya añeja amistad que me hace sentir muy
orgullosa.

Para mis colegas: José Zaldivar Vázquez, Celia Marín Sasaki, Martín
Gustavo Moscoso Salas, Mauricio Cruz Ortiz, Marcial López García, Alberto
Mendoza Huelgas, Armando Salazar López, Alejandro Ponce de León Prieto
y Miguel E. Ayala Balcázar, con quienes he compartido este aprendizaje y de
quienes he aprendido tanto.

Al Sr. José Bautista Cruz

Cordialmente.

Al Cinvestav

Institución en la que hemos podido convivir con grandes científicos e investigadores.

A su excelente plantilla, y a su administración.

A los doctores Dra. Rosalinda Contreras Theurel, Enrique Campesino Romeo, Jorge A. Torres Muñoz, Luis Alfonso Torres Gómez.

A Rodolfo de las Fuentes Lara, Estela Bucio Velázquez, Adriana Juárez Ángeles, Guillermo Rodríguez Montes, Claudia Alcántara Nieves.

Y por supuesto al gran equipo de la Subdirección Jurídica Martha Figueroa Pérez, Diego Orlando Carrasco Hinojosa y Alejandra Sánchez Baena.

...

Agradecimientos.

En esta página quiero dejar constancia del apoyo recibido para la realización de esta tesis. En primer lugar las horas dedicadas por mi asesor para la corrección de la misma, así como el haber ofrecido su biblioteca para complementar cualquier tema relativo al Derecho Penal. Asimismo agradezco al Ing. Jorge Vasconcelos Santillán (Universidad Johns Hopkins) sus orientaciones (en persona y vía electrónica). Agradezco las dudas que plantean día a día mis alumnos, porque en ellas puedo verificar la solidez o debilidad de lo aprendido. A Martha Figueroa Pérez, quien permitió que pudiera descargar parte del trabajo de diario. A quien permitió que esta historia que empezó un día a las 7:10 a.m., pudiera llegar a este momento. Y agradezco las horas de paciencia de Mariela, durante mis horas ausentes dedicadas a esto, que hoy es de los dos.

“—Entonces, no puede recordar los tiempos en que no había robots. La humanidad tenía que enfrentarse con el universo sola, sin amigos. Ahora tiene seres que la ayudan; seres más fuertes que ella, más útiles, más fieles, y de una devoción absoluta. ¿Ha pensado usted en ello bajo este aspecto?”

Isaac Asimov

(*Yo Robot*, 1950)

Introducción

Este trabajo aborda el tema de los delitos informáticos exponiéndolos como meras variaciones de otros delitos ya existentes. Resulta necesario que, si se realiza una reforma legislativa, ésta no se oriente por la creación indeterminada de tipos penales, sino por la de considerar la posibilidad de incluir al uso de computadoras como un medio para realizar el delito.

Una de las circunstancias que nos mueven a escribir este ensayo, es la incertidumbre que vive el orden social al ser rebasado por la tecnología, la historia parece cobrar una prisa sin precedentes y el Derecho parece estar ajeno al fenómeno de la información digital. Pero esta nota toma un relieve distinto cuando apreciamos que el uso de las nuevas tecnologías engendra en sí, como toda conducta humana, la transgresión del orden social, de la seguridad jurídica y es en estos ámbitos donde las soluciones que se aporten deben ser de la misma dimensión y de la misma velocidad que las transgresiones.

Así, en esos ámbitos podemos observar que *internet* también es el vehículo de diversas conductas: fraudes, pero aparte, terrorismo, pornografía, violaciones a la intimidad, violación a los derechos de autor, inducción al suicidio; y si llevamos al extremo la imaginación podemos encontrar robo y homicidio por esta vía.

Luego se presentan los problemas sobre conflicto de leyes (tema propio del derecho internacional) ya que consideramos en lo particular que *internet* es una entidad de interconexión transfronteriza donde hasta los más expertos abogados de Alemania y Estados Unidos han encontrado lagunas insalvables.

Si el Derecho es un orden normativo jerarquizado, nuestro problema ahora es, que pueda existir un derecho para todas esas vertientes que tiene la modernidad.

Si bien este trabajo no puede dar respuesta a todas las vertientes que puede tener en materia penal los caudales de la informática, si está en el *desideratum* divulgar (y proponer) el problema que debemos resolver.

Para ello hemos dividido el presente trabajo en cuatro capítulos, que de manera sucinta explican: en primer lugar el mundo de la informática dentro del derecho, luego (y con esto notaremos el regreso a las estructuras del derecho penal) abordaremos la creación de los tipos penales y su forma de creación así como los elementos que toda conducta señalada como delito debe contener, para más tarde exponer los llamados delitos informáticos.

La actividad jurídica en general está hoy recibiendo los beneficios y experimentando los problemas derivados de la incorporación de las tecnologías de la información a la labor de los hombres del Derecho.

En ocasiones parecen existir nuevos delitos no comprendidos en el código penal, sin embargo, sostenemos que vistas a la luz de su propia esencia podemos encontrar que el uso de la tecnología no es una forma de nueva conducta, sino un medio para ejercitar las ya conocidas.

Ante la realización de conductas delictivas por medio de computadoras es necesario precisar su alcance punitivo como medios comisivos del delito. En dado caso, como variable dependiente consideramos se aplique una sanción o agravante para el uso de tecnologías en la perpetración de un delito.

El tipo de investigación es jurídico propositiva, toda vez que se pretende cuestionar la legislación vigente en materia de informática, a fin de analizar hasta donde es práctica, hasta dónde impone sanciones extraordinarias y entre cuales legislaciones la podemos ubicar en el concierto de las legislaciones en el mundo.

La vertiente metodológica se inscribe en la dogmática-formalista, así como la perspectiva empírica en la realista materialista. Desde luego abordaremos la metodología de la comparación.

Questionaremos el tratamiento de las legislaciones en el uso de las computadoras, ya sea dentro de los estados o entre los estados. En ese tenor, esta investigación se propone hacer el discrimen sobre lo que hasta hoy se ha escrito en materia de delitos informáticos en México, su limitación y su establecimiento dentro del orden constitucional. Luego entonces estaremos en posibilidad de concretar nuestro estudio sobre el tratamiento que se ha dado entre las naciones al uso de las nuevas tecnologías. El alcance y la problemática de la legislación internacional.

Toda vez que durante la exposición inicial quedó planteada la hipótesis, al referir el uso de las computadoras como medios comisivos de delitos y no como delitos independientes, ésta habrá de verificarse por medio del análisis de información legislativa, jurisprudencia, tesis relacionadas, hemerografía, a efecto de obtener una visión integral del problema.

Por último quiero dejar constancia que si esta tesis tiene aciertos se deben a mis maestros, los yerros son responsabilidad propia.

Tabla de abreviaturas.

a.C.	Antes de Cristo.
A.C.	Asociación Civil
ALDF	Asamblea Legislativa del Distrito Federal
Cfr.	Confróntese
Col.	Colección
C.P.	Código Penal
EGG	<i>Elektronische Geschäftsverkehr</i> (operaciones electrónicas)
ETA	<i>Euskadi ta Askatasuna</i> (Euskadi en libertad) Grupo terrorista vasco
<i>Et al.</i>	Y otros
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
<i>Ídem</i>	Igual
<i>Infra</i>	Abajo
LSSICE	Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
<i>Loc. Cit</i>	(<i>Locus citatus</i>) lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MDS+V	<i>Mediendienste-Staatsvertrag</i> (tratado internacional sobre servicios y <i>medios</i>)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>Op. cit</i>	(<i>Opus citatus</i>) obra citada.

p.	página
pp.	páginas
<i>Patriot (ley)</i>	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (Ley para Unir y fortalecer a América Proporcionando Herramientas apropiadas para Interceptar y Obstruir al Terrorismo)
p.e.	por ejemplo
<i>Supra</i>	Arriba
Trad.	Traducción
TDG	<i>Telemediengesetz</i> (Ley de Servicios Electrónicos)
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vid.	Véase
11 - m	11 de marzo de 2004 (signos con los que se identifica un acto terrorista cometido en Madrid)
11-s (9 -11)	11 de septiembre de 2001 (signos con los que se identifica un acto terrorista ocurrido en Nueva York)

CAPÍTULO I

La informática jurídica. Marco conceptual

1.1. Informática jurídica y Derecho.

Estamos frente a un binomio cada vez más usual desde hace algunos años: la conjunción de la informática con el Derecho. Son los tiempos modernos, la inventiva del hombre y su incansable labor científica convergen en nuevas calidades de vida para el presente y para el futuro; sin embargo, en ese proceso se enlazan de manera inevitable ciertas conductas antisociales que se apoyan en los cambios científicos y tecnológicos para lesionar bienes jurídicamente tutelados.

La historia del Derecho ha conocido el fenómeno en el que el avance tecnológico se suele presentar antes que la regulación jurídica. La tecnología invade nuestras vidas, poco a poco, pero de una manera definitiva. Mantenerse apartado puede significar la incomunicación, la desinformación, quedarse en un tiempo pasado. Hoy nuestra cotidianidad corre a la par del uso del teléfono celular, del correo electrónico, de las agendas electrónicas, de *internet*. Estamos cada día más familiarizados con las “compras en línea”, con el “dinero plástico”, con el pago virtual y con la firma electrónica, por plantear algunos ejemplos; por lo tanto, este mundo lleno de datos corre el peligro de ser alterado mediante conductas delictivas.

Fenómeno, éste, advertido por juristas y legisladores quienes, tentados por la novedad, han hecho intentos por establecer los llamados delitos informáticos. El presente capítulo pretende abordar de manera inicial el tipo de tecnología que, en los últimos diez años, ha revolucionado a la sociedad en el mundo desde su actividad comercial hasta su intimidad. La computación ha venido a cambiar el estilo de trabajo de mucha gente y ha propiciado que por su conducto se realice la llamada “globalización”, sin embargo, este fenómeno de fin de siglo e inicio de milenio ha traído consigo una serie de actividades para los que la sociedad no estaba preparada.

A guisa de ejemplo, en su estudio sobre el delito de lavado de dinero, Nando Lefort hace el señalamiento del problema que ahora tratamos estableciendo al referirse a *internet*: “el uso de este mecanismo cibernético a últimas fechas ha cobrado una importancia relevante, en virtud, de que los grupos de delincuentes organizados obtienen información sobre cuentas bancarias de personas de amplio crédito disponible...”¹

Sobre el particular podemos referir que, si bien se entiende la idea original de Nando Lefort, lo cierto es que incurre en inexactitudes, tanto en el lenguaje, como

¹ Nando Lefort, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª. ed., Trillas, México, 1999, p. 96.

en el ejemplo planteado. Esto es, mencionar “mecanismo cibernético” no es un equivalente a señalar una computadora, como veremos líneas abajo. Por otro lado, el grupo de delincuentes organizados, desde antes del uso de estas nuevas tecnologías ya conseguían esta clase de información, lo que cambió en realidad el uso masivo de las computadoras es que cualquiera puede acceder a este tipo de información.

Este problema que nos aqueja hoy día en todas nuestras actividades, fue preconcebido hace más de veintisiete años. En efecto, lo que hoy parece un tema novedoso, Donn B. Parker lo abordó y, en su libro *Crime by Computer* escrito en 1976, señaló el peligro potencial que se encerraba en las computadoras y en el abuso de las mismas. El autor escribe: “Algunos incidentes publicados en el pasado han implicado a las computadoras en el fraude, en los desfalcos, el terrorismo, el robo, la extorsión, el espionaje, y el sabotaje, con lo que claramente indican que existe un problema social en la aplicación de la tecnología de la computadora”².

Estas palabras cobran más vigencia que nunca cuando observamos que un Estado puede ser desestabilizado por el abuso de estas nuevas tecnologías.

²Parker, Donn B., *Crime by computer*, Charles Scribner's sons, New York, United States 1976, p. 12 “Highly publicized incidents over the past ten years which have involved computers in fraud, embezzlement, terrorism, theft, larceny, extortion, malicious mischief, espionage, and sabotage clearly indicate that a social problem exist in the application of computer technology.”

El problema actual se centra en el hecho que, a diferencia de lo que existía en 1976, esta sociedad -entendiéndose como comunidad global- tiene al alcance estos medios en un número superlativo al tiempo de Parker.

Correa, jurista argentino, escribe:

Diversas legislaciones, sobre todo a partir de la década pasada establecieron mecanismos para impedir que el manejo de bancos de datos personales en poder de instituciones públicas y privadas afecten negativamente la libertad y los derechos humanos. Suecia, Noruega, Austria, Francia y otros países, según se analiza más abajo, dictaron regulaciones en torno del principio fundamental de acceso del individuo a los datos que se poseen sobre él (*habeas data*) y del derecho a una rectificación o supresión, en caso de datos recogidos ilícitamente, inexactos u obsoletos. Comisiones presidenciales, integradas en algunos casos también por parlamentarios (como la Comisión de Informática y Libertad de Francia) fueron encargadas de atender y resolver los reclamos de los particulares y de controlar la constitución de bancos de datos personales públicos o privados. En 1978, a cuatro años de la sanción de la 'Privacy Act' en los Estados Unidos, se recibían más de 700,000 demandas anuales para acceder a información personal.³

3 Correa, Carlos, *et al.*, *Derecho Informático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pp. 241-242.

Hemos estado frente al problema desde hace mucho tiempo y su repercusión en nuestros días nos ha llevado a la búsqueda urgente de soluciones. Algunas más ingeniosas que otras; algunas más prácticas que jurídicas, nos llevan al discrimen de estas conductas. En el tipo de respuesta que encontremos estará el limitar que se sigan cometiendo los injustos o no.

El riesgo de todo avance tecnológico siempre ha sido que el hombre quede al servicio de la tecnología y no al revés, el trastocar el fin por el medio es una amenaza omnipresente.

En un libro escrito hace casi cien años Maxwell dice: *“la sociología criminal tiene por objeto el estudio de la criminalidad como fenómeno social, a través de la búsqueda de las condiciones que permiten la producción de la actividad criminal, por lo que está en posibilidad de limitar los medios para que ésta se produzca.”*⁴ Este, sin lugar a dudas, debe ser el acto que marque el derrotero de nuestro trabajo: encontrar la manera de limitar los medios para que se produzca la comisión de un acto delictivo vía *internet*.

4 Maxwell, J., *Le crime et la société*, Ernest Flammarion, éditeur, Paris, 1909, p. 15. “la sociologie criminelle a pour objet l'étude de la criminalité en tant que phénomène social. Elle recherche les conditions dans lesquelles le criminel est produit, elle détermine les moyens d'en limiter la production. Elle n'examine que les rapports du criminel et de l'act qu'il commet avec la société.”

El problema cambia sus características o sus formas, sin embargo la esencia prevalece, la unidad delictiva se conserva y es donde debemos ahondar. Es necesario revisar los factores y las circunstancias que le dan vida a una conducta injusta, luego, a partir de sus caracteres podremos clasificar la misma, distinguiéndola de sus figuras o tipos penales afines. La tecnología nos ha dado esta tarea urgente, pues cada vez más dependemos de este desarrollo tecnológico.

Luis Manuel Meján escribe: “En las épocas en las que los avances tecnológicos espectaculares se separaban por largos espacios de tiempo el riesgo era más manejable, el hombre iba conociendo el despliegue científico poco a poco, los procesos de rechazo al cambio se desplegaban en el tiempo y poco a poco venían siendo combatidos por las inevitables ventajas del descubrimiento”⁵.

El papel del Derecho en el avance y aparición de novedades tecnológicas es el de servir como elemento disciplinador del proceso. Si bien podemos encontrarlos inmersos en una época de dejar hacer y dejar pasar, debe existir un coto a esa libertad, un límite que evite la degeneración y la destrucción de otras libertades y de otros bienes jurídicamente tutelados. Meján continúa:

⁵ Meján C., Luis Manuel, *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, Porrúa, México, 1994, p. 51.

Un ejemplo de esta situación en la materia de informática es el hecho de que en casi todos los países que han avanzado legislaciones sobre informática se ha venido considerando un delito el acceder a bases de datos de manera más o menos desautorizada, sin embargo, hay países en donde ello no ha sucedido, el ejemplo es Holanda en donde recientemente se llevó a cabo un congreso de piratas de la información (*hackers*) que pretendía dejar claro que lejos de cometer un delito, les asiste un derecho a ejercer su actividad que contiene como grandes propósitos: la lucha contra monopolios de la información por un lado y contra los que son incapaces de proteger adecuadamente una información que es sensible.⁶

Es clara la diferencia que existe entre aquellos países que han soslayado el potencial que puede significar el abuso en la utilización de las computadoras, por lo que cada vez es más común descubrir en páginas electrónicas que, en algunos países, como el referido por Meján, se lleven a cabo congresos de *hackers*, lo que no sólo resulta contrario con los países que pretenden castigar esa actividad, sino hasta podríamos considerar que, en pro de la libertad total, encontramos un criterio apologético muy peligroso.

Meján señala: “Sin embargo, el gran pecado de un sistema basado en leyes más que en la decisión jurisprudencial es el de no proveer la maleabilidad suficiente

6 *Ibidem*, pp. 52 - 53.

para adaptarse a las nuevas circunstancias sociales, o, en el caso que nos ocupa, técnicas y, asimismo, el pecar de formalistas. (¿Cómo puedo probar en juicio mercantil un contrato que celebré por medio de comunicación entre computadoras?, la legislación procesal mercantil no contempla estas pruebas, por tanto el juez no puede dictar sentencia a mi favor aunque humanamente sepa que yo tengo la razón).⁷

Sobre este tema Goodman, especialista en Medicina Forense Computarizada (*sic*), refiere de manera clara, cuál es la actividad de un investigador que persigue los indicios en esta clase de conductas:

El sistema de archivos es muy complicado. Los hay por todas partes de la máquina, lo importante es saber dónde buscar la prueba. El correo electrónico es asimismo algo muy difícil de investigar, porque puede estar centralizado o disperso; eso quiere decir que si se posee una computadora portátil es posible que en ésta haya pruebas, pero el correo también puede existir en un servidor de su empresa o en la universidad [...] Cualquier cosa que hace una computadora se anota en un archivo llamado *log* y cuando se envía un correo electrónico también hay *logs*. Al empezar una investigación hay que buscar los *logs*, porque éstos llegan a ser muy grandes.⁸

7 Meján, *op. cit.*, p. 55.

⁸ Goodman, Marc, *abercriminalidad*, INACIPE, col. Conferencias Magistrales número 7, México, 2003, p.18.

La posibilidad de demostrar, mediante indicios la conducta realizada a través de la computadora, abre la posibilidad de perseguir y castigar a los responsables de un ilícito penal.

1.1.1. Nuevas tecnologías: posibilidades y riesgos.

La libertad con la que se desenvuelve cualquier persona dentro del llamado *cibespacio*, propicia una seria discusión sobre el tema: hasta dónde llega la libertad y hasta dónde se puede dañar con esa libertad. La libertad trae sus riesgos y estos se diseminan por todo el mundo vía electrónica.

Ricardo Mata y Martín señala:

Los cambios sociales provocados por las tecnologías de la información resultan decisivos en todos los ámbitos y por supuesto también tienen su repercusión en el campo del Derecho Penal. Las inmensas posibilidades que abren las nuevas tecnologías, evitando al ser humano cierto tipo de tareas mecánicas; supone, en concordancia con Sieber, unos cambios más radicales que los que introdujo la revolución industrial del siglo XIX con la sustitución del trabajo físico de los hombres por el de las máquinas. Los avances de la informática sitúan al

Derecho penal ante problemas nuevos, o ante problemas que debe abordar con una nueva visión de los mismos.

Las enormes potencialidades que se abren para el tratamiento automatizado de datos, tienen un reverso que son los riesgos que se introducen para facilitar la realización de hechos que afecten a los intereses fundamentales de las personas. Es decir, la informática o, en general, el tratamiento automatizado de datos se presenta como factor criminógeno, pues permite el acceso y el manejo de bases de datos, programas de cualquier género, en ocasiones en forma lesiva para intereses básicos de las personas y de la sociedad, siendo más costosa la averiguación del autor y la prueba de los hechos debido a la naturaleza del procedimiento informático.⁹

Este autor, una vez que ha destacado la presencia del problema que el uso de tecnologías de la información conlleva en el ámbito del derecho, continúa con otro problema, que es válido para todas las ramas que conforman a éste: su medio de prueba. Cuestión que rebasa nuestros apuntes y límites sobre el tema.

Naturalmente aquí vamos a prestar atención a los aspectos más gravosos para el hombre derivados del uso de las tecnologías de la información. Tan gravosos que forman parte del catálogo de hechos a los que la ley vincula la aplicación de una sanción penal o incluso, debido a la novedad de estos comportamientos, se plantea si deben tener cabida en el mismo, cuando el legislador todavía no ha tomado una

⁹ Mata y Martín, Ricardo M., *Delincuencia Informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 17.

decisión sobre su trascendencia jurídica. Por ello debemos hacer referencia a los presupuestos necesarios para que estas conductas irregulares e ilícitas relacionadas con las computadoras alcancen la calificación de merecedoras de sanción penal. Es decir, es conveniente abordar también en este momento el tratamiento y la consideración, desde el punto de vista del Derecho Penal, de aquellas conductas que emergen de la realidad social vinculadas a las tecnologías de la información y que plantean serias interrogantes sobre su trascendencia penal. Los perfiles de mayor contribución a la vida del ser humano se corresponden con el uso de las potencialidades que encierran las computadoras.

La tarea del legislador quedará supeditada al tratamiento que se le dé a cada conducta. En ese tenor podemos extraviar su actuación o dirigirla a un fin que alcance nuestra más cara aspiración de no dejar vacíos en esto que se aprovecha de los mismos para existir. La criminalidad “en línea” o informática puede acabar con la aspiración a un estado de vida mejor. El sueño de un mundo automatizado se puede volver en la pesadilla de quienes han puesto sus bienes al alcance de cualquier medio electrónico.

Ante la nueva realidad emergida con la criminalidad informática y la incertidumbre que plantean hechos socialmente considerados nocivos e incluso ilícitos desde una perspectiva general, se suscita la duda sobre las repercusiones

jurídico-penales de los mismos. En estas circunstancias, los fenómenos que así se presentan deben ser abordados inicialmente desde la perspectiva de la Política Criminal y la Criminología, como instrumentos de que dispone la ciencia global del Derecho Penal o la enciclopedia de las ciencias penales.

La informática y sus aplicaciones se toman en consideración por la criminología en cuanto a la realidad que proporciona enormes potencialidades y posibilidades propias de los sistemas informativos para cometer hechos ya sancionados, con circunstancias que dificultan la averiguación y la prueba. Por ello la Criminología aborda desde esta perspectiva, tanto por las características propias de los sistemas informáticos que los convierten en objetos o instrumentos cualificados del delito, como la descripción de los actos concretos informáticos de carácter delictivo, cuanto por la participación de quienes concurren en estos hechos.

De esta manera el procesamiento electrónico de datos se convierte en un factor criminógeno en el seno de las distintas entidades públicas y privadas que se sirven de sistemas informáticos como medio para conseguir una eficiente organización. Desde la perspectiva del autor del hecho ilícito la presencia de estas herramientas tecnológicas aumenta las posibilidades de actuación ilícita y la posición cualificada de los que poseen especiales conocimientos en esta materia y de quienes están encargados del manejo de tales tecnologías de la información.

1.1.2. La libertad informática.

Así la libertad informática, como expresión de la libertad del individuo, consiste en el derecho a utilizar lícita y libremente, con los límites constitucionales y legales, la tecnología informática. De forma que los delitos informáticos pueden verse como violación de esa misma libertad informática, como infracción de las distintas libertades a las que puede extenderse el empleo de estas tecnologías (intimidad, domicilio, libre circulación, asociación, etc.).

Schopenhauer se refiere a la libertad como un concepto negativo, donde podemos pensar en la ausencia de todo lo que estorba y embaraza¹⁰, permite con ello arribar al concepto donde la voluntad puede dirigirse hacia puntos diametralmente opuestos. Por su parte José Ferrater Mora, en su *Diccionario de Filosofía*, expresa los diferentes conceptos que se le han dado a la libertad. En distintos contextos y bajo las diversas escuelas filosóficas, la libertad ha sido entendida como posibilidad de autodeterminación, como posibilidad de acto, como posibilidad de elección, como liberación de algo, como realización de una

10 Cfr. Schopenhauer, Arthur, *Sobre la libertad de la voluntad*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 45.

necesidad.¹¹ Así, este trabajo se ubica en la última de las especies de libertad: la limitada, toda vez que las libertades total y relativa pertenecen a un campo propio de conceptos en los que el constructo social no tiene cabida.

En este discurso es donde aparece la apreciación de los límites que puede tener la libertad, durante siglos se ha discutido sobre la esfera de la libertad, sobre su esencia y si ésta encierra límites, si ésta es un atributo o es independiente de una realidad. Al respecto, cuando la discusión se centra en la libertad del hombre, se pueden obtener nociones sobre su actuar, y sobre la esfera jurídica que le es inherente. Kauffman, citado por Quintino Zepeda, establece que “en lo postmoderno, la libertad entendida como poder actuar distinto en la modernidad, se ha arrojado por la borda al considerarse vacía, al igual que la responsabilidad.”¹² Sobre la libertad se pueden obtener las más disímboles conclusiones, lo cierto es que al final se coincide, y más en los ámbitos jurídicos, donde debe existir un alcance para la misma. En esa no interferencia podemos avizorar las fronteras de dicha esfera individual.

Sobre este particular considero que Schopenhauer le dio ese aspecto predominante al concepto de libertad en el que los juristas pueden sustentar

11 Cfr. Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Tomo III, Ariel, Barcelona, pp. 2135 y ss.

12 Cfr. Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, México, 2001, pp. 74-75.

perfectamente sus teorías y es que al concepto en cuestión le añade un elemento que debe ir aparejado: responsabilidad. Uno es responsable proporcionalmente a la libertad con la que se desenvuelve y en la medida que despliega ese actuar.

Estamos en un tiempo espléndido para contemplar cómo, en la ausencia de leyes que rijan un espacio virtual, se pueden desplegar distintas formas de determinarse. Estamos frente a un espacio virtual en el que se pueden cometer las conductas más tangibles imaginadas.

Por su parte, Correa destaca los límites que enfrentó su país durante una época de autoritarismo:

En épocas recientes de nuestro país, la acumulación de datos personales en un Estado autocrático, privó a los individuos de toda posibilidad de verificar los datos que sobre ellos se poseían. La manipulación de datos sobre convicciones políticas y religiosas, el recurso a informaciones obsoletas (pertenencia en épocas pretéritas a un centro estudiantil o partido político, etc.), fueron con frecuencia la base de acciones represivas y aberrantes violaciones de los derechos humanos.

La democracia necesita sentar las bases jurídicas para el ejercicio real de la libertad y los derechos del individuo, dentro de los límites impuestos por la convivencia social. La Constitución nacional prohíbe

otorgar facultades por las cuales los derechos, el honor, la vida y la hacienda de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. También establece un ámbito privado ‘reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados’, y la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados.¹³

Quien puede tener la posibilidad de ingresar a un espacio virtual como lo es *la red de redes* o *internet*, tiene también la posibilidad de elegir un derrotero que lo confronte con su aprendizaje primario, con sus valores morales, con su propia concepción de su entorno. Puede descubrir lo que nadie le ha contado o encontrar lo que de manera tradicional le hubiera costado más tiempo. Pero, en esa red de información abunda lo contrario: la desinformación. Ante esa maravilla de nuestro tiempo, comienzan a sujetarse enseñanzas como economías. El camino breve del aprendizaje pasa por *internet*, el problema resulta cuando todo lo que aprendemos o creemos aprender pasa por esa red, como si lo único que pudiéramos ser capaces de obtener viniera del televisor.

Pero, a diferencia de los otros inventos, en éste podemos integrarnos y obtener un mejor medio de comunicación. Pero, así como la libertad, este medio para conseguir sus más caros fines, debe estar regulado.

13 Correa, *op.cit.*, p. 243.

Barrios Garrido escribe: “a pesar de no ser internet un medio de comunicación generalizado, debido a su estrecha relación con la posibilidad de acceso a los bienes informáticos, hoy en día vivimos como país lo que consideramos el inicio de una sociedad mundial interconectada. No podemos dejar de sentirnos situados en el inicio de una nueva era en el desarrollo del hombre y es imposible negar que nos encontramos ante un ‘renacimiento’ de la historia de la humanidad”¹⁴

En este momento en el que nos situamos, podemos encontrar la lucha existente entre este logro de intercomunicación y las conductas que tienden a desvirtuarlo, mediante el abuso del sitio, o bien, mediante el uso de esa tecnología para alcanzar la violación a distintas esferas jurídicas.

Por su parte, bajo el subtítulo de la libertad en el ciberespacio, Muñoz Machado escribe:

La red no sólo fue creada para el descontrol, sino que se desarrolló con entusiasmo por universitarios convencidos de que en ella estaba la base para el desarrollo de la contestación y de una nueva contracultura, fuera de los convencionalismos y del orden jerarquizado de la política y de la sociedad. Un entorno en fin, para la libertad.

14 Barrios Garrido, Gabriela, *et al.*, *Internet y Derecho en México*, Mc Graw Hill, México, 1988, p. 3.

La verdad es que la interactividad que permiten las infocarreteras da a los usuarios una sensación de libertad inmensa. Los cibernautas sienten que dominan el espacio desmaterializado en el que actúan. El *websurfing*, la navegación libre de los internautes, traspasa fronteras con la misma facilidad que lo hace el pensamiento, situándose en cualquier lugar del mundo, indagando sobre cualquier materia o situación causa la inevitable sensación de moverse sin frenos, sin restricciones de ningún género, y sobre todo, sin que se atisbe en ninguno de los rincones que se visitan el menor rastro de los poderes públicos o privados convencionales.¹⁵

La ausencia de ley en este espacio permite la distribución de material normalmente prohibido, la inyección de costumbres ajenas que pueden romper con los patrones de vida existentes en una población. La agresión que puede sufrir cualquier ente mediante el uso sin límites de esta tecnología, el peligro que puede padecer un agente debido al uso indiscriminado de estos aparatos, es decir, el caos.

En 1951, al abordar el tema de la influencia criminógena de la imprenta y del cine en la niñez, Flesch establecía:

el crimen está descrito en estas hojas con todos sus particulares, con los hechos internos y externos que le han precedido, acompañado, seguido, y son copiadas sugestivamente las tintas de los más

15 Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 35.

impresionantes y caprichosos; todo lleno de numerosas ilustraciones que contribuyen a hacer más 'familiares' las escenas de sangre y visiones de cadáveres. De la misma manera viene representada, con todas sus peculiaridades, la técnica del delito, hasta las previsiones, las precauciones tomadas por el criminal para ocultarlo, las omisiones y los errores que los han llevado a descubrir [...]

Aún más fuerte que la imprenta, otra acción de contagio psíquico criminógeno y de 'erudición criminal' está explicada a los muchachos en las películas llenas de delitos y de suicidios, los que forman cerca de dos terceras partes de la actual producción cinematográfica [...]

Se podrían relatar trayéndolos de la abundante casuística, numerosos ejemplos de niños que después de haber asistido a espectáculos cinematográficos de esta clase, han sido por pura fuerza de sugestión, autores de delitos, confesando después cándidamente 'haber hecho como habían visto hacer en el cine.'¹⁶

Luego de estos fenómenos vendría la televisión, la cual, a pesar de la clasificación de sus contenidos, tendría una importancia toral en la formación de las siguientes generaciones. Más fenómenos como el descrito por Flesch fueron sugeridos por la televisión, cuya libertad, en los últimos tiempos, ha dejado cada vez más de lado su responsabilidad en cuanto a los programas que transmite.

¹⁶ Flesch, "el problema de la lucha contra la delincuencia infantil en Italia", en *Criminalia*, Año XVII, número 12, Diciembre de 1951, p. 683 (traducción Lic. Ricardo Franco Guzmán).

Ahora, el ingreso libérrimo a los sistemas como *internet* permiten que cualquiera se pueda informar sobre cómo realizar una determinada arma; puede encontrar historias que hagan apología del delito y permitir que cualquiera irrumpa en los ámbitos de la antijuridicidad.

A diferencia del cine o de la televisión, el sujeto está próximo al objeto vía una computadora y, ejercer un control como puede haberlo sobre los contenidos del cine y de la televisión, es casi imposible.

Las computadoras representan en sí mismas, la posibilidad de desplegar, con su utilización, una conducta con un elevado desvalor de acción, por su carácter clandestino. Pero además es preciso conectarla al peligro o lesión de un bien jurídico de relevancia penal para que nos encontremos ante un comportamiento merecedor de incriminación y sanción penal.

Retomando la relación entre Informática y Derecho tenemos que Luis Manuel Meján señala: “Efectivamente el Derecho y la Informática se encuentran en dos sentidos: El Derecho sirviendo a la Informática (protegiendo los derechos de autor del creador o dueño del bien informático, regulando la circulación del bien informático, castigando los delitos cometidos con motivo de la informática, protegiendo el derecho a la intimidad del dueño de la información que se deposita

en un banco de datos, etc.); por otro lado la Informática sirviendo al Derecho mediante la labor de recopilación de datos jurídicos que son relevantes para el ejercicio del Derecho y proveyendo procesos ágiles a la impartición de la justicia.”¹⁷

Como en todas las disciplinas, el camino de la Informática Jurídica está sembrado de logros, a veces modestos y otros muy significativos, que abren brechas para nuevos hallazgos; también se sufren fracasos y frustraciones, que invitan a repensar los planteamientos y obligan en más de una ocasión a desandar gran parte del terreno que se suponía definitivamente ganado. A pesar de la fluidez que muestra este panorama, hay importantes avances que se han consolidado de manera muy clara, y que están firmemente incorporados a las bases de la Ciencia del Derecho; pero también abundan los espejismos en que se disuelven cada vez que se intenta aprehenderlos.

Julia Barragán ha dicho: “Con la finalidad de que la Ciencia del Derecho se pueda contribuir al logro de resultados relevantes en el terreno de la Informática Jurídica, y también para que todos sepamos qué resulta razonable esperar de esta disciplina es preciso considerar analíticamente la índole de la relación que vincula a la Ciencia del Derecho con la Ciencia de la Computación, y cuál es el alcance y los límites de las aportaciones conceptuales que cada una de ellas está en condiciones

¹⁷Meján, *op. cit.*, p. 59.

de realizar al desarrollo de esa área común que es la Informática Jurídica: Tal análisis permitirá a su vez precisar la influencia que esta área en común ha ejercido y está en condiciones de ejercer en el futuro en el aparato conceptual y el lenguaje del Derecho por una parte, y el de la Ciencia de la Computación por la otra.”¹⁸

Correa busca un sentido legalista a esta libertad e invoca a la declaración de los derechos del hombre de la siguiente manera: “El derecho a la vida privada y la libertad de información forman parte de los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en París en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁹ y en dos pactos internacionales complementarios celebrados en 1966, que contemplan en forma separada los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.”^{20,21}

Por su parte Guibourg ha escrito:

En efecto, la actividad jurídica en general está hoy recibiendo los beneficios y experimentando los problemas derivados de la incorporación de la informática a la labor de los hombres del Derecho.

¹⁸Barragán, Julia, *Informática y decisión jurídica*, 2ª ed., Fontamara, México, 2000, pp. 19 – 20.

¹⁹ La Declaración Universal de Derechos del Hombre fue votada favorablemente por la Argentina.

²⁰ El pacto de derechos civiles y políticos y el pacto de derechos económicos, sociales y culturales fueron aprobados en la Argentina mediante ley 23.313, del 17/4/86.

²¹ Correa, *op.cit.*, p. 244.

Pero los métodos con los que se ejerce esta labor (es decir, los métodos estrictamente jurídicos, los modos en los que los abogados estamos habituados a pensar, a hacer y a aplicar el derecho, cualquiera que sea el instrumento usado para ello) no han variado desde hace muchos siglos. Hay siempre alguien que impone las normas generales (y a menudo se desentiende de ellas después), alguien que reclama, por lo que invoca su incumplimiento, alguien que proclama no haber dado lugar a queja alguna y alguien (destinatarios de los argumentos de los dos últimos personajes) que, sentado en una silla, a veces bastante maltrecha, busca el modo de resolver qué quiso decir el primero y, por referencia a ese patrón, en que medida tiene razón el segundo y en que proporción es responsable el tercero. Todas estas funciones son cumplidas por seres humanos.²²

En lo anteriormente visto se destaca de una manera toral, la injerencia que han tenido las computadoras en el Derecho. La vida diaria de la gente del orbe se ha transformado, o rezagado en función de la tecnología, las leyes, en este caso, deben someterse al juicio del tiempo, matizado ahora por ordenadores.

1.2. Marco Conceptual.

Lo anterior hace necesario detenernos un momento para identificar los conceptos sobre los que habrá de versar el presente trabajo, destacando el significado de

22 Guibourg, Ricardo A., *Informática Jurídica Decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 3.

aquellas voces cuya importancia merece ser revisada, pues, a la par de esta nueva tecnología, el Derecho ha tomado estos conceptos y los ha acogido dentro de las nuevas ramas científicas que enlazan a la ciencia social con el avance tecnológico, de ello habrá de depender su utilización en técnicas legislativas posteriores.

1.2.1. Cibernética.

Este concepto nos remite a una de las áreas más avanzadas en donde interviene la computación²³, sin embargo se trata de un proceso de retroalimentación, ya sea mecánico, biológico o electrónico.

A través de la cibernética se busca el control de un proceso, de ahí que su etimología haga referencia a un timonel. La cibernética enlaza a la teoría general de sistemas con el Derecho, cuando éste es visto como un sistema del que se desprenden (y a la vez lo componen) diversos subsistemas autopoiéticos.

“Dos años antes de que Bertalanffy lanzara su teoría, el matemático Wiener inició sus estudios sobre el control y la comunicación: bautizó su trabajo basándose en el vocablo griego *Kybernetes* (arte del timonel). Su obra, *Cybernetics, or control and*

²³ Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática I, Computación Básica*, 1ª. ed., Publicaciones Cultural, México, 2002, p. 106.

communication in the animal and machine, fue publicada en 1948 y expone los temas fundamentales de la nueva disciplina”.²⁴

De esta raíz parte la acuñación del vocablo *Iuscibernética*, el cual fue propuesto en 1968 por el profesor italiano Losano. Con este nuevo nombre, Losano pretendía reorganizar todo lo relacionado con la Cibernética y el Derecho, pues la fusión interdisciplinaria, característica de la Cibernética, en el sector jurídico había terminado de transformarse en confusión de disciplinas.

1.2.2. Computadoras u ordenadores.

Jorge Vasconcelos para definir a la computadora señala “Máquina que sigue un estricto programa de instrucciones para procesar gran cantidad de datos muy rápidamente.”²⁵

Al respecto, debemos decir que, dentro de la bibliografía sobre computación y su íntima relación y aprovechamiento por parte del derecho, destaca la figura de

²⁴ Guibourg, *op cit.*, p. 16.

²⁵ Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática II, Sistemas de información*, 1ª. ed., Publicaciones Cultural, México, 2002, p. 141.

Guibourg, razón por la cual su nombre implica una cita recurrente al abordar estos temas por otros autores. Él escribe:

La historia del hombre por proveerse de medios e instrumentos que lo ayudaran a sumar (o computar) para facilitar sus trabajos se remonta al tercer milenio antes de Cristo, cuando aparece ese instrumento por todos conocido llamado 'ábaco': más tarde, en el año 1642, un joven francés de 19 años, Pascal, inventó una máquina que sumaba y restaba, La máquina consistía en una serie de ruedas, las cuales poseían diez posiciones (del 0 al 9), que giraban sobre un eje fijo, y cada una movía a las otras por medio de los engranes cuando se superaba el valor de 9. Posteriormente el gran matemático alemán Leibniz, construyó una máquina que, además de restar y sumar, podía multiplicar, dividir y sacar raíces cuadradas.²⁶⁻²⁷

²⁶Guibourg, *op cit.*, p. 18.

²⁷ Sobre el particular, Carlos A. Coello Coello discrepa en los datos asentados por Guibourg, y al efecto precisa en su libro *Breve historia de la computación y sus pioneros* (FCE, México, 2003, p. 22): "En 1960 se encontró a orillas del lago Eduardo (en Zaire, África) un artefacto que luego se bautizó como hueso Ishango, y que ha sido considerado por muchos como el primer documento matemático de que se tiene noticia. Este hueso data de alrededor del año 6500 a.C.[...] Una tableta de arcilla proveniente de Senkereh, en Babilonia (hoy Irak), que data de alrededor del año 2000 a.C., contiene los cuadrados de los enteros del 1 al 24 y al parecer se usaba como una especie de tabla para multiplicar. Se cree que quien elaboró esta tabla pudo haber usado la primera computadora digital de la historia: el ábaco, que al parecer fue inventado en Babilonia unos 3000 años a.C. (Shurkin, 1996), aunque su uso más antiguo claramente documentado fue en China unos 500 años a.C. Los chinos, además, fueron los que le dieron al ábaco su forma moderna en el año 1200 de nuestra era, y luego lo distribuyeron a Carea (en 1400) y a Japón (en 1600). El ábaco no sólo fue un instrumento muy popular en la mayoría de las sociedades antiguas, incluyendo a los griegos (en el año 300 a.C.) y los aztecas (en el año 1000 de nuestra era), sino que ha sido la única computadora en resistir los embates del tiempo, pues todavía sigue en uso común entre los chinos y los japoneses."

Asimismo Vasconcelos Santillán se refiere las bases de la computadora moderna explicando las generaciones de la misma:

Primera Generación. Durante la década de los cincuenta empezaron a distribuirse comercialmente las primeras computadoras. Estas máquinas se caracterizaron por usar bulbos. La primera computadora que apareció en el mercado fue UNIVAC (Universal Automatic Computer, o computadora universal automática), producto de la compañía Eckert-Mauchly Computer Corp. (fundada en 1947 por los creadores de ENIAC). Esta máquina fue entregada a la Oficina del Censo de los Estados Unidos en 1951. La UNIVAC se caracterizaba por procesar letras y símbolos, además de números, y por utilizar cintas magnéticas para recibir datos y también para almacenarlos.

Segunda Generación. Las computadoras empezaron a usar transistores en los primeros años de la década de los sesenta.

El Circuito Integrado. Aún con el diminuto tamaño de los transistores no fue posible satisfacer los requerimientos de una tecnología en acelerada carrera. Por ello, en 1958, Jack Kilby y su equipo de trabajo produjeron el primer circuito integrado. Un circuito integrado o 'chip' es un complejo circuito electrónico cuyos microscópicos componentes se fabrican directamente sobre una laminilla de silicio de unos cuantos milímetros cuadrados.

Tercera generación. La IBM decidió utilizar circuitos integrados en sus computadoras y lo demostró en 1964 al presentar su modelo 360. Un año después, la Digital Equipment Corporation lanzó al mercado su

computadora PDP-8, considerada como la primera 'minicomputadora', de la cual se vendieron más de 50 mil unidades.

El nacimiento de las Supercomputadoras. En 1972 Seymour Cray (1925-1996) fundó la compañía Cray Research, Inc., y cuatro años después instalaba su primera supercomputadora: la Cray-1. La Universidad de Illinois también contribuyó al supercómputo al construir, en 1975, la supercomputadora Illiac IV. El diseño de estas máquinas permite realizar miles de millones de operaciones matemáticas por segundo, capacidad que las convirtió en herramientas fundamentales de la investigación científica y militar. Estas máquinas son muy costosas y sólo grandes instituciones las llegan a tener. La Universidad Nacional Autónoma de México, por ejemplo, tiene dos supercomputadoras: la Cray Y-MP4/432 y la Cray-Silicon Graphics Origin 2000.

El Microprocesador. De acuerdo con el modelo establecido por Von Neumann, las computadoras deben tener una sección para hacer las operaciones aritméticas y otra parte encargada del control lógico de la computadora. A estas dos partes en conjunto se les conoce como el *procesador* de la computadora.

Cuarta Generación. La aparición del microprocesador permitió la fabricación de *microcomputadoras* o 'computadoras personales', clasificadas dentro de la 'cuarta generación'. Las microcomputadoras dieron un tremendo impulso a la industria de la computación pues la obligaron a mejorar los equipos y sus accesorios, a la vez que promovieron un notable desarrollo de programas. La popular IBM PC (de Personal Computer, o computadora personal) hizo su aparición en 1981. La IBM logró convencer a las personas de que la computadora personal tenía grandes ventajas en la industria, en la administración o en el hogar. La

PC se convirtió en el modelo a seguir en sólo 18 meses. La Apple volvió a destacar en 1984, cuando lanzó el modelo Macintosh, demostrando que las computadoras podían ser amigables. Muchas de las ideas propuestas con la Macintosh han sido retomadas por varias compañías desde entonces. En otro aspecto, al iniciar la última década del siglo XX empezaron a venderse unas poderosas computadoras conocidas como 'estaciones de trabajo', que son del tamaño de una microcomputadora pero muchos más rápidas, pero por sus aplicaciones y costos no pueden describirse como personales. La estaciones de trabajo se utilizan en actividades que requieren mucho 'poder' de cómputo, como la investigación científica, el diseño gráfico o la producción de películas y programas de televisión.

La Generación Perdida. Desde hace tiempo algunos especialistas en computación han estado obsesionados con la idea de desarrollar programas que le permitan a la computadora realizar funciones relacionadas con la inteligencia humana, como aprender, solucionar problemas o entender el habla. Con esta idea, en 1983 Japón se propuso desarrollar el 'programa de la quinta generación de computadoras', el que construiría computadoras con inteligencia artificial para 1990. pero el plazo venció y los resultados obtenidos por los japoneses distaron mucho de las expectativas que generaron: las computadoras que se fabrican en estos días siguen perteneciendo a la cuarta generación.²⁸

Hoy en día las computadoras, como se les llama en América (u ordenadores, nombre que reciben en España), hacen mucho más que cálculos. Están íntimamente

²⁸ Cfr. Vasconcelos Santillán, *et al.*, *Estampas de la Ciencia II, De números, calculadoras y computadoras*, FCE, México, 1999, p. 170 y ss.

ligadas a muy diversas actividades de nuestra vida diaria, tanto en el hogar como en la industria, teniendo como fin realizar diversos procesos en un menor tiempo, así como permitir la comunicación y transmisión de datos, la cual puede realizarse a través de una red de cómputo.

Aquí podemos destacar la llamada *red de redes* o *internet* y definirla como un conjunto de elementos tecnológicos que permite enlazar masivamente redes de diferentes tipos para que los datos puedan ser transportados de una a otra red.²⁹⁻³⁰ El WWW gráfico *world wide web*, desde 1994, es un servicio que permite conformar una red, *atopológica y ajerárquica*, de información, es a menudo confundido con *internet* (una infraestructura para telecomunicación digital).³¹⁻

²⁹ Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática II, Sistemas de información*, p. 142.

³⁰ Hernández Montoya escribe: “*Internet es la primera institución anárquica exitosa de la historia. Esta red mundial de redes de computadoras no tiene gobierno. No se puede, además. Basta que dos computadoras se conecten para que amen una red incontrolable. Y en Internet hay cientos de miles más cada mes. Paradójicamente Internet surgió como un proyecto del Ministerio de la Defensa de los Estados Unidos para el caso de un ataque nuclear: necesitaban una red comunicacional sin centro, modo de seguir operando desde varios puntos a la vez luego de destruido el comando central. Una institución anárquica originada en los cuarteles.*” Consultable en: <http://www.analitica.com/bitblioteca/roberto/teoria.asp#superautopista>

³¹ Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática II, Sistemas de información*.

1.2.3. Informática.

La informática (síntesis de origen francés de las palabras “información” y “automática”, *informatique*, sugerido, según señala Julio Téllez, por Phillipe Dreyfus, en 1962) es la disciplina que estudia la información y su tratamiento. Su campo cubre los sistemas de información, la forma en que ésta se elabora, transmite y utiliza.

Guibourg explica: “Esta disciplina tiene en nuestros días un enorme desarrollo gracias a las computadoras, pues tienen gran capacidad de memoria, y el acceso a los datos y a la información se realiza de manera sencilla y rápida.”³²

Sobre este concepto Julio Téllez manifiesta: “En sentido general, la informática es un conjunto de técnicas destinadas al tratamiento lógico y automático de la información para una mejor toma de decisiones.”³³

Lo señalado en el párrafo anterior destaca el fin de toda información: la toma de decisiones, de lo contrario sólo se trataría de una suma de datos.

32 Guibourg, *op. cit.*, p. 19.

33 Téllez, Julio, *Derecho Informática*, 2ª ed., Mc Graw Hill, México, 2001, p. 5.

1.2.5. Ciberespacio.

El término *ciberespacio* fue acuñado por el escritor William Gibson (en 1984) y “es una metáfora para describir el terreno no físico creado por sistemas de computadora.”³⁴

Lawrence Lessig, en su libro *Code and other Laws of cyberspace*, nos indica. “El ciberespacio no es un lugar. Es muchos lugares distintos. La forma de estos muchos lugares no es idéntica. Está conformado de diferentes maneras, esto resulta fundamental. Estas diferencias resultan en parte por la gente que puebla los diversos lugares que lo conforman, pero la situación demográfica no puede por sí sola explicar estas variantes. Hay en el ciberespacio la conjunción de más elementos y variables que día a día lo van creando, modificando. Algo lo hace variable.”³⁵

El ciberespacio será dentro del presente trabajo un área que nos ocupará al tratar lo relativo a la territorialidad en la que un tipo penal puede tener aplicabilidad,

³⁴ Consultable en: <http://www.webopedia.com/TERM/c/cyberspace.html>

³⁵ Lessig, Lawrence, *Code and other Laws of cyberspace*, Basic books, U.S.A. 1999, p. 63, “Cyberspace is not a place. It is many places. The character of these many places is not identical. They instead differ in ways that are fundamental. These differences come in part from differences in people who populate these places. But demographics alone won't explain the variance. Something is going on.”

puesto que en este ámbito es posible en la actualidad cometer un ilícito penal desde una localidad determinada y provocar sus efectos en otra.

1.2.6. Informática Jurídica.

La expresión Informática Jurídica ha prevalecido sobre las de iuscibernética y jurimetría, para designar la utilización de las nuevas tecnologías computacionales y de telecomunicación al servicio del Derecho. También se le denomina Derecho Informático, el cual, señala el profesor Mario Vasconcelos: “se refiere a la reglamentación, racional y científica, de la comunicación. Comprende por ende, lo vinculado con la computación. Su aspiración consiste en lograr una mejor convivencia; debiéndose respetar, escrupulosamente, la libertad de expresión.”^{36, 37} Sobre este último concepto ya hemos apuntado algunas nociones, así como límites que pudieran estar insertos en su invocación (*Supra* 1.1.2.), sin embargo debemos notar que al tocar este tema, la primera idea con la que se le relaciona, más allá de la tecnología que la hace posible, es: libertad.

³⁶ Vasconcelos Aguilar, Mario, *El Derecho y la Sociología*, México, 2000, p. 30.

³⁷ Este mismo autor señala en su libro de *Derecho Positivo*: “En correspondencia con lo expuesto, es útil señalar que [...]por lo que atañe a la computadora: mágico invento de nuestro tiempo, fue utilizada, inicialmente, como una gigantesca máquina sumadora y como procesadora de datos. En la actualidad, sin embargo, nos da la más variada y veloz información sobre aspectos: de investigación, científicos, educativos, administrativos, industriales, médicos, sociales y, en fin, de vida ordinaria. Se habla, inclusive y dentro de la robótica, de ‘inteligencia artificial’. Esperemos. El derecho, so pena de quedarse rezagado, debe: 1/a- Reconocer que, en nuestra realidad social, vivimos la era de la computadora”.

La propuesta de Losano de que la Informática Jurídica fuese, junto con la modelística jurídica uno de los dos grandes sectores de la iuscibernética, no encontró mayor acogida; en la concepción más difundida, la modelística y la informática (tal como las concebía Losano) forman hoy parte de lo que se entiende por informática jurídica.

Esta especialización comprende, entre otros campos, a la “informática documental”, que estudia lo referente al tratamiento de la información jurídica (principalmente las fuentes del Derecho) y su alineamiento lógico y sistemático para una posterior recuperación. Otro campo de aplicación y de estudio es la “Informática de gestión”, que trata de los servicios más o menos rutinarios que el computador puede ejecutar en auxilio del jurista.

Ahora, la asimilación de estos términos nos servirá en primer lugar para comprender que este mundo ya no es el mismo en el que habitaron nuestros legisladores de los viejos códigos penales, que de ahí surge la urgencia, de algunos juristas, por comprender esta nueva realidad y regularla.

Debido a que el tema del presente trabajo trata directamente sobre los delitos informáticos, en los apartados siguientes podremos estudiar no sólo el concepto de

los mismos sino los elementos que podrían justificar su incorporación en las leyes penales.

1.3. Concepto de *delitos informáticos*.

El *delito informático* implica actividades criminales que en un primer momento los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robos o hurto, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafa, sabotaje, etcétera. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las computadoras ha propiciado, a su vez, la necesidad de regulación por parte del derecho, para evitar conductas como las señaladas.

1.3.1. Correa.

Correa destaca el aspecto evolutivo del delito informático y al respecto señala: “A través de los años se ha ido produciendo una evolución del concepto de protección de datos determinada por dos aspectos fundamentales: la evolución de las técnicas de información y la nueva configuración de derecho a la vida privada.

En los primeros años de aplicación de las leyes de protección de datos la discusión se centraba en la antítesis vida privada *versus* computadoras. En el actual estado tecnológico la protección de datos es una síntesis de los intereses individuales y sociales en juego.³⁸

La evolución de las técnicas informáticas hace necesario hablar de sistemas de información en lugar de ficheros y tener en cuenta las contradicciones que existen entre la vida privada y otras libertades esenciales.³⁹⁻⁴⁰

Sin embargo y luego de la siguiente disquisición, Correa acepta el concepto que veremos establece Sieber y es recogido también por Palazzi:

El uso de las computadoras, y su interconexión, ha dado lugar a un fenómeno de nuevas dimensiones: el delito instrumentado mediante el uso del computador. Si bien no existe aún una medida exacta de la importancia de estas trasgresiones, es probable que su incidencia se acentúe con la expansión del uso de computadoras y redes telemáticas. Los tipos penales tradicionales resultan en muchos países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, tal como la interferencia en una red bancaria para obtener, mediante una orden electrónica, un

38 Paul Sieghart, (citado por Correa) *Legislation and data protection*, Proceedings of the Roma Conferencia on problems Relating to the development and application of legislation on data protection, Council of Europa, Camera dei Deputati, Roma 1983, p.16.

39 Nôelle Lenoir, (citada por Correa) *Legislation and data protection*, p. 26.

40 Correa, *op. cit.*, p. 249.

libramiento ilegal de fondos o la destrucción de datos. El tema plantea, además, complejos perfiles para el Derecho Internacional cuando el delito afecta a más de una jurisdicción nacional.⁴¹

En el ámbito internacional se considera que no existe una definición propia del *delito informático*, sin embargo muchos han sido los esfuerzos de expertos que se han ocupado del tema, y aun cuando no existe una definición con carácter universal, se han formulado conceptos funcionales atendiendo a realidades nacionales concretas.

Ahora, uno de los problemas que ha enfrentado nuestro tema es que en la mayoría de los casos se ha tratado por juristas ajenos al Derecho Penal.

1.3.2. Julio Téllez Valdés.

Por lo que se refiere a las definiciones que se han intentado dar en México, cabe destacar que Julio Téllez Valdés señala que "no es labor fácil dar un concepto sobre delitos informáticos, en razón de que su misma denominación alude a una situación muy especial, ya que para hablar de 'delitos' en el sentido de acciones típicas, es decir tipificadas o contempladas en textos jurídicos penales, se requiere que la

41 *Ibidem*, p. 295.

expresión "delitos informáticos" esté consignada en los códigos penales, lo cual en nuestro país, al igual que en otros muchos no ha sido objeto de tipificación aún."⁴²

Pavón Vasconcelos establece una idea, consistente en que en realidad el delito, como noción, puede preexistir a su definición como tal. Así, sobre el particular Pavón Vasconcelos en su *Diccionario de Derecho Penal* escribe:

Jiménez de Asúa para destacar las dificultades que hay que vencer para definir al delito en cualquier plano, sea este filosófico o natural e inclusive recuerda que 'la cosa debe preexistir a la definición y no ser creada por la definición misma'. A opinión de Jiménez de Asúa, la innecesariedad de una definición en los códigos radica en que 'nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos' como ya lo había señalado Dorado Montero. A su entender, esta afirmación se concreta a las definiciones que se hacen constar en los códigos, con relación al delito en general, pues la noción de delito puede ser construida científicamente con base en las disposiciones del propio ordenamiento jurídico.⁴³

Así, después de describir el objeto materia de este estudio, debemos especificar el ámbito del mismo. Esto nos servirá para apreciar con claridad el hecho que, los tratadistas que se han ocupado por definir a los delitos informáticos,

⁴² Téllez, Julio, *op. cit.*, p. 105.

⁴³ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª. ed., Porrúa, México, 1999, p. 296, palabra: delito.

no han destacado cuál es el bien jurídico tutelado (que todo delito lleva inmerso en sus fines) ni cuál es el alcance del carácter informático.

1.3.3. Nidia Callegari.

Define al *delito informático* como "aquel que se da con la ayuda de la informática o de técnicas anexas".

Este concepto en principio evita poner en el significado al significante y luego nos lleva al principio de nuestro trabajo al sostener al delito informático como aquel que se ha valido de la tecnología, esto es, que sin la técnica y sin la ciencia que implica la tecnología de la información esta clase de delitos no se pueden cometer. Luego, estamos realmente frente a un concepto que destaca al medio sobre la conducta.

1.3.4. María de la Luz Lima.

Dice que el "delito electrónico en un sentido amplio es cualquier conducta criminógena o criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto, el delito

informático, es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin".⁴⁴

La autora anterior deja al delito informático como una subespecie del delito electrónico, o como es llamado en España, un delito "tecnocrónico", haciendo una fusión de la tecnología y de la electrónica como conceptos. Y sin embargo se puede observar que el delito informático tiene una gama más amplia para su existencia, ya que se establece como método, es decir entendiendo esta acepción como un modo de obrar o hacer, que en sentido laxo nos explica la actividad ilícita a través de un obrar con el uso de las computadoras u ordenadores. Esta idea nos remite a la segunda acepción que es usar a la computadora como un medio, lo que consideramos reitera la primera concepción.

Y aparece una tercera opción, el uso de las computadoras como un fin de la conducta ilícita. Esto nos lleva a pensar en que las computadoras se pueden convertir en el objeto de la conducta reprochable cuando el daño está específicamente dirigido a ellas.

⁴⁴Lima Malvido, María de la Luz, "Delitos Electrónicos" en *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, No. 1-6. Año L, Enero-Junio 1984, p.100.

1.3.5. Pablo Andrés Palazzi.

Palazzi señala: “sin establecer una regla genérica, podemos afirmar que una computadora puede constituir un *medio* para cometer un delito o el *objeto* sobre el cual recaiga el mismo.”⁴⁵ Y, en ese orden de ideas, recoge la definición realizada por un grupo de expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (por sus siglas OCDE): “cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos.”⁴⁶

La anterior definición nos obliga a detenernos a recapitular sobre ella porque se aleja de los elementos básicos del delito para formular un concepto genérico, discutible en varios aspectos, sobre todo en lo relativo a una conducta ilegal, la cual consideramos, interpretando en su totalidad la definición, sólo redundante en el carácter antijurídico de la conducta que transmite o procesa datos de manera ilegal.

A pesar de todo, consideramos que ésta es la acepción más próxima y acertada para establecer los rasgos genéricos del delito informático y al efecto lo

⁴⁵Palazzi, Pablo A., *Delitos informáticos*, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 33.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 39.

definimos al mismo como “toda conducta ilegal que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de éstos”.

1.4. Delitos informáticos y los medios utilizados.

Porras Quintela expresa: “Hay personas que consideran que los delitos informáticos, como tales, no existen. Argumentan que tan sólo son delitos *normales* que en lo único que se pueden diferenciar, de otro delito cualquiera, es en las herramientas empleadas o en los objetos sobre los que se producen.”⁴⁷

Contrario al criterio que sostenemos, el jurista español Manuel Porras Quintela manifiesta: “Creo que ésta es una visión demasiado limitada de la realidad: esto puede ser así, si pensamos tan sólo en delitos del tipo de un apunte informático falso en un banco o del robo de una cantidad de dinero gracias a la utilización ilícita de una tarjeta de crédito.”⁴⁸

Sobre este particular sostengo -a reserva de tratarlo con mayor amplitud en los capítulos siguientes- que dichas conductas no dejan de ser en esencia las conocidas: robo o fraude.

⁴⁷ Consultable en: <http://tiny.uasnet.mx/prof/cln/der/silvia/pasivo.htm>.

⁴⁸ *Ídem*.

Y Porras Quintela nos refuta: “Pero existen muchos otros delitos que difícilmente podemos tipificar con las leyes actuales. Y éstas rápidamente se tendrán que adaptar o redactar acorde a los nuevos tiempos. Si no, ¿Por qué se habla constantemente de lagunas o de falta de regulación si son los mismos delitos de siempre?”

De tal modo, que Porras Quintela pone lo que cree es un ejemplo clarificador:

Ocurrió con el famoso *gusano* de Internet, que lanzó Robert Morris Jr. en noviembre de 1988 y que acabó bloqueando más de 6,000 ordenadores: De no haber existido en ese momento la Ley sobre Fraude y Abuso Informático en Estados Unidos, es más que dudoso que se le hubiese podido juzgar.

Hay que recordar también que las compañías de seguros, de varios países, ofrecen cobertura concreta contra este tipo de delitos. Sólo en Estados Unidos se calcula que se generan perjuicios económicos, por los delitos informáticos, que superan los 10,000 millones de dólares o más de 5,000 millones de libras esterlinas en el Reino Unido [...]

También hay que recordar que España, al igual que muchos otros países, ha tenido que crear un Grupo dedicado en exclusiva a los delitos informáticos.

Casi el 90% de los delitos informáticos que investiga tienen que ver con Internet. Esto nos enlaza directamente con los problemas de inexistencia de fronteras que aparecen constantemente cuando tratamos estos delitos: ¿Cuál es la ley a aplicar en multitud de casos?.

La solución pasa por una coordinación internacional, tanto a la hora de investigar como a la hora de aplicar unas leyes que deben contar con un núcleo común. Es decir, hay que unificar criterios: difícil será actuar contra un delito que sí lo es en un país y no en otro. En este sentido está trabajando, por ejemplo, la Unión Europea.⁴⁹

Lo dicho por Porras Quintela en el último párrafo, en nuestra opinión no es refutable, ya que efectivamente, es la característica que hace notable este tipo de conductas.

Porras continúa: “Es cierto, de todas formas, que un delito informático puede ser simplemente un *delito clásico* en un nuevo envoltorio. Lo que ocurre es que no sólo es eso.

Además, el avance que está sufriendo *Internet* en número de usuarios, que parece que va a colapsarse en cualquier momento, hace indispensable actuar rápidamente ante los posibles delitos que puedan cometerse a través de ella ya que,

⁴⁹ Porras Quintela, *loc. cit.*

aunado al aumento de la *ciberpoblación*, se incrementan los posibles delincuentes y objetivos.”⁵⁰

Muchas empresas que en un principio no querían conectarse a *Internet*, precisamente por los posibles problemas de inseguridad, ahora no quieren quedarse atrás, ya que se ha convertido en una cuestión o de pura necesidad o de imagen, y ahora se conectan a marchas forzadas, lo que hace que muchas no tomen las precauciones necesarias y se conviertan automáticamente en fáciles objetivos.

Desde el punto de vista de la seguridad también es preocupante el uso de la criptología por parte de los delincuentes, tanto para ocultar sus mensajes haciéndolos ininteligibles, como para ocultar sus propios movimientos en un sistema informático, haciendo que incluso aunque sean detectados no se pueda saber exactamente qué es lo que estaban haciendo, al estar encriptados los archivos descubiertos.

Lógicamente no es que la criptología sea mala en sí pues presenta más ventajas que desventajas, el problema surge cuando es utilizada indebidamente.

Mata y Martín escribe:

⁵⁰ Porras Quintela, *loc.cit.*

A) En ocasiones la referencia a los hechos delictivos relacionados con la informática se realiza mediante la expresión o denominación de 'delito informático', expresión que posee cierto atractivo por su simplicidad y por responder a la terminología anglosajona *computer crime*. En realidad se trata de un concepto ambiguo que no corresponde en sentido estricto a ninguna categoría jurídico-penal, con un exclusivo hecho punible de los previstos en el Código penal [...]

Si se quiere optar por un cierto criterio restrictivo a la hora de establecer una noción general, habría que incluir exclusivamente a los supuestos en los que el ordenador representa el medio de ejecución, pues sólo en estos se aprecian las peculiaridades y características de los sistemas informáticos o del procesamiento electrónico de datos que convierte estos hechos en algo novedosos y diverso, al menos desde el punto de vista criminológico. Pero incluso, en esta aproximación más restrictiva a una comprensión global de este género de delincuencia, se deja notar la mencionada heterogeneidad y considerable amplitud.

B) En realidad legislativamente existe una diversidad de conductas típicas en distintos ámbitos y formuladas con distinta óptica. Precisamente esto refleja las plurales manifestaciones e implicaciones del fenómeno informático en el ámbito penal, así como la técnica seleccionada por el legislador penal para incorporar estos hechos a la regulación positiva, especificando y concretando las modalidades delictivas ya existentes en las que el ordenador y sus aplicaciones pueden tener cabida.

En unos casos el ordenador y sus aplicaciones constituyen el objeto material del delito (sobre el que recae físicamente la acción) y en

otros un mero instrumento para cometer hechos generalmente tipificados en los códigos penales. Por eso la doctrina alemana define estos supuestos como el conjunto de actos (punibles o dignos de incriminación) en los cuales el ordenador (o el procesamiento automatizado de datos) es el instrumento o el objeto de la comisión.

Por tanto, podemos encontrar supuestos delictivos que recaen sobre objetos pertenecientes al mundo de la informática: destrucción o sustracción de programas o material (alteración, destrucción o reproducción de datos almacenados) y también comisión de delitos variados (contra la intimidad, administración pública, patrimonio, seguridad nacional), en los que la informática representa sobre todo el medio de comisión o ejecución del hecho.⁵¹

Por su parte, Pérez Luño señala:

La difusión de la informática en todos los ámbitos de la vida social ha determinado que se le utilice como instrumento para la comisión de actividades que lesionan bienes jurídicos y entrañan el consiguiente peligro social, o que sea la propia informática el objeto de atentados criminales: Estas facetas compendian la noción genérica del 'delito informático', es decir, aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan el funcionamiento de los sistemas informáticos.⁵²

⁵¹ Mata y Martín, Ricardo, *op. cit.*, p. 23.

⁵² Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Fontamara. México, 1996 p. 18.

Dicho así por Pérez Luño, podemos entender entonces de la calificación de delito informático, no como un delito *per sé*, ya que el carácter esencial para el Derecho penal es la conducta.

La primera dificultad teórica que suscita este sector del derecho informático, surge de su propia denominación. En sentido estricto se entiende por delito las conductas tipificadas como tales por la ley penal. No obstante, bajo el rótulo del “delito informático”, se suele incluir junto a las conductas criminales que, por su gravedad, encajan en los tipos delictivos. Aquéllas que por su menor trascendencia no rebasan la esfera de las meras faltas. Junto a estos tipos penales la expresión “delito informático” se utiliza muchas veces con referencia a las infracciones administrativas (por ejemplo los atentados contra las normas de protección de datos personales informatizados) o los ilícitos civiles (tales como la consabida piratería del *software*). Incluso, para contribuir a la mayor indeterminación y equivocidad conceptual del delito informático, y dado el retraso de la respuesta jurídica a muchos supuestos criminales de incidencia informática.

Continúa Pérez Luño y expresa:

Esta heterogeneidad de supuestos agrupados bajo la rúbrica del ‘delito informático’ para hacer referencia a hipótesis que, en muchas

ocasiones, no son delitos en sentido estricto, ha determinado que en algunas culturas jurídicas se opte por la denominación más genérica y apropiada de 'criminalidad informática'. Así, en el ámbito anglosajón se ha popularizado la denominación de *computer crime*, y en el germano la expresión *komputer kriminalität*.⁵³

A diferencia de lo señalado por Pérez Luño, consideramos que el problema no está en la constitución del delito, sino en la forma de probar ese delito, en la forma de establecer fehacientemente el nexo causal. Ese es, en nuestra opinión, y ya lo exteriorizábamos desde la introducción, el gran problema a vencer: lo etéreo de una página web, la manera tan sencilla de enviar un virus a *la red* desde cualquier lugar del mundo (p.e. el virus "*my doom*" diseñado, entre otras cosas para atacar a los fabricantes de antivirus y la empresa Microsoft). El problema estriba en encontrar al autor de ese delito, saber dónde cometió el delito y dónde afectó ese delito. Aquí, el principio *Lex Loci Commissi Delicti*, encuentra sentido, pero cabe preguntarse: se juzgará ¿dónde se fabricó el virus o dónde hizo daño?, ¿ambas legislaciones lo comprenden como delito?

Rodolfo Herrera Bravo, abogado de la División Jurídica de la Contraloría General de la República de Chile señala:

53 Pérez Luño, *op cit.*, p.19.

Una primera reflexión surge en relación al concepto de delito informático. De la relación entre delito e informática surgen dos tipos de ilícitos, los delitos computacionales y los delitos informáticos. Cuando los delincuentes de delitos tradicionales comienzan a utilizar como un medio específico de comisión a las tecnologías de la información, se produce una informatización de los tipos tradicionales, naciendo el delito computacional, que en realidad se trataría sólo de ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal. Sin embargo, también se crean conductas nuevas, no contempladas en los ordenamientos penales por su especial naturaleza, lo que hace necesario crear los llamados delitos informáticos.⁵⁴

Contrario a lo establecido por Herrera Bravo, consideramos que no se crean conductas nuevas, sino conductas conocidas que se valen de nuevos medios para alcanzar resultados conocidos.

Es claro que los tratadistas aquí citados, con excepción de Mata y Martín, se han centrado en el aspecto de la conducta criminal, que si bien reviste importancia, el problema de los delitos informáticos rebasa la sola concepción de la actividad ilícita. Más allá de este aspecto nos encontraremos que los delitos informáticos tienen un ámbito de realización del que resulta un conflicto de leyes en el espacio.

⁵⁴Consultable en: <http://tiny.uasnet.mx/prof/cln/der/silvia/pasivo.htm>.

Amén de que el uso de la tecnología no siempre será el motor para incluirlo en nuestras leyes penales.

1.5. Clasificación de los delitos informáticos.

Una vez establecida la concepción de los delitos informáticos, observaremos las respectivas clasificaciones de los tratadistas citados. En las mismas observaremos que se centran en la actividad del sujeto y no en el ámbito espacial en que ocurre dicha conducta, lo que permitiría al autor de un delito eludir una consecuencia penal al carecer de esa característica tan importante dentro de los requisitos de un tipo penal. Se trata pues de fórmulas genéricas que serían aplicables, si en todo país conectado a *internet* se adoptaran éstas como conductas reprochables.

1.5.1. Julio Téllez Valdés.

Clasifica a los delitos informáticos con base en dos criterios: como instrumento o medio, o como fin u objetivo.

1.- Como instrumento o medio.

Se tienen a las conductas criminógenas que se valen de las computadoras como método, medio, o símbolo en la comisión del ilícito.

2.- Como fin u objetivo.

En esta categoría se enmarcan las conductas criminógenas que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física.⁵⁵

1.5.2. María de la Luz Lima.

Clasifica lo que ella llama "*delitos electrónicos*" en tres categorías a saber:

- “1.- Los que utilizan la tecnología electrónica como método,
- 2.- Los que utilizan la tecnología electrónica como medio y
- 3.- Los que utilizan la tecnología electrónica como fin.

Como método conductas criminógenas en donde los individuos utilizan métodos electrónicos para llegar a un resultado ilícito.

⁵⁵ Cfr. Téllez Valdés, *op. cit.*, pp. 105 - 106.

Como medio- conductas criminógenas en donde para realizar un delito utilizan una computadora como medio o símbolo.

Como fin- conductas criminógenas dirigidas contra la entidad física del objeto o máquina electrónica o su material con objeto de dañarla.”⁵⁶

De la anterior clasificación no encontramos una diferencia sustancial entre método y medio, por lo que consideramos pertinente circunscribir esta clasificación a medios y fines.

1.5.3. Correa.

Correa retoma de manera descriptiva el trabajo de Sieber y refiere: “Uhlrich Sieber clasifica los delitos informáticos en las siguientes categorías:

- a) fraude por manipulaciones de un computador contra un sistema de procesamiento de datos;
- b) espionaje informático y robo de software;
- c) sabotaje informático;

⁵⁶ Cfr. Lima Malvido, María de la Luz, *op. cit.*, p. 100.

- d) robo de servicios;
- e) acceso no autorizado a sistemas de procesamiento de datos; y
ofensas tradicionales en los negocios asistidos por computador.”⁵⁷⁻⁵⁸

Esta clasificación no es genérica, más bien, determina las características de delitos en particular, ya que se refiere a conductas perfectamente definidas. Más adelante veremos que Palazzi retoma el carácter general de la clasificación en orden al bien jurídico tutelado.

1.5.4. Palazzi.

Acercándose más a la dogmática penal, realiza una clasificación acorde con el bien jurídico tutelado y establece:

“Delitos contra el patrimonio

Delitos contra la intimidad

Delitos contra la seguridad pública y las comunicaciones

Falsificaciones informáticas

57 Ver Uhlrich Sieber (citado por Correa), *The international handbook on computer crime*, John Wiley & Sons, 1986, p. 3.

58 Correa, *op. cit.*, p. 296.

Contenidos ilegales en Internet”⁵⁹

Esta clasificación, a diferencia de la realizada por Correa y Sieber, nos recuerda distintos géneros de bienes jurídicamente tutelados, ahora bien, la novedad consiste eminentemente en el medio que se utiliza para vulnerar los mismos.

1.5.5. Luz Clara.

La tratadista argentina Bibiana Luz Clara señala:

Encontramos entonces distintas figuras y modalidades que a diario se mencionan:

Hackers: Acceden al sistema informático, sin autorización. A veces buscando información para ellos mismos o por “pedido” de terceros. En otras oportunidades sin un objeto preciso, con la sola finalidad de desafiar los sistemas de seguridad y tratar de demostrar que no existen barreras para su ingreso al sistema, cuando ese es su propósito. Para el *hacker* constituye una afrenta no poder entrar a un sistema o a un sitio que se proponga.⁶⁰

Crackers: Aquí se inutilizan los sistemas de protección de aplicaciones informáticas mediante programas elaborados a tal fin. A diferencia del *hacker* el *cracker* tiene la intención precisa de provocar un daño.

⁵⁹Cfr. Palazzi, *op. cit.*, pp.43- 47.

⁶⁰ (*Infra* 1.5.6.2.3.)

Phreaker: Son quienes utilizan técnicas de fraude en telefonía ya sea esta digital o analógica.

Introducción de virus: Los virus son agentes de disturbios que afectan en distintos grados a los equipos informáticos, y a sus dueños como víctimas provocándoles importantes pérdidas, ya sean económicas y de información a veces irrecuperable.

Son programas que producen en sí mismos y luego ejecutan una acción o efecto secundario en los programas en los que afectan.

Tienen la capacidad para alterar, borrar, o destruir la información que se encuentra contenida en una computadora.

El daño que producen es indiscriminado, y la víctima es la sociedad en su conjunto ya que afectan los equipos provocando destrucción o alteración de la información allí guardada, y se propagan con facilidad, máxime con el uso de correo electrónico, como hemos podido comprobar en el caso del famoso virus *'I love you'* y tantos otros que serían demasiado extenso enumerar y exceden el objeto de este libro.⁶¹

1.5.6. Tipos de delitos informáticos reconocidos por Naciones Unidas

Dentro del seno de las Naciones Unidas se ha realizado un conglomerado de conductas susceptibles de encuadrarse como delitos informáticos, dichas conductas son las siguientes:

⁶¹ Luz Clara, Bibiana, *Manual de Derecho informático*, 1ª ed., Editorial Nova tesis Editorial Jurídica, Argentina, 2001, pp 118- 119.

1.5.6.1. Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras.

A diferencia de la definición con la que usualmente nos referimos al tipo básico de fraude, la concepción utilizada por la ONU tanto en lo general como en lo particular para esta figura ilícita se enfoca de manera primordial al comportamiento desplegado por el sujeto activo, mediante la manipulación de datos y programas.

1.5.6.1.1. Manipulación de los datos de entrada.

Este tipo de fraude informático, conocido también como sustracción de datos, representa el delito informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos.

1.5.6.1.2. La manipulación de programas.

Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos concretos del uso de las tecnologías de la información. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de

computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas. Un método común utilizado por las personas que tienen conocimientos especializados en programación informática es el denominado “Caballo de Troya”, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.

1.5.6.1.3. Manipulación de los datos de salida.

Se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude del que se hace objeto a los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos. Tradicionalmente esos fraudes se hacían con tarjetas bancarias robadas, sin embargo en la actualidad se usan ampliamente el equipo y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y de las tarjetas de crédito.

Fraude efectuado por manipulación informática que aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada

en la que "rodajas muy finas" apenas perceptibles, de transacciones financieras, se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra.

1.5.6.1.4. Falsificaciones informáticas.

Como objeto. Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

Como instrumentos. Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color, con rayos láser, surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas. Estas fotocopiadoras pueden hacer copias de alta resolución, modificar documentos e incluso pueden crear documentos falsos sin tener que recurrir a un original, y los documentos que producen son de tal calidad que sólo un experto puede diferenciarlos de los documentos auténticos.

1.5.6.2. Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

Ya se trate de programas o equipos de cómputo o sistemas enteros, son susceptibles de ser dañados por un agente externo. En el primer caso, existe la referencia

inmediata al tipo de daño en propiedad ajena, pues es visible el deterioro cometido, sin embargo, en cuanto a la información contenida, ésta puede ser alterada de diversas formas, como veremos a continuación.

1.5.6.2.1. Sabotaje informático.

Es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema. Las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son:

Virus. Son claves programáticas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de soporte lógico que ha quedado infectada, así como utilizando el método del “Caballo de Troya”.

Gusano Se fabrica en forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse. En términos médicos podría decirse que un gusano es un tumor benigno, mientras que el virus es un tumor maligno. Ahora bien, las consecuencias del ataque de un gusano pueden ser tan graves como las del ataque de un virus; por ejemplo: un programa gusano,

que subsecuentemente se destruirá, puede dar instrucciones al sistema informático de un banco para que transfiera continuamente dinero a una cuenta ilícita.

Bomba lógica o cronológica. Exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro. Ahora bien, al revés de los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que poseen el máximo potencial de daño. Su detonación puede programarse para que cause el máximo de daño y para que tenga lugar mucho tiempo después de que se haya marchado el delincuente. La bomba lógica puede utilizarse también como instrumento de extorsión y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar donde se halla la bomba.

1.5.6.2.2. Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos.

Es el acceso no autorizado a sistemas informáticos por motivos diversos: desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos *hackers* hasta el sabotaje o espionaje informático.

1.5.6.2.3. *Hackers.*

El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones, recurriendo a uno de los diversos medios que se mencionan a continuación. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los *hackers* se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema; esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema.

1.5.6.2.4. Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal.

La reproducción no autorizada de programas informáticos puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. Algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones moderna.

Como podemos observar el problema es complejo, pues el uso de las nuevas tecnologías trae aparejado nuevos bemoles, pero sobre todo, el compromiso de no intentar resolver un problema global con respuestas regionales ya que de ello se valen los delincuentes informáticos para cubrirse en este rostro de impunidad que azota al hombre moderno.

1.6. La importancia de abordar este problema

Todavía estamos a tiempo de resolver un problema que día a día cobrará mayor importancia dado el flujo de información y de actos que se realizan a través de medios electrónicos.

Actualmente nos situamos en el umbral avizorado por Parker. Y sólo como ejemplo, el ingeniero Jorge Vasconcelos Santillán nos señala en una monografía, las tendencias que tiene la computación, esto es, el camino que sigue y que pudiera servir para conductas antisociales.

A continuación se enlistan las principales áreas que se desarrollan actualmente dentro del campo de la computación. Los nombres de las categorías

corresponden a los más usados en el medio sin considerar que sea el adecuado, o que la definición sea universalmente aceptada.

I. Computación aplicada.

II: Metodología de la computación.

III. Computación teórica.

IV. Aplicaciones de control.⁶²

Bajo este esquema tecnológico podemos vislumbrar el tipo o clase de vida que tendremos en algunos años y que, desde ahora, se encuentra amenazado por una deficiencia en los modelos legales vigentes. Para una tecnología de esta envergadura se hace imperante una legislación que permita la consolidación de una sociedad tecnológica.

⁶² Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *Informática II, Sistemas de información*, 1ª ed., Publicaciones Cultural, México, 2002. Esta información también es consultable también en: <http://www.cs.jhu.edu/~jorgev/otcweb/tendenci.htm>

1.7. La selección y protección restrictiva de los bienes jurídicos penalmente relevantes.

Recientemente en España ha aparecido un trabajo de Ricardo Mata y Martín en el cual plantea una selección de bienes jurídicos penalmente relevantes. Dicho jurista señala:

Sin embargo conviene dejar sentado desde el principio que no todos los hechos socialmente reprochables e incluso ilícitos resultan jurídico-penalmente relevantes, pues el Derecho Penal únicamente se legitima cuando la conducta afecta a intereses fundamentales de la persona o la sociedad (principio de lesividad) y, además, las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela (principio de subsidiariedad o intervención mínima) [...]

Para que se pueda apreciar la presencia de un interés merecedor de protección jurídico-penal no es suficiente que estemos ante un bien jurídico, en el sentido de una entidad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. Las exigencias especiales propias del Derecho Penal hacen que no baste la conculcación de un interés jurídico para que el legislador penal intervenga creando una figura delictiva, sino que la agresión a tal interés deberá verse rodeada de ulteriores requisitos para alcanzar la tutela mediante los recursos propios del Derecho Penal.

Estas ulteriores exigencias en las que se muestra la naturaleza y autonomía del Derecho Penal, se manifiestan en el principio de subsidiariedad y en el de fragmentación de la protección penal.⁶³

La información señala Jorge Vasconcelos: “es el tesoro más valioso que la especie humana tiene”⁶⁴, luego, bajo esta premisa, resulta trascendente la protección jurídica de la misma.

Lessig señala:

Yo enseñé en Europa Central durante los veranos de la década de los años noventa y pude presenciar la transformación de aquella región. Pude constatar pensamientos de jóvenes post comunistas sobre la libertad. Y sentía algo como *dejá vu*.⁶⁵ En la primavera de 1995, comencé enseñar la ley de ciberespacio, y vi en mis estudiantes estos pensamientos postcomunistas acerca de la libertad y el gobierno. Aún en Yale no he conocido tales pasiones libertarias. Ningún gobierno podría sobrevivir sin la riqueza de Internet, sin embargo, ningún gobierno podría controlar lo que pasó allí. Los gobiernos del espacio verdadero llegarían a ser tan patéticos como los últimos regímenes comunistas. Eso era el marchitar el estado que Marx había prometido, sacudido fuera de su existencia por trillones de *gigabytes* destellando a través del éter del

63 Mata y Martín, *op. cit.*, p. 18.

64 Cfr. Vasconcelos Santillán, Jorge, *The ethereal information age*, Formatex, serie “Information Society”, España, 2003, p. 120.

65 (“sensación de ya haber vivido ese instante” Nota del autor).

ciberespacio[...] Ese ciberespacio era un lugar que gobiernos no podrían controlar. Una constitución en el ciberespacio que nosotros preguntamos simplemente: ¿Qué valores son protegidos allí?⁶⁶

Sergio García Ramírez, en un ámbito más amplio el problema criminológico que nos ocupa, señala:

La criminología ha pretendido identificar las categorías delictuosas a partir de ciertos rasgos esenciales; así, se dice que existen una delincuencia natural, irrevocable, omnipresente, que ataca bienes o sentimientos básicos de la convivencia humana, y una delincuencia artificial, que lesiona o pone en peligro bienes emergentes, cuya trascendencia depende de las condiciones de la vida social en un tiempo y un espacio determinados.

Asimismo, los criminólogos advierten sobre la diferencia entre los delitos llamados, convencionales o tradicionales que suelen coincidir con los naturales y los denominados evolucionados o modernos entre los que recogen diversos crímenes artificiales y las nuevas formas de los delitos naturales. Obviamente, hay fronterizos, que se realizan en ambos espacios: toman elementos de la delincuencia tradicional y de la criminalidad moderna. Aquí, como en tantas otras cosas, las fronteras son apenas un lindero relativo.

66 Lessig, *op. cit.*, pp. 5-7. "I taught in Central Europe during the summers of the early 1990s, I witnessed the transformation in attitudes about communism that I describes at the start of this chapter. And so I felt a bit of *déjà vu* when, in the spring of 1995, I began to teach the law of cyberspace, and saw in my students these very same post-communist thoughts about freedom and government. Even at Yale-not known for libertarian passions".

La ciencia estableció que la energía no desaparece, sino se transforma. Hace más de un siglo los criminólogos italianos, encabezados por Alfredo Nicéforo, aseguraron que el delito es una forma de energía social que tampoco desaparece. La energía y el delito se transforman, cambian adquieren nuevas presentaciones. Este modo de ver las cosas, acreditado en la realidad, permite ensayar ciertos patrones o leyes sobre el desarrollo histórico de la delincuencia, que va de la mano con el desenvolvimiento de la sociedad. Es una sombra que se pliega al cuerpo de la vida regular: de ésta forma elementos y circunstancias que luego se articulan y producen los delitos evolucionados.⁶⁷

A partir de esta opinión podemos arribar a dos cuestiones que abordamos líneas arriba: la primera, el hecho de que la *red de redes* es un sitio en el cual desemboca un torrente de ideas de la más diversa índole, en el que, a falta de un marco regulatorio, se experimenta una libertad pocas veces vista en una sociedad que entiende al Derecho como el instrumento para su perpetuación, y por otro lado, ese ciberespacio se muestra como una de esas nuevas partes que deben ser no sólo reguladas, sino protegidas.

Es por esta razón que hemos decidido señalar más adelante los distintos tratamientos de tipo penal que se dan en algunos países del orbe, como primeros

⁶⁷ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia Organizada*, 3ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 2.

balbuces ante una tecnología que nos rebasa con más velocidad y que, a nuestro parecer, deben ser el principio para una legislación común.

El problema que abordamos con estas nuevas tecnologías confronta a un Derecho Penal tradicional, con la supuesta aparición de nuevos delitos.

CAPÍTULO II

Teoría de la ley penal y la creación de tipos para delitos informáticos.

2.1. Teoría de la ley penal.

La creación de tipos delictivos no puede ser una actividad que se someta al capricho temporal de una sociedad determinada. Consideramos por tanto necesario asistir a un somero estudio de creación e interpretación de la ley penal para arribar a la conclusión de que la ley penal no debe ser -y menos en casos como éste- tan relativa para fragmentarse de un punto geográfico a otro. Sin pretender obtener la ley absoluta, debemos aspirar a la creación de la ley más eficaz y amplia.

Uno de los problemas que afrontamos al hablar de los delitos informáticos, sin duda es aquél en el que nuevas voces intentan atraer el tema al ámbito del Derecho Penal, sin que para ello se haga un análisis sobre el significado del mismo y de su función dentro de la sociedad.

Más aún, se propone la creación de nuevos tipos penales y se discute sobre la pena que debe acompañar a dichas conductas antijurídicas, pero no se toma en cuenta si la composición y el alcance de los nuevos tipos penales servirá de manera eficaz para enfrentar el problema de fondo.

Por tanto, el objeto de este capítulo consiste en destacar la naturaleza de la norma penal, la forma en que ésta se crea y se interpreta; señalamos sus rasgos para comprender que un tipo penal debe ser creado para servir a una sociedad.

No es posible seguir creando figuras típicas que no resuelven una problemática específica, pues desde su formación podemos apreciar si estas figuras cumplirán con el objetivo primordial del derecho: lograr una correcta relación entre los miembros de la sociedad.

2.1.1. Von Liszt.

Von Liszt destacó este aspecto desde el comienzo de su *Tratado de Derecho Penal* y al respecto podemos leer:

El crimen como hecho perteneciente al Derecho Penal, constituye una subespecie particular de lo injusto (del delito); es decir, la acción culpable e ilegal.

Y la pena, como legítima consecuencia propia del Derecho, se distingue de las otras consecuencias legítimas de lo injusto en que representa una peculiar intromisión del Estado contra el culpable en sus bienes jurídicos.

El crimen y la pena, son, pues, las dos ideas fundamentales del Derecho Penal. De ahí resulta que el objeto inmediato de la ciencia del Derecho Penal, es formular, desde un aspecto técnico-jurídico, y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales; desarrollar las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las ideas fundamentales y los últimos principios para formar un sistema cerrado [...]

Como ciencia eminentemente práctica que trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de justicia, creando siempre nuevos frutos, la Ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues solamente la ordenación de conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho, entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo.⁶⁸

Es necesario no sólo desentrañar el concepto del Derecho Penal, sino los fines por los cuales éste contempla diversas figuras típicas.

⁶⁸Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Reus (traducida de la 18ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1999, pp. 5-6.

2.2. Los fines del Derecho Penal.

El intrincado camino del Derecho Penal, su materialización en nuestras leyes y su carácter sancionatorio, cobran sustento al observar que en su devenir está inmerso el pensamiento de quienes lo han ido construyendo.

A través del tiempo se ha querido vislumbrar no sólo su naturaleza, sino la trascendencia que tiene dentro de la sociedad, pues no es sino cuando existe un claro cumplimiento a la ley, instituciones y leyes justas, que un estado puede cumplir con sus demás objetivos.

2.2.1. Antolisei.

Francesco Antolisei señala: “el hecho que queda prohibido por el Estado con la amenaza de la pena se llama delito (crimen) que, por lo tanto, no es otra cosa que el comportamiento humano en desacuerdo con los preceptos de la ley penal.”⁶⁹

⁶⁹ Antolisei, Francisco, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 1988, p. 1.

2.2.2. Polaino Navarrete.

Polaino Navarrete nos introduce al tema de la siguiente manera: “El Derecho Penal, como todo ordenamiento jurídico, aspira a la consecución de determinados fines. Es, por tanto, un ordenamiento finalista, teleológico. Las normas penales no existen por capricho, por azar, *ni porque sí*, sino porque existen *por algo*, o mejor, *para algo*. El Derecho Penal al seleccionar determinadas conductas humanas (constitutivas de delitos) se orienta a la satisfacción de exigencias de justicia: el derecho sirve a la justicia, y en esta dirección teleológica alcanza su última y definitiva justificación. La justicia es, pues, un valor característico del derecho, legitimador de la norma, que permite diferenciar lo jurídicamente valioso (lo justo) de lo jurídicamente disvalioso (lo injusto).”⁷⁰

Columbramos una estrecha relación entre esta idea y lo que señalaba el maestro Porte Petit: el Derecho Penal es, entre otras cosas, un derecho de carácter público, valorativo y finalista.⁷¹

⁷⁰Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal*, tomo I, *Fundamentos científicos del derecho penal*, 4ª edición, totalmente renovada y actualizada, Bosch, Barcelona, 2001 p. 188.

⁷¹Cfr. Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal*, 18ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 21.

2.2.3. Márquez Piñero.

Rafael Márquez Piñero, en su artículo relativo a la base filosófica del Derecho Penal, señala lo siguiente:

Existe un cierto sector que, aún admitiendo que el tema del Derecho Penal tiene una base filosófica, intenta privilegiar el contenido de Derecho público *stricto sensu*, para justificar la elusión de lo filosófico en el *ius priviendi*. Entre ellos se encuentran los técnicos puros, de considerable aceptación en el ámbito italiano, y cuyas consecuencias hubo que lamentar en la legislación de Italia.

La propia evolución del concepto de filosofía constituye otro dato más que añadir al problema. Así, la filosofía constituye un «saber del saber», ciencia del saber científico, conocimiento de los supuestos del conocimiento, problema total del Universo, «problema de lo absoluto y absoluto problema», «apetito de integridad». En definitiva, siguiendo la expresión de Ortega y Gasset, «ciencia universal y absoluta». Se sitúa, por consiguiente, en íntima conexión con las ciencias, pero no es sólo «filosofía o teoría de la ciencia», ni mucho menos es «sólo ciencia».⁷²

La historia del Derecho Penal, no se puede contar por separado de la Historia en general, sin embargo, al respecto podemos establecer que la rama penal le ha

⁷² Legaz Lecambra, *Filosofía del Derecho*, citado por Márquez Piñero en “La fundamentación Básica del Derecho Penal”, *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, 1ª. ed., INACIPE, México, 2000, p. 378.

proporcionado al Derecho en general rasgos determinantes, de modo tal que, cuando citamos leyes antiguas, nos podemos remitir al tipo de penas imperantes en el devenir de las distintas sociedades que han poblado el planeta, piénsese en el *Código de Manú*, en el *Código de Hammurabi*, en las leyes mosaicas, etc., en todas nos encontraremos con sanciones impuestas por un gobierno en distintos momentos.

El Derecho Penal, es pues, un producto histórico, acendrado por tratadistas que lo han estudiado a fondo.

Este conocimiento creado por el pensamiento humano ha tomado en cuenta para su creación, el rechazo con el que una sociedad sanciona una conducta que le arremete. Es temporal y en algunos casos trascendente.

Márquez Piñero afirma:

“Esto es así, pues cual sea el verdadero contenido del Derecho dependerá de lo que el Derecho en realidad sea (y así, según lo que el Derecho sea, la misión de la ciencia jurídica será el conocimiento de las normas o de los efectivos comportamientos de conducta, etc.) En todo caso, la ciencia jurídica siempre puede contar con un objeto de experiencia, ya que la legislación positiva constituye un hecho real.

En realidad, lo anteriormente dicho no constituye más que una consecuencia del proceso de esta caracterización científica de la filosofía (que tiene sus raíces, cuando menos en el pensamiento de Aristóteles), y que aparece en el pensamiento moderno como un sustitutivo de la venerable y antigua ciencia del derecho natural.⁷³

Así, Maurach refiere que el Derecho Penal ha pasado por diversas etapas, las cuales pueden ser estudiadas a la luz de los fines que ha perseguido a través de la imposición de penas. Y al efecto hace un análisis del derecho de la ilustración, el de la burguesía y el de las escuelas donde se discute entre la prevención y la retribución como fines de la pena.⁷⁴

Señala Márquez Piñero:

No obstante, es a partir de la escuela histórica, cuando el pensamiento jurídico realiza un acucioso intento de demostrar que solamente del derecho positivo es posible edificar una nueva ciencia, ya que únicamente el *jus positivo* tiene entidad ontológica jurídica, aunque ello no sea para olvidar que la ciencia del derecho comenzó a gestarse, cuando menos, desde los glosadores. Lo que sí cabe reconocer es que el positivismo, en su primera fase, metodológicamente hablando refleja el

⁷³ Márquez Piñero en "La fundamentación Básica del Derecho Penal", *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, 1ª ed., INACIPE, México, 2000, p. 380.

⁷⁴ Cfr. Zipf-Gössel-Maurach Reinhart, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1994 (traducción de la 7ª ed., Alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone), pp. 89 - 119.

proceso de neutralización e independencia del conocimiento científico (finales del siglo XVII y principios del XVIII)⁷⁵

Ese pensamiento filosófico se traduce en los llamados sistemas penales, los cuales serán señalados por Díaz Aranda de la siguiente manera:

Desde la perspectiva doctrinal, los sistemas penales son estructuras lógicas sustentadas en presupuestos filosófico - dogmáticos que sirven para analizar conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales con el fin de determinar si son o no constitutivas de delito. Por ello se deben distinguir dos aspectos fundamentales de los sistemas: uno es el sistema como estructura del análisis y el otro es el sustento filosófico teórico en el que sustenta su desarrollo.

Como estructura de análisis, desde finales del siglo XIX se convino en una estructura de tres categorías o escalones: conducta típica, antijurídica y culpable. Dicha estructura tripartita ha permanecido hasta nuestros días y la evolución de los sistemas (clásico, neoclásico, final de acción y funcional) se ha reflejado en la modificación del contenido de cada categoría. Por ejemplo, el tipo del sistema clásico. Se conformaba exclusivamente con el tipo objetivo, mientras que en el sistema final de acción el tipo requiere del tipo objetivo y del tipo subjetivo (dolo o culpa) y en el sistema funcional el tipo requiere del tipo objetivo delimitado con los criterios de imputación al tipo subjetivo.

De mayor importancia es el cambio de los fundamentos político criminales, filosóficos y dogmáticos en cada sistema.⁷⁶ Así por ejemplo,

⁷⁵ Márquez Piñero *op.cit.*, pp. 381 - 382.

para los sistemas clásico y neoclásico un resultado solo era atribuible a una conducta cuando se podría demostrar científicamente el nexo causal; empero con la nueva teoría de la imputación al tipo objetivo del sistema funcionalista se puede atribuir un resultado a una conducta sin demostrar plenamente la causalidad⁷⁷ o, por el contrario, se puede excluir la imputación de un resultado causado por una conducta cuando la acción se ha realizado conforme a lo preceptuado por la norma y entra dentro del riesgo permitido.^{78 - 79}

Entre la estructura y el pensamiento filosófico que la sustenta, pueden concurrir elementos pragmáticos que impiden aplicar con la misma efectividad científica un sistema penal en cualquier lugar del orbe. Uno de ellos, por mencionar un ejemplo es la conciencia de la ilicitud y el grado de cultura para quien va dirigida la norma.⁸⁰

⁷⁶ Sobre este problema cfr. Roxin, Claus, *Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito sobre la base de la política criminal)* traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, Barcelona PPU, 1992, pp. 35-63.

⁷⁷ Cfr. Frisch, Wolfgang, *Tipo Penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 23-34 (citado por Díaz Aranda en *Problemas Fundamentales de la Política Criminal y Derecho Penal*, México, UNAM)

⁷⁸ Cfr. Roxin, Claus. *op cit.*, Nota 1, pp. 52-53.

⁷⁹ Díaz Aranda, Enrique *et al.*, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 13-21.

⁸⁰ Este trabajo no ahonda en tesis como la imputación objetiva, tomando en cuenta que no está dentro de sus parámetros definir características de cada línea de pensamiento.

2.2.4. Welzel.

El propio Welzel enfatizó, en 1930, la importancia de la metodología en la dogmática jurídico-penal y la trascendencia de la Filosofía para el Derecho Penal. Así: empieza por afirmar que el análisis del objeto del Derecho Penal viene presidido por exigencias metodológicas, y no al revés. Welzel dice: “la acción humana es ejercicio de actividad final. La actividad final es, por tanto, un acontecer «final» y no solamente «causal». La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta.”⁸¹

Márquez Piñero comenta: Más concretamente significa que el análisis welzeliano de la acción (como objeto del Derecho Penal) fue consecuencia del punto de partida metódico. En opinión de Mir Puig, la acción final no es, contra lo que pudiera pensarse, la base última de la doctrina de Welzel: no es más que una de las consecuencias de su metodología ontologista en la dogmática jurídico-penal.

⁸¹ Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 1ª ed., Editorial B d F, Buenos Aires, 2001 (traducción de José Cerezo Mir), p. 41.

Y en la misma línea de pensamiento, el maestro de la Universidad de Barcelona indica que el propio planteamiento metodológico se refleja en una concepción *iusfilosófica* que pretende superar el positivismo jurídico. *Item* mas: la doctrina final de la acción no es la única manifestación de la metodología finalista.⁸²

En resumen: Welzel entiende que las categorías a priori no son subjetivas, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino objetivas para toda mente inteligente.

Y en lo tocante al tipo penal, Márquez Piñero explica:

Los tipos solamente pueden «reflejar» este sustrato material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los «reflejos» lingüísticos y conceptuales únicamente puede destacarse mediante una comprensión aguda de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. Así se infiere, metodológicamente hablando, que la ciencia jurídico-penal tiene su punto de partida en el tipo, pero también ha de trascender al propio tipo y descender al ámbito ontológico, previamente dado, para entender bien el contenido de las definiciones.⁸³

⁸² Cfr. Márquez Piñero, *op. cit.*, p. 392.

⁸³ *Ibidem*, p. 395.

El legislador tiene libertad para elegir las conductas punibles, pero no en lo relativo a la estructura final de la acción, ni sobre la autodeterminación del ser humano. Esto es, su trabajo queda delimitado por la actualización de las hipótesis normativas a las que les atribuye una determinada sanción.

2.2.5. Jiménez Huerta.

El maestro Jiménez Huerta establece: “la idea de delito nace unida a la de Estado y aparece influida por las concepciones en éste imperante, hasta el extremo de que bien puede afirmarse que la historia del concepto de delito marcha al unísono de la del concepto de estado y que ambos se nutren de las mismas esencias en sus rutas históricas.”⁸⁴

Sin mayor pretensión, sólo debemos precisar que hay que interpretar al estado, como esa entidad nacida de la organización de la sociedad, con un gobierno y con sus propias leyes, una organización primitiva y no como el Estado moderno y estructurado que conocemos, nacido en 1648, luego de la Paz de Westfalia. Esto es, cuando el estado aparece, surge también el conjunto de medios para su control y

⁸⁴ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 6ª ed., Porrúa, México, 2000, tomo I, p. 12.

permanencia, pero, en este caso sólo se busca el castigo contra actos cometidos en agravio de la organización social.

2.2.6. Maggiore.

Al respecto Maggiore agrega: “Con todo, la teoría del Estado de hecho no destruye la del Estado de Derecho: sólo la integra y la corrige.”⁸⁵

Maggiore aborda el origen y el fundamento del Derecho Penal comenzando por sus características. Es el estado el origen de éste y luego las leyes en las que traduce sus mandamientos, respetando la moral existente en un tiempo y un lugar determinado, sobre esas bases se diferenciará del derecho privado y quedará inscrito con su cariz principal, su carácter sancionatorio, en el ámbito público.

En la búsqueda del fundamento del Derecho Penal nos encontramos con el aparato gubernamental, sea el que fuere: república, dictadura, etcétera, en todos habrá un derecho público dedicado a sancionar las conductas que el estado considere contravienen a su desarrollo y organización. Ahí encontramos la posibilidad de creaciones legislativas injustas.

⁸⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, 2ª reimpresión de la 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 14.

Recalca Maggiore: “El estado debe tener un límite para sancionar.”⁸⁶

2.2.7. Nuestra opinión.

El Derecho Penal tiene un devenir filosófico inmerso en su propia historia, podemos hablar de sus fundamentos y estaremos frente a los sistemas de donde ha derivado el pensamiento de diversos e ilustres penalistas. Pero contrario a lo señalado por Piñero, consideramos que su máximo reflejo del Derecho Penal está en la materialización de éste y no en el tipo. El tipo es la idea configurada de una conducta y la previsión de una sanción, pero no implica su plena realización, el Derecho Penal no cobra vida con la creación del tipo, sino en la posibilidad de adecuarse al mismo y obtener, potencialmente, la sanción establecida.

Y si hay que tomar una posición sobre los sistemas existentes, podemos establecer desde este momento que no hay mejor sistema que aquel que puede llevarse a la realidad. Que pueda concretarse y, en su concreción se acerque a los fines generales del derecho. Pero para que pueda instrumentarse este sistema debe

⁸⁶ *Ídem*

existir un fundamento político que lo permita, cuestión que abordaremos líneas abajo (*infra* 2.5).

Ahora bien, resulta necesario estudiar los desafíos del Derecho Penal, dentro de los cuales se encuentra el objetivo de nuestra hipótesis: afrontar mediante leyes e instituciones adecuadas las nuevas tecnologías y su utilización ilícita.

2.3. Los desafíos del Derecho Penal.

Gerardo Laveaga, joven jurista mexicano, escribe:

Los desafíos del Derecho Penal se cuentan por decenas. Entre ellos también valdría la pena mencionar lo complicado de muchos procedimientos. Es cierto que las confusiones y las contradicciones de nuestro Derecho benefician a un buen número de litigantes, pero ¿el Derecho Penal se concibió para beneficiarlos? Quizás ya sea hora de pensar en los grupos más vulnerables de la sociedad y en buscar una redacción más clara, en conseguir que se reduzcan los tiempos procesales y se simplifiquen innumerables procedimientos [...]

¿Y qué decir de la responsabilidad penal de las personas morales? Los modelos penales antiguos se han visto severamente cuestionados ante los grandes fraudes que sacuden al mundo. Enron, Andersen y otras razones sociales obligan a preguntarnos hasta dónde una pena debe exceder a un individuo, contra lo que prescriben los textos clásicos. Al

mismo tiempo, hay que revisar dónde lo colectivo debe volverse individual. El decreto Sarban-Oxley, recientemente firmado por el presidente norteamericano, George Bush, a propósito de los escándalos de Enron y Worldcom, obliga a los presidentes de ciertas empresas a garantizar, bajo juramento, sus declaraciones contables, responsabilizándolos a ellos y no a sus compañías de posibles fraudes [...]

Probemos, pues, midamos, reconozcamos con humildad nuestras equivocaciones y, sobre todo, no olvidemos que el Derecho Penal solamente es necesario cuando lo demás ha fracasado. Hay que esmerarnos para que casi nunca tengamos que recurrir a él.⁸⁷

Contrario al discurso señalado por Laveaga, el Derecho Penal no es utilizado como la *ultima ratio* de una sociedad como la nuestra. Vemos que frente a la idea de un Derecho Penal mínimo, los fines político-electorales desvían ese curso y sus protagonistas hacen de la imposición de penas una bandera más en sus campañas. Se proponen delitos en un órgano legislativo y su construcción no se verá coronada por el esfuerzo de quienes conocen la materia, sino por quienes, habiendo alcanzado una curul, hacen su propia reforma sin un sentido de unidad ni congruencia legislativa. Ahí comienza el caos frente a los desafíos.

⁸⁷Cfr. Gerardo Laveaga, "Hacia la reingeniería del Derecho Penal Mexicano", en *Iter Criminis*, segunda época, número 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, octubre - diciembre 2002, pp. 11-19.

2.4. Legitimidad del Derecho Penal.

Esa potestad del Estado para imponer penas y establecer delitos debe tener una limitante, ya lo observábamos con Maggiore, quien aborda ampliamente el tema en el primer volumen de su tratado de Derecho Penal.

José Joaquín Urbano Martínez, aborda el tema y expresa:

El Derecho Penal puede entenderse como un sentido de expresión del poder político ligado a la configuración de delitos y penas; como normativa a través de la cual se cumple ese proceso de configuración y como ámbito de saber referido a ese poder y a las normas por medio de las cuales se ejerce. Como se sabe, cuando se hace referencia al primer sentido se habla de Derecho Penal objetivo y en el tercer sentido se habla de dogmática penal.

Pero sea que se asuma como poder punitivo, como derecho positivo o como dogmática, lo cierto es que el Derecho Penal siempre ha estado urgido de una justificación que permita aprehenderlo como un instrumento político y jurídico racional y no como un simple y desnudo acto de poder; de un esfuerzo de racionalización que permita que, no obstante sus niveles de violencia, su despliegue cuente con el asentamiento, con la aceptación de los gobernados. Es decir, el Derecho Penal, en cualquiera de sus sentidos de expresión, siempre ha estado en la necesidad de legitimarse, de lograr el consentimiento social, de

anclarse en unos principios que lo doten de credibilidad, de lograr el reconocimiento y aceptación del entramado social.⁸⁸

El Derecho Penal se traduce en actos públicos de poder: la creación de tipos penales, la persecución de los mismos, la imposición de una pena, todo ello es expresión de un poder político vigente, el cual, para cumplir con sus fines, debe estar legitimado. El pueblo elige a sus gobernantes para que ellos administren y coordinen los esfuerzos de la sociedad para que ésta cumpla sus objetivos, para que ésta se desarrolle. Ello permite al poder político la creación de normas que rijan la convivencia, ahí radica su legitimidad, pero no significa que tenga facultades para rebasarse a sí mismo como aparato gubernamental y crear normas contra la cultura de un pueblo o inventar normas sin fundamento cultural. La creación de un tipo penal debe observarse con más seriedad de la que se le ha dado en los últimos tiempos donde se crean y se derogan leyes a capricho del gobierno en turno. Un tipo penal debe trascender a estos movimientos políticos.

Urbano Martínez agrega:

Esto es así porque si el poder punitivo no es más que un sentido de expresión del poder político, está tan urgido de legitimación como éste y

⁸⁸ Urbano Martínez, José Joaquín, *La legitimidad del Derecho Penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 43.

de allí que los intentos de legitimación del poder político hayan servido como espacios en los que se contextualizan los esfuerzos que se han desplegado para legitimar el poder punitivo.

La legitimidad remite a la necesidad de explicar el origen del poder político involucrando referentes que lleven al conglomerado social a aceptarlo, a obedecerlo, y a hacerlo por motivos diferentes al solo monopolio de la fuerza. Por eso se afirma que ‘... la legitimidad es una particular forma de obediencia que se afirma cuando el consentimiento de los gobernados hacia el gobernante permite conjurar el recurso de miedo’. La legitimidad supone la aceptación del poder desde la misma sociedad llamada a la obediencia con base en categorías socialmente autónomas, en los principios surgidos de la propia realidad del poder. La legitimidad, como tal, es expresión de la racionalidad que desde sus orígenes ha venido caracterizando la modernidad política.⁸⁹

Los esfuerzos de una legitimación del Derecho Penal nos pueden llevar a discutir sobre la idea de que dicha legitimación se logra cuando la norma creada es válida, sin embargo, esta discusión rebasa los objetivos tanto del presente capítulo como de la tesis que al efecto sostenemos.

⁸⁹ Urbano Martínez, *op. cit.*, p. 44.

2.5. Fundamento político del Derecho Penal y función de la pena.

El Derecho Penal objetivo, además de ser legítimo, debe ser congruente con los fines para los cuales se instituye en un tiempo y lugar determinado. Debe, por tanto responder a los fines para los que se ha creado y, en ese tenor justificar las consecuencias que le atribuye a las conductas antisociales que le interesan, en un primer momento al legislador, luego, al juzgador y, más tarde al órgano encargado de ejecutar la sanción impuesta.

2.5.1. Mir Puig

El penalista catalán Mir Puig señala: “Cada uno de los modelos de Estado que rápidamente se han examinado, han supuesto una peculiar fundamentación del Derecho Penal, y como consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la pena lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye al Estado.”⁹⁰

⁹⁰ Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 25.

A partir de este pensamiento explica la función de la pena dentro de las diversas clases de Estado que puede encontrar, luego, apreciamos a la pena como una consecuencia que define al delito, pero también como un cariz o facultad del Estado que la implanta. Más allá de este pensamiento creemos que la función de la pena puede verse en abstracto por sus fines.

Esto es, el Estado también puede ser definido por los fines que persigue al crear las penas que aplicará.

2.5.1.1. La función de la pena en el Derecho Penal liberal.

Explica Mir Puig:

Bajo la vigencia del Derecho Penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, conducía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un 'daño social'. Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho Penal contemporáneo y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho Penal clásico. Pero tanta o, acaso,

mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron un concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia con base en su concepción liberal del mundo.⁹¹

Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena.

2.5.1.2. La función de la pena en el Derecho Penal intervencionista.

En el otro extremo nos encontramos con el estado intervencionista en el que la colectividad sobrepasa al interés particular como fin de esa organización y en el que Mir Puig explica: “Si el Derecho Penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del

⁹¹ Mir Puig, *op. cit.*, p. 26.

hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho Penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención.”⁹²

Nuestra opinión se vierte en un sentido lato: la pena también tendrá como fin el control social, si se logra retribuir, resulta un éxito, si se logra prevenir, entonces el sistema es perfecto. Pero antes, deberá servir para controlar a la generalidad, es por ello que el establecimiento de penas no siempre se realiza pensando en el colectivo, sino en el estado gobernante. El estudio de la pena y del delito nos llevarán a la conclusión si acaso estos se han inventado bajo el pretexto de la protección y si en realidad persiguen castigar conductas adversas a un gobierno determinado.

Los delitos y las penas deben seguir un patrón cultural, deben tener un fundamento para existir y deben existir de manera sistemática. No deben crearse o inventarse delitos como si no existiesen ya. Debemos tender a unificar la aplicación de las leyes penales a espacios cada vez más amplios, pues la diversidad de cuerpos normativos para una misma conducta nos pueden llevar a la peor de sus consecuencias: la impunidad.

⁹² *Ibiden*, p. 28.

La creación de nuevos tipos delictivos nos obligan a dos cuestiones primarias: el estudio del problema criminal que deberá enfrentarse con nuevos tipos penales y el estudio o interpretación de los tipos existentes.

2.6. Interpretación jurídica.

Guastini, en su libro *Estudios sobre la interpretación jurídica* nos explica: “El vocablo «interpretación», como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien actividad –la actividad interpretativa- bien el resultado o el producto de esa actividad. Por ejemplo, «las disposiciones legales sobre la interpretación» son las que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una «interpretación restrictiva» es el resultado de una cierta técnica interpretativa: El resultado es un producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que «el significado» el objeto interpretado.”⁹³

2.6.1. La interpretación de la ciencia del Derecho. (Kelsen).

Por su parte, el gran jurista de la escuela de Viena, Hans Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho* expone:

⁹³ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2000 (traducción de Marina Gazcón), p. 1.

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta', no cumplen una interpretación científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente, ello no les puede ser negado. Sólo que no deben de hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido 'correcto'. Se trata de la ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde un punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como

la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica. Por lo demás, la estricta interpretación científica de una ley estatal, o de un tratado internacional, que exhiba, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusivamente los políticamente indeseados, y quizá ni siquiera previstos por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor literal de las normas que ellos escogieran, puede tener un efecto práctico, que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de univocidad: semejante interpretación científica puede mostrar a la autoridad que establece el Derecho, hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico jurídicas de formular las normas de derecho en la forma más unívoca posible, o de formularlas de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se restrinja a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica.⁹⁴

De la anterior exposición podemos extraer la importancia que revestirá la aplicación de los criterios que sostengan los tribunales en aras de una verdadera impartición de justicia.

En su libro Guastini pone de relieve la pugna entre interpretación y aplicación, misma que nos recuerda la diferencia que en su momento hiciera el iusfilósofo Atienza al diferenciar la explicación de la justificación:

⁹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 10ª. ed., Porrúa, México, 1998. p. 356.

2.6.2. Interpretación *versus* aplicación.

El significado frente a la estructura de lo que aparentemente no requiere interpretación: la aplicación simplista. Es común pensar que sólo porque una ley “dice o señala algo” es correcta y se debe aplicar, sin más cuestionamiento. Esta aplicación, sin reflexión suele llevar a equívocos o a errores en el aplicador. La aplicación vista desde este ángulo puede hacer que, en materia penal se aplique la mayoría de razón o la analogía, por “el parecido en los supuestos”, no confrontando a los mismos con la hipótesis normativa aplicada.

Guastini señala:

En primer lugar, mientras el verbo ‘interpretar’ concierne a cualquier sujeto (ya que cualquiera puede realizar una actividad interpretativa), el verbo ‘aplicar’ concierne sólo a aquellos sujetos que se desempeñan en órganos llamados precisamente de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos. Puede decirse de un jurista no de un ciudadano común que ‘interpreta’ el derecho; pero no sería apropiado decir que un jurista o un particular ‘aplica’ el derecho.

En segundo lugar, interpretación y aplicación son actividades que se ejercitan sobre objetos diferentes: hablando correctamente, la

interpretación tiene como objeto no ya normas -como se sostiene- sino más bien textos normativos, mientras que la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos). Por tanto, la aplicación no coincide con la interpretación por la buena razón de que la presupone o la incluye como una parte constitutiva.

En tercer lugar, el término 'aplicación' -especialmente si se refiere a órganos jurisdiccionales- designa un conjunto de operaciones que incluyen, junto a la interpretación propiamente dicha, ya sea la calificación de un supuesto de hecho concreto (Tizio ha cometido un delito), ya sea la decisión de una específica controversia (Tizio debe ser castigado con tal pena).⁹⁵

2.6.3. La teoría de la interpretación.

Entre la tanta gente que ha escrito sobre interpretación, podemos encontrar a Prieto Sanchís quien aborda la interpretación del modo siguiente:

Como sabemos, el positivismo ha defendido (o se le han atribuido) dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias. Según la primera; el Derecho es un sistema pleno o, al menos, completable y la aplicación de la norma al caso representa una tarea mecánica o subsuntiva, de manera que el juez puede presentarse como

⁹⁵Guastini, *op. cit.*, pp. 9 - 10.

un autómata, como un sujeto 'neutro', moral y políticamente irresponsable de la decisión que adopta. De acuerdo con la segunda, el Derecho no solo presenta algunas contradicciones internas, sino que además, toda norma adolece de alguna vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad. Creo que el constitucionalismo, aunque parezca paradójico, ofrece argumentos en contra de ambas tesis.⁹⁶

Por su parte Modesto Saavedra al abordar el tema de la interpretación jurídica explica:

Ahora bien, esto no es más que el reconocimiento legal de algo que necesariamente, en mayor o menor grado, siempre ocurre en la práctica: el intérprete crea porque no hay reglas unívocas para interpretar, porque siempre se encuentra frente a diversas opciones, porque el lenguaje normativo, como todo lenguaje, es forzadamente ambiguo, flexible y contradictorio. ¿Cuál es el «sentido propio de las palabras, cuál el espíritu y finalidad» de las normas y la «realidad social» del tiempo en que se aplican? En esta línea baste recordar las paradigmáticas palabras de G. Radbruch, aquel gran jurista, escritas en 1929: «La interpretación es el resultado de su resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que no ha visto el resultado al que conduce. Los llamados medios de interpretación sirven en realidad para fundamentar a

⁹⁶Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismos*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997. p. 31.

posteriori con retraso, aquello que ya hemos hallado mediante una complementación creadora del texto, y de cualquier modo que fuere esta complementación creadora siempre tendrá dispuesta para dotarla de fundamento uno u otro medio interpretativo.⁹⁷

Será Karl Olivecrona, quien destaque el hecho relativo al problema que puede en un momento dado tener el lenguaje jurídico, dicho esto se puede colegir con lo anterior que no basta una interpretación adecuada sino además transmitir dicha interpretación al través de un lenguaje correcto, es por ello que este último permite la generalidad de la jurisprudencia y su acatamiento sin equívocos

2.7. Fuentes del Derecho Penal.

El Derecho Penal se distingue por su carácter sancionador, sin embargo, entendido así, de manera simplista, no nos permitiría arribar a su naturaleza finalista. Entonces, no debemos verlo únicamente como un sistema de leyes, sino como una rama del Derecho que permitirá al Estado encontrar los mecanismos de control social para cumplir con sus más caros fines.

⁹⁷ Saavedra, Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*. Distribuciones Fontamara, México, 1994. p. 29.

El Derecho Penal se diferencia de las otras ramas del Derecho por las fuentes del mismo, como veremos líneas abajo.

Pavón Vasconcelos escribe:

Los autores distinguen, al definirlo, entre el Derecho Penal objetivo y el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo es el conjunto de normas jurídicas que asocia el delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica. Sebastián Soler, llama derecho penal a la parte del Derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente la pena.

El Derecho Penal subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir.⁹⁸

El Derecho Penal resulta entonces, en su doble aspecto, el medio que tiene la gente para responder, sin aumentar el deterioro del marco normativo, contra actos que ponen en peligro a la organización social establecida.

⁹⁸ Pavón Vasconcelos, *Derecho Penal Mexicano*, 15ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 18.

2.7.1. Las fuentes del Derecho en general.

Dice Pavón Vasconcelos: “La palabra “fuente” gramaticalmente designa el *manantial* o el *lugar donde* brota el agua, es decir, de Du Pasquier crea una metáfora bastante feliz, “pues remontarse a las fuentes del río es llegar al lugar que sus aguas brotan a la tierra”. No tiene, sin embargo, una connotación idéntica cuando se le usa para designar las fuentes del derecho, pues la doctrina ha distinguido entre fuentes *reales*, fuentes de *producción* y fuentes de *cognición* o *conocimiento*.”⁹⁹

Por su parte, Antolisei escribe: “Aunque la norma penal sea un acto de voluntad soberana del Estado, el manantial último del Derecho, para nosotros, es la conciencia popular. En efecto, el Derecho, en sus líneas esenciales (digamos esenciales ya que una visión realista del ordenamiento jurídico no excluye en muchos casos el árbitro del legislador), es un producto del espíritu del pueblo, así como que las costumbres, el lenguaje, el arte, etc., y refleja sus características.”¹⁰⁰

Las conductas que elige el legislador y establece como delitos, deberán pasar el juicio de valor que estime la sociedad en un tiempo y lugar determinados.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰⁰ Antolisei, *op. cit.*, p. 41.

2.7.1.1. La ley, única fuente del Derecho Penal.

Como lo señalábamos anteriormente, un rasgo característico del Derecho Penal es el hecho que posea una fuente única y que ésta sea la ley. De ahí partimos a la explicación del principio de legalidad y nos habremos de encontrar con la posición de Cerezo Mir, quien establece que en la práctica, el derecho penal se ve influido por las otras fuentes, de las que mana el Derecho en general.

Escribe Pavón Vasconcelos:

Dijimos anteriormente que por fuentes de cognición entendemos las formas o modos por los cuales el Derecho se manifiesta. En tal virtud la Ley constituye la única fuente de conocimiento del Derecho Penal, ella es su exclusiva forma de expresión. Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 14 constitucional párrafos segundo y tercero que prescriben: 'Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata'.

Los párrafos transcritos consagran, como garantías individuales, los principios del proceso legal y de previa ley penal (*Nullum crimen, nulla poena, sine proeua lege poenali*), que a su vez constituyen mandatos de legalidad dirigidos a las autoridades. La exigencia de que la punibilidad de un hecho –expresa Ricardo C. Núñez– sólo puede ser establecida por una ley anterior a la comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer. La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada. Esto se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.¹⁰¹

La exigencia de una ley previa para calificar un hecho de delito y en consecuencia para fundamentar la pena, ha sido conocida con el nombre de principio de legalidad, de reserva o de exclusividad y se encuentra reconocido, como se ha visto, en el artículo 14 constitucional. Igualmente, el nuevo *Código Penal para el Distrito Federal* y el *Código Penal Federal*, lo reproducen al declarar, uno en su artículo 1 (“A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de

¹⁰¹ Pavón Vasconcelos, *op.cit.*, pp. 86 – 87.

su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta”) y el otro, en su artículo 7 (“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”).

2.7.1.2. La posición de José Cerezo Mir

Cerezo Mir toma una posición muy interesante al establecer sobre este particular: “La Ley es la fuente principal del Derecho penal. Suele decirse que es la única fuente formal, directa o inmediata del Derecho penal. Es cierto es cierto únicamente, que en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas o categorías de estado peligroso y establecerse o agravarse penas o medidas de seguridad mediante una ley. Son también fuentes del Derecho penal, la costumbre, los principios generales del Derecho y los tratados internacionales que se hayan incorporado al ordenamiento jurídico interno. La jurisprudencia no es, en rigor, fuente del Derecho Penal, aunque sea un instrumento muy valioso de conocimiento del mismo.”¹⁰²

¹⁰² Cerezo Mir, José, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 5ª ed., Técnos. España, 2000. p. 151.

Al respecto cabe decir que los tratados internacionales muchas veces, al tratar sobre esta materia, o son ordenamientos que varios estados adoptan o bien se transforman en leyes penales.

2.8. La formación de las leyes penales.

El Dr. Atienza nos señala en su libro sobre argumentación jurídica, que ésta se encuentra inmersa en la creación de la norma, motivo por el cual merece especial relevancia la forma de crear e interpretar a la norma, sea constitucional o secundaria, sea vista desde la Constitución o desde su naturaleza. Alchourrón señala:

Siguiendo las distinciones corrientes en el lenguaje indicativo o descriptivo, hemos distinguido entre tres sentidos en que puede ser usado el término 'norma' o sus sinónimos, que fueron denominados norma-comunicación, norma-prescripción y norma-sentido. Hemos indagado, además, en las condiciones de existencia de las normas-prescripciones. Deberíamos preguntarnos ahora en qué sentido y bajo qué condiciones existe lo que llamamos norma-sentido. Pero sucede que la noción misma de norma-sentido es altamente problemática.

Habíamos caracterizado la noción de norma-sentido en estrecha analogía con la proposición. Se trataría de un determinado tipo de proposición: una proposición que tiene el sentido de una prescripción, una exigencia. Pero muchos autores niegan que haya algo así como una preposición prescriptiva, porque el elemento prescriptivo o normativo

estaría ligado a un determinado uso que se hace de una proposición o de la oración que la expresa y supone, por lo tanto, la realización de una actividad por parte del sujeto que utiliza lenguaje. Recién al nivel pragmático del uso del lenguaje aparecerían las distinciones entre el lenguaje descriptivo, prescriptivo, interrogativo, etc. No habría, en cambio, normas al nivel semántico (haciendo abstracción del aspecto pragmático); por lo tanto, no habría proposiciones con sentido normativo, es decir, normas-sentido.¹⁰³

Lo señalamos líneas arriba, es tiempo de someter a juicio a nuestras leyes, para saber sobre su contenido y su alcance. A partir de entonces sabremos si son suficientes para encarar los retos que presenta el nuevo siglo.

2.9. Analogía.

A la relación existente entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica (p.e. los tipos penales básicos) y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que, por la similitud con aquél, permite igual tratamiento jurídico, sin agravio de la justicia (como se pretende aplicar en algunos tipos informáticos), le llamamos analogía.

¹⁰³ Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1997, p. 99.

2.9.1. La estructura del argumento analógico.

Tomando como base una hipótesis normativa y, habiendo aplicado ésta a un caso con antelación muy similar al expuesto en la actualidad, se llega a la conclusión, previa interpretación de los supuestos que actualizarían la referida hipótesis, que, dadas las características similares, que no iguales, permiten la aplicación de la hipótesis en cuestión. Guastini explica:

En el lenguaje común, ‘analogía’ es (casi) sinónimo de ‘semejanza’. En el lenguaje jurídico, suele llamarse ‘aplicación analógica’ a la aplicación de una norma a un supuesto de hecho no contemplado en ella, pero semejante al previsto por la misma. Se usa la analogía cuando, por ejemplo, se aplican a un contrato atípico (o innominado) normas relativas a un contrato típico, expresamente regulado, siempre que los dos tipos de contrato presenten una semejanza relevante.

Se llama ‘argumento analógico’ *argumento a simili* al procedimiento discursivo que se emplea para justificar (o motivar) la aplicación analógica. La estructura del argumento analógico es la siguiente.

a) Se parte, en primer lugar, de que un determinado supuesto de hecho (F1) no viene disciplinado por ninguna norma explícita; es decir, el derecho presenta, *prima facie*, lagunas.

b) Se parte, en segundo término, de que el supuesto de hecho no disciplinado (F1) guarda una semejanza relevante o esencial con otro

supuesto de hecho (F2) regulado, éste sí, por una norma explícita que le atribuye una determinada consecuencia jurídica ('si F2, entonces G').

c) Se concluye, construyendo una norma o 'máxima de decisión' que también atribuye la misma consecuencia jurídica al supuesto de hecho no previsto: 'si F1, entonces G'. La norma formada de este modo puede contemplarse luego como fundamento de una decisión judicial.

Como se ve, el argumento analógico es un argumento 'productor' de derecho que se usa para fundamentar no ya una decisión interpretativa (es decir, una decisión acerca del significado de una determinada disposición), sino más bien la creación jurisprudencial de una norma nueva ('si F1, entonces G'), una norma que no constituye el significado de ninguna disposición preexistente.¹⁰⁴

2.9.2. Leyes penales.

El derecho penal, no puede, dada la trascendencia de sus consecuencias, permitir que una sanción sea impuesta con base en la similitud que actualizarían de manera aparente la misma hipótesis normativa. Esto es, no se puede aplicar una misma hipótesis para un supuesto, que aunque parecido a la norma, no la satisface en todos sus extremos. Respecto a las leyes penales, Guastini explica:

¹⁰⁴ Guastini, *op. cit.*, p.93.

Según la opinión común doctrinal y jurisprudencial, en el texto del artículo 14, disposición preliminar, del Código Civil italiano, la expresión 'ley penal' hace referencia a las disposiciones que tipifican los concretos delitos y establecen las penas correspondientes o que, en cualquier caso, restringen la esfera de la libertad individual.

Si se acepta que el argumento analógico es un argumento 'productor' de derecho, o sea, un argumento que sirve para justificar (no una interpretación preferentemente a otras, sino) la creación jurisprudencial de normas nuevas, la *ratio* de la prohibición de la analogía en Derecho Penal es obvia en una cultura jurídica de tipo liberal: permitiendo la analogía en Derecho Penal se violaría el principio de seguridad en derecho, característico del sector de la disciplina jurídica que más directamente incide en la libertad personal.¹⁰⁵

Por un lado, el principio de estricta legalidad supone que toda resolución judicial en materia penal ha de basarse en una precisa disposición legislativa. Y además, -podría añadirse-. La reserva absoluta de la ley en materia penal, al excluir que una norma penal pueda ser creada por fuentes subordinadas a la ley, excluye asimismo que, ante el silencio del legislador, una norma penal pueda ser creada por el juez.

El 16 de junio de 2000, un tribunal italiano (en Oristano) tuvo que resolver si acaso la difamación vía *internet* constituía el delito, de acuerdo con lo establecido por

¹⁰⁵ Guastini, *op. cit.*, p. 101.

el artículo 595, del código penal. La respuesta fue contundente: no. Para ello sostuvo que no podía aplicar por analogía, una sanción a la conducta desplegada. La libertad de expresión tuvo un carácter preponderante en esa discusión.¹⁰⁶

2.9.3. Analogía según nuestros tribunales.

Por su parte, nuestros más altos tribunales han definido a la analogía del siguiente modo:

Época: Quinta Época.

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte : XLII.

Tesis:

APLICACIÓN DE LAS LEYES POR ANALOGÍA.

Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen, por analogía, las leyes del procedimiento en cuanto no establezcan pena.

Tomo XLII. Cardena Froylan L. Pág. 500. 11 de septiembre de 1934.

¹⁰⁶ Cfr. en: <http://www.diritto.it>

2.9.4. Interpretación analógica y por mayoría de razón.

En su libro *Las Garantías Individuales*, el Doctor Burgoa escribe:

Para asegurar la garantía de la 'exacta aplicación de la ley' en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe la imposición de penalidad por analogía y por *mayoría de razón*.

1. ¿Qué se entiende por imposición analógica de una pena? Este acto es el producto de la aplicación por analogía de una cierta penalidad legal.

Toda ley tiene un determinado objeto de regulación, el cual está constituido por el hecho, acto o situación jurídica que norma. Por virtud del carácter de generalidad de una regla de derecho en sentido material, la normación que ésta establece se extiende a todos aquellos casos concretos entre los cuales existe una relación de identidad, o mejor dicho, de semejanza absoluta. Una ley se aplica, pues, a dos o más hechos, actos, relaciones o situaciones exactamente iguales en substancia, sin que en esta aplicación pueda hablarse de analogía.

Pues bien, la regulación analógica que una ley establece, se traduce en la circunstancia de que ésta se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que presentan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud. Ésta no debe ser absoluta, puesto que si así fuese, la ley que normara los actos, hechos, relaciones o situación respectivas, no se aplicaría analógicamente, sino de manera exacta, La semejanza que debe haber entre un caso expresamente

regulado por una norma jurídica y otro u otros que no estén previstos por esta norma jurídica, es de índole relativa. En otras palabras, la similitud entre dos casos reales debe existir en cuanto a ciertas y determinadas modalidades comunes a ambos: causa, efectos, formalidades, capacidad de los sujetos, etcétera. Por ende, la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos por ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.

La semejanza o similitud que sirve de base a la aplicación analógica de una ley, se encuentra entre dos o más casos reales, o mejor dicho, trascendentes a la norma aplicada. En consecuencia, para poder aplicar analógicamente una disposición legal, hay que constatar previamente la similitud entre la hipótesis o prevista y el caso no previsto bajo diversos aspectos que se establecen a posteriori, o como dice Von Thur, 'la analogía consiste en hacer aplicación de una norma jurídica a un caso que no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la ley decide'. Por su parte Francois Geny, sostiene que la aplicación analógica de una ley se basa en el principio que enseña *ubi aedem ratio, idem jus*. Afirma que dicha aplicación 'no consiste solamente en aplicar las reglas establecidas por la ley para una materia determinada o una situación dada, a materias o situaciones vecinas. Más aún, como lo ha demostrado R. Sohm, el procedimiento dejaría de ser admisible, si se basara en una simple semejanza de hipótesis, a efecto de inducir de ella una identidad de

soluciones aplicables. Él (ese procedimiento) no es legítimo sino en la medida en que, habiéndose descubierto la razón íntima y decisiva de la disposición legal, se transporta su efecto y la sanción de los casos no previstos, en los que se encuentren elementos idénticos a los que condicionan la decisión misma del texto. Esto es, a decir verdad, la identidad de substancia jurídica que justifique la extensión'.¹⁰⁷

Un ejemplo de analogía lo obtenemos de la lectura del artículo 211 del código penal federal, pues señala:

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

El tipo en comento es claro por cuanto hace a la sanción pecuniaria, pero cuando señala que la sanción será “de uno a cinco años”, podemos establecer, tomando como punto de partida la sanción establecida en el artículo 211 bis (“A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada, se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días

¹⁰⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*. 21ª ed., Porrúa, México, 1988, p. 569.

multa.”) en el que la sanción es clara, para llegar a la conclusión de que, si a la segunda conducta se le aplica como pena seis a doce años de prisión; entonces, cuando el artículo precedente (el 211) señala “de uno a cinco años”, deberíamos pensar, analógicamente que se trata de “prisión”, por tratarse de hipótesis similares (aún cuando para el legislador una es más grave que la otra), sin embargo, como en materia penal la analogía está prohibida por el artículo 14 constitucional, se debe estar a la letra de la ley y, en consecuencia, el tipo carece de sanción. Está incompleto según su construcción técnica, toda vez que no establece la consecuencia jurídica para quien actualice la hipótesis ahí comprendida.

2.9.4.1. Mayoría de razón.

Toda la ley está motivada por muy diversos factores de variada índole que en su conjunto constituyen su causa final, puesto que los elementos de su misma motivación implican su objetivo. Así, verbigracia, si mediante una ley pretende resolverse un problema económico, social o político, éste sería la causa de su expedición, a la vez que su finalidad, ya que la tendencia normativa propendería a su solución.

Pues bien, puede suceder que en un caso concreto revele los atributos de los factores de la motivación y de teleología de una ley, genéricamente considerados, con mayores proporciones o mayor magnitud. Entonces, tomando en cuenta la causalidad final de la norma jurídica con vista a tales atributos y la presencia de éstos en el caso concreto, la regulación legal puede imputarse a éste, lo que implica una aplicación por mayoría de razón.

Por ejemplo, si en determinado hecho abstracto considerado legalmente como delito está penado con una cierta sanción, obedeciendo la tipificación y la penalidad respectivas a factores sociales, económicos, de peligrosidad, etc., y si el hecho concreto, substancialmente diverso, traduce con mayor gravedad, intensidad o trascendencia tales factores, en este último podría referirse, por una parte, la estimación delictiva prevista en la norma y, por la otra, la penalidad correspondiente, lo cual equivaldría a una aplicación normativa por mayoría de razón.

Como se ve, la aplicación de una ley por mayoría de razón se finca en elementos trascendentes o externos de la misma, los cuales concurren en la integración de su causa final, de tal manera que la existencia de ellos, con mayores proporciones en un caso concreto, origina la referencia normativa a éste. En cambio, la aplicación analógica se basa en elementos inmanentes o internos de la

norma, como son el antecedente y el consecuente legal al caso concreto que presente semejanza substancial o esencial con el caso abstracto implicado en la norma. En otras palabras, mientras *la aplicación por analogía* exige la coincidencia de la hipótesis legal general con el caso individual desde el punto de vista de su esencia o substancia, pues de no ser así habría aplicación indebida, como ya se dijo, tratándose de *la aplicación por mayoría de razón* tal coincidencia no debe existir, siendo el hecho abstracto y el concreto totalmente diferentes en sí mismos considerados, tanto por lo que se ve al elemento substancial como a las notas o calidades accidentales principales. Por ende, basta que haya una concordancia esencial entre el antecedente normativo y el caso individual, con naturales discrepancias accidentales, para que no se trate de aplicación por mayoría de razón, sino por analogía. En conclusión, al prohibir el artículo 14 constitucional en su tercer párrafo la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad, etc. que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio *nulla poena sine lege*, nula pena sin ley.

Instancia: Pleno

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Época: 5A.

Tomo : VIH

Página : 1248

RUBRO: LEYES PENALES.

TEXTO: *Deben aplicarse con toda exactitud, sin que valga el argumento de igualdad, analogía o mayoría de razón, por oponerse a ello lo dispuesto por el artículo 14 constitucional.*

PRECEDENTES:

TOMO VII, Pág. 1248. González Bueno Francisco.- 16 de octubre de 1920.- Nueve votos.

Instancia: Pleno.

Fuente : Semanario Judicial de la Federación.

Época : 5A.

Tomo : VII.

Página : 1426.

RUBRO: LEYES PENALES.

TEXTO: *Deben aplicarse exactamente y no por simple analogía ni por mayoría de razón.*

PRECEDENTES:

TOMO VII, Pág. 1426. Vicenteño Ruperto.- 17 de noviembre de 1920.- Cinco votos.

2.9.5. Interpretación de la norma penal de carácter federal y común.

En materia penal abunda la literatura dogmática, por lo que, una vez que se desciende de los terrenos constitucionales a los órdenes enteramente secundarios, se aleja la interpretación de las leyes desde el punto de vista de la constitución, no digamos en tribunales del fuero común, sino hasta en quienes hacen la doctrina. Si bien se realizan consideraciones de tipo axiológico, éstas no parten del texto constitucional, por tal motivo hicimos el señalamiento y dejamos claro el concepto

de la teoría del delito, cuya función es acotada por la costumbre y por la doctrina las cuales han hecho que estudios como el de Ulrich Klug, en su libro *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, sean tomados de modo superficial, sin darles la importancia que merecen.

De la labor de Ulrich Klug destaca la manifestación explícita de sus métodos para interpretar la norma penal, sus alcances, sus efectos, su formación y su sentido.

- 1) Interpretación gramatical.
- 2) Interpretación lógico-sistemática.
- 3) Interpretación histórica.
- 4) Interpretación teleológica.

Rara vez en nuestra doctrina encontramos un trabajo similar, salvo el realizado en su momento por el ilustre maestro Mariano Jiménez Huerta, en su *Derecho Penal Mexicano*, donde no sólo realizó el estudio de los elementos de cada delito en cuestión sino, además, efectuó uno de los más laboriosos trabajos de interpretación de las leyes penales

2.9.6. La indagación frente a la argumentación.

La indagación, señala Foucault en su libro *La verdad y sus formas jurídicas*, se extendió a través de la historia a diversos campos del saber, y en ese devenir hará eclosión durante el Renacimiento. La prueba, tiende a desaparecer.

A la par de este medio para alcanzar la verdad o demostrarla, dentro de sus limitaciones, existe la tortura como medio veloz (pero no fugaz) para acelerar los procesos por los que se llega a una verdad. Luego entonces, vista así, la tortura tiene sentido, se explica, pero no se justifica: es el uso de métodos violentos no por la violencia en sí misma sino para alcanzar una confesión, que supuestamente encubre una verdad que debe ser probada.

A finales de la Edad Media, el saber se transmitía y se autentificaba a través de determinados rituales, entre los cuales encontramos la *disputatio*, donde la argumentación y la instrumentación de dos adversarios que hacen uso de armas verbales nos llevan a un principio de autoridad, pero de ningún modo a una verdad o a una certeza, más bien nos llevan al engañoso sitio donde pudiese reinar la elocuencia y la retórica *per se*.

Esos vicios advertidos hicieron de la *disputatio* una figura en desuso, relegada a los ámbitos del debate universitario.

Hasta ahora podemos vislumbrar con cierta claridad los aspectos que revelan el sentido del libro de Michel Foucault, la verdad, el conocimiento, su origen, las soluciones griegas para resolver un litigio -ya fuese con el juramento o con la suma de mitades-, la existencia de un testigo, el peligro inminente que advierte Platón sobre quienes son poseedores del saber, su obligación de mantenerse alejados del poder; la indagación, la fuerza de las relaciones políticas y económicas para supeditar a los medios que buscan la verdad, la institución de un orden, la instauración de un procurador, la tortura, la infracción, la *disputatio* y la prueba; todos rostros de una búsqueda incesante, las formas que reflejen la verdad, las formas en que puede buscar su aproximación, todo confluye (y a veces se encuentra presente) en esta nuestra sociedad disciplinaria.

Ahora Foucault nos presenta el panorama de las formas en que interpretamos una verdad, ejemplificándola con el sistema penal, advierte en el desarrollo de su cuarta conferencia el desarrollo de las prisiones, a las cuales les da un carácter de símbolo concentrador de quien infringe la ley y señala las variantes de un delito según la época, cuestión que podemos asimilar si, en el caso de nuestro sistema jurídico observamos la reforma penal de 1994 frente a la draconiana reforma de

1999 donde se ponen de relieve los cambios punitivos que puede requerir una sociedad para calmar sus patologías.

La verdad toma diversos rostros que no son asumidos o colocados sino por una sociedad en un tiempo y bajo circunstancias que deben ser estudiadas, ello nos llevará, al tratarlas en conjunto, a una identificación más fidedigna entre la realidad y la verdad. Sólo entonces conoceremos, bajo ese discrimen, los juicios de cierto y falso que pueden encerrar nuestras apreciaciones.

Este recorrido somero de la indagación penal da cuenta de lo que hoy en día es un sistema adoptado, histórico y ejemplar, pero sobre todo y en términos jurídicos: positivo y vigente.

Es Karl Olivecrona quien invoca al realismo norteamericano al exponer: “El movimiento realista en los Estados Unidos reconoce que nuestro lenguaje- jurídico está abrumado por el peso de nociones metafísicas. Su objetivo es eliminarlas y situar a la ciencia jurídica sobre bases realmente científicas. La ciencia jurídica tiene que ocuparse de hechos y no de entidades metafísicas.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, (Traducción de Ernesto Garzón Valdés), 5ª edición; México, 1999, p. 27.

2.10. Motivación y fundamentación.

Nuestros más altos tribunales a través de sus resoluciones habrán de velar por el cumplimiento irrestricto de la norma constitucional que garantiza que, además de aplicar e interpretar las normas, los juzgadores queden constreñidos a justificar sus resoluciones mediante argumentos convincentes, plausibles y que no dejen lugar a dudas de que se resolvió lo más adecuado.

En una sentencia de amparo directo, pudimos observar el argumento relativo a dicho cumplimiento, el cual se traduce en seguridad jurídica. Así tenemos que el Tribunal Colegiado Resolvió:

“FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.- De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuadamente (*sic*) y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario además, que exista

adecuación de los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”.¹⁰⁹

2.11. El carácter espacial de las normas penales.

Una vez revisada de manera esquemática la forma en que debemos interpretar las leyes penales, podemos discurrir en sus características dentro de las cuales encontramos el carácter espacial de las mismas.

En efecto, la norma penal tiene caracteres particulares que deben ser observados en la creación de la misma.

Existen tres ámbitos de vigencia del derecho penal: el ámbito personal, el ámbito temporal y el ámbito territorial o espacial. José Cerezo Mir nos explica en su *Curso de Derecho Penal Español*, que la ley es, “como vimos en el capítulo anterior, la principal fuente del derecho penal, pues en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas y establecerse o agravar las penas mediante una ley. La ley tiene, sin embargo, una eficacia limitada en el tiempo y en el espacio.”¹¹⁰

¹⁰⁹ Resolución dictada por el H. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito en el Amparo directo número 374/2000 de fecha 24 de agosto de 2000.

¹¹⁰ Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo I, 5ª. Ed. Técno. España, 2000. p 175.

Y continúa el mismo autor: “La ley penal nace con su promulgación. La promulgación es un acto del jefe de estado que declara la existencia de la ley y ordena su ejecución.”¹¹¹

Sobre este particular aparecen problemas como la retroactividad o bien como la aplicación de la ley más favorable al reo a pesar de que el acto que se juzga en su momento no estaba sujeto a la ley que se aplica.

“El principio de les retroactividad de las leyes penales es una exigencia de la seguridad jurídica y, aunque de origen más antiguo, su vigencia con carácter general en el derecho penal moderno es consecuencia de la influencia de los pensadores de la ilustración”.¹¹²

Existen también las llamadas leyes temporales que son aquéllas cuyo plazo de vigencia viene señalado en la misma ley o que por haber sido promulgadas para hacer frente a circunstancias excepcionales -como una guerra, una epidemia, una grave alteración del orden público o una crisis económica- dejan de estar en vigor cuando estas circunstancias han desaparecido.

¹¹¹ *Ídem*

¹¹² *Ibidem*, p. 177.

Sin embargo y como pudimos apreciar en el capítulo anterior, el problema con el que nos enfrentamos al hablar de delitos informáticos es sin lugar a dudas el ámbito territorial de la ley penal. Sobre el particular Carlos Fontán Balestra señala:

El lugar, lo mismo que el tiempo en que se inicia y se perfecciona la infracción criminal, pueden no ser exactamente los mismos, y es frecuente que no lo sean. A menudo no será una perfecta correspondencia entre las diversas etapas temporales y espaciales del *iter criminis*. Claro está que en la mayoría de los casos, la diversidad de grupo no tiene trascendencia, pero sí la tiene, y de modo superlativo, cuando los espacios diversos se hayan sujetos a distinta soberanía nacional, con sus propios regímenes jurídico penales. Para solucionar estos problemas, directamente vinculados con los considerandos en el punto anterior, entran en pugna tres teorías: la de la iniciación del acto, la del resultado final y la de la unidad equivalencia del lugar.¹¹³

La doctrina de la iniciación del acto, toma en cuenta el lugar donde se realizó el movimiento corporal. Se funda en lo que da lugar a la acción represiva, no es el acto prohibido por la ley en sí misma, sino el hecho de cometerlo, el hecho de obrar de manera contraria al orden establecido por el legislador.

¹¹³ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal*, "Introducción y parte general", 16ª ed., (actualizado por Guillermo A.C. Ledesma), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 135.

La doctrina del resultado final es diametralmente opuesta a la anterior. En ella decide el último momento de la acción delictiva; es decir, el de la consumación.

La teoría de la unidad o equivalencia de los lugares, sostiene que el hecho punible se considera perpetrado indistintamente donde tiene lugar la manifestación de voluntad y donde se desarrolla la actividad delictuosa, como también en el lugar donde se produjo el resultado.

Fontán Balestra comenta sobre esta última teoría, la cual resulta aplicable al problema que abordamos y señala: "en lo internacional, esta tesis tiene un gran predicamento, pues responde mejor que ningún otro principio a las necesidades de un orden jurídico unitario de la comunidad. Ha sido adoptada por varios códigos."¹¹⁴

José Cerezo Mir, en la obra señalada, aborda en su capítulo noveno, el problema de la ley penal en el espacio y señala: "la aplicación del principio de territorialidad exige la determinación del concepto jurídico de territorio, que no coincide con el geográfico. Es preciso determinar también el lugar en que se

¹¹⁴ Fontán Balestra, *op. cit.*, p. 135.

considera cometido el delito, en los llamados delitos a distancia, cuando la acción y el resultado se producen en lugares diferentes.”¹¹⁵

Por su parte en México, Francisco Pavón Vasconcelos hace un breve estudio sobre el conflicto de leyes en el derecho privado, “ya que los principios elaborados por la doctrina en este campo, constituyen los antecedentes de los mismos postulados cuya validez reconoce con relación al conflicto de leyes dentro del derecho penal”¹¹⁶ eso nos trae la mente que el principio *lex loci commissi delicti* (la ley del lugar donde se cometió el delito) deriva del principio *locus regit actum* (la ley del lugar donde se celebró el acto).

Asimismo, Pavón Vasconcelos retoma un comentario del trabajo realizado por Porte Petit y señala: “Porte Petit al iniciar el estudio de este capítulo, expresa que a la validez espacial se le conoce generalmente como conflicto de las leyes en el espacio, pero que tal denominación no puede ser acertada, pues tratándose de estados soberanos no es posible hablar de conflicto de leyes y la cuestión así planteada es ya de suyo antigua dentro del Derecho privado, a pesar de lo cual y de lo equívoco de la expresión, se sigue usando en nuestra disciplina”¹¹⁷

¹¹⁵ Cerezo Mir, *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 127.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 132.

Efectivamente, Porte Petit¹¹⁸, por su parte, señala que los principios que se desprenden del principio de territorialidad son:

Delito cometido en el estado del nacional.

Sujeto activo, nacional o extranjero.

Sujeto pasivo nacional o extranjero.

Ley aplicable la del estado donde se cometió el delito o sea del estado del nacional.

Al principio de la territorialidad le enderezan con razón severas críticas dicen Porte Petit, Carrancá y Trujillo, Jiménez de Asúa, y que ha dado lugar como observaremos a que se atempere tal principio con base en otros criterios.

Cerezo Mir señala: “El territorio sentido jurídico comprende todo lugares a los que se extiende la soberanía del estado. Abarca en primer lugar, el territorio sentido geográfico, es decir, la extensión de terreno comprendida dentro de las fronteras del estado. Al territorio español pertenecen, por tanto, la parte de la península ibérica situada dentro de las fronteras nacionales, las Islas Baleares y Canarias y las plazas o territorio soberanía en el norte de África.”¹¹⁹

¹¹⁸ Cfr. Porte Petit, *Aproximaciones de la parte general del Derecho Penal*, 18ª ed., Porrúa, México, 1999. p. 135.

¹¹⁹ Cerezo Mir, *op. cit.*, p. 200.

Porte Petit hace también la definición del espacio terrestre distinguiendo espacio terrestre, espacio marítimo, espacio aéreo, y territorio ficticio como las cosas, naves o aeronaves.

De tal manera que cita el artículo 42 de la Constitución de la República para especificar el concepto de territorio nacional.¹²⁰

Cerezo Mir dice: “En España, como en la mayor parte de los países que adoptan el principio de la territorialidad, como principio básico para la regulación de la eficacia de la ley penal en el espacio, se combina este principio, con otros de carácter complementario y que dan lugar a la aplicación de las leyes penales españolas a conductas realizadas fuera de territorio español, en sentido jurídico”¹²¹

Francisco Muñoz Conde, sobre el particular refiere:

Si el principio de territorialidad se mantuviera a ultranza, muchos hechos delictivos permanecerían en la impunidad, teniendo en cuenta no sólo las facilidades para la movilidad internacional de las personas a que hemos hecho referencia, sino también por la aplicación de una serie de principios internacionales que limita la concesión de la extradición. Debemos advertir aquí que, aunque serán estudiados más adelante, los

¹²⁰ *Ibidem* p. 136.

¹²¹ Cerezo Mú, *op. at.*, p. 200.

requisitos de la extradición condicionan el entendimiento de los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal. Para su debida comprensión recordamos aquí el ya mencionado principio de no entrega de los nacionales a otro país que los reclame, que rige en nuestro derecho y en la mayoría de los ordenamientos modernos.¹²²

2.12. El problema de la extraterritorialidad en los tipos informáticos

El lugar donde se ubica al sujeto activo y el lugar donde se verifica el resultado de su conducta desplegada, pueden en muchas ocasiones no coincidir. Esto es parte de la esencia de estas conductas, su carácter transfronterizo. En tal virtud, este tema es abordado de manera preponderante por tratadistas como Palazzi.

2.12.1. Palazzi.

Palazzi en Argentina escribe:

La Criminología sostiene que tanto el factor espacio como el tiempo constituyen elementos de riesgo que el delincuente tendrá en cuenta al momento de cometer la acción ilícita. En los delitos informáticos estos dos factores se ven altamente disminuidos.

¹²² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 172.

En los delitos cometidos a través de medios informáticos encontramos también las características de los delitos a distancia, entendidos éstos como aquellos en los cuales puede disociarse espacialmente la conducta delictuosa del resultado. Esta extensión espacial plantea problemas que seguidamente analizaremos.¹²³

Veamos un ejemplo. Un *software* puede ser programado en cualquier lugar del planeta y puede producir sus efectos en cualquier otra parte. Ayuda a esto la interconexión cada vez mayor que se da entre computadoras. Por ejemplo, los virus informáticos que se suelen encontrar en los ordenadores personales son hechos en su mayoría en el exterior, por personas que residen allí y producen sus efectos en nuestro país.

Así como la denominada “aldea global” ha eliminado la frontera que divide a las distintas naciones, la criminalidad de esta “aldea global” también se ha adaptado a este nuevo fenómeno¹²⁴. No ha sucedido lo mismo con las normas internacionales. Sin embargo, en la doctrina penal ya se habla de un Derecho penal internacional o comunitario. Y esta extraterritorialidad plantea problemas en cuanto a la competencia, que determinan dónde deberá sustanciarse el proceso y el juez que

¹²³ Palazzi, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹²⁴ Ejemplo de ello puede observarse en las células de grupos terroristas que compran sus boletos de avión *en línea*; transmiten información *vía electrónica*; cursan lecciones de vuelo en simuladores computarizados; hacen transferencias de dinero, de país a país, por computadora y; aprenden a armar artefactos explosivos en *internet*.

deberá intervenir, Más adelante, al abordar el tema de los delitos informáticos y su inclusión en diversas legislaciones, nacionales y extranjeras podremos profundizar en ejemplos que actualizan los conceptos señalados arriba.

Otras leyes son más extensas en su jurisdicción y tienden aplicarse incluso más allá de sus fronteras. Por ejemplo, la Ley de Delitos Informáticos de Malasia del año 1997 establece, bajo el título de *Ámbito Territorial*, que la ley se aplicará a cualquier individuo, con independencia de su nacionalidad e incluso que la ley tendrá efectos fuera de Malasia.

Palazzi continúa:

Lo cierto es que estos problemas de extraterritorialidad del delito van a ser cada vez más frecuentes. Un caso que ocurrió en Argentina fue el intento de traspasar la suma de 30 millones de dólares a una entidad financiera de Uruguay. La maniobra fue frustrada porque uno de los empleados del banco tipió mal una de las claves. Pero de haber ocurrido la transferencia ilícita, se habría planteado un complejo problema de competencia [...]

Cuando la legislación no es lo suficientemente clara definir el 'juez natural', le corresponderá a la jurisprudencia sentar los principios para su determinación. En casos de estafas, las normas penales y la jurisprudencia tiene en cuenta tanto el lugar donde se desarrolla el ardid

propio de la estafa como aquél en el que se verifica la disposición patrimonial pero en definitiva se suele resolver conforme a razones de economía procesal. En otra oportunidad, la dificultad para determinar el lugar de la comisión del delito en estos casos, ha llevado a nuestro más alto tribunal a decidir que en el caso de delitos cometidos a distancia y en diversas jurisdicciones deberá elegirse la jurisdicción atendiendo a las exigencias planteadas por la economía procesal la necesidad de favorecer, junto con el buen servicio de justicia, la defensa de los imputados.¹²⁵

Acostumbrados a determinar que un delito tiene un modo tiempo y lugar, podemos ver que esto constituye el refugio de los autores de un delito de esta especie, pues se puede determinar el lugar y el tiempo donde se causó la lesión al bien jurídico tutelado, sin embargo, lo difícil consiste en establecer el tiempo y el lugar en que se programó dicha lesión jurídica.

2.13. La disociación temporal.

La posibilidad de programar la ejecución del delito informático en una determinada fecha es otra de las características del delito informático. La disociación no es entonces sólo espacial sino también temporal.

¹²⁵ Palazzi, *op. cit.*, p. 73.

Como las computadoras poseen un reloj interno que es alimentado con una batería, es posible determinar la fecha en que se activará el programa o se ejecutará una determinada instrucción. El caso más común es el de los virus informáticos denominados “*Viernes 13*”, “*I love you*”, etc., que se activan en una fecha clave.

Pero la programación de una acción para un tiempo determinado no sólo puede estar ligada con la comisión del delito, sino que puede construir una forma de obstruir la investigación del mismo. Por ejemplo, los programas que al detectar un acceso eliminan determinada información, o avisan del intento de acceso a alguien o al propio autor del delito, que de esta manera sabe que lo están investigando.

2.14. Problemas específicos que plantean *internet* y las *autopistas de la información* al Derecho Penal.

El crecimiento exponencial de *Internet* desde su despegue comercial hasta la fecha ha sido increíble. No obstante su descomunal crecimiento, presenta sus flancos débiles relacionados con la seguridad.

Veamos algunos ejemplos de problemas que produce *Internet*:

La organización terrorista ETA distribuye información sobre sus actividades en servidores de *Internet* ubicados en otros países, pero no en España, para eludir un posible delito de apología de terrorismo. Según informó el responsable de la Unidad de Delitos Informáticos de la Guardia Civil, cualquier usuario español puede acceder sin apenas dificultades a estos servidores internacionales de *Internet* y consultar la información que en ellos ofrece la ETA.

Cuando el médico personal del extinto presidente francés Mitterand, publicó un libro donde revelaba cuestiones relacionadas con el secreto médico, los sucesores del presidente Mitterand obtuvieron una medida cautelar en los tribunales parisinos que logró con éxito prohibir la publicación, la circulación y el secuestro de los ejemplares existentes en librerías. Pero a la semana una copia del libro fue publicada en *Internet* y comenzó a circular digitalmente. Contra esto, parece que la justicia francesa no pudo hacer nada.

Los mercados financieros internacionales interactúan tanto a través de ordenadores, como de los operadores en el piso del mercado y la ubicación física de los mismos ya no es relevante, lo cual, si bien ayudan a la actividad económica y traen ganancias extranjeras a otros países, pueden crear problemas cuando los delitos son cometidos en este mundo etéreo.

Pallazi es quien ejemplifica lo siguiente:

El caso de Baring Brothers es un ejemplo de cómo la existencia de diversos elementos ubicados en diversas partes del mundo puede complicar la determinación de la jurisdicción y el Derecho aplicables. Indudablemente se van a producir problemas entre los tribunales que quieran reservar para sí la facultad de juzgar el delito que tenga algún punto de contacto con ellos.

Dado que un archivo de Internet puede ser accedido por cualquier persona a lo largo del mundo, la posibilidad de conexión con algún tribunal es enorme. Y esto implica un posible conflicto no sólo de normas jurídicas sino también de pautas sociales, culturales y económicas.¹²⁶

El artículo 1 del Código Penal argentino establece que se aplicará por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en lugares sometidos a su jurisdicción y por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo. Mediante esta norma se establece el principio de territorialidad de la ley penal argentina.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 77.

La conexión con otros países puede producirse a través de Internet por acciones realizadas a través de e-mail o de páginas web cuyos efectos se radiquen en nuestro país.

Pero cuando se trata de comunicaciones a través de correo electrónico, parece que el lugar de comisión del delito será el determinante y en estos casos generalmente ello se produce donde se recibe la comunicación.

Cámpoli escribe: “El *cyberterrorismo* no es otra cosa que un acto clásico de terrorismo en el cual el autor utiliza la red o medios informáticos para cumplir sus objetivos, lo cual si bien puede en alguna medida dificultar la persecución de los que resultaren responsables por la impersonalidad del medio utilizado, no por ello debe ser tomado como simple hecho de *hacking* o *cracking*, el cual en la mayoría de los casos puede, según la legislación vigente en cada Estado, quedar impune.”¹²⁷

España ha sido objeto de un ataque terrorista significativo. Lo ocurrido el 11 de marzo de 2004, tiene relación con nuestro tema en cuanto que se realizó a través de dispositivos electrónicos, que sirvieron para detonar a distancia los artefactos colocados en los diversos convoyes que estallaron esa mañana. A su vez, este tipo de actos, como ocurrió en Nueva York, pueden realizarse mediante las

¹²⁷ Cámpoli, Gabriel Andrés, *Delito Penal Informático*, Inacipe, México, 2004, p.76.

comunicaciones *en red* que pueden establecer los terroristas con total libertad. La tecnología sirve, como se ve en estos casos para cometer las conductas más aviesas.

2.15. Cooperación conjunta para combatir el delito informático.

El carácter totalmente descentralizado y no jerárquico de *Internet*, el hecho de no estar ninguna autoridad o control es la mayor ventaja de *la red* respecto de los usuarios. Pero desde el punto de vista legal ello constituye un grave problema. La ley penal se caracteriza por su aplicación territorial y choca con la dimensión transnacional de *Internet*.

En razón de que *Internet* no reconoce límites geográficos y que los delitos traspasan las fronteras se ha tomado la conciencia de la necesidad de cooperación conjunta para combatir el delito informático.

En la Unión Europea existe preocupación por el fenómeno de la delincuencia a través de redes informáticas globales. Así, en la Iniciativa europea de comercio electrónico se sostiene que:

Un problema que cada día preocupa más es la aparición de la 'ciberdelincuencia', con delitos como lavado electrónico de dinero, las

actividades de juego ilegal, la piratería informática o la violación de la propiedad intelectual. La cooperación internacional está ya muy avanzada en determinadas áreas fundamentales, como la lucha contra la delincuencia internacional organizada que se sirve de las nuevas redes de comunicación. Ante las nuevas formas de delincuencia informática y tecnológica que han aparecido en las redes mundiales (los delitos de piratería informática registrados están experimentando un crecimiento anual del 100%), las autoridades públicas han reaccionado enérgicamente[...] En Europa (Europol), así como en un contexto internacional más amplio se han creado grupos especiales y se ha reforzado la cooperación transfronteriza en áreas tan importantes como la ‘localización y seguimiento’ (*trap and trace*) de delincuentes en línea y la ‘búsqueda y confiscación’ (*search and seize*) de pruebas digitales. También se están haciendo esfuerzos para armonizar la legislación penal en materia de delitos informáticos y evitar la aparición de paraísos digitales. A raíz del Consejo de Dublín, se creó un Grupo de Alto Nivel que está ultimando un plan de acción para luchar contra la ciberdelincuencia. Estos esfuerzos revisten una importancia fundamental para incrementar la confianza en el comercio electrónico internacional¹²⁸

Este movimiento internacional fue coronado en abril del 2000 con la reciente propuesta del Consejo de Europa de crear un tratado sobre delitos informáticos. El tratado no sólo incluye armonización de figuras penales sino también distintas figuras penales sino también distintas formas de cooperación entre las autoridades

¹²⁸ Iniciativa europea de comercio electrónico, 1999.

nacionales, tales como intercambio de datos en línea y acuerdos de extradición más efectivos.

Con esto se busca evitar lo que ocurrió con el virus escrito en Filipinas, y que infectó a ordenadores en los Estados Unidos y Europa: Filipinas carecía de leyes sobre delitos informáticos, lo que obstaculizó la posibilidad de extraditar a los creadores del virus.

2.15.1. Márquez Piñero.

El penalista Márquez Piñero señala:

Puede decirse, en resumen, que no nos encontramos ante el fin del Estado, ni siquiera del Estado nación, sino ante el surgimiento de una forma superior, más compleja, y más flexible de Estado comprensiva de las anteriores, y cuyo propósito es agilizar sus componentes y hacerlos operativos en el nuevo contexto mundial.

Puede afirmarse, efectivamente, que en el Estado no será superado por la economía, lo que sí ocurrirá es que nos encontraremos en el comienzo de un Estado que hunde sus raíces en la sociedad. Sin duda en este pensamiento flota la teoría sociológica de Niklas Luhmann. Y precisamente, concluye Castells que «como la sociedad informacional es

variopinta, el Estado red es multiforme. En lugar de mandar habrá de navegar». ¹²⁹

En realidad, en alguna forma, nos estamos aproximando al concepto de gobernabilidad mundial, que supone una graduabilidad en el trasvase de un *numerus clausus* y específico de capacidad jurisdiccional a instituciones políticas comunes. Y un avance en el sistema de cooperación internacional multilateral que sea capaz de conectar la realidad global con las exigencias de cada nación.

2.15.2. Nuestra opinión

Un problema global, de características supranacionales no puede ser resuelto con leyes regionales, ello nos aleja de resolver este aspecto que día a día cobra mayor importancia dadas las transacciones que se generan por el ciberespacio. Más adelante encontraremos sustento a esta opinión con la explicación del fenómeno de la globalización y con el breve recuento de nuestras leyes penales.

Hemos observado la naturaleza de los delitos informáticos, cuya realización puede variar del lugar donde se programó cierta alteración en el contenido de la información, al lugar donde se desarrollará el resultado de la misma, por tanto,

¹²⁹ Márquez, Piñero, *Derecho Penal y Globalización*, 1ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 193.

debemos coincidir en que nuestra solución debe contemplar espacios más amplios en la aplicación del derecho, a fin de que éste resulte eficaz.

2.16. El problema de nuestra legislación ante los delitos informáticos.

Es el penalista Francisco González quien en su libro *El Código Penal Comentado*, nos hace una recapitulación de la legislación penal:

Puede notarse que se trata de una legislación uniforme para todo el territorio nacional, lo que comenzó a cambiar al establecerse en la constitución de 1824, en su artículo 161, fracción II, la facultad de los estados para expedir sus propias leyes.

Son los constituyentes de 1857 los que establecen de forma sistematizada las bases del Derecho Penal mexicano, las que luego fueron aplicadas por leyes del 4 de diciembre de 1860 y del 14 de diciembre de 1864. La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora, principalmente en materia penal, es de continuo señalada por los Ministerios de justicia y por la Suprema Corte. Se reconoce la urgencia de clasificar los delitos y las penas, empresa que califica de ardua el Presidente Gómez Farías, si bien añadiendo que es menester arrostrarla, darle principio, aun cuando quede al futuro el logro de su completa realización.

Vencida la intervención francesa, el Presidente Juárez, al ocupar la capital de la República y organizar su gobierno (1867), tras la terrible lucha armada, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública al

licenciado Antonio Martínez de Castro, el notable jurista a quien correspondió presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal mexicano federal para toda la República y común para el Distrito y Territorios Federales.

La federalización trajo consigo la imitación legislativa de los Estados Unidos de América, aun cuando su sistema legal deviene de una familia distinta a la de nuestro Derecho y, aun cuando hubo concordancias, la impunidad estaba cobrando su primer fruto.¹³⁰

El doctor Ricardo Franco Guzmán escribe:

Al despuntar el alba del 1 de enero de 1901, o sea al comenzar el siglo XX, la mayoría de las entidades de la Federación ya tenían su propio Código Penal y de Procedimientos Penales.

El 5 de febrero de 1917 se promulga una nueva Constitución, que dice en su artículo 124: 'Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. Como se observa, dicho precepto es idéntico al 117 de la Constitución de 1857.

En 1929 se promulga un 'Código Penal para el Distrito y Territorios Federales', aplicable también en los casos de la competencia de los tribunales penales federales, el cual se creó bajo las directrices de la Escuela Positiva penal [...]

A lo largo del siglo XX hemos tenido un verdadero mosaico de códigos penales y de procedimientos penales en toda la República. No

¹³⁰ González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 13ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. XVII - XX.

ha habido uniformidad, ni unidad, ni concierto en todos ellos. Estamos en el completo caos.

En el ámbito constitucional. Las disposiciones de los artículos 16 y 20 de la Constitución Federal han sido interpretadas en las más diversas formas por los Estados de la República, que algunos han acatado y otros las han ignorado total o parcialmente.

Basta con el ejemplo del artículo 16 que establece los requisitos para librar orden de aprehensión. Nunca existió un criterio uniforme acerca de los elementos para librar orden de captura. Fue hasta la reforma de 1993 en que se precisó que debían existir 'datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal', lo que daba mayor solidez y seguridad a dichos mandatos de captura. Sólo algunos códigos reformaron sus disposiciones para ponerlos de acuerdo con dicha reforma.

Sin embargo, en 1999 se reformó de nuevo dicho párrafo para establecer que 'existan datos que acrediten el cuerpo del delito', lo que ha producido grave desconcierto en todos los Estados de la República, dado que no existe un criterio uniforme sobre el tema, pues el constituyente permanente dejó que cada uno de los Estados y el Congreso Federal dilucidaran y definieran los elementos que constituyen el cuerpo del delito o, por lo menos, los que se necesitan para acreditarlo.¹³¹

¹³¹ "El caos de la legislación penal en México y la necesidad de transformarla en federal" de Franco Guzmán, Ricardo *et al.*, *Estudios en Honoraje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 1ª ed., Porrúa, México, 2001, pp. 131 y ss.

En ese tenor de ideas, la idea del Dr. Franco Guzmán se ve reflejada en el tema que ahora tocamos. Ya sea en mayor o menor grado¹³², los delitos informáticos están establecidos en los Códigos penales de Aguascalientes, Baja California, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Morelos, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Querétaro, Tabasco, Tamaulipas, Zacatecas y en el federal. Asimismo existen códigos penales estatales donde no se hace referencia alguna; éstos son los de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz Llave y Yucatán. Esta variedad confirma el caos aludido por el Dr. Franco Guzmán.

El Derecho Penal se enfrentará a la idea del derecho penal mínimo, a las nuevas tecnologías, a la ambiciosa idea de una justicia internacional, a un respeto irrestricto a los derechos humanos y a las formas en que éste se habrá de comprender a sí mismo, a través de nuevos sistemas que recojan los elementos que al día de hoy nos han permitido tener un moderno derecho penal. En México deberíamos comenzar por unificar nuestras leyes penales y luego, por ahondar en el debate de esta materia.

¹³² Entendiéndose esto si la legislación establece los delitos informáticos, o bien sólo enuncia algún medio electrónico relacionado con los mismos.

Retomamos lo propuesto por la doctora Verónica Román Quiroz cuando escribe: “Para que el Derecho Penal pueda seguir cumpliendo su misión de proteger bienes jurídicos y no sólo genere la sensación ilusoria de seguridad, por medio del fetiche de una legislación simbólica, han de reformarse cuidadosa y simultáneamente todos y cada uno de los dispositivos contenidos en los sustentos secundarios para armonizarlos con el respectivo primario. Pues las tendencias legislativas dominantes en el momento actual dan pauta a la más amplia arbitrariedad.”¹³³

2.16.1. Nuestra opinión.

Es reciente la escisión entre la legislación penal federal y la del Distrito Federal. Lo que aparentemente fue un logro para la legislatura capitalina, es un retroceso para la aplicación certera de la ley penal. La unificación de la ley penal ha sido una preocupación constante para aquellos juristas que conocen la terrible tarea de tratar de hacer coincidir diversos preceptos criminales. Resulta que de una entidad a otra los delitos varían, las edades penales difieren y, ello sólo acarrea impunidad. No sirve de nada vanagloriar el esfuerzo de la legislatura sinaloense por integrar las primeras figuras delictivas de carácter informático, si con tan sólo ir a

¹³³ Román Quiroz, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, p. 291.

Sonora o a Durango es inaplicable dicho cuerpo legal para una conducta antijurídica como la contemplada en su artículo 217.

Lo cierto es que ahora, con el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, será aún más difícil la unificación de la legislación en materia penal, lo que consideramos un desacierto frente al problema que ahora abordamos y que requiere no sólo de la coincidencia de soberanías estatales, sino internacionales para proteger las mismas.

Será en el próximo capítulo donde trataremos las características de la legislación internacional para abordar el tema de los delitos informáticos así como los elementos que pueden hacer de ellos una tarea ineficaz.

Capítulo III

Derecho Penal e Informática. (Teoría del delito)

3.1 Teoría del delito.

Una vez observada la estructura de la norma penal, es necesario analizar desde luego la estructura del delito. Desde esa perspectiva podremos apreciar su conformación así como sus alcances. Mucho tiempo ha pasado desde que se pensaba que el delito se componía de dos elementos o “fuerzas”: una física y otra moral (Carrara), de modo tal que resulta de sumo interés adentrarse a las distintas corrientes del pensamiento que han intentado encauzar el estudio de los ilícitos penales.

Jiménez Huerta señala sobre el particular: “Si abrimos un Código Penal de cualquier nación o época y fijamos la vista sobre su Parte Especial, de inmediato advertimos que ésta contiene un catálogo de figuras delictivas, bien diferenciadas unas de otras por sus típicas texturas. Y precisamente, la típica trama de cada figura y la significación ínsita en su *tipicidad*, han puesto en un primer plano de la consideración jurídica el valor del subrayado vocablo en la formación conceptual del moderno Derecho punitivo.”¹³⁴

Efectivamente, a través de los diversos códigos penales que se han producido a lo largo del tiempo podemos conocer no sólo las instituciones penales de cada

¹³⁴ Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 6ª. Ed., Porrúa, México, 2000 p. 21.

pueblo, sino también sus preocupaciones sociales. Una sanción determinaba el grado de importancia que revestían los bienes protegidos y la escala de éstos.

Siendo la tipicidad un elemento constitutivo en la estructura de la teoría del delito, haremos únicamente un repaso sobre dicha teoría, sin extender más allá de los límites de este trabajo la exposición respectiva.

Señala el penalista mexicano Ricardo Franco Guzmán:

La Dogmática del Delito no ha sido en todos los tiempos ni para todos los autores, verdad única. En torno a ella siempre han existido problemas y se han suscitado discusiones de altura, que han puesto de relieve la complejidad de este fenómeno tan rico que es el delito.

En una rápida mirada hacia el pasado podemos contemplar cómo fue evolucionando, a partir de los primeros tiempos, desde una contraposición a las leyes divinas, al mandato personal de los monarcas y de los detentores del poder, hasta la concepción moderna que la finca en la infracción a las normas de cultura (Mayer).¹³⁵

¹³⁵Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e injusta, formación del concepto de antijuricidad*, México, 1950, pp. 13-14.

3.1.1. Teoría del Delito y sistema penal.

Vimos líneas arriba el fundamento filosófico dogmático en el que se sustentan los sistemas penales, expresados por teorías referentes al delito, éstas a su vez habrán de establecer los elementos que compondrán el objeto de estudio y, en ese tenor se cumplirá con el establecimiento de lo antijurídico así como el juicio de valor para establecer la sanción correspondiente. (*Supra* 2.2.3.).

Una de las mayores preocupaciones de la sociedad es enfrentarse a una conducta antisocial, que, aun cuando es catalogada y reprochada, no se encuentra tipificada como delito, ya sea por política criminal o porque la conducta rebasa a la imaginación del legislador. En el caso que nos ocupa podemos establecer, anticipándonos al capítulo siguiente, que en ocasiones parecen existir nuevos delitos no comprendidos en el código punitivo, sin embargo, vistos a la luz de su propia esencia encontramos que la tecnología no es una forma de nueva conducta, sino un medio para ejercitar las ya conocidas. No está de más recordar parte de lo que una conducta típica debe contener, toda vez que ello contribuirá a no dejar la norma falta de eficacia por error de formación.

El tratadista argentino Eugenio Zaffaroni, en su *Manual de Derecho Penal*, señalaba el doble valor que posee la Teoría del Delito, primero por su utilidad y segundo, por su necesidad. Dicho autor escribió: "Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir cuáles son las características que debe tener cualquier delito."¹³⁶ Asimismo, y una vez renovado su trabajo científico, el mismo autor señala:

Al final del camino (o proceso) se llega a la criminalización secundaria formal de una persona (en términos sociológicos), pero en términos jurídico-penales esto presupone dos grandes divisiones de compuertas selectivas: (a) un primer orden de éstas sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilita el ejercicio del poder punitivo; (b) dados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta cómo debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento. Al primer sistema se le denomina usualmente *teoría del delito* y al segundo *teoría de la pena*, que cabe entender más precisamente como *teoría de la responsabilidad penal o punitiva de la agencia jurídica* (no del criminalizado, pues quien debe responder es la agencia).¹³⁷

Por su parte, Giuseppe Maggiore ubica a esta teoría dentro de la Teoría General del Derecho. Asimismo, dice: "Si la teoría del delito es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del Derecho, debe tener una estructura

¹³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1986, p. 333.

¹³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *et al.*, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed. Porrúa, México, 2001, p. 357.

sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad [...] Sin embargo, las dificultades pueden ser superadas, si tenemos presente que la Teoría del delito, como la del Derecho, depende de la lógica. La Dogmática es una filiación directa de la lógica -la clásica lógica formal- y de ella ha de tomar sus divisiones, sus problemas y sus leyes."¹³⁸

Esto es, que a través de la lógica entraremos al estudio de aquellos caracteres que tiene todo delito.

El delito, una vez comprendido desde esta perspectiva y tomando en cuenta la definición aportada en el capítulo anterior (*supra* 2.7.), debe observarse como un ente propio de la ciencia del derecho que contendrá aquellas conductas humanas tachadas de antisociales, en un tiempo y espacio determinados. Para la lógica quedan las tareas de definir y de dividir al delito como tal, entendiendo que al definir, establece cuáles son sus aspectos esenciales y al dividir, clasifica al delito por dichos caracteres.

¹³⁸ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, *El Delito*, traducción de José J. Ortega Torres, reimprisión de la 2a. ed., Temis, Bogotá, p. 268.

3.2. Elementos del Delito.

El concepto de delito lo podemos obtener de los elementos constitutivos del mismo, pero más aún, de los elementos que se establecen en ese sentido y de la metodología con la que se ubiquen sus caracteres podemos también determinar el sistema penal en el que se inscribe el referido concepto. Por la ubicación del dolo podemos saber si se trata de la teoría causalista o finalista, pero ello no es, en este caso el objetivo de nuestro trabajo, pues en la especie éste se circunscribe o delimita a la exposición de los elementos del tipo y más específicamente a los medios comisivos.

3.2.1. Ubicación sistemática.

Es a Sauer a quien debemos la clasificación de aspectos positivos y negativos del delito. Los elementos positivos son aquellos aspectos posibles de integrar a la figura delictiva. A su vez, a cada elemento corresponde un aspecto negativo que impide dicha integración. Al delito se le contrapone lo que no es.

Siguiendo las teorías clásica y neoclásica encontramos los siguientes

Aspectos positivos

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad
- e) Punibilidad

Aspectos negativos

- a) Ausencia de conducta
- b) Atipicidad
- c) Causas de justificación
- d) Causas de inculpabilidad
- e) Excusas absolutorias.

Estos caracteres o aspectos nos permiten, sólo para efectos expositivos, ubicar los elementos que conforman de manera básica al delito y, a su vez, establecer el concepto del mismo, como una conducta, típica, antijurídica, culpable y punible.

3.2.2. Ubicación sistemática según Daza Gómez.

El penalista Carlos Daza Gómez establece, de acuerdo con el finalismo, una ubicación sistemática diversa a la señalada en el punto anterior, sin embargo, dicha ubicación no altera de modo alguno la pretensión de este estudio.

“Consideramos que la Teoría del Delito tiene en la actualidad categorías que integran los presupuestos de la consecuencia jurídica: pena y medida de seguridad.¹³⁹

Presupuestos:

- a) Tipicidad
- b) Antijuricidad
- c) Culpabilidad¹⁴⁰

Consecuencias Jurídicas:

- a) Pena
- b) Medida de seguridad

3.2.3. Delito como acción.

Para que un delito exista es preciso que se produzca una conducta humana, por conducta, escribe Miguel Romo Medina, "entendemos el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, la acción *strictu sensu*, es un hacer

¹³⁹ Sobre las medidas de seguridad, Claus Roxin escribe: "Para comprender el moderno Derecho penal es decisiva la diferencia entre sus dos consecuencias jurídicas [...] toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Así se dice en el parágrafo 46 I 1: 'La culpabilidad del sujeto es la base de la medición de la pena'. Por tanto, si falta la culpabilidad, p.ej., por trastornos mentales (20) o por un error de prohibición invencible (17), está excluida la punición del sujeto. En cambio, aunque falte la culpabilidad, es perfectamente posible imponer una medida de seguridad si el sujeto como consecuencia de su estado es peligroso para la colectividad' (63 I) [...] Ahora bien, pena y medida de seguridad no necesariamente guardan entre sí una relación de alternatividad, sino que frecuentemente se aplican también conjuntamente. [...] Más bien sucede que la culpabilidad como presupuesto de la pena y peligrosidad como presupuesto de la medida se encuentran entre sí en relación de dos círculos secantes, por lo que pena y medida de seguridad pueden presentarse respectivamente como consecuencia jurídica por sí sola, pero también conjuntamente." (*Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, *Fixclamertas. La estructura del delito*, 1ª reimpresión, Civitas, trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 42.)

¹⁴⁰ Daza Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimpresión, Cárdenas Editor, México, 2001, p. 69.

voluntario, positivo, un movimiento del organismo del hombre capaz de ser percibido por los sentidos."¹⁴¹ Así, para el Derecho Penal es importante estudiar a la conducta no sólo desde ese sentido estrecho de un hacer positivo sino va más allá, con el análisis de la omisión, es decir, la conducta es vista en su sentido lato, Carrancá y Trujillo escribe:

Atendiendo a la fuerza física, en el lenguaje de Carrara, o a la conducta, según lo antes dicho, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable [artículo 7 C.P. Federal (*nota del autor*)]; la acción en el aspecto positivo o *stricto sensu* es denominada por el Código Penal acto (de *actus*, hecho ejecutado u obrado) y en el negativo, omisión. La acción *lato sensu* se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto - acto- o de una omisión. En el acto se realiza una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber hacer.¹⁴²

Más adelante veremos que la acción se puede introducir como un elemento del tipo.

¹⁴¹ Romo Medina, Miguel, *Criminología y Derecho*, 2ª ed., UNAM. México, 1989, p. 46.

¹⁴² Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano, parte general*, Porrúa, México, 1988. p. 276.

3.2.3.1. La acción en los delitos informáticos.

Las conductas perseguibles o bien susceptibles de reproche social en el ámbito de la computación son muy variadas, van desde el simple robo de información, hasta el daño patrimonial más severo en los sistemas de cómputo y financieros de una entidad, pero algo tienen en común: la expresión de dicha conducta por medio de un sistema electrónico empleado con esos fines.

Y tal pareciera que la expresión de la conducta se ejerciera de manera directa, sin embargo, cabe la posibilidad de que ésta se realice a través de la omisión en la revisión de un sistema de cómputo. Pensemos en el caso de una persona a la que le es encargada la verificación de los programas de seguridad. Dicha persona, por negligencia, señala que no existe defecto alguno en ese sistema, y éste se ve irrumpido por un *hacker*, intromisión evitable si el encargado hubiera hecho correctamente su trabajo. Como vemos la responsabilidad puede existir en la comisión por omisión.

3.2.3.2. El resultado.

El resultado en la teoría del delito es la manifestación fenomenológica del mismo, cuya existencia presume una conducta probablemente reprochable.

3.2.3.3. Márquez Piñero.

Márquez Piñero cita a Jiménez de Asúa quien señala: “El resultado es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta.”¹⁴³

3.2.3.4. Carrancá y Trujillo.

Para Carrancá y Trujillo el resultado es explicado del siguiente modo:

Cuando existen alteraciones o modificaciones en el mundo fenomenológico o en el jurídico, éstas tienen especial interés para el Derecho si acaso son producidas por una conducta humana. La acción es causa de un resultado, que es ‘la modificación del mundo exterior’

¹⁴³ Márquez Piñero, *Derecho Penal, parte general*, 2ª. Reimpresión, Trillas, México, 2001, p. 171.

(Maggiore), el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas; en los delitos de resultado externo, de lesión o daño, cambio tangible y material (p.e. lesiones) o en los de simple actividad, cambio sólo psíquico (p.e. injurias). También es resultado el peligro de cambio en los delitos de peligro, el *pericolo corso* de Carrara (p.e. en abandono de personas).¹⁴⁴

El resultado en los delitos informáticos tiende a manifestarse a través de la lesión de distintos bienes jurídicamente protegidos, atenta contra el patrimonio, la privacidad, la honra y hasta la vida de las personas; permite la intercomunicación entre grupos organizados para delinquir y fomenta conductas antisociales.

3.2.5. Tipo y Tipicidad.

La tipicidad como elemento del delito, requiere de ser distinguida del tipo, con el que usualmente es confundida. El tipo penal es la expresión jurídica, mediante la cual el legislador expresa la conducta antisocial y la tipicidad el proceso mediante el cual podemos adecuar una conducta al tipo. En las líneas siguientes, diferentes juristas establecen sus respectivas concepciones sobre el tema.

¹⁴⁴ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pp. 276 -277.

3.2.5.1. Rusconi.

Maximiliano A. Rusconi destaca: “En primer lugar Zaffaroni reflexiona sobre la base de tres conceptos fundamentales: tipo penal, norma y bien jurídico.

El tipo penal es el instrumento conceptual, en su pertenencia a la ley, que nos permite descubrir la ‘norma penal’ o sea aquella que deja traslucir cuál es el bien jurídico protegido.”¹⁴⁵ Contrario a lo establecido por Rusconi, establecemos que, en ocasiones el bien jurídico tutelado no es bien definido por el creador del tipo penal. Por ejemplo en el título referente al acceso ilícito a sistemas y equipos de informática (Título Noveno en el Código Penal Federal) no se define con certeza el bien jurídico tutelado.

3.2.5.2. Daza Gómez.

Daza Gómez escribe respecto al tipo penal:

¹⁴⁵ Rusconi, Maximiliano A., *Los límites del tipo penal, un análisis de la tipicidad conglobante*, 1ª. ed., Ad Hoc, Argentina, 1992, p. 29.

Según Francisco Muñoz Conde, el tipo es 'la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal'.

Juan Bustos Ramírez señala que el tipo legal: 'no sólo describe acciones u omisiones; sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado'. Por su parte, Enrique Bacigalupo considera que el tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la Ley Penal. Lo definen como: la descripción de la conducta prohibida por una norma. Para Reinhart Maurach 'el tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica'.

El tipo para nosotros es concebido como descripción de la acción prohibida creada por el legislador.¹⁴⁶

3.2.5.3. Roxin.

El penalista alemán Claus Roxin escribe: "Welzel llega a la siguiente definición:

'Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida'; y también: 'es la materia de la prohibición (materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales.'¹⁴⁷

¹⁴⁶ Daza Gómez, Carlos, *op. cit.*, pp. 69 - 70.

¹⁴⁷ Roxin, Claus, *Teoría del Tipo Penal, (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, Depalma. Buenos Aires, 1979, p. 4.

3.2.5.4. Jescheck.

El penalista alemán Hans Heinrich Jescheck escribe:

De acuerdo con la teoría del tipo creada por Beling, el sentido del tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción cualquiera. Por el contrario, el tipo nada indicaba sobre la antijuricidad, siendo únicamente el objeto, formulado en elementos conceptuales, de juicio de valor que debía ser extraído de las normas jurídicas en su totalidad. Tan sólo con la teoría teleológica del delito se abandonó la consideración formal de Beling y ya no se vio más en la descripción del delito una exposición fáctica libre de valoración, sino la expresión de los elementos del tipo de una determinada clase del delito. El tipo se convierte así en 'materia de la prohibición de las disposiciones jurídico penales', en 'descripción objetiva del comportamiento prohibido'. Frente a ello, el examen de las causas de justificación se ubique en otro lugar y no coincide con el examen de la antijuricidad lógica.¹⁴⁸

3.2.5.5. Jiménez Huerta.

Para el distinguido maestro español Mariano Jiménez Huerta, el tipo es la descripción de conducta que a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley

¹⁴⁸ Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, (traducción José Luis Manzanares Samaniego), Granada, España, 1993, p. 221.

como garantía de libertad y seguridad y como expresión técnica del alcance contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible, y es con este autor con quien enlazamos los conceptos de tipo y tipicidad, y para tal efecto escribe:

La tipicidad es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho punitivo que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado para poner en relieve que es imprescindible que la antijuricidad esté determinada de manera precisa e inequívoca. Su significación conceptual simboliza en el tipo, o séase, como dice Mezger, en el 'injusto descrito concretamente en la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal'. 'Es indudable escribe este autor que el delito es acción antijurídica, pero si no fuere más que esto, podría cualquier precepto del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa: el más importante presupuesto de la pena la antijuricidad sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, e incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello, resulta imprescindible que el mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en que concierne a la

fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El Derecho penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo.¹⁴⁹

Dicho autor, adherido a la corriente finalista, refiere que

Difícilmente podríamos hallar un razonamiento más elocuente y sencillo que el mezeriano que acaba de transcribirse para descubrir y exponer la *ratio essendi* de la tipicidad. Este pensamiento sitúa su razón de ser en el marco cultural de nuestra época, esto es, en el plexo de ideales políticos y jurídicos que integran nuestra civilización. La tipicidad es, pues, una expresión propia del Derecho punitivo, equivalente técnico del apotegma político '*nullum crimen sine lege*' bien con el nombre con que ahora técnicamente se le designa, bien como garantía de libertad consagrada en la parte dogmática de las constituciones políticas, la tipicidad ha sido, desde el inicio de los regímenes de derecho, el fundamento del hecho punible. Las legislaciones de la casi totalidad de los países modernos proclaman expresamente este principio. Así, por lo que respecta a México, el artículo 14 de la Constitución Federal dispone que: 'en los juicios del orden criminal quedó prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata'.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

Sobre el particular, de manera genérica, el artículo 7 del Código Penal Federal estatuye que “Delito es aquel acto u omisión que sancionan las leyes penales”, sin embargo, más allá de esa concepción genérica, el Código Penal para el Distrito Federal establece el principio de tipicidad en su artículo 2.

3.2.5.6. Franco Guzmán.

En forma sencilla y clara el doctor Franco Guzmán en su cátedra define a la tipicidad como: "La adecuación de una conducta o hecho al tipo."

3.2.5.7. Carrancá y Trujillo.

Raúl Carrancá y Trujillo al abordar el tema de la tipicidad, nos explica:

La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. A lo dicho sobre el particular sólo hemos de añadir que la acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las

que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe. Por esto puede decirse así mismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es *ratio cognoscendi* éste de aquélla, como el humo del fuego (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su *ratio essendi* [...]

La conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal. Tal hipótesis legal constituye el tipo. El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito (Jiménez de Asúa). Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.¹⁵¹

3.2.5.8. Daza Gómez.

Al abordar la tipicidad, el doctor Daza Gómez, siguiendo la cátedra de España, se remite a Bacigalupo Zapater y a Francisco Muñoz Conde para establecer lo siguiente:

Bacigalupo considera 'que en la práctica la primera operación que deberá realizarse para verificar la tipicidad de un comportamiento, es la de comprobar si se trata de un comportamiento evitable o no'.

¹⁵¹ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 422.

Por su parte, Muñoz Conde dice que toda acción u omisión es un delito si infringe en el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad).

Opinamos que la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal.

En México, el artículo 14, en el párrafo tercero de nuestra Constitución General de la República, establece el principio *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Actualmente, el tipo cumple tres funciones: las de adecuación, de garantía y de motivador general.

El tipo penal se denomina tipo de adecuación y se diferencia de otros conceptos del tipo por su amplitud. El tipo de garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad, conducirán a la aplicación de una pena y que puedan no caber dentro del tipo de la adecuación, por ejemplo: desistimiento en la tentativa. Para explicar la función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. Función motivadora, porque el legislador indica en el tipo penal a los ciudadanos qué conductas están prohibidas, y con ello se abstengan de realizar la conducta prohibida, materia de prohibición.¹⁵²

¹⁵² Daza Gómez, *op.cit.*, pp. 69 - 70

3.2.5.9. Reynoso Dávila.

Un jurista que recientemente ha aparecido con diversas publicaciones de la materia es Roberto Reynoso Dávila, quien al abordar el tema destaca:

Los tipos de delitos o figuras de delito, son conceptos que tienen como antecedente el *corpus delicti*, expresión ideada por Próspera Farinacci, o sea, el conjunto de elementos integrantes del delito, tanto los de carácter objetivo como los de carácter subjetivo y entendiéndose por tipicidad, la adecuación o correspondencia entre una conducta en concreto con el molde típico o figura de delito.¹⁵³

3.2.5.10. Nuestra opinión

Hemos comprendido al tipo como el enunciado normativo en el cual se contienen los caracteres que debe cumplir una conducta jurídicamente reprochable. Este enunciado cobra sustento desde la promulgación de la ley fundamental de cada Estado, de modo tal que sólo habrá delito cuando así lo prevea la ley. Esto es, sólo tendrá consecuencias de carácter penal cuando así lo prevea un tipo.

¹⁵³ Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Porrúa, México, 1998, p. 62.

En lo que se refiere a nuestra Constitución, ésta prevé el principio de nula pena sin delito y nosotros nos adherimos a aquel que señala “*nulla poena sine tipo*”, porque además de éste deriva el principio de seguridad jurídica, producto histórico que garantiza la aplicación de una sanción a la contravención de una norma previa que protege bienes jurídicos fundamentales.

En ese tenor seguimos lo establecido por el maestro español Jiménez Huerta, quien en su libro sobre *Derecho Penal Mexicano* señala:

Típico es, subraya Cicala, todo el derecho penal, entendido como orgánico ordenamiento jurídico sustancial, preceptivo y sancionatorio, y también por este carácter, el derecho penal se contrapone a las otras ramas del derecho público y privado (administrativo, financiero, civil), en los cuales es admitida la atipicidad de los hechos y de las relaciones jurídicas, así como también la atipicidad de los correlativos hechos ilícitos. La antijuricidad penal dice Guameri se funda sobre el requisito de la tipicidad que, requerida por el derecho penal, no tiene relieve en el campo civilístico. Todavía con mayor elocuencia, Jiménez de Asúa declara que la tipicidad es rigurosamente penal, porque sólo en este derecho funciona el tipo con carácter agotador, cosa que no ocurre en materia civil o comercial, ya que puede invocarse la costumbre, la analogía los principios generales del derecho, la equidad, etc., junto a la ley que describe la figura del contrato o del testamento. Y finalmente, Welzel también afirma que mientras en las demás ramas del derecho, la

generalización de los preceptos jurídicos puede ser aplicada en forma relativamente amplia, el Derecho penal debe describir lo injusto a través de acciones típicas.¹⁵⁴

El establecer un tipo penal implica, el juicio previo mediante el cual el legislador ha valorado aquellas conductas antisociales que, a su parecer merecen una sanción ejemplar, por tanto, en esta descripción se conjuga la valoración del bien jurídico tutelado, los fines, así como la consecuencia que habrá de señalar a quien actualice la hipótesis normativa.

Pensar que los *delitos informáticos* se pueden castigar desde este momento con las leyes habidas, nos enfrentará a la discusión de si acaso no estaremos interpretando por analogía o mayoría de razón (prohibidas por el referido artículo 14 constitucional, como vimos en el segundo capítulo) los tipos existentes y, al efecto, nuestra hipótesis sólo se ve disminuida por el ámbito territorial ya quebrantado por la multiplicidad de las leyes penales que tenemos, pues en efecto, en la mayoría de las ocasiones en que un sistema computarizado se ve inmerso en la comisión de este tipo de delitos, sólo lo hace de manera accesoria, tal vez esencial, tal vez como elemento *sine qua non*, pero como lo señalamos, en esa mayoría de ocasiones no deja de ser *el instrumento, el medio* para dicha comisión.

¹⁵⁴ Jiménez Huerta Mariano, *op. cit.*, pp. 23 - 24.

Líneas abajo veremos que en ese aspecto la ciencia penal no se ha adentrado en el tema, lo relativo a los medios comisivos, pero el tema que abordamos hace de su enunciación el centro de esta discusión.

Pero el problema no disminuye si pensamos que estas teorías sobre el tipo no se aplican de manera general en todo el mundo. Los delitos cometidos a través de las computadoras u ordenadores son transfronterizos y los alcances de la ley penal no. Tenemos una Europa continental que convive con el *common law* de Inglaterra y, en América tenemos una gran parte con tradición romano – canónica y otra con la influencia del derecho anglosajón. El delito no es visto bajo la misma perspectiva, lo que ha permitido la propagación de la delincuencia en *la red*.

3.2.6. Evolución del concepto de tipo penal.

Los elementos que componen al delito evolucionan o son modificados según la corriente del pensamiento que no sólo les dan una característica sino un sitio determinado dentro del sistema al que pertenecen. El tipo penal ha tenido su propia evolución a lo largo del siglo pasado, de modo tal que ha sido el centro de discusiones para causalistas y finalistas por la ubicación del dolo como un elemento más del tipo.

3.2.6.1. Reynoso Dávila.

Reynoso Dávila expone en su libro *Teoría General del Delito*, lo relativo a la evolución del tipo penal y, una vez entendido el fundamento del mismo, escribe:

Primera fase. Beling: Con su teoría de la tipicidad, en 1906 sostiene la independencia del tipo. Función descriptiva separada de la antijuricidad y de la culpabilidad; desprovista de tiempo, espacio y existencia, a la cual debe subsumirse la acción que es sustrato o acontecimiento histórico que cobra significación cuando se le separan los caracteres positivos o propiedades al tipo y queda exclusivamente su lado negativo: la acción, fantasma sin sangre.

Segunda fase. Max Ernst Mayer en 1915 con su teoría de la norma de cultura afirma el carácter indiciario de lo injusto, fundamento de éste y actúa de igual manera que el humo y el fuego. Existen acciones antijurídicas que no son típicas. La tipicidad no se reduce a una mera descripción, puesto que se le atribuye un valor, indiciario sobre todo en orden a la antijuricidad (fase indiciaria) supuesto que los tipos no puedan verse como meras abstracciones, no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valorización que el legislador realiza de determinada hipótesis que crea o absorbe, pero todo ello con la idea precisa de preservar la integridad de los bienes culturales que considera merecedores de la especial tutela del Derecho Penal.

Tercera fase. Edmundo Mezger sostiene que la tipicidad revela, con su sola presencia, la existencia de la antijuricidad, o sea se convierte no

sólo en índice, sino en la razón de ser, *ratio essendi* de lo antijurídico, idea que este autor expresa en la fórmula típicamente antijurídica.

Cuarta fase. Ernst Beling reelabora su doctrina en 1930. Fundamento básico entre figura delictiva lo que corrientemente se denomina tipo penal, y delito tipo, un puro esquema rector objetivo, que contiene los elementos esenciales de la figura, válido para todas las modalidades que ella presenta en la práctica, y que su autor estima un concepto troncal del derecho penal. En el homicidio, por ejemplo, el delito-tipo 'matar a otro'¹⁵⁵, es común a las diversas modalidades que este delito presenta. Figura rectora 'tipo *sensu stricto*' todos los conceptos jurídicos-penales excepto el de acto, se hayan dentro de la órbita del delito tipo legal pendientes de él, irradiando vitalidad a fuer de ser referidos a él e incapaces de provocar resultados positivos. El delito tipo se convierte, así, en una astro de inmensas proporciones, al que el singular talento de Beling llama con genial precisión el concepto troncal jurídico penal.

En el sistema de Beling la tipicidad pasa a ser un elemento del delito, el cual conjuntamente con los demás constituye un 'requisito' de la punibilidad y ésta última tiene el carácter de 'consecuencia' del acto. Luego ahora a través de diversos autores, el mismo Beling se dice, no ya que el delito es acción típica, antijurídica y culpable sino acción típicamente antijurídica y culpable. Se requiere significar con ello que 'típica' cualificativa de la acción en la fórmula anterior se sustituye por una cualificativa general de los demás elementos del delito.

Friedrich Schaffstein: doctrina del sentimiento del pueblo. Promotor de un nuevo derecho que hace derivar la pena no de un resultado lesivo, sino que la conducta peligrosa del agente y que no atiende a la acción

¹⁵⁵ Sin mayor pretensión que la sola crítica académica, debemos precisar que el homicidio es "privar de la vida a otro" (nota del autor)

sino a la voluntad. El estado tiene que prevenir las posibles desviaciones de los ciudadanos y para ello nada mejor que penar las actividades de éstos en sus inicios por cuanto de ese modo se encuentra mejor custodiado y al amparo de las conspiraciones, por su índole atentan contra las instituciones. No se tiene en cuenta la actividad desplegada por el sujeto en función al resultado obtenido, sino que destaca de aquellas penas exista la posibilidad de una consecuencia peligrosa para el propio estado.¹⁵⁶

3.2.6.2. Roxin.

Roxin, por su parte, aborda el tema en este sentido: “Nuestro trabajo no es todavía suficiente para brindar una solución correcta a tan difíciles cuestiones, que vaya más allá de la crítica de otras opiniones. No es posible medir el valor de una teoría sólo con respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría jurídica será siempre la idea del derecho.”¹⁵⁷ Lo anterior dimensiona un sector de la problemática que encierra la estructura del Derecho Penal.

¹⁵⁶ Reynoso Dávila, *op. cit.*, pp. 63 - 65.

¹⁵⁷ Roxin, *Teoría del Tipo Penal*, p. 170.

El penalista alemán destaca sobre los caracteres del tipo, los problemas filosófico dogmáticos en su estructura, señalando cuestiones que deben resolverse de manera plausible y lógica, toda vez que de ello depende la prevalencia de esta teoría.

Así, establece:

I.- La función de garantía del tipo.

Según el artículo 2 del Código Penal (y hoy también el artículo 103, II, de la Ley Fundamental), sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él. Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no. La tarea de determinar legalmente la punibilidad en tal medida, ha sido asignada al tipo penal ya por el propio Beling, Welzel ha hecho suya esta concepción. Para él, el fundamento y la justificación de la diferencia entre tipo y antijuricidad reside ya en consideraciones vinculadas a la idea del Estado de derecho. 'El tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida'. Sólo mediante esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio '*nulla poena sine lege*'.

Apoyándonos en Lang-Hinrichsen y en Engisch designaremos al concepto que abarca todas las circunstancias a que se refiere el principio '*nulla poena*' como 'tipo garantía'.

II.- La función del tipo penal en referencia a la regulación del error.

Según una opinión muy difundida, el tipo penal tiene también la función de diferenciar diversas especies de errores a los cuales se asignan distintos tratamientos. Esto rige tanto para la teoría del error en sentido estricto como también para la teoría de la tentativa.

La teoría del tipo penal adquiere la significación principal en la teoría del error. Según el 59, I, del Código Penal, el autor sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias de hecho, 'pertenecientes al tipo legal'. Conforme a ello, el tipo penal tiene la tarea de describir todos los elementos a los cuales debe referirse el dolo del autor. Beling no tuvo dudas de que su concepto de tipo penal se verificaba también aquí. Pensaba que el tipo cumplía su papel fundamental 'especialmente en relación con el artículo 59 del Código Penal', y afirmaba: 'Los elementos del tipo penal deben ser abarcados en conjunto por la culpabilidad'. Welzel va más allá que Beling que era partidario de la teoría del dolo y fundamenta el dolo en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este tipo, en el sentido del artículo 59 del Código Penal, es caracterizado acertadamente por Bruns como el 'tipo regulador del dolo'.

Fuera de ello, el tipo se utiliza en general para la delimitación de la tentativa del delito punitivo: quien supone erróneamente circunstancias que de concurrir determinarían la realización el tipo, comete tentativa; al contrario, quien obra con un error que no recae sobre circunstancias de hecho, sino sobre la antijuricidad del hecho correctamente conocido impune por haber cometido un delito putativo.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 171.

Como vemos el pensamiento acucioso del jurista alemán se centra en los problemas de la estructura del tipo. No se ha llegado al momento de adecuarlo a situación alguna (tipicidad) y subraya los faltantes que pudiera haber en el contenido y por tanto la congruencia con el sistema al que pertenece el tipo.

A pesar de ello consideramos que la estructura del tipo no puede tener la misma óptica para un país donde no se ha desarrollado la dogmática, ni se ha gestado un sistema que se adapte a las particularidades de este país. El tipo, visto desde el ángulo de nuestros tratadistas ha quedado relegado sólo para la discusión del sistema penal que se adopte.

3.2.7. Diversas clases de tipos penales.

Los tipos penales pueden ser a su vez subdivididos en distintas clases, de acuerdo con el sistema que los establece. A través de esta distinción entre los tipos, podemos establecer con mayor facilidad las características del tipo penal en estudio.

3.2.7.1. Luzón Peña.

Para su mejor estudio son variadas las clasificaciones formuladas sobre los tipos penales, entre las cuales destacan las de los penalistas: Fernando Castellanos Tena, Edmund Mezger y Diego Manuel Luzón Peña de quien recogemos su clasificación:

“Por el autor:

- a) Unisubjetivos y plurisubjetivos.
- b) Comunes y especiales.

Por la acción o conducta típica y el resultado:

- a) Delitos de mera conducta y Delitos de resultado.
- b) Delitos de propia mano.
- c) Delitos de consumación y delitos de consumación anticipada.
- d) Tipos simples, compuestos y mixtos y delitos de hábito.

Por el bien jurídico y el modo de afectación del bien jurídico.

- a) Delitos de lesión y delitos de peligro.
- b) Delitos de consumación y delitos de consumación anticipada.
- c) Delitos instantáneos, permanentes y de estado.
- d) Delitos uniofensivos y pluriofensivos.

Por el sujeto pasivo (titular del bien jurídico)

- a) contra la persona, la sociedad, comunidad, Estado y contra la comunidad internacional.”¹⁵⁹

Las conductas que más adelante estudiaremos y que son materia del presente trabajo, en principio se ubican entre aquellas que importan peligro, sin embargo, no será sino hasta que lesionen un bien que tendrán un carácter relevante para el derecho.

3.2.7.2. Jiménez de Asúa.

Es el ministro Pavón Vasconcelos quien en su libro: *Derecho Penal Mexicano*, resume el pensamiento del penalista español y escribe:

¹⁵⁹Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, 1ª reimpresión, Universitas, Madrid, 1999, pp. 303 - 319.

“Jiménez de Asúa aborda el estudio de los tipos conforme al orden siguiente:

En razón de sus fundamentos: fundamentales, cualificados y privilegiados;

En referencia a la autonomía de los tipos: básicos, especiales y complementarios;

Atendiendo al acto:

- a) Tipos de formulación libre, casuísticamente formados, alternativos y acumulativos;
- b) Otras clasificaciones en orden al resultado;
- c) Delitos condicionales (que no son especies de tipos).
- d) Examen especial de los llamados delitos de resultado cortado.

Atendiendo a los elementos subjetivos de lo injusto:

- a) Por los elementos subjetivos referentes al autor:

Delitos de expresión;

Delitos de tendencia o impulso, y

Delitos de intención.

- b) Por los elementos subjetivos que se dan fuera del agente.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 317.

3.2.7.3. Mezger.

En ese mismo libro, Pavón Vasconcelos destaca la clasificación de Mezger, retomando el trabajo de Luis Jiménez de Asúa. Así, en ese tenor señala que la clasificación del alemán es la siguiente:

- I. Delitos de simple actividad y de resultado;
- II. Delitos de lesión y de peligro (concreto o abstracto).
- III. Delitos básicos o fundamentales y cualificados y privilegiados.
- IV. Tipos compuestos, en los que incluye:
 - a) Delitos de varios actos;
 - b) Delitos compuestos en sentido estricto;
 - c) Delitos permanentes, y
 - d) Delitos mixtos, acumulativa y alternativamente formados;
- V. Tipos necesitados de complemento, los cuales subdivide en:
 - a) Tipos en que el complemento se halla contenido en la misma ley;
 - b) Tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa, y
 - c) Tipos en que el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa.”¹⁶¹

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 316.

3.2.7.4. Jiménez Huerta.

Y es también Pavón Vasconcelos quien rescata la clasificación del penalista español y retoma:

“Jiménez Huerta los clasifica así:

En torno a su ordenación metodológica:

- a) Básicos;
- b) Especiales:
 - a) Agravados
 - b) Privilegiados.
- c) Complementados:
 - a) Agravados
 - b) Privilegiados.

En torno al alcance y sentido de la tutela penal:

- a) Tipos de daño.
- b) Tipos de peligro:
 - a) Tipos de peligro efectivo
 - b) Tipos de peligro presunto
 - c) Tipos de peligro individual, y
 - d) Tipos de peligro común.

En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados:

- a) Simples
- b) Complejos:
 - a) Complejo especial
 - b) Complejo complementado.”¹⁶²

3.2.7.5. Daza Gómez.

Recientemente Daza Gómez expresa su clasificación, muy cercana a la expuesta por Luzón Peña, de la siguiente manera:

“1. Según la modalidad de la acción

1.1 En atención al tipo objetivo:

- 1.1.1 Delitos de resultado y de mera actividad.
- 1.1.2 Delitos de comisión y de omisión.
- 1.1.3 Delitos de medios determinados y resultativos.
- 1.1.4 Delitos de pluralidad de actos y alternativas.

¹⁶² *Ibidem*, p. 317.

2. Según los sujetos.

2.1 Delitos comunes y especiales.

2.1.1 Delitos de propia mano.

2.1.2 Tipos de autoría y participación.

3. Según la relación con el bien jurídico.

1.1 Delitos simples y compuestos.

1.2 Delitos de lesión y de peligro.”¹⁶³

Las clasificaciones anteriores cobran un claro sentido en el trabajo de Pavón Vasconcelos quien realiza la definición de los tipos descritos.¹⁶⁴ Sobre dichas definiciones debemos esclarecer el entorno de los tipos penales que estudiamos. Al efecto debemos recalcar que las definiciones son del jurista en cita, quedando para nosotros la ubicación sistemática de los delitos en estudio.

¹⁶³ Daza Gómez, *op. cit.*, pp. 83 -89.

¹⁶⁴ Cfr. Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 318 - 321.

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

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

La pretensión general, como veremos en el capítulo siguiente, es conformar delitos informáticos de manera independiente.

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

Nuestra pretensión no es subordinar un delito informático al tipo básico, más bien calificarlo al mismo, por *los medios utilizados*, con el fin de acceder a esferas jurisdiccionales internacionales.

Tipos normales y tipos anormales. Luis Jiménez de Asúa distingue entre tipos normales y tipos anormales. Aquéllos se integran con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material, mientras los anormales incluyen también elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley.

Sobre el particular no podemos agregar nada, toda vez que nuestro trabajo no versa sobre esta característica.

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

Los tipos que estudiamos pueden impactar en ambos extremos de la clasificación, pues lo mismo pueden representar un peligro, como lo es acceder a un sistema militar o de navegación aérea, como significar un daño.

Tipos simples y tipos complejos: el mismo Jiménez Huerta, tomando como criterio orientador la unidad o pluralidad de bienes tutelados, clasifica los tipos en simples y complejos, siguiendo el criterio expuesto por Carrara. 'Algunos tipos de delito tutelan, contemporáneamente -dice Jiménez Huerta-, no uno, sino dos o más bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en el artículo 397 del Código Penal no solamente se tutela el patrimonio frente a los daños que puedan afectarle, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que puedan causarse mediante incendio, inundación o explosión. Los tipos de delito que tutelan un sólo bien jurídico se denominan simples. Complejos son los que tutelan dos o más bienes jurídicos'.

Tipos de formulación libre y casuísticamente formados. Los tipos de formulación libre son aquellos en los cuales se describe, en forma genérica, la conducta o hechos delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común -como los describe Remo Pannain-, o bien se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado, según el concepto vertido por Antolisei, como sucede en el homicidio, tipo de formulación libre cuya esencia está constituida por

el fenómeno de la privación de la vida de un hombre, resultado al cual puede arribarse mediante cualquier conducta eficaz para producirlo.

‘Aunque los tipos acumulativamente formados, entendiendo por tales los que suponen concurrencia de todas las hipótesis descritas, son relativamente escasos en la legislación punitiva, es ejemplo ilustrativo el de usurpación de funciones (artículo 250, fracción I), pues para su comisión no basta que una persona se atribuya el carácter de funcionario público, sin serlo, requiriéndose, de acuerdo con la exigencia típica, otro hecho consistente en ejercer alguna de las funciones inherentes al cargo usurpado.¹⁶⁵

3.2.8. Elementos del tipo.

Es Muñoz Conde quien destaca un problema en la descripción genérica de los elementos del tipo¹⁶⁶ y escribe:

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran en una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Por eso es imposible delimitar *a priori* todas las

¹⁶⁵ Cfr. Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, pp. 230 – 235.

¹⁶⁶ Cabe citar el hecho de que durante las conferencias realizadas en honor a Günther Jakobs en la Ciudad de México en octubre de 2002, el doctor Polaino Navarrete hizo la crítica de que elementos objetivos y elementos subjetivos del tipo no son una definición clara de los componentes del mismo.

peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos. Esta es una tarea que corresponde a la Parte Especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos. Los intentos de elaborar una Parte General de la Parte Especial, en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos, son inútiles y de antemano destinados al fracaso ya que es imposible reducir a un denominador común las diversas características de los tipos delictivos. En este momento lo más que se puede hacer es indicar algunas cuestiones generales que plantean aquellos que, de un modo constantes, están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, acción y bien jurídico.¹⁶⁷

El último enunciado deja fuera diversos elementos que componen al tipo en general, aunque si pensamos que el referido autor nos remita al delito de homicidio (aquel que priva de la vida a otro), los elementos descritos no sólo resultan suficientes sino únicos, pero los tipos en general no son tan concretos en la mayoría de las ocasiones.

Malo Camacho escribe:

“Los elementos objetivos en el análisis de la tipicidad son los siguientes:

¹⁶⁷ Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 293.

Sujeto activo.

Sujeto pasivo.

Objeto material.

Conducta de acción dolosa.

Resultado material.

Circunstancias y medios del acción típica:

Medios;

Circunstancias de tiempo;

Circunstancias del lugar;

Circunstancias de ocasión y

Circunstancias de modo.”¹⁶⁸

3.2.8.1. Sujeto Activo.

Muñoz Conde señala:

“a) Sujeto activo. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como

¹⁶⁸ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 3ª. ed., Porrúa, México, 2000, p. 331.

‘el que’ o ‘quien’. En estos casos, sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes), al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión dependiendo de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.”¹⁶⁹

El sujeto activo del delito, define el maestro Carrancá y Trujillo, “es quien lo comete o participa en su ejecución. Sólo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable. La responsabilidad penal es personal. ‘Nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo’”¹⁷⁰

Muñoz Conde expresa:

En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.

En primer lugar tenemos los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (delitos de convergencia: rebelión, asociación ilícita); bien autónomamente como

¹⁶⁹ Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 293.

¹⁷⁰ Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 264.

partes de una misma relación delictiva (delitos de encuentro: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna).

De estos delitos deben distinguirse los casos de participación necesaria en los que interviene también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (por ejemplo, el sujeto pasivo en la agresión o abusos sexuales; el menor en los delitos relativos a la prostitución de menores, etc.).¹⁷¹

3.2.8.2. Acción dentro del tipo.

En esta ocasión se retoma a la acción ya no como un elemento del delito, como lo vimos líneas arriba, sino como el elemento descrito en el tipo y que ha de desplegarse por el sujeto activo, Muñoz Conde describe:

Acción. En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo ('matarse', 'causare una lesión', etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de una acción, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria, falso testimonio, etc.) o, en su caso, de mera

¹⁷¹ Muñoz Conde, *op.cit.*, p. 294.

inactividad (omisión pura). En otros casos exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (delitos de resultado). Esta distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo pero cuando aquí se habla de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, separa espacial y temporalmente. Esta distinción se corresponde con la que hace Fletcher (conceptos básicos, p. 99) entre delitos de consecuencias dañosas y delitos de acciones dañosas, ya que solo en los primeros es necesario demostrar una causalidad entre la acción humana y el resultado, pero debe de tenerse en cuenta que a veces el resultado es sólo un peligro, lo que da lugar a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro.¹⁷²

Malo Camacho define a la acción a través de la conducta, y en ese tenor escribe: "la conducta, por definición, es el elemento objetivo del delito, unida al resultado en los delitos de resultado material, en cuyo caso será necesario, también, que haya quedado previamente acreditada la causalidad entre ellos, para que los mismos puedan ser atribuibles, al tipo penal correspondiente."¹⁷³

¹⁷² Muñoz Conde, Francisco, *op.cit.*, p. 295.

¹⁷³ Malo Camacho, *op.cit.*, p. 341.

3.2.8.2.1. Jakobs.

El profesor de Bonn, Günther Jakobs al abordar el tema de la acción no se detiene en la descripción dogmática de la misma, sino que plantea un nuevo problema. Al respecto señala:

Por tanto, un concepto jurídico-penal de acción debe combinar sociedad y Derecho penal. So pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad didáctica que describa un escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante. El concepto de acción, en cuanto concepto jurídico-penal, debe garantizar que la definición de los comportamientos jurídico-penalmente imputables no sea una mezcla de elementos heterogéneos agrupados de cualquier manera, sino una unidad conceptual. Puesto que en el momento actual es opinión casi unánime la de atribuir el concepto de acción exclusivamente a la teoría del injusto, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que supone este concepto para el conjunto, es decir, para el injusto y la culpabilidad. Para resolver esta cuestión, también habré de ocuparme del problema relativo a si el juicio de injusto constituye un nivel propio de valoración jurídico-penal, o, formulándolo de otro modo: ¿forma la responsabilidad por culpabilidad parte de la acción?¹⁷⁴

¹⁷⁴ Jakobs, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y artículos número 11, (traducción Manuel Cancio Meliá) Colombia, 1998, pp. 9 - 10.

3.2.8.3. Bien Jurídico.

El bien jurídico en sí mismo abre toda una teoría para su estudio, ya que la defensa del mismo le da origen a nuestra materia. Como lo señalamos líneas arriba, la escala de valores de una sociedad puede ser vista a través de los bienes que protege.

El jurista sevillano escribe:

Bien jurídico. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionen o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo penal debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Esto no es otra cosa que el valor que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador sólo utilice el Derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos, pero esto es un desideratum que no siempre se cumple. De ahí

la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica tanto frente a los bienes jurídicos protegidos como frente a la forma de protegerlos penalmente [...]

El concepto de bien jurídico se utiliza en Derecho penal, además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra el patrimonio, etc.). Según este criterio de clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios (salud pública, seguridad del Estado, orden público). Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan directamente, como los que afectan el orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.¹⁷⁵

Para Malo Camacho el bien jurídico penalmente protegido, "es la síntesis normativa de una determinada relación social, dialéctica y dinámica."¹⁷⁶

Muñoz Conde distingue el bien jurídico del bien material u objeto material del delito:

Distinto del bien jurídico es el objeto de acción que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (por ejemplo, la cosa mueble ajena en el hurto), y que en los delitos de

¹⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 296.

¹⁷⁶ Malo Camacho, *op. cit.*, p. 330.

resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en el delito de daños, la vida puesta en peligro en la conducción temeraria de un vehículo de motor).

En algunas ocasiones pueden coincidir ambos conceptos (bien jurídico y objeto de la acción) sobre un mismo objeto (por ejemplo, en el homicidio), pero incluso en este caso se puede distinguir entre el objeto como objeto material físico sobre el que recae la acción y el objeto jurídico como bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección. Así por ejemplo, en el hurto o en los daños una cosa es el objeto material sobre el que recae la acción (una valiosa porcelana china), y otra el valor ideal que protege (la propiedad o posesión).¹⁷⁷

3.2.8.4. Sujeto pasivo.

Muñoz Conde termina su estudio de los elementos del tipo:

Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo. No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto sobre el que recae la acción típica. Así, por ejemplo, en la estafa sujeto pasivo es el perjudicado patrimonialmente por el engaño, pero el engaño puede recaer sobre otra persona (un empleado, administrador, etc., cfr. artículo 248). La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico [...] En la

¹⁷⁷ Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, p. 296.

mayoría de los delitos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o con intereses difusos. En otros casos se discute la cualidad del sujeto pasivo de las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo el honor); y en otros, se habla del Estado como sujeto pasivo genérico presente en todo. En realidad, el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y sólo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él (por ejemplo, la propiedad). Por otra parte, muy importante es hoy en día el concepto de víctima o perjudicado del delito, que ha dado lugar al nacimiento de una rama de la Criminología, la Victimología, preocupada por la debida atención y asistencia a las personas sobre las que recaen los efectos negativos del delito. También se habla de una Victimodogmática que analiza la repercusión del comportamiento de la víctima (autopuesta en peligro, puesta en peligro consentida), en la responsabilidad del sujeto. En todo caso, por muy importante que sea la satisfacción de los intereses de la víctima, no puede olvidarse que el Derecho penal es un Derecho público, cuya intervención, salvo contadas excepciones [...] no puede estar supeditada a la voluntad de la víctima. En este sentido se habla de neutralización de la víctima como una característica del derecho penal del Estado de Derecho (Hassemer, 1990).¹⁷⁸

Este elemento, visto a la luz de las conductas que estudiamos en este ensayo, ha quedado fuera de la discusión, toda vez que, es necesario, primero, establecer las

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 297.

formas de comisión de los *delitos informáticos* para entender contra qué bien jurídico tutelado se dirigen, toda vez que cualquier sujeto puede resentir esta clase de conductas, sin que para tal efecto se requiera calidad específica en el mismo.

Si nos quedáramos con la visión de Muñoz Conde respecto de los elementos que conforman al tipo, esta tesis no tendría mayor sustento, pues los medios comisivos no le resultan de mayor importancia y, entonces, tendríamos que hablar de todos y cada uno de los *delitos informáticos*, como entidades autónomas.

3.2.8.5. Otros elementos.

A los elementos señalados por Muñoz Conde, Reynoso Dávila agrega:

Los elementos de las figuras delictivas se clasifican agrupándolas en objetivos, subjetivos y normativos. Los elementos objetivos son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena. Son los elementos puros de la tipicidad. Son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos. Ejemplo: la cosa en el hurto la morada en la violación del domicilio, etc. Los elementos subjetivos: ánimo, intención o propósito (fijando un matiz al aspecto subjetivo del obrar humano) ejemplo: en el rapto, sustracción 'para satisfacer algún

deseo erótico' (ese delito fue reubicado y modificado en la legislación federal); los que contrajeren matrimonio 'sabiendo' que existe impedimento. Los elementos normativos contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio, haciendo referencia, por lo común, a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Ejemplos: 'ajenidad' de la cosa en el hurto; la 'honestidad' de la víctima en el estupro (ese delito fue radicalmente modificado en la legislación federal), etcétera.¹⁷⁹

Por nuestra parte, haremos una referencia general a los elementos del tipo que, consideramos, deben estudiarse para entender con mayor precisión (siguiendo las pautas del doctor Polaino Navarrete) la estructura de estas figuras normativas que describen las conductas reprochables por el sistema penal.

En ese tenor ya hemos discurrido sobre: sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico tutelado, y acción/resultado, pero habría que añadir a esta lista:

Elementos normativos.

Objeto material sobre el que recae la acción (una vez que éste ya ha sido distinguido por Muñoz Conde).

Elementos subjetivos del injusto.

Medios Comisivos.

¹⁷⁹ Reynoso Dávila, *op. cit.*, p. 66.

Circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Pues una vez agotado el estudio de estos elementos complementarios, tendremos un panorama del tipo.

3.2.8.5.1. Elementos subjetivos y normativos.

Reynoso escribe:

Elementos subjetivos y normativos del tipo: a) Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista. Tal es el caso de las disposiciones que hacen referencia a los móviles especiales del agente. Son exigencias particulares acerca de la determinación finalista de la acción más allá del verbo rector: 'con ánimo de lucro', 'con miras deshonestas'. Sería también la situación de expresiones que aluden a hechos subjetivos que se producen o concurren en terceros: el 'escándalo', el 'descrédito'. Todas estas expresiones son puramente descriptivas de la acción misma (en cuanto a su aspecto interno de voluntad finalista), a su resultado o a su circunstancia.¹⁸⁰

¹⁸⁰ *Ídem*

Por elementos normativos nosotros entendemos las valoraciones de tipo jurídico inmersas en el tipo penal, por ejemplo: cuando el tipo contiene vocablos como “indebidamente” (porque requiere la valoración de si la acción fue realizada dentro de lo debido o no), “ilícitamente” (porque se debe hacer el examen sobre la licitud), “clandestinamente” (porque de su estudio depende que una acción pueda ser considerada como ilícito penal o no, por ejemplo, cuando una persona llega de un país extranjero a México debe llenar un formato donde se le pregunta claramente: ¿trae consigo alguna arma de fuego?. Esto se hace porque hay países en los que está permitido el uso y portación de armas de fuego, entonces, la persona tiene la oportunidad de declarar afirmativamente, sin que ello implique actualizar el tipo penal de introducción de armas de fuego.

La existencia de estos elementos dentro del tipo, si bien es cierto que remiten al estudio de la antijuridicidad, también brindan la posibilidad de que el agente demuestre la actualización de la atipicidad por estar realizando actos lícitos.

Reynoso continúa:

Un grupo importante está constituido por los llamados ‘delitos de tendencia’ en los cuales no se describe (o sólo muy vagamente) la acción, sino que se alude sólo al propósito que guía al hechor. Ejemplo ‘toda

expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona'. b) Aquellos que tienen un sentido valorativo. Así ocurre en las expresiones 'maliciosamente', 'voluntariamente', 'intencionalmente', etc. Estas expresiones, siendo valorativas, no pueden formar parte nunca del tipo. No hay inconveniente, en cambio, en admitir que forman parte de la figura delictiva donde a veces contribuyen a precisar el 'tipo de culpabilidad' con determinadas exigencias.

Por elementos normativos de los tipos penales se han entendido diversos conceptos, que han contribuido a confundir su problemática y a oscurecer las relaciones entre tipicidad y antijuricidad [...]

El concepto de honestidad de la víctima en el delito de estupro (completamente desfigurado con las reformas hechas en la legislación federal), implica una valoración que remite a pautas culturales. El concepto de funcionario público implica una valoración jurídica. Pero las expresiones que requieran un juicio de desvalor definitivo, como 'indebidamente, ilegítimamente, ilícitamente', etc., no hacen más que referirse a la antijuricidad y nada tienen que ver con el tipo.¹⁸¹

Contrario a lo sostenido por Reynoso Dávila, reiteramos lo asentado líneas arriba, ya que de no existir dichos elementos no existiría, de principio, la necesidad de estudiar la licitud del hecho.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 66 - 68.

Esto es, retomando el ejemplo señalado líneas arriba, si una persona llegara al aeropuerto con un arma y el tipo penal no señalara “que la introducción del arma al país *sea clandestina*”, entonces bastaría con que introduzca el arma para actualizar el tipo penal.

Por otra parte, los elementos subjetivos del injusto aparecen en la formación del concepto de antijuridicidad y son expresados en el tipo penal a través de los fines objetivos que persigue el autor de un delito. Estos elementos se distinguen del dolo porque éste se refiere a la representación y aceptación del resultado típico, mientras que aquéllos se refieren a los fines que se persiguen con la consecución de dicho resultado.

El doctor Franco Guzmán escribió al respecto:

Edmundo Mezger, acepta plenamente los elementos subjetivos del injusto, pero aclara que no se dan en todos los delitos, sino en los grupos que especialmente señala, y que enseguida estudiaremos. Interesa destacar ahora, la forma en que concibe la teoría de los elementos subjetivos del injusto. No encontraremos mejores palabras que las suyas propias para presentarla. Dice así: ‘El injusto es contradicción objetiva con las normas del Derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de

dicha infracción, la intención de actuar en contra del Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad. Por lo menos, normalmente. Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia, todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad concibiendo al primero sólo objetivamente y sólo subjetivamente a la segunda. Y más adelante afirma que: 'En lo que concierne a la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación de lo antijurídico puede depender, en ciertos casos, de determinados momentos subjetivos. Una conducta que exteriormente es la misma puede una vez ser conforme al Derecho y otra antijurídica, según el sentido que el autor atribuya a su acto, según la situación o disposición anímica en que se ejecute la acción'. Pero para Mezger sólo el Derecho positivo puede enseñarnos los casos de existencia de los elementos subjetivos del injusto. 'Y el Derecho Positivo conoce -según el profesor alemán- los siguientes grupos de tipos de delitos con tales elementos: a) Los delitos de intención en la forma de los llamados delitos mutilados de dos actos. En lo que -explica- el acto es querido por el agente como medio subjetivo de un actuar posterior del mismo sujeto', y pone como ejemplo el tipo del párrafo 146 del Código Penal Alemán; b) Los delitos de tendencia. En donde se incluye también los delitos de intención en la forma de los llamados delitos de resultado cortado, en los que el agente hace algo, con objeto de que se produzca una consecuencia ulterior.¹⁸²

¹⁸² Franco Guzmán, *op. cit.*, pp. 93 - 95.

Los elementos subjetivos del injusto reciben ese nombre, debido a la base subjetiva de los fines que tiene el sujeto para realizar la conducta reprochable. Estos fines son distintos del dolo, en tanto que éste supone sólo la representación y aceptación de la conducta reprochada por la ley penal.

3.2.8.5.2. Medios Comisivos.

Dentro de los elementos del tipo nos encontramos con un ámbito al que, por su carácter accesorio, no se le ha dado la importancia que hoy día revisten los medios comisivos. Sobre todo en discusiones como la que ahora nos ocupa.

En el libro *Programa de Derecho Penal*, del penalista Celestino Porte Petit, cuyo trabajo habla en sí mismo de una obra monumental, resulta claro que dicho estudioso encontró pocas fuentes sobre el tema, sin embargo, además de la remisión a la obra de Mezger, señala: “En numerosos casos, los tipos exigen determinados medios, originándose los llamados *delitos con medios legalmente determinados o limitados*. Ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad deben concurrir los medios que exija el tipo correspondiente. De este modo, Mezger expresa que ‘por delitos con medios legalmente determinados debe entenderse aquellos tipos de delitos en los que la tipicidad de la acción se produce, no mediante cualquier realización del

resultado último, sino sólo cuando éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina [...]

En consecuencia, el medio exigido por el tipo puede dar lugar a resultados diversos.¹⁸³

Luis Jiménez de Asúa escribe en su *Tratado de Derecho Penal* lo siguiente:

Referencias a los medios. Como se advirtió ya, vamos a tratar separadamente de las referencias a los medios que se hayan contenidas en buen número de tipos penales. Nos inclina a hacerlo así, no tanto el que esta modalidad sea de las más frecuentes en las descripciones típicas, sino la importancia que reviste, hasta el punto de que, según hemos visto, ha servido de base para una de las clasificaciones de los delitos[...]

Se ha dicho antes[...], que el verbo activo con que se expresa el núcleo del tipo no reviste, a veces, indicio de antijuricidad si no se pone en relación con el medio. El acceso carnal es una función perfectamente ajena al derecho punitivo, sino va acompañada (salvo las hipótesis de menor edad penal de la víctima) de violencia o de fraude. En otros casos el medio califica un crimen, como el veneno en el asesinato, y no faltan ejemplos en que asume el papel de separar un tipo delictivo de otro, según comprobamos que sucede en el hurto y el robo, puesto que éste se caracteriza por la violencia o la intimidación.

¹⁸³ Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Trillas. México, 1990, p. 425.

Tampoco faltan ejemplos en que una conducta que suele ser medio para ejecutar la principal, como acontece con la *provocación*, se estime a veces como grado en el *iter criminis*, según veremos oportunamente que ocurre en el Código penal español (provocación a la rebelión o sedición, a los delitos de atentado, desacato o desorden público por ministros de una religión); e incluso que llegue a ser estimada como distrito *per se*. Recordemos la *provocación* al duelo, configuraba como tipo propio de amenaza grave en el desacato en el código penal español [...] y como tipo especial en el código penal argentino, al tratar del duelo[...] así como la *instigación a cometer delitos* [...]

En otros muchos casos los tipos se hallan caracterizados o agravados por el *medio* que se emplea. El código penal español menciona *la violencia, la intimidación, la fuerza, la coacción, el engaño, el fraude*, etc.; y en el código penal argentino se trata de *la violencia, la fuerza, la intimidación, vejación, coacción, engaño, fraude, maquinaciones fraudulentas*, etc. [...]

La *publicidad*, que ha sido objeto en Francia de una interesante tesis doctoral, merece mención concreta, pues no sólo puede apreciarse como ocasión, sino como medio, fusionando a veces de manera doble [...]

Finalmente, puede acontecer el propio texto legal haya hecho de un tipo de delito, es decir del núcleo de un tipo, el *medio* para cometer otro. La *violencia* (que ciertos códigos, como el español, es un delito *per se*, el de coacción) puede integrar un título complejo compuesto.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, *El Delito*, 5ª ed., actualizada, Losada. Buenos Aires, 1992, pp. 817 - 823.

Sobre el particular podemos añadir que, el uso de las computadoras con el fin de cometer hechos penalmente sancionables, deben considerarse como los medios comisivos de las conductas principales, actualmente castigadas.

3.2.8.5.3. Medios comisivos en el criterio de la corte.

Nuestros más altos tribunales han señalado y destacado la función de los medios comisivos en las figuras típicas vigentes, ya descritas por Jiménez de Asúa. Esto es, en diversas ocasiones, nuestros jueces se han encontrado frente a la solución de problemas donde los medios comisivos son el tema en cuestión. En ese tenor encontramos las siguientes referencias:

Novena Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Enero de 2000

Tesis: VI. P.33 P

Página: 1047

ROBO CALIFICADO POR VIOLENCIA FÍSICA. REQUIERE QUE ÉSTA SEA EL MEDIO COMISIVO DEL DESAPODERAMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *La calificativa prevista en la primera y segunda fracción del artículo 380 del Código de Defensa Social de esa entidad federativa, contempla los medios comisivos que son: a) cuando se ejecuta con violencia, y b) cuando el ladrón actúa con violencia para proporcionarse la fuga o conservar lo robado; en tanto que la fracción tercera del numeral 381 de la propia codificación, expresa que se entiende por violencia física en el robo, la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona; luego, si no quedó debidamente demostrado que la violencia ejercida sobre el agraviado, haya sido el medio comisivo para que se le desapoderara de sus pertenencias, así como para asegurar la fuga, no se puede*

establecer que el robo sea calificado; máxime que no quedó justificado que los actos desplegados hayan sido encaminados con el propósito inmediato y directo de desposeerlo de sus pertenencias.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 87/99. 15 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretario: Arnoldo Guillermo Sánchez de la Cerda.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Diciembre de 1998

Tesis: I.1o.P. J/11

Página: 1001

ROBO CALIFICADO. ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA VIOLENCIA COMO MEDIO COMISIVO. *La calificativa prevista en el tercer párrafo del artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla, además del activo plurisubjetivo, disyuntivamente tres medios comisivos que son: a) la violencia; b) la acechanza; o c) cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja; lo que se traduce en que la frase "que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja", sólo rige para "cualquier otra circunstancia", mas no para la violencia ni la acechanza, pues si la intención del legislador hubiera sido que la frase en mención calificara a los tres medios comisivos en cita, gramaticalmente en la redacción hubiera sido necesario colocar una coma después de "cualquier otra circunstancia", para que esta frase quedara separada de las características que se describen enseguida y así, estas últimas abarcaran los tres medios precisados; y, que los verbos que la conforman, "disminuya" y "ponga" hubieran sido conjugados en plural, por ser tres y no uno los medios comisivos, es decir, se debió haber redactado el párrafo de referencia de la siguiente manera: "... a través de la violencia, la acechanza, o cualquier otra circunstancia, que disminuyan las posibilidades de defensa de la víctima o la pongan en condiciones de desventaja ..."; luego, para que se actualice así la violencia como medio comisivo en esta calificativa, sólo hay que atender a su concepto legal.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2825/97. José Manuel Escobar Cedillo. 16 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretaria: Patricia Marcela Díez Cerda.

Amparo directo 897/98. Daniel Vázquez Altamirano. 29 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: José Manuel Yee Cupido.

Amparo directo 801/98. Víctor Faustino Apolinar Flores y Jorge Pérez Caballero. 18 de agosto de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Amparo directo 1533/98. Hilario Manuel Islas Medina. 30 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Amparo directo 1745/98. José Sánchez Vázquez. 15 de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Novena Época

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: I.Io.P. J/8

Página: 736

ROBO. EL ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL NO CONTEMPLA UN TIPO PENAL ESPECIAL O AUTÓNOMO, SINO CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). *El citado párrafo, que establece: "Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acofanación o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta.", agrega al tipo penal de robo genérico, la pluralidad de los sujetos intervinientes y los específicos medios comisivos que señala, conformando así un tipo penal complementado al que se asocia (sin importar el valor de lo robado) una posibilidad agravada e independiente con respecto a la prevista para el delito de robo genérico. Sin embargo, esta autonomía no autoriza a considerar a dicho tipo penal como un nuevo tipo especial o autónomo, cuenta habida de que tal posibilidad no es parte integrante del tipo y sólo de los elementos de éste se puede o no derivar su autonomía con respecto a otros; por tanto, la relación excluyente entre la posibilidad del tipo básico de robo y la del tipo complementado en concreto, ínicamente demuestra la autonomía de estas posibilidades, pero no la de este último tipo penal. La anterior distinción es trascendente, pues si se considera que el referido tercer párrafo del artículo 371 prevé un tipo especial o autónomo, y por éste acusa el Ministerio Público, la no acreditación en sentencia de alguna de las circunstancias que contempla, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de una conducta enteramente atípica y no de un robo genérico.* PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1537/97. Raúl Díaz Sánchez. 13 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María de la Luz Romero Hernández.

Amparo directo 1433/97. Leonardo Sánchez Espinoza. 13 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Adriana Acosta Cossío.

Amparo directo 2013/97. Luisa Rivera González. 13 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Adriana Acosta Cossío.

Amparo directo 2157/97. José Manuel García Cano. 14 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretario: Manuel Caravantes Sánchez.

Amparo directo 2065/97. Alfredo Yáñez Martínez. 28 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Alejandrina Castañeda y Morales.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, abril de 2001, página 358, tesis por contradicción 1a./J. 5/2001 de rubro "ROBO. ARTÍCULO 371, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. LA NO INTEGRACIÓN DE ALGUNO DE SUS ELEMENTOS, SÓLO ORIGINA LA TRASLACIÓN DE TIPO AL BÁSICO Y NO LA ATIPICIDAD."

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Agosto de 1995

Tesis: XVI.2o.3 P

Página: 477

BANCOS. FRAUDE Y FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN PERJUICIO DE. ARTÍCULOS 99 Y 113, DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. *Si de las constancias del proceso penal se obtiene que el sentenciado por el fuero común, por los delitos de fraude y falsificación de documentos que tipifican los artículos 280 y 188, respectivamente, del Código Penal del Estado, cometidos en perjuicio de una institución bancaria, utilizó medios comisivos en términos de los artículos 99 y 113 de la Ley de Instituciones de Crédito, debe concedérsele el amparo porque se le condenó por una ley inexactamente aplicable al caso*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 71/95. Manuel Valdivia Guerrero. 7 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretario: Ulises Domínguez Olalde.

Amparo directo 70/95. Jaime Contreras Murillo. 7 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Froylán Guzmán Guzmán. Secretario: Ulises Domínguez Olalde.

Sin señalar una fórmula dogmática, estas resoluciones constituyen un ejemplo del papel que tiene los medios comisivos dentro del foro.

3.2.8.6. Dolo como elemento del tipo.

Aunque no es parte de este trabajo ahondar en el concepto de dolo, toda vez que ello conlleva a una discusión fuera de los límites señalados en nuestra primera hipótesis, consideramos necesario establecer algunos apuntamientos sobre el mismo.

Considerar al dolo como un elemento del tipo presupone una posición finalista; considerarlo como una especie de la culpabilidad orienta a este trabajo hacia el causalismo. En realidad, los fines que persigue el presente estudio pueden prescindir de la enunciación o ubicación sistemática del mismo, toda vez que lo pretendido es incluir y poner de manifiesto la importancia de los medios comisivos.

El dolo no está a discusión, pero es evidente su inclusión, por tal motivo recurrimos al libro que sobre dicho tema escribió el jurista mexicano Enrique Díaz Aranda.

3.2.8.6.1. Crítica de Díaz Aranda.

Enrique Díaz Aranda señala:

Particularmente en México sostiene la ubicación del dolo en la culpabilidad Castellanos Tena al manifestar que ‘la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia’. A pesar de que al considerar al dolo y la culpa como formas de la culpabilidad, ello nos llevaría a considerar al citado autor como partidario del sistema clásico; mas una revisión detenida de su obra nos lleva a considerarlos como neoclásico, pues dentro del tipo incluye, aunque como una excepción de los que denomina tipos anormales, elementos normativos y subjetivos, concepción del tipo que, como hemos visto, es propia del sistema neoclásico.

De igual forma Carrancá y Trujillo al analizar el artículo 8 vigente en el Código Penal Federal, vigente en 1961, en el cual se disponía que los delitos podían ser: I) intencionales o II) no intencionales o de imprudencia, señalaba: ‘si no se ofreciera ninguno de estos grados de culpabilidad, no habría tampoco delito... La culpabilidad como juicio de reproche vista de la adecuación típica de la conducta antijurídica e imputable, al concebir la culpabilidad no como un nexo psicológico defectuoso sino como un juicio de reproche dejaba claro su seguimiento del sistema neoclásico, opinión que mantendría en las posteriores

ediciones de su Código Penal, aun con las correcciones de Carrancá y Rivas, al interpretar que de acuerdo con el artículo 8 del C.P. mexicano, 'la culpabilidad como elemento del delito reconoce dos grados: el dolo y la culpa... una u otra han de existir inexcusablemente en el acto u omisión, para que sean delictuosos; de lo contrario no habría culpabilidad y por tanto, incriminabilidad de la acción' y para hacer referencia a los delitos culposos, prosigue 'los elementos de la culpabilidad, según la teoría de la ley, son, por tanto: a) existencia de un daño con tipicidad penal; b) existencia de un estado subjetivo de culposidad consistente en imprevisión, falta de reflexión, falta de cuidado o impericia, manifiesto por medio de actos o de omisiones; c) relación de causalidad física, directa o indirecta, entre los actos u omisiones y el daño resultante; d) imputación legal del daño sobre quien, por su estado subjetivo de culposidad, produjo el acto u la omisión causales', lo importante aquí es destacar el sustento referido a la imputación legal del daño, punto d), el cual supone la idea del reproche que se hace al autor por no haber observado un deber de cuidado impuesto por la norma jurídica, concepción propia del sistema neoclásico. Además, al analizar a nivel de culpabilidad datos subjetivos como lo es la relación de causalidad física, punto c), se aparta totalmente del sistema clásico entre cuyas características se encontraba analizar a nivel de culpabilidad única y exclusivamente datos subjetivos. Por todo ello se pueden considerar a Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas como seguidores del sistema neoclásico.

Por su parte Franco Guzmán al referirse a la teoría de la acción finalista señala 'por último, unidos a distinguidos autores, rechazamos la nueva construcción porque al hacer pedazos el concepto unitario de

culpabilidad, reduce su contenido a la imputabilidad- que considera como elemento de la misma culpabilidad-, a la conciencia de ilicitud de la acción y según algunos autores, también, a la falta de causas de exclusión de la culpabilidad. Además a lo largo de su obra, Franco Guzmán demuestra la existencia de elementos subjetivos en el tipo legal, con lo cual se podría ubicar su postura en el sistema neoclásico. Aunque con respecto de éste se aparta irremediamente al formular su definición de delito como: ‘conducta humana, antijurídicamente típica, culpable y sancionada con pena’ y aunque usa el gerundio al referirse a la antijuridicidad, con lo cual se podría pensar que ubica al mismo nivel al tipo y la antijuridicidad, más adelante, propone considerar a la antijuridicidad como *ratio essendi* del delito y al tipo como *ratio cognoscendi*, de lo cual concluye que la antijuridicidad debe ser ubicada sistemáticamente antes del tipo penal.¹⁸⁵

Díaz Aranda hace una crítica sobre la manera en que ilustres penalistas han abordado al delito, acorde con un determinado sistema, sin embargo, omite cualquier referencia al sistema en el que se desarrolla la teoría del delito en países tan importantes como los Estados Unidos, donde el enlace causal entre *actus reus* (acto culpable) y *mens rea* (mente culpable) son la materia central de este tema.

¹⁸⁵ Díaz-Aranda Enrique. *Delito (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México)*, Porrúa, México, 2000, pp. 32-35.

Nosotros nos adherimos a la concepción de dolo como especie de la culpabilidad, tomando en cuenta que la imputabilidad, como tal, sólo es un presupuesto y no la esencia de la misma.

Si ubicamos sistemáticamente al dolo dentro del tipo, dejamos un gran vacío por cuanto se refiere a la culpabilidad.

3.2.8.7. Nuestra opinión.

El uso de la *violencia*, del *engaño*, por señalar algunos ejemplos ya vistos, pueden equipararse al uso de sistemas electrónicos de computación para cometer algún ilícito penal, por tanto, debemos señalar que, si partiéramos de esta base para castigar el uso de los sistemas electrónicos como medios para delinquir, podríamos muy pronto equiparar nuestra legislación con la legislación internacional, independientemente del sistema penal al que se adhirieran los distintos países, puesto que la discusión ya no se centraría en la existencia de los tipos penales, sino en el mal uso de los medios.

Al respecto Muñoz Conde advierte:

La imagen conceptual que es el tipo se formula con expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida [...]

En todo caso debe evitarse en lo posible el casuismo en la descripción de las conductas prohibidas. Es imposible llegar a describir exhaustivamente todas las formas de aparición de un delito (piénsese, por ejemplo, en la estafa) y por ello, resulta preferible utilizar cláusulas generales, definiciones y descripciones genéricas que reúnan los caracteres comunes esenciales a cada grupo de delitos [...] Deben evitarse, además, los conceptos indeterminados ('moral', 'buenas costumbres') por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida.

Algunas veces es imposible abarcar en un solo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuridicidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias para crear otros tipos derivados del tipo básico. Así, por ejemplo, el tipo básico del hurto se encuentra tipificado en el artículo 234. Pero cuando el hurto se comete acompañado de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 (valor artístico de la cosa sustraída, abuso de circunstancias personales de la víctima, etc.) el legislador ha previsto una agravación específica de la pena del tipo básico, creando unos tipos cualificados. Otras veces las circunstancias atenúan la pena. Por ejemplo, el hecho de que el valor de la cosa hurtada no exceda de una determinada cuantía determina la apreciación de una falta, en vez de un delito (art. 623,1). (*sic*) En este caso se dan los llamados tipos

privilegiados. Tanto los tipos cualificados como los privilegiados son simples derivaciones del tipo básico, por lo que las reglas aplicables a éstos también son aplicables a aquéllos.¹⁸⁶

Coincidimos con este autor, pues no se deben establecer juicios de valor en el tipo, por el riesgo que existe en su interpretación.

3.2.9. Atipicidad.

El Dr. Celestino Porte Petit expone la fórmula para determinar la ausencia de tipicidad. es decir, en concreto la falta de las calidades requeridas por la ley: *Nullum crimen sine tipo*. Aceptado en nuestro derecho el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción (*vid* núms. 78 y 81), puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería incriminable la acción.

Para el tratadista Jiménez de Asúa, son causas específicas de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;

¹⁸⁶ Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 292.

- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley, y
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.¹⁸⁷

Ante la falta de un elemento del tipo, queda excluida la posibilidad de integrar el delito.

¹⁸⁷ Porte Petit, *Apuntes de la parte general del Derecho Penal*, 18ª. ed., Porrúa, México, 1999, p. 370.

Capítulo IV

Análisis de los delitos informáticos

4.1. Análisis de los delitos informáticos.

Con este título continuamos el estudio de los llamados delitos informáticos. Hemos visto a lo largo de los tres capítulos anteriores, las diversas concepciones que se tienen sobre los mismos y, una vez que han obtenido el concepto de delitos tocamos el tema referente al fundamento con el que aparecen en una legislación y cuál es su estructura. Ahora, tenemos la tarea de destacar la integración de los mismos en distintas legislaciones, en unas ocasiones de manera infortunada, toda vez que el fin con el que se integran en la ley dista mucho del trabajo científico que debe preceder a los mismos, o bien, se exagera el carácter de los mismos, sin que ello signifique la eficacia del intento.

Existen varios documentos internacionales advirtiendo sobre el peligro que viene con la era digital, sin embargo, nulos o insuficientes han sido esos esfuerzos por detener esta clase de delincuencia y, en ocasiones, en el otro extremo, el enfrentamiento lleva a la vejación de derechos.

Una de las cuestiones recurrentes con la que nos encontramos a lo largo de esta investigación fue que el problema de *delitos informáticos* es tratada por juristas cuya especialidad no es la materia penal, o bien por expertos en materia informática

cuyo dominio de los elementos de derecho son escasos. Pocos penalistas han tocado este tema.

Con ese panorama hemos visto como las mejores intenciones por regular y sancionar, sobre el particular han encontrado escollos todavía infranqueados.

El presente capítulo no sólo pretende exponer estos intentos, busca, más que eso, proponer una solución, que aunque lejana del plano legislativo actual, consideramos posible.

4.2. Los tipos en legislaciones locales.

Hoy en día son escasas las legislaciones locales que han incluido en sus catálogos penales los llamados delitos informáticos, menos aun las que han hecho una división entre los mismos y ninguna ha considerado destacar que la computación suele ser el medio comisivo en la realización de ilícitos ya sancionados, pero con el cariz de intangibilidad que trae aparejada esta tecnología.

Tantos códigos como entidades federativas permiten hoy día el aprovechamiento de estas lagunas legislativas por parte de la nueva *delincuencia informática*.

4.2.1. Código Penal de Sinaloa.

En 1992, el Congreso local del estado de Sinaloa legisló, por vez primera en México, sobre los delitos informáticos, por tal motivo nos remitiremos a lo establecido en su código punitivo.

El Código Penal estatal sinaloense establece:

Título Décimo

"Delitos contra el patrimonio"

Capítulo V

Delito Informático

Artículo 217. Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho:

I. Use o entre a una base de datos, sistemas de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información; o

II. Intercepte, interfiera, reciba, use, altere, dañe o destruya un soporte lógico o programa de computadora o los datos contenidos en la misma, en la base, sistema o red.

Al responsable de delito informático se le impondrá una pena de seis meses a dos años de prisión y de noventa a trescientos días multa.

Una década más tarde, podemos señalar que ese primer intento por legislar sobre lo etéreo del mundo electrónico requiere de una urgente revisión, para evaluar la eficacia de los tipos descritos así como para actualizar los mismos ante el avance de la comunicación por la *red*.

4.2.1.1. Nuestra opinión.

En el caso particular que nos ocupa cabe señalar que en Sinaloa se ha contemplado al delito informático como uno de los delitos contra el patrimonio, siendo este el bien jurídico tutelado. De tal modo que podemos advertir, que la legislatura creadora del artículo en comento tuvo la tarea de enfrentar el debate sobre el bien jurídico tutelado.

Consideramos que se ubicó al delito informático bajo esta clasificación dada la naturaleza de los derechos que se transgreden con la comisión de estos ilícitos, pero a su vez, cabe destacar que los delitos informáticos van más allá de una simple violación a los derechos patrimoniales de las víctimas, ya que debido a las diferentes

formas de comisión de éstos, no solamente se lesionan esos derechos, sino otros como el derecho a la intimidad, el honor, la fama pública, la certeza de los actos jurídicos.

Si una persona logra introducirse en el correo electrónico de otra persona, sin el consentimiento de ésta, con el fin de enterarse del contenido de las comunicaciones, está claro que no lesiona el bien jurídico patrimonial de la persona afectada.

Todavía no se realizaba la reforma penal de 1993 y, el artículo en comento, se estableció de manera finalista al señalar: “Comete delito informático, la persona que dolosamente y sin derecho”, destacando con ello el carácter doloso y antijurídico en el tipo.

Sin embargo, consideramos desafortunado el hecho que en una sola fracción se contemplara el elemento subjetivo del injusto en dos ocasiones, pues la conducta requerida consiste en el uso o ingreso a una base de datos, luego señalada de manera casuística, al establecer: sistemas de computadores o red de computadoras o a cualquier parte de la misma. Para establecer los dos elementos aludidos con las fórmulas siguientes:

- a) “con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio.”
- b) “con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información.”

Sobre este particular el legislador debió establecer al inciso a) como la conducta y al inciso b) como el elemento subjetivo del injusto, o bien al inciso a) como el medio comisivo.

Por cuanto hace a la fracción II, ésta tiende sólo a prever lo relativo al daño o robo de información, mediante una formulación casuística.

4.2.2. Ley Federal del derecho de Autor y Código Penal Federal.

Los programas de computación, las bases de datos y las infracciones derivadas de su uso ilícito se encuentran reguladas en la Ley Federal del Derecho de Autor del 24 de diciembre de 1996, que entró en vigor el 24 de marzo de 1997.

De esta forma, cuando se presentó la iniciativa correspondiente, la legislatura de aquel momento decidió pronunciarse al respecto, señalando que con dicha iniciativa se atendía la complejidad que el tema de los derechos autorales había presentado en los últimos tiempos lo cual exigía una reforma con objeto de aclarar

las conductas que podían tipificarse como delitos y determinar las sanciones que resultaran más efectivas para evitar su comisión.

4.2.2.1. Sánchez Franco

Al respecto, Alfredo Sánchez Franco escribe:

Este es el caso de la ley penal mexicana, en la que mediante reformas de fecha 17 de mayo de 1999 publicadas en el Diario Oficial de la Federación, se crearon en la especie, los artículos 211 bis 1 al 211 bis 7 al Código Penal Federal, que en lo medular, tipifican comportamientos -de los llamados *hackers* o *crackers*- que atentan contra los sistemas de cómputo que pueden o no, ser parte del sector financiero mexicano [...] En este cuerpo normativo federal se sanciona el que un sujeto tenga acceso ilegal a dichos sistemas y los altere, dañe, modifique o provoque pérdida de información contenida en tales sistemas.

Sin embargo, en mi opinión, la complejidad y costo económico que representará el acreditar ante un juez penal un comportamiento ilícito que se ejecuta en el escenario virtual de la Internet o el Internet - y sus herramientas virtuales -, rebasa en mucho, los buenos deseos del legislador mexicano, reflejados en la reforma penal citada.¹⁸⁸

¹⁸⁸ *Ensayo No 1 sobre el tema de investigación indicado*, en el Master en "Derecho Penal, Constitución y Derechos" por la Universidad Autónoma de Barcelona, España (U.A.B.), México, 2002-2003.

Al respecto podemos señalar que el gran problema de los llamados delitos informáticos será la comprobación de los mismos, lo que de ninguna manera puede ser un pretexto para su constitución dogmática. El hecho que un homicidio sea claro en su construcción típica no es sinónimo que su comprobación sea fácil en la práctica.

El Código Penal Federal establece:

Título Noveno

Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

Capítulo II

Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

ARTICULO 211 bis 1.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

ARTICULO 211 bis 2.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa. Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa.

ARTICULO 211 bis 3.- Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y de trescientos a novecientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática del Estado, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos cincuenta días multa.

ARTICULO 211 bis 4.- Al que sin autorización modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

ARTICULO 211 bis 5.- Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente modifique, destruya o provoque pérdida de información que contengan, se le impondrán de seis meses a cuatro años de prisión y de cien a seiscientos días multa.

Al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática de las instituciones que integran el sistema financiero, indebidamente copie información que contengan, se le impondrán de tres meses a dos años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa. Las penas previstas en este artículo se incrementarán en una mitad cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero.

ARTICULO 211 bis 6.- Para los efectos de los artículos 211 bis 4 y 211 bis 5 anteriores, se entiende por instituciones que integran el sistema financiero, las señaladas en el artículo 400 bis de este Código.

ARTICULO 211 bis 7.- Las penas previstas en este capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno.

Jesús Antonio Molina Salgado escribe una crítica sobre esta legislación:

La legislación mexicana en materia de delitos informáticos dista mucho de ser perfecta, es sólo el primer paso para lograr un ambiente sano y seguro para los negocios y comunicaciones electrónicas en nuestro país. Algunos de los defectos del Código Penal Federal en esta área son los siguientes:

a) Contempla que constituye el delito sólo si se accede un sistema informático protegido por un mecanismo de seguridad. Esto es tan absurdo como si dijéramos que para que se diera el delito de allanamiento de morada es necesario que la casa habitada cuente con un candado, llave, portón o cadena protectora. La justicia no puede reducirse sólo a aquellos quienes tienen los medios económicos para proteger su computadora con un mecanismo de seguridad. ¿O qué acaso el que tu computadora esté conectada al Internet significa que cualquiera puede justificadamente, borrar o destruir archivos, sólo porque no está protegida por algún mecanismo de seguridad?

b) El Código Penal no define qué debe entenderse por 'mecanismo de seguridad'. ¿Qué es un mecanismo de seguridad de un sistema informático?, ¿Un *password*? ¿Un candado contra robo (físico)?, ¿Un *firewall*?, ¿Un sistema criptográfico de llave pública?, o simplemente ¿Tener la computadora encerrada en un cuarto bajo llave o con un guardia de seguridad a un lado?. Esta vaga redacción sin duda traerá innumerables problemas de interpretación a la hora de que le toque a un juez analizar un caso concreto.

c) Nuestro código no contempla todos los tipos más comunes de ataques informáticos. El Capítulo II adicionado en virtud de la reforma del 17 de mayo de 1999, de entrada está titulado de manera incorrecta: 'Acceso Ilícito a Sistemas y Equipos de Informática'. Aunque su articulado (Arts. 211 bis 1 al 7) no habla en todo momento de acceso ilícito, el título del capítulo sí enfoca su contenido a accesos ilícitos precisamente.

El problema radica en que muchos ataques informáticos se perpetran sin necesidad alguna de acceder directamente un sistema informático. El

mejor ejemplo es el ataque de ‘Denegación de Servicios’ (*Denial of Services* o *Distributed Denial of Services*), cuyo objetivo no es ‘modificar, destruir o provocar pérdida de información’, como reiteradamente lo establece el Código Penal Federal, sino simplemente imposibilitar o inhabilitar un servidor temporalmente para que sus páginas o contenidos no puedan ser vistos por los cibernautas mientras el servidor está caído.¹⁸⁹

4.2.2.2. Carrancá y Rivas.

Dentro del *Código Penal Comentado* que iniciara con su padre, hace ya más de cuarenta años, el jurista Raúl Carrancá y Rivas, quien distingue sus notas de las de Carrancá y Trujillo mediante paréntesis que señalan las iniciales del autor, escribe sobre esta reforma en la nota referente al artículo 211 bis 7:

En la especie, y en cuanto hace a la acción delictiva, no hay a mi juicio sino tres posibilidades: que se actúe terroristamente, en provecho propio o en provecho ajeno. Si se trata de lo primero habría que remitirse al artículo 139 del código Penal; siendo innecesaria, en consecuencia, la inclusión en el Código de este nuevo tipo. Mas por lo que atañe a la información obtenida y utilizada en provecho propio o ajeno, excepción hecha del terrorismo como ya queda dicho, a mi juicio es evidente que

¹⁸⁹ Molina Salgado, Jesús Antonio, *Delitos y otros ilícitos informáticos en el derecho de la propiedad industrial*, (col. Breviarios Jurídicos), Porrúa, México, 2003, pp. 69 -70.

se da en todos los casos, o sea, es parte substancial de la acción delictiva. No es un añadido, un agregado de la acción. En consecuencia ¿para qué agravar las penas? (C.y R.)¹⁹⁰

4.2.2.3. Nuestra opinión.

Disentimos de la opinión del doctor Carrancá y Rivas, toda vez que, si bien es cierto que organizaciones delictivas realizan este tipo de conductas, también es cierto que existen particulares que no obtienen provecho alguno con el acceso a ciertos bancos de información. Volvemos al caso de quien ingresa de manera ilícita a la cuenta de correo electrónico de otra persona, para conocer el contenido de sus comunicaciones, siendo éstas un mar de frases insulsas. Lo único transgredido es la intimidad del dueño de la cuenta, aunque no haya manifestación o indicio del acceso clandestino. Esto es, la conducta puede ocurrir fuera del contexto que señala el doctor Carrancá y Rivas.

Y por cuanto hace al conjunto de normas penales, debemos decir que es un buen inicio para combatir esta clase de delincuencia, elevando a nivel federal este

¹⁹⁰Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Código Penal Anotado*, 23ª ed., Porrúa, México, 2000, nota 605h, p. 574.

tipo de conductas, sin embargo, debe existir un trabajo para que todo cuanto se refiera a la materia informática sea de competencia federal, frente a legislaciones como la sinaloense, o contra el intento de legislación del Distrito Federal. Con el esquema actual podemos encontrarnos ante un concurso aparente de leyes.

Regularmente bajo el título que corresponda dentro del Código Penal, se establece el bien jurídico que tutela, por ejemplo “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres” “delitos contra la salud”, etc., en el caso que nos ocupa, el título señala: “Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.” Esto es, no deja en claro cuál es el bien jurídico tutelado y, esto ocurre porque si el fin fuera proteger el patrimonio, entonces la ubicación de los delitos sería errónea, a pesar de que, dentro de los mismos se establece, entre otras conductas, el daño a los sistemas.

Ahora, por otra parte y siguiendo un vicio recurrente en este tipo de legislaciones, no se especifica qué se debe entender por sistema o equipo de informática, y éstos sólo podrán ser tutelados por la ley punitiva si se encuentran protegidos previamente por un mecanismo de seguridad.

Reiteramos, que ante la multiplicidad de formas que puede tener el uso de la tecnología informática, debe realizarse una disposición general que abarque al uso de las computadoras como el medio comisivo y, en ese tenor, instrumentar los convenios internacionales para sancionar este tipo de conductas en la escala en que suceden.

4.2.3. Supuesta figura de fraude informático en el Distrito Federal.

En la legislación penal del Distrito Federal se lee:

“Capítulo III

Fraude

ARTÍCULO 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán:

I. De veinticinco a setenta y cinco días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de cincuenta veces el salario mínimo, o no sea posible determinar su valor;

II. Prisión de cuatro meses a dos años seis meses y de setenta y cinco a doscientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cincuenta pero no de quinientas veces el salario mínimo;

III. Prisión de dos años seis meses a cinco años y de doscientos a quinientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de quinientas pero no de cinco mil veces el salario mínimo; y

IV. Prisión de cinco a once años y de quinientos a ochocientos días multa, cuando el valor de lo defraudado exceda de cinco mil veces el salario mínimo.

ARTÍCULO 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:

[...]

XIV. Para obtener algún beneficio para sí o para un tercero, por cualquier medio accese, entre o se introduzca a los sistemas o programas de informática del sistema financiero e indebidamente realice operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, independientemente de que los recursos no salgan de la Institución; o”

4.2.3.1. Nuestra opinión.

Aun, cuando no establece que se trata de una conducta equiparada al fraude, ya que sólo menciona la aplicabilidad de las mismas sanciones, el tipo en comento se encuentra ubicado entre los equiparables al fraude, lo que consideramos un primer error. Pues el acceso a un sistema informático no es de ninguna manera sinónimo de un engaño (elemento requerido en el tipo básico de fraude), pues al efecto, las máquinas, por su propia naturaleza no son susceptibles de caer en este tipo de errores o falsas concepciones de la realidad, como sucede con las personas

físicas. Para engañar a alguien se requiere, la posibilidad de caer o no en ese engaño, tener la capacidad para reconocer el error, lo que de ninguna manera acontece con los sistemas computacionales, hasta el día de hoy, de tal modo que se hace imposible que los elementos de esa índole que conforman la estructura del fraude: error, falsa representación, engaño, motivación, voluntad, decisión, disposición, puedan actualizarse en un sistema carente de las condiciones psicológicas correspondientes.¹⁹¹

El acceso a un sistema de información, con el fin de realizar operaciones, transferencias o movimientos de dinero o valores, no puede considerarse como una especie de fraude, sino de robo, un *robo informático* en el que se utiliza a la computación como herramienta o *medio comisivo*, para transferir dinero (acto de disposición) cuestión que debiera ser observada para una futura y correcta reforma en la que no existan tantos retruécanos legislativos para sancionar penalmente una conducta.

Recientemente la Corte se pronunció sobre el particular, pero refiriéndose a la incompetencia de la Asamblea Legislativa para crear leyes que se refieran, como acontece, respecto al sistema financiero mexicano.

¹⁹¹ Cfr. Maggiore, *op. cit.*, tomo V, pp. 125 y ss.

El 17 de junio de 2003 pudimos leer lo siguiente: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional el delito de ‘fraude por acceso informático al sistema financiero’ incluido indebidamente por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en el Código Penal capitalino

Por tres votos contra dos, y luego de una cerrada discusión que tomó cuatro sesiones, la primera Sala de la Corte consideró que por ser una conducta que afecta al sistema financiero, únicamente el Congreso de la Unión puede legislar sobre el tema.

Los Ministros de la mayoría declararon que el artículo 387 fracción 22 del anterior Código Penal es inconstitucional, ante la falta de competencia legal de la ALDF para regular esta materia.

Aunque en otro artículo, el delito sigue tipificado en el nuevo Código Penal del DF, vigente desde noviembre de 2002 [...]

En la versión vigente del Código Penal del DF, la conducta es sancionada por el artículo 231, fracción 14 (*sic*).¹⁹²

¹⁹² Fuentes, Víctor, “Revocan reforma sobre fraude cibernético”, en Diario Reforma, México, 17 de junio de 2003.

4.2.4. Legislaciones locales.

En nuestra legislación nacional encontramos una división entre los códigos penales que si contemplan a los delitos informáticos, aun de manera básica y los que no señalan nada sobre este tema.

Así tenemos que en los códigos penales de Aguascalientes y Tabasco establecen dichas figuras entre los Delitos contra la seguridad en los medios informáticos y magnéticos; Baja California los establece en los Delitos contra la inviolabilidad del secreto; Chiapas, en los Delitos en contra de las personas en su patrimonio; Colima, Puebla, Querétaro, Zacatecas y Morelos, en los Delitos contra la moral pública; Oaxaca, en los Delitos contra la moral pública y en los Delitos contra la libertad y violación de otras garantías y; Tamaulipas, en los Delitos de revelación de secretos y de acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.

Por su parte dentro de los códigos penales de Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Veracruz Llave y Yucatán no se contiene disposición relativa sobre el particular.

4.2.5. Policía cibernética en México.

En México, tomando en cuenta la dificultad probatoria de los delitos informáticos, se ha formado la Coordinación Interinstitucional de Combate a Delitos Cibernéticos formado por: la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, la Policía Federal Preventiva, el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina, la Secretaría de Seguridad Pública (a través de la Policía Federal Preventiva), E-México, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Asociación Mexicana de Internet, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Teléfonos de México, Avantel, Alestra y la Alianza Mexicana de Gibercafés, A.C.

Entre sus actividades, esta coordinación mantiene patrullaje en la red mediante software convencional para rastreo de *hackers* y sitios de *Internet*, comunidades y *chat rooms* en los que se promueven la pornografía y el turismo sexual infantil. Asimismo, se utiliza *Internet* como un instrumento para detectar a

delincuentes que organizan sus actividades en la red. Realiza análisis sobre actividades de organizaciones locales e internacionales de pedofilia así como de redes de prostitución infantil y redes de tráfico de menores que los explotan o prostituyen en otros países.

Esta nueva Policía Cibernética desarrolla una Base de Datos Nacional para la identificación de patrones, rangos, preferencias y *modus operandi* de los casos reportados de menores extraviados, desaparecidos, abusados sexualmente, explotados, traficados y prostituidos, además de la integración de un Banco Nacional de Datos sobre pedofilia y agresores sexuales.¹⁹³

Realmente este tipo de policía atiende a la parte más visible que pasa por la *internet*, puesto que revisa, *nausa*, por las páginas en las que se muestran imágenes de pornografía infantil. Luego de detectarlas, busca los enlaces hasta descubrir desde que servidor se generan dichas imágenes. Si éste último se encuentra en territorio nacional, entonces lo informa al Ministerio Público de la Federación para que se inicie la averiguación previa correspondiente y con ello se requiera al juzgador para que obsequie la orden de cateo a efectuarse en el lugar donde se generan las

¹⁹³Sobre el particular puede consultarse la página electrónica ubicada en:
http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pcibernetica_sub_2&rootId=126&pbname=pc_conoce&docName=¿Qué%20hacemos?&docId=419

imágenes. Solo entonces se encontrará al responsable y, tal vez a quienes agredieron sexualmente a los menores involucrados en las imágenes. También, como se trata de páginas electrónicas donde suele requerirse el depósito de dinero mediante la aportación de datos de la tarjeta de crédito, se rastrea la cuenta concentradora y así conocer la identidad de quien recibe (y quien potencialmente es el autor de esto) el dinero por permitir el acceso a la página electrónica.

Como puede apreciarse se trata de un trabajo fatigoso y no siempre fructífero. Pero como lo anticipábamos, se trata de la parte más visible del crimen informático, atrás quedan los que colocan en la *red*, páginas que, a cambio de un depósito electrónico ofrecen múltiples bienes o servicios inexistentes. O bien atrás de esta labor quedan las comunicaciones de organizaciones criminales que “*trabajan*” y se estructuran por este mismo medio.

4.3. Tratamiento del problema en el ámbito internacional.

Como observamos desde el primer capítulo de este trabajo, la tecnología ha avanzado a pasos agigantados en los últimos lustros, basta comparar tan solo una computadora de hace diez años con una actual para ver que sus potencialidades han crecido enormemente. La capacidad de realizar distintas tareas en un menor tiempo, la capacidad de almacenamiento, así como la transmisión de datos, son sólo

ejemplos que día a día nos pone de manifiesto ese adelanto tecnológico al que nos referimos. Pero ello no ocurre del mismo modo con la producción legislativa, lo que no significa que algunos países se hayan quedado sin enfrentar los problemas de delincuencia por este medio. Algunos, realizaron actos en contra de la delincuencia, sin que para tal efecto hubiera una ley de por medio.

Otros países, en cambio, fueron pioneros en la regulación, mientras otros más, fueron permisivos hasta el día en que descubrieron con asombro lo que esta tecnología podía ocasionarles, como ocurrió con el conocido 11 - s. ó 9 - 11 (11 de septiembre de 2001), como se le denomina de manera general al día en que fueron derribados los edificios del World Trade Center en Nueva York, Estados Unidos, por un comando terrorista, pues debe recordarse que ese comando tenía diversas sedes y se comunicaba por medio de correos electrónicos, que instruía y recibía a su vez instrucciones por *internet* y que además realizó la compra de boletos de avión, también a través de la llamada *red de redes*.

4.3.1. Alemania.

En Alemania, la denominada Segunda Ley para la lucha contra la Criminalidad Económica de 15 de Mayo de 1986, relaciona una variada gama de hechos punibles

cometidos con medios electromagnéticos o informáticos o de la información como bien jurídico u objeto material de los mismos, acorde con la realidad tecnológica. En esta relación punitiva observamos los *delitos contra los datos* o las informaciones, a diferencia de la legislación canadiense donde se destacan los *delitos de los datos* contra otro bien jurídico como la intimidad. La legislación española como veremos prevé una y otra clasificación.

Las formas típicas del derecho alemán son:

Espionaje de datos (Arts. 202 a);

Estafa informática (263 a);

Utilización abusiva de cheques o tarjetas de crédito (266);

Falsificación de datos con valor probatorio (269);

Engaño en el tráfico jurídico mediante elaboración de datos (270);

Falsedad ideológica (271);

Uso de documentos falsos (273);

Destrucción de datos (303 a) y,

Sabotaje informático (303).¹⁹⁴

¹⁹⁴Cfr. http://www.libardo.50megs.com/Delito_Intimididad.htm

Un buen punto a tener en cuenta es que el mismo medio donde se comete el delito puede servir para rastrear y atrapar al delincuente. Un claro ejemplo de ellos es el libro *The Cuckoo's Egg*, de Cliff Stoll, donde el autor narra cómo siguió a lo largo de meses a varios hackers alemanes, que desde Hannover entraban a las redes americanas en busca de información para vender al gobierno ruso. Los ordenadores detectaban a través del rastreo de una clave determinada cuándo estos sujetos ingresaban. A partir de allí grababan todos sus 'movimientos' dentro del sistema incluso llegaron a crear archivos falsos con supuesta información confidencial (con palabras tales como *military secrets*) para atraer a los hackers y poder rastrearlos mientras se encontraban *en línea*.¹⁹⁵

Debemos recordar que antes del llamado 11 - s. Alemania tenía muchos problemas con los datos que se enviaban desde Estados Unidos; pues, dado su contenido, el gobierno alemán pretendía limitar el acceso a cierto sitios, solicitando fueran bloqueados desde su origen en América; pero, la respuesta era que, un acto así atentaría contra la libertad de expresión.

¹⁹⁵Cfr. Palazzi, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

4.3.2. Argentina.

Para el tratadista Gabriel Andrés Cámpoli, la legislación argentina sobre los delitos informáticos se detuvo esencialmente en el debate conceptual: “por medio de” y “en contra de”. Y en efecto, esta discusión se repite desde que se realiza una clasificación. Cámpoli escribe:

Se observa que sólo los equipos dotados de la capacidad de procesar datos pueden por regla general ser utilizados como medios comisivos de acciones que afecten bienes jurídicos que a la sociedad le pueda interesar brindarle mayor protección (la penal).

Entonces que es lo que nos separa de una correcta aplicación de las leyes penales preestablecidas? Sólo la pretendida falta de legislación en materia de delitos informáticos, y digo pretendida porque esto no es así, ya que al perpetrarse el delito a través del uso de medios informáticos no se está sino en presencia de un nuevo método comisivo del delito y no como erróneamente se piensa de un nuevo delito que para que lo sea debe estar correctamente tipificado.

En resumen, los delitos informáticos, en su gran mayoría dependen, para su persecución penal de la correcta interpretación de la ley penal y de la toma de conciencia por parte de los jueces de que sólo nos

encontramos ante nuevos métodos para estafar o para injuriar, pero en ningún caso ante nuevos delitos, ya que una postura semejante nos llevaría al absurdo de pensar, por ejemplo, que si mañana se pudiese quitar la vida a alguien por medio de internet habría que establecer una nueva figura penal ya que el homicidio no estaría cubriendo esta posibilidad; cuando en derecho, si se lesiona el bien jurídico protegido, no importa cual sea el medio utilizado, corresponde la aplicación de la ley penal vigente y no se requiere una nueva y específica.¹⁹⁶

La urgente necesidad de combatir a la delincuencia informática hizo que algunos tratadistas como Cámpoli, desestimaran las características de las conductas que ahora tratamos, tomando o recomendando medidas radicales, pero, nuevamente insuficientes. Lo etéreo de la prueba, la extraterritorialidad del acto y la posibilidad de dilatar o programar la lesión jurídica (recordemos el virus *I love you*, programado para su activación un 14 de febrero), son tan sólo unos ejemplos para pensar que no estamos ante la misma clase de delitos y que efectivamente debemos diferenciar cuando la tecnología es *medio sine qua non* para llevar a cabo la conducta susceptible del juicio de reproche.

¹⁹⁶Cámpoli, Gabriel Andrés, "Argentina: Hacia una correcta Hermenéutica Penal - Delitos Informáticos vs. Delitos Electrónicos", consultable en: <http://www.alfaredi.org/revista/data/50-10.asp>

4.3.3. Chile.

En Chile se promulgó en 1993 la Ley 19.223 que señala:

Artículo 1. "El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo".

Artículo 2. "El que con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio".

Artículo 3. "El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio".

Artículo 4. "El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurriere en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado".

4.3.3.1. Rodolfo Herrera Bravo.

Rodolfo Herrera Bravo escribe sobre la ley chilena:

En junio de 1993 entró en vigencia en Chile la Ley 19.223 sobre delitos informáticos, un cuerpo legal que consta de 4 artículos.

la Ley 19.223, que, no obstante ser pionera en la región al abordar expresamente el delito informático, adolece de muchas deficiencias de forma y de fondo, que me llevan a considerarla como desafortunada [...]

Es común observar en parte de la doctrina mucha confusión para determinar el bien jurídico, porque no se limitan exclusivamente a los delitos informáticos, sino que también consideran a los computacionales, que al ser delitos convencionales ya tienen un bien jurídico específico. Por ejemplo, los atentados contra el hardware tienen claramente como bien jurídico al patrimonio. [...]

Y respecto al nuevo bien jurídico creado por la Ley 19.223 es discutible, porque ni el mismo legislador lo entiende con claridad. Citando la opinión del profesor Renato Jijena Leiva, expuesta en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, fue inadecuado aludir a 'la información en cuanto tal', sin otorgarle carga o contenido valórico, sin reparar en que no todo conjunto organizado de datos reviste igual importancia.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Herrera Bravo, Rodolfo, "Reflexiones sobre los delitos informáticos motivadas por los desaciertos de la Ley chilena 19.223", ponencia presentada en el X Congreso Latinoamericano y II Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, celebrado en la Universidad de Chile en agosto de 1998.

Coincidimos con Herrera Bravo, pues, en efecto, es común que el legislador no se adentre en el estudio del bien jurídico tutelado, lo que permite pensar que el tipo penal relativo a los delitos informáticos, tenga, además de vicios de estructura, la falta de un fundamento cultural, visto en cualquier delito como el alma de la antijuridicidad.

Herrera Bravo termina: “Además, la ubicación del texto fuera del Código Penal es una desafortunada técnica legislativa. En la Ley 19.223, no se contemplan las figuras de *hacking* directo o la de fraude informático. Tampoco se refiere a la copia ilegal de programas, cuyo delito se encuentra tipificado en la Ley 17,336 sobre Propiedad Intelectual.”¹⁹⁸

4.3.4. España.

Dentro del Código Penal español de 1995, se contiene un catálogo de delitos informáticos muy amplio para sancionar aquellas conductas que atentan contra diversos bienes jurídicos, así tenemos:

¹⁹⁸ *Ídem*

4.3.4.1. Ataques que se producen contra el derecho a la intimidad.

Delito de descubrimiento y revelación de secretos mediante el apoderamiento y difusión de datos reservados registrados en ficheros o soportes informáticos. (Artículos del 197 al 201 del Código Penal).

Hemos visto con antelación que nuestro código penal federal ubicó, como el español (en una parte) a los delitos informáticos en el capítulo referente a la revelación de secretos, tal vez porque con una frecuencia inaudita se da el acceso ilegal a un sistema de información.

4.3.4.2. Infracciones a la Propiedad Intelectual a través de la protección de los derechos de autor.

Especialmente la copia y distribución no autorizada de programas de ordenador y tenencia de medios para suprimir los dispositivos utilizados para proteger dichos programas. (Artículo 270).

La copia ilegal es el siguiente paso después del acceso no permitido. El rompimiento de sistemas para proteger la información es parte de estas nuevas conductas. Debiéndose sancionar a quien utilice sus conocimientos para traspasar mecanismos informáticos de seguridad sobre una base de datos. Dicha figura, similar al allanamiento de propiedad, no puede ser sancionada bajo este tipo, toda vez que considero se excedería la interpretación, aún por mayoría de razón, lo que la hace necesaria dentro de nuestra legislación.

4.3.4.3. Falsedades.

Concepto de documento como todo soporte material que exprese o incorpore datos.

Extensión de la falsificación de moneda a las tarjetas de débito y crédito.

Fabricación o tenencia de programas de ordenador para la comisión de delitos de falsedad. (Artículos 386 y ss. del Código Penal).

Sobre el particular debemos recalcar que el Código Penal español es aplicable en todo su territorio, por lo que la persecución del delito en comento es más efectiva para delitos como el señalado líneas arriba.

Rovira por su parte escribe:

“No obstante, una mención específica debe efectuarse con relación al denominado delito de falsificación informática. Y la primera cuestión que se suscita es qué tipo de acciones pueden y deben efectivamente calificarse como tales.

Partiendo de una conceptualización de estos ilícitos en base al bien jurídico tradicional protegido, la seguridad jurídica, la mayoría de nuestra doctrina patria, con carácter extenso, amplio e incluso a veces confuso, ha incluido sin distinción o diferenciación en tal ámbito de ilícitos tanto las falsificaciones o falsedades realizadas por medios informáticos y materializadas en soportes documentales de papel tradicional, como las acciones de falsificación de datos informáticos mediante manipulación de los mismos, y finalmente los actos falsarios respecto a los denominados documentos electrónicos informáticos o telemáticos, aparecidos con la progresiva incorporación de los soportes informáticos (discos magnéticos y ópticos) en las relaciones comerciales, el comercio electrónico, el tráfico jurídico en general, y el funcionamiento de las Administraciones Públicas; y estableciéndose el debate y discusión doctrinal en torno a todos ellos, como uno de sus puntos críticos, en

cuanto al valor jurídico atribuible a los mismos y a los actos y negocios jurídicos que, en su caso, incorporaban.

Y, vamos a anticipar, que si bien respecto al primer grupo de vinculación del medio informático a la perpetración del ilícito falsario en modo alguno hace que podamos considerarlo como un delito de riesgo informático, ni cambia en absoluto la naturaleza jurídica del mismo, sin perjuicio de la consideración de la acción manipuladora como una manipulación informática, y en sí misma susceptible, consecuentemente y en su caso, de constituir otro ilícito, éste sí informático en sentido estricto, pero totalmente distinto, no ocurre lo mismo respecto de las acciones de alteración de datos, que es una mera actividad de manipulación informática o telemática que puede suponer bien una falsificación documental bien el medio comisivo de un fraude informático o de cualquier otro ilícito vinculado a la informática en general; pero sobre todo, y por lo que expondremos, en cuanto al tercer grupo, en donde sí se configura claramente un delito pluriofensivo y susceptible de tener, en algunos supuestos, la consideración y la categoría de delito de riesgo informático y de la información.

En el derecho español, los medios de prueba tradicionales reconocidos a tenor del art. 1.215 del Código Civil, art. 47 del Código de comercio y art. 578 de la hasta ahora vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en especial, la prueba documental venía tradicionalmente unida a la materialidad del soporte que incorpora la manifestación de la voluntad o la expresión de un simple hecho, y no en referencia a su contenido; esto es, al papel y a la escritura incorporada, pues el documento, en su materialidad, tal como lo conceptuaba nuestra legislación, tenía un enorme condicionamiento sociocultural e histórico,

y el concepto de documento, bien público, bien privado, se identificaba, más que con el documento en sí mismo, con sus manifestaciones históricas, el papel y la autografía como una única manifestación de la expresión simbólica.

Y tales consideraciones se revelaron claramente insuficientes para explicar las nuevas operaciones y negocios efectuados con la colaboración de soportes informáticos, pues la firma tradicional garantía de la autenticidad y del contenido del documento escrito, estaba ya siendo sustituida, con ventajas, por la criptografía, los signos y claves informáticas que permiten asegurar la procedencia y veracidad de un documento.¹⁹⁹

4.3.4.4. Sabotajes informáticos.

Delito de daños mediante la destrucción o alteración de datos, programas o documentos electrónicos contenidos en redes o sistemas informáticos. (Artículo 263).

El delito anterior en nuestro concepto, no es sino una variante o modalidad del daño en propiedad ajena.

¹⁹⁹ Rovira del Canto, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, España, 2002, pp. 171 -173.

4.3.4.5. Fraudes informáticos.

Delitos de estafa a través de la manipulación de datos o programas para la obtención de un lucro ilícito. (Artículos 248 y ss. del Código Penal).

4.3.4.6. Amenazas.

Realizadas por cualquier medio de comunicación. (Artículos 169 y ss. del Código Penal).

4.3.4.7. Calumnias e injurias.

Cuando se propaguen por cualquier medio de eficacia semejante a la imprenta o la radiodifusión. (Artículos 205 y ss. del Código Penal).

Los tipos anteriores, refuerzan nuestra tesis en el sentido que, en ocasiones los tipos básicos son cometidos mediante el uso de las nuevas tecnologías, sin que por ello pierdan su esencia.

4.3.4.8. Pornografía infantil.

Entre los delitos relativos a la prostitución al utilizar a menores o incapaces con fines exhibicionistas o pornográficos.

La inducción, promoción, favorecimiento o facilitamiento de la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. (art. 187).

La producción, venta, distribución, exhibición, por cualquier medio, de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. (art. 189).

La posesión de dicho material para la realización de dichas conductas (art. 189).

En comparación con las actividades que se realizan en nuestro país, coincidimos en la tarea de combatir conductas como la pedofilia y la pornografía infantil, acierto de nuestra legislación federal.

Respecto a la posesión del material pornográfico, se establece el elemento subjetivo del injusto consistente en que dicha posesión tenga por objeto las conductas sancionadas.

Enrique Orts Berenguer, escribe en general sobre los delitos informáticos en España:

En las páginas anteriores nos hemos referido a algunas normas del Código penal susceptibles de abarcar determinadas conductas que suelen calificarse como delitos informáticos. Es de notar, sin embargo, que el análisis de esos tipos penales tan sólo entraña una visión sesgada de la amplia problemática que hoy plantea la utilización fraudulenta de la tecnología informática, cuyo tratamiento no ha de ser sólo interdisciplinar sino también global, al menos en algunos aspectos.

Téngase en cuenta que la eclosión de *Internet* ha dado lugar a numerosos delitos de carácter transfronterizo, y a una criminalidad de

alta tecnología, de carácter organizado, que actúa a través de la red (blanqueando los efectos procedentes del delito, cometiendo fraude en las transacciones comerciales, realizando espionaje económico, etc.), cuya persecución no encuentra tan solo trabas procesales, derivadas de las propias limitaciones a la aplicación ultraterritorial de las leyes nacionales, sino también escollos sustantivos, que conducen a veces a la impunidad de ciertas personas que contribuyen a la difusión de la información delictiva (*vid.*, sobre este tipo de criminalidad, Militello; y Sieber, 1998). En el orden procedimental, no resulta difícil a los delincuentes informáticos orillar la competencia de los Tribunales cuando actúan desde lo que suelen denominarse *paraísos informáticos* (esto es, países que no han ratificado los convenios internacionales de protección de los datos insertos en la red, y en los que no existe una regulación adecuada de estas conductas), toda vez que, en principio, la ley de cada estado alcanza hasta donde llegan los confines de su soberanía. Bien es verdad que los diferentes países suelen prever excepciones a esa regla general, basadas comúnmente en la nacionalidad del sujeto activo del delito, y en la naturaleza de la infracción; como así lo hace nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 23 de la LOPJ, en el que se faculta a los Tribunales españoles para conocer de algunos hechos realizados fuera del territorio nacional (bajo ciertas condiciones legales). En concreto, cuando el delito sea cometido por un español (o persona que hubiese adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho), o cuando se trate de uno de los delitos enumerados en los números 3º y 4º (entre los que destacan los relativos a la prostitución, tráfico de drogas, falsificación de monedas, etc.), dejando no obstante la puerta abierta a cualesquiera otras

infracciones que a través de tratados internacionales puedan incorporar a los enumerados. Con todo, quedan al margen de estas excepciones determinados delitos, como los relativos a la propiedad intelectual que, en el ámbito virtual, presentan una particular importancia. Es cierto, también, que para sortear esta laguna legal bastaría mantener un criterio flexible en materia competencial, entendiendo realizado el delito, tanto en el lugar en que se ejecute la acción, como en aquel en que se produzca el resultado delictivo (teoría de la ubicuidad). Sin embargo, tal solución no sólo estaría sembrada de dificultades prácticas, habida cuenta de la multiplicidad de países a los que llega la información difundida por *Internet*, y que, por ende, podrían considerarse competentes para conocer del delito, sino que, además, en algunos casos podría conducir a soluciones palmariamente injustas, dadas las diferencias de trato que respecto a una misma infracción suelen existir entre los diferentes ordenamientos.²⁰⁰

Dicho autor nos remite al artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece la posibilidad de perseguir de modo extraterritorial los delitos. Cabe recordar que dicho fundamento fue utilizado por el Magistrado Baltasar Garzón Real, de la Audiencia Nacional, en sus respectivas solicitudes de extradición para enjuiciar a Ricardo Miguel Cavallo y Augusto Pinochet. Este artículo, que parte del principio de justicia universal, puede ser a mediano plazo, repetido por diversas legislaciones penales para evitar la ahora *impunidad informática*.

²⁰⁰ Orts Berenguer, Enrique y Margarita Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, "colección los delitos", Valencia, España, 2001, pp. 162 - 163.

Coincidimos en la ampliación competencial, sin embargo, debemos recordar que para solicitar la extradición de un probable responsable en la comisión de un delito, dicha figura debe contemplarse como tal en ambos estados: requirente y requerido.

4.3.5. Francia.

Por su parte, entre la legislación gala encontramos la Ley número 88-19 de 5 de enero de 1988 sobre el fraude informático.

4.3.5.1. Acceso fraudulento a un sistema de elaboración de datos.

En el artículo 462, 2 de la ley en comento se sanciona tanto el acceso al sistema como al que se mantenga en él y aumenta la sanción correspondiente si de ese acceso resulta la supresión o modificación de los datos contenidos en el sistema o resulta la alteración del funcionamiento del sistema.

Habíamos señalado líneas arriba sobre la necesidad de perseguir el acceso no autorizado a una fuente electromagnética de información.

4.3.5.2. Sabotaje informático.

En este artículo se sanciona a quien impida o falsee el funcionamiento de un sistema de tratamiento automático de datos (artículo 462-3).

El delito de sabotaje ya existe, sin embargo, éste se ha aplicado más bien en tratándose de conductas contra el Estado.

4.3.5.5. Destrucción de datos.

En este artículo se sanciona a quien intencionadamente introduzca datos en un sistema de tratamiento automático de datos o suprima o modifique los datos que éste contiene o los modos de tratamiento o de transmisión (artículo 462-4).

A pesar de que ya habíamos señalado que es una variante del daño en propiedad ajena, debemos también reconocer que este tipo de bienes intangibles deben ser tutelados de manera más específica por la ley. Pues un *disquete* vacío (una vez que ha sido borrada la información contenida en él) no es sinónimo de daño

como el de un vehículo que ha recibido un golpe o un rayón. Como en el robo, la persona ofendida tendría que demostrar la preexistencia de la información borrada.

4.3.5.4. Falsificación de documentos informáticos.

En este artículo se sanciona a quien de cualquier modo falsifique documentos informatizados con intención de causar un perjuicio a otro (artículo 462-5).

4.3.5.5. Uso de documentos informáticos falsos.

En este artículo se sanciona a quien conscientemente haga uso de documentos falsos haciendo referencia al artículo 462-5 (artículo 462-6).

Sobre el particular sólo bastaría incluir esta modalidad dentro de la falsedad documental.

4.3.6. Soluciones normativas de ámbito europeo.

En Europa existe hoy día una creciente preocupación por regular la vida del ciberespacio, ya que en gran medida, muchas operaciones de diversa índole son producidas en ese terreno sin fronteras.

En Inglaterra se establecieron algunas figuras relativas a los delitos informáticos en una ley, promulgada en 1990 denominada *Law Computer Misuse Act*, (donde preponderantemente se hace alusión al acceso no autorizado) de la que destaca la llamada jurisdicción inmaterial, toda vez que se conoce la ofensa (o lesión del bien jurídico tutelado) cuyo resultado pueden ser imperceptible.

Enrique Orts retoma el problema que habíamos señalado líneas arriba respecto de la regulación alemana y su diferendo con los Estados Unidos. Dicho autor expresa:

En Europa, el debate acerca de la posible responsabilidad penal de los proveedores de *Internet* y de los operadores de los servicios *on-line* se acrecentó especialmente a partir del proceso seguido en 1997 en Alemania contra la compañía *CompuServe*, por difundir pornografía infantil emitida desde EE.UU. La sentencia condenatoria recaída en

primera instancia (posteriormente revocada), fue duramente contestada por la doctrina germana, por entender que la responsabilidad del proveedor (en este caso la citada compañía) basada en la falta de control de la información difundida carecía en absoluto de cobertura legal, toda vez que el Código penal alemán no establece la obligación de esos sujetos de supervisar los contenidos divulgados. Postura que se vio reflejada en dos normas, una de ámbito federal, *Telemediengesetz* (TDG)²⁰¹, y otra de todos los estados, *Mediendienste-Staatsvertrag* (MDStV)²⁰², aprobadas el 1 de agosto de 1997. (En la actualidad existe una propuesta de reforma, *Elektronische Geschäftsverkehr –EGG–*²⁰³, para adecuar estas disposiciones a la Directiva sobre comercio electrónico (a la que después aludiremos). En ambas (parágrafos 5 respectivos) la responsabilidad de los proveedores queda limitada a aquellos casos en que, teniendo conocimiento del carácter ilícito de la información difundida no adopten las medidas necesarias para evitarla, o no la bloqueen o supriman, contando con los mecanismos técnicos para hacerlo (además de la responsabilidad por los contenidos propios o seleccionados por esos sujetos). En ningún caso el ofrecimiento de infraestructura técnica a los usuarios se considera base suficiente para fundar una condena penal, articulada en la deficiente comprobación de los contenidos ajenos (Sieber, 1977, 1999).²⁰⁴

La responsabilidad de quienes prestan el servicio de *internet*, se ve acotada por la posibilidad de verificación que puedan reservarse, sin que ello atente contra la

²⁰¹ Ley de Servicios Electrónicos

²⁰² Tratado Internacional sobre Servicios y Medios.

²⁰³ Operaciones electrónicas.

²⁰⁴ Orts Berenguer, *op. cit.*, p. 165.

intimidad del usuario. En ese tenor estaban las cosas, pero el 11 de septiembre de 2001, cambiarían radicalmente las cosas. Estados Unidos vendría a modificar estos criterios.

Morón Lerma refiere lo siguiente:

La Directiva 2000/31, de comercio electrónico, regula, en sus artículos 12 a 15, la responsabilidad penal de los prestadores de servicios intermediarios, que se corresponde, mayoritariamente, con lo previsto en los artículos 13 a 17 de la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, por lo que se transpone la citada Directiva. Ambas normas consagran, en lo esencial, los criterios generales expuestos con anterioridad.

Con arreglo a la citada Directiva, se establece como principio general la inexigencia de una obligación general de supervisión de los datos que se transmiten o almacenan (como sí hace, por ejemplo, un productor de TV) ni una obligación de realizar búsquedas activas de los contenidos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios que prestan y de cuya regulación se ocupa la Directiva [mera transmisión de datos o facilitación de acceso a *la red*, almacenamiento o copia temporal de datos (*caching*) y alojamiento de datos; en el caso de la LSSICE, también localización de datos].

Así, el artículo 15.1 de la Directiva declara que «los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que

indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14 >>>.

Sin embargo, la Directiva, en el párrafo segundo del citado artículo 15, sí autoriza a los Estados miembros al establecimiento de deberes de colaboración a cargo de los prestadores de servicios de intermediarios, concretados en la obligación de comunicar con prontitud a las autoridades los datos o actividades ilícitas o de comunicar la información que permita la identificación del destinatario del servicio, deberes que aparecen expresamente previstos en los artículos 11 y 12 LSSICE.

En coherencia con dicho principio general, la Directiva articula un régimen de responsabilidad escalonado, en el que, con carácter general y salvo en determinados supuestos, se exonera de responsabilidad al prestador de servicios por la actividad de facilitación de acceso a la red, transmisión, almacenamiento temporal y alojamiento de contenidos ajenos. Y, al concretar el régimen de esa exención de responsabilidad, la Directiva diferencia su tratamiento en función de la actividad que el intermediario realiza. Lógicamente, pues, la adaptación y, sobre todo, el desarrollo de dicho régimen de exención supondrá como reverso de lo establecido la concreción de específicas obligaciones de hacer.²⁰⁵

Columbramos que el referido cuerpo legal, regula lo relativo al lugar donde se presta el servicio de conexión a la *internet*, permitiendo con ello, el control de los servidores europeos, lo cual representa un mínimo avance si tomamos en cuenta el

²⁰⁵ Morón Lerma, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, 2ª. ed., Arazandi, Navarra, España, 2002, p. 137.

número de servidores que se conectan a Europa desde los Estados Unidos, India, China y otras regiones cuyo volumen es un potencial riesgo para la *red* europea. Además, pudimos comprobar que, después del llamado *11 - s*, todavía en España se puede acceder a la red desde un “*café internet*” sin que le sea solicitado alguna identificación, lo que potencialmente se convierte en un riesgo, pues, si bien la mayoría hace un uso adecuado de la *red de redes*, lo cierto es que existe un sector que se introduce a la misma para concretar conductas antisociales o delitos.²⁰⁶

Lo recomendable es regular de manera global este medio. El prestador del servicio de conexión debe conocer a quién le presta el servicio, toda vez que del empleo indebido que el usuario realice pueden desprenderse las conductas antijurídicas ya vistas.

Morón Lerma escribe:

Constatada la exigencia de tutela frente al uso delictivo de Internet como un objetivo de prioridad indiscutible -armonizando disposiciones de derecho penal material o poniendo en funcionamiento un régimen rápido y *eficaz* de cooperación internacional, por ejemplo-, asume idéntica urgencia el arbitrio de instrumentos normativos que permitan un mejor y más adecuado descubrimiento e investigación de los ilícitos

²⁰⁶ Esto último hasta antes del llamado *11 - m*

perpetrados a través de la red. De ahí la necesidad de idear legítimos patrones jurídicos que contribuyen al desarrollo de una más eficaz persecución y represión de la ciberdelincuencia. Y, en esa tarea, tal como se ha reclamado, parece lógico y conveniente implicar a los prestadores de servicios -en cuanto gestores de los mismos- como principales colaboradores con los poderes públicos.²⁰⁷

Así, el prestador del servicio se convierte en el garante penal de la red.

Pero contra toda la libertad que en un momento significó estar en la también llamada “autopista de la información”, los tiempos cambiaron el día en que los Estados Unidos sufrieron el ataque terrorista a las torres gemelas de Nueva York.

4.3.7. Estados Unidos.

Estados Unidos, ha sido el ejemplo a seguir, cuando se trata de la diversificación de leyes. Cada estado cuenta con su propia legislación en diversas áreas, sin embargo, podremos observar que, a pesar de este aspecto tan característico del sistema federal, cuando sucedió un evento como el de los atentados a las torres gemelas en Nueva York, se optó por federalizar el tratamiento a las conductas realizadas a través de medios informáticos.

²⁰⁷ Morón Lerma, Esther, *op. cit.*, p. 141.

“En el marco Federal, este país ya contaba -desde por lo menos 1986- con la *Federal Abuse and Fraud Act* que le brindaba un marco legal para defenderse de los delitos informáticos. Sin embargo en 1994 se adoptó la *Fraud and related activity in connection with computer* (18 U.S.C. 1030)”²⁰⁸

Palazzi refiere:

En el caso ‘United States v. Thomas’, 74 F.3d 701 (6th Cir.1996) se juzgó a un matrimonio que tenía un BBS en un estado de los Estados Unidos y fue juzgado con las leyes de otro estado. Fueron condenados por la ley federal que prohíbe difundir pornografía. En los Estados Unidos ya existen varios casos al respecto y el principal problema es cómo evaluar los conceptos de obscenidad en función de la comunidad donde se originaron o dónde se difundieron los elementos.

En su defensa argumentaron que la ley no se aplicaba a transmisiones informáticas pero la corte de distrito sostuvo que la transmisión de imágenes por ordenadores no las hacía intangibles. Además el tribunal entendió que cualquier tribunal americano sería competente para juzgar esos hechos si tendría jurisdicción ‘en lugares desde, a través o dentro de los cuales’ las imágenes habían sido transferidas. Sobre la base de que tales imágenes podían ser accedidas por usuarios de Internet domiciliados en el estado de Tennessee (cuya legislación criminal

²⁰⁸ Soto, Alberto, “Argentina: Delitos informáticos” consultable en: <http://www.alfaredi.org/revista/data/52-3.asp>

penaliza la conducta) el tribunal se declaró competente para conocer en el caso.²⁰⁹

Pero de ninguna manera el ejemplo señalado (y que sería aplicable al caso mexicano) tenía las dimensiones de una ley tan polémica como la promulgada un mes después de los ataques terroristas de septiembre de 2001, en la que se permite la revisión y monitoreo de la *vida en la red*, entendiéndose ésta como las comunicaciones que se realizan dentro de la misma.

El Congreso norteamericano promulgó el 24 de octubre de 2001 la llamada USA Patriot Act²¹⁰, que entre otras cosas, flexibilizó los requisitos necesarios para obtener órdenes de allanamiento y requisa.

La Ley Patriot modificó la ley de vigilancia en el sentido que puede aplicarse aunque la obtención de información sobre espías o terroristas extranjeros no constituya "el propósito" de una investigación, sino un "propósito significativo" de la misma. Cuando se debatió la ley, quienes la criticaban señalaron su temor de que

²⁰⁹ Palazzi, *op. cit.*, pp. 78 -79.

²¹⁰ Por sus siglas: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, Act. 2001. (Unir y Fortalecer a América Proporcionando las Herramientas Apropriadas que se Requieren para Interceptar y Obstruir al Terrorismo, Ley de 2001).

el gobierno utilizara la modificación para recurrir al uso de escuchas de espionaje en investigaciones penales comunes.

Dicha ley permite la vigilancia y cancelación de cuentas de correo electrónicas, si se tiene la sospecha que a través de las mismas, aunque claro, debemos establecer que esta ley tiene fines más caros, pues para cumplir su objetivo (que es el combate al terrorismo) tiene la difícil tarea de supervisar *internet*, las comunicaciones por cualquier medio y evitar con ello el financiamiento y las operaciones de grupos terroristas.

Ante estas cuestiones donde la seguridad se confronta con la libertad, Morón Lerma escribe:

Se trata, sin duda, del replanteamiento, recrudescido ante las hondas repercusiones de los acontecidos el 11-S, del viejísimo debate sobre la tensión entre las garantías para los derechos y la eficacia en la lucha contra la delincuencia, concretado, en este caso, en el conflicto privacidad informática <<*versis*>>seguridad.

El anonimato se ha configurado, es esta sociedad de la información, como uno de los derechos del usuario de Internet, del <<ciudadano electrónico>>, expresión del derecho fundamental a la intimidad y al

secreto de las comunicaciones, concretado en la necesidad de proteger el conocimiento que los otros pueden tener de los sitios consultados o visitados y en la de impedir la reconstrucción de la personalidad digital que con la *trazabilidad* de dichos datos o huellas electrónicas se logra. Sin embargo, la articulación de instrumentos que permitan la detección, investigación y prueba de los *ciberdelitos* requiere la incorporación de medidas que no se limiten a trasladar los mecanismos de investigación propios del entorno analógico de Internet, sino que, por el contrario, se hallen específicamente concebidas y adaptadas a las peculiaridades de la realidad digital. Esto es, mecanismos que revistan idoneidad para aprehender y responder a las cambiantes condiciones en las que se perpetra la cibercriminalidad (volatilidad, carácter transfronterizo, rápida asimilación de progreso técnico y estructura descentralizada o anárquica). Ahora bien, la peculiaridad de Internet y la previsión de esos sofisticados instrumentos puede generar nuevos peligros y potenciales abusos (monitorización de la navegación e interceptación del correo electrónico) que vulneren, inadvertida e invisiblemente, las garantías dimanantes del derecho a la privacidad informática de los ciudadanos.²¹¹

También en el Congreso norteamericano han prosperado leyes que, contrarias a su denominación, permiten, de manera oficial, a la empresa recopilar y divulgar datos personales tales como nombre, dirección y cualquier registro sobre actividades online, (*cibernavegación*), sin consentimiento del interesado.

²¹¹ Morón Lerra, Esther, *op. cit.*, pp. 142 - 143.

De igual modo y con esa tendencia, se autoriza la vigilancia e interceptación de las comunicaciones telefónicas y electrónicas sin previa orden judicial, cuando pueda existir un ataque inminente a través de un ordenador conectado a Internet o una amenaza inmediata sobre un interés relativo a la seguridad nacional.

Internet es diferente después de las regulaciones descritas, en las que existe un viso de extraterritorialidad. Veamos. Cualquier persona, mexicana, en territorio mexicano, que, mediante el uso de un servidor mexicano adquiriera una cuenta de correo electrónico extranjero (*yahoo, hotmail, ad,* etc.), para enviar correos a sus compatriotas mexicanos que viven en México, puede ser objeto de supervisión por la Ley Patriot y las subsecuentes que se promulgaron para tal efecto.

En ese sentido y debido a los acontecimientos de aquel septiembre, los Estados Unidos se adelantaron a la propuesta de revisar como un todo a esta tecnología que puede ser el medio para la comisión de otros delitos.

4.4. Globalización.

En su libro *Derecho Penal y Globalización*, Márquez Piñero establece:

Por supuesto hay respuestas de los distintos autores para solucionar el problema de la afectación de la soberanía del Estado nación con motivo

de la globalización. Así Ulrich Beck, habla de la posibilidad de una soberanía incluyente, en la cual los estados actúen colectivamente, buscando conservar el consenso, los empleos, los impuestos y la libertad. [...]

De cualquier forma, si bien es cierto que a través de la creación de los organismos internacionales tanto universales como regionales, los Estados han acrecentado sus relaciones recíprocas paulatinamente, resulta un hecho incontestable que en las últimas décadas se ha acelerado este proceso, en medida muy destacada por la concurrencia (ya señalada en páginas anteriores), de eventos como la desaparición de la Unión Soviética y sus aliados, el fin de la Guerra Fría, la expansión democrática y la economía de mercado y por último la revolución informática y comunicacional.²¹²

Efectivamente debemos pensar en estructuras internacionales permanentes que se encarguen de la justicia global en cuanto a aquellas figuras que no siendo especialmente las tuteladas por excelencia en los tribunales de justicia internacional, sí implican un riesgo para la “comunidad global”.

Márquez Piñero explica:

Los tribunales para juzgar los crímenes de Yugoslavia y de Ruanda, parecen claramente indicativos. Y a ello habría de agregarle la lucha

²¹² Márquez Piñero Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, Porrúa, México, 2001, pp. 194 – 196.

contra el crimen organizado, que, cada vez más, dispone de una gran cantidad de medios de muy difícil combate y que requiere de una internacionalización de la justicia, sobre todo en caos tales como el narcotráfico y el terrorismo entre otros.

Claro está que la resolución de la transformación del ámbito de la soberanía de los Estados no es fácil, por razones históricas, políticas, sociales, culturales, económicas y un largo etcétera, pero algunos autores, como ocurre con el profesor Dr. Luigi Ferrajoli, ven la posible solución en la aparición y subsiguiente admisión de un constitucionalismo de las normas del Derecho Internacional.

En esta tesitura, el ilustre maestro considera que la crisis de los Estados puede ser eludida con una progresividad permanente, partiendo de la conflictividad relativa a sus limitaciones y proyectando al ámbito internacional el constitucionalismo tradicional de los Estados. En otras palabras, dotando al Derecho Internacional de una mayor eficacia resolutive en todas estas cuestiones.²¹³

4.4.1. Cooperación internacional.

Resulta indispensable, hoy más que nunca, establecer la cooperación internacional como uno de los puntos de solución, más aún tomando en cuenta que, el no participar conjuntamente significa un riesgo si tomamos en cuenta que de manera

²¹³ *Ibidem*, p. 197.

hegemónica Estados Unidos de América ha comenzado con esa regulación sobre *internet*.

Debe incluirse, dada su potencialidad, a los delitos cometidos a través y con el uso de las nuevas tecnologías, en la agenda internacional, de manera tal que el combate del crimen informático sea eficaz.

La profesora de Derecho Penal en Barcelona, Morón Lerma escribe sobre el convenio sobre cibercriminalidad:

Uno de los objetivos perseguidos por el Convenio sobre Cibercriminalidad ha sido el establecimiento de medidas procesales o cautelares adaptadas al medio digital, que faciliten la detección, la investigación y la obtención de pruebas de infracciones contra o mediante un sistema informático o cuyas fuentes de pruebas se hallen en soporte electrónico. Estas medidas se concretan en las siguientes: la conservación inmediata de datos almacenados, el mandato de comunicación, el registro y decomiso de datos informáticos almacenados y la recogida en tiempo real de datos informáticos.²¹⁴

²¹⁴ Morón Lerma, *op. cit.*, p. 150.

4.5. Propuestas.

En este punto, distinguimos las propuestas para atender el problema que nos ocupa. Palazzi, Luz Clara y Rovira, son sólo algunos de los juristas que han expresado posibles soluciones, cuyo contenido resulta interesante y enriquecedor para arribar a una respuesta, la cual retoma, también, el trabajo reciente de Cámpoli.

4.5.1. Palazzi.

Palazzi escribe las siguientes propuestas:

Aplicación del Código Penal a los virus informáticos.

En nuestro país no se planteó hasta la fecha la tipificación penal del accionar de un virus como delito de daño. Sin embargo, un tribunal tuvo que decidir si el borrado de datos podía encuadrar dentro del delito de daño. Como vimos en el caso 'Pinamonti', la Cámara del Crimen de la Capital sostuvo que el borrado o destrucción de un programa de computación no es una conducta aprehendida por el delito de daño (art. 183 del Código Penal), pues el concepto de cosa es aplicable al soporte y no a su contenido.

Necesidad de tipificar el delito de creación o difusión de virus informáticos.

El delito de introducción de virus en una computadora no está contemplado específicamente en nuestro ordenamiento jurídico penal. Sin embargo, como ya lo hemos expresado con anterioridad en otros trabajos y en este mismo, el delito de daño es aplicable al caso.

La acción consistiría en contaminar una computadora, ya sea a través de una línea telefónica por un *modem* o insertando directamente un *diskette* que se sabe infectado. El aspecto subjetivo requiere no sólo el conocimiento del carácter de dañino del programa (no se requiere que sea específico: como daña el virus, sino solamente que dañe), sino también el conocimiento y la voluntad de que causará esos efectos en ese ordenador. El dolo podría ser eventual si el autor no sabe cuándo se activará el virus (caso de los virus que se activan en determinadas fechas), pero si la destrucción de la información ocurre por mera culpa no existe el delito de daño.

La generalidad de la doctrina ha considerado delito la activación de un virus informático. Pese al vacío legislativo mencionado, las acciones que un virus provoque en el mundo real son susceptibles de ser juzgadas por las normas penales cuando afecten bienes jurídicos tradicionales. Así, la hipotética muerte producida a un paciente, al alterar o retrasar un virus en el funcionamiento de una maquinaria médica controlada por computadora, podría ser calificada como homicidio culposo, e incluso como homicidio por dolo eventual si el virus fue introducido en las computadoras del hospital teniendo conocimiento del daño que ocasionaría.²¹⁵

²¹⁵ Palazzi, *op. cit.*, pp. 149 - 150.

4.5.2. Rovira

Por su parte Rovira propone:

Otros Ilícitos Informáticos.

Otros numerosos supuestos involucran el uso de la tecnología informática en la comisión de delitos tradicionales. Así por ejemplo las manipulaciones informáticas no solamente pueden realizarse con el propósito de obtener unos beneficios pecuniarios, sino que también han sido usadas en ataques contra la vida, como en el caso de la manipulación de un sistema de control de vuelo o de un ordenador central de un hospital, y ya hemos apuntado que también en el campo del crimen organizado (tráfico de drogas o de armas y blanqueo de capitales), o incluso el de la guerra electrónica, el uso de los adelantos informáticos y telemáticos aumenta en importancia.

Lo cierto es que estos casos delictuales si bien pueden presentar ciertas características propias de los delitos de riesgo informático y de la información, y la complejidad en la realización de las acciones da lugar a numerosos problemas de prevención, descubrimiento, comprobación y persecución. Normalmente no tendrán ningún problema de adecuación o subsunción bajo figuras penales clásicas, porque la mera utilización del medio o sistemas informático para su comisión no supondrá una alteración de su naturaleza jurídica; sólo cuando supongan además del quebranto del bien jurídico tradicional objeto de protección, un atentado serio y grave a los nuevos bienes, valores o intereses globales derivados

de la sociedad del riesgo informático y de la información podremos calificar el hecho como enmarcable en el Derecho Penal Global del Riesgo Informático y de la Información, si bien normalmente a título de delito informático impropio y siempre que no viniera ya su previsión legal en base a otra de las áreas precedentes. *Será por tanto excepcional el apreciar en esta área la existencia de delitos del riesgo informático y de la información.*²¹⁶

4.5.3. Luz Clara.

La jurista argentina escribe:

No existen virus inofensivos o benéficos. Todos causan alguna alteración. Pensemos que estos virus introducidos en sistemas médicos o de hospitales pueden poner en serio riesgo la vida de los pacientes, por interrupción de servicios indispensables, alteración de datos, etc., por lo que todo requiere una adecuada tipificación legal en sus aspectos de:

*Daño que provoca.

* Hurto de información realizado.

* Impedimentos a la operatividad de los sistemas.

La ley debe contemplar dos aspectos fundamentales:

* El hecho ya realizado (daño).

²¹⁶ Rovira del Canto, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, España, 2002, p. 169.

* Su prevención.

Tipificado como delito la:

*Producción
|
*Distribución ————— de programas dañinos

La única excepción posible, por la cual podría tenerse un virus, sería su estudio científico.

El daño al cual aludimos y del cual debe protegerse al público puede estar constituido por:

*Destrucción y alteración de datos.

* Tiempo de inoperatividad de los sistemas.

*incumplimiento de tareas solicitadas y mala imagen pública con el consiguiente perjuicio económico.

A su vez encontramos agravantes a estas situaciones:

*Hurto de *passwords*.

*Instalación de aparatos de monitoreo de redes.

*Amenazas con virus al sistema.

*Amenazas a la información.²¹⁷

²¹⁷ Luz Clara, Bibiana, *op. cit.*, pp. 118- 119.

4.5.4. Nuestra propuesta.

A lo largo del presente trabajo, hemos expuesto el tratamiento de la ley penal, desde su fundamento hasta su creación para responder a problemas como el que ahora nos ocupa. La cuestión se centra en la creación de nuevos tipos o bien, la modificación de los mismos. Debemos atender a la naturaleza del acto, pues, como acertadamente lo señala Cárpoli, no debiera tener problema al aplicar los tipos básicos a estas conductas relacionadas con las tecnologías de la informática, sin embargo, esto no es aplicable a todas las conductas. Extender el alcance de un tipo más allá de su enunciado puede dar lugar a una discusión innecesaria sobre su interpretación fuera de los límites de la legalidad. Todas las conductas que hoy en día se realizan mediante el uso de estas nuevas tecnologías deben estudiarse y, de ser indispensable, tipificarse, mediante una fórmula general.

Por otra parte, atendiendo a las legislaciones citadas, sólo Estados Unidos comparte el problema de tener diversos códigos penales para un solo país, sin embargo, cuando tuvo que enfrentar el terrorismo y darse cuenta que los terroristas utilizaban medios informáticos para realizar una diversidad de operaciones, optaron por aplicar una sola ley cuyos alcances rebasan su territorio. En consecuencia, si no

se federaliza la legislación penal en México, será inútil la creación de delitos informáticos. Esta materia debe tener un tratamiento general en todo el territorio. No se puede dar una respuesta local a un problema global.

Mientras tanto, y en aras de alcanzar uniformidad legal entre las distintas legislaciones y sistemas penales del orbe, debemos atender a los medios comisivos como elementos *sine qua non* se pudieran realizar las conductas susceptibles del juicio de reproche, ya que, sin importar la conformación de los elementos del tipo requeridos, existiría el punto común: el uso doloso de un ordenador o computadora con fines delictivos. Luego, como observamos, los elementos subjetivos del injusto serán materia de esta estructura. Entre los medios y los fines, podremos atender a las diversas conductas que hoy en día requieren su atención por parte de los especialistas de la materia. El fin califica al medio.

El rompimiento de sistemas que protegen información, o el acceso no autorizado a la misma, son parte de estas nuevas conductas. Debiéndose sancionar a quien utilice sus conocimientos para traspasar mecanismos informáticos de seguridad de una base de datos. Dicha figura, similar al allanamiento de propiedad, no puede ser sancionada bajo este tipo, toda vez que excedería la interpretación, aún por mayoría de razón, lo que hace necesario su inclusión dentro de nuestra legislación penal.

En ese orden de ideas, más que perseguir la creación de tipos penales para cada una de las conductas, debemos establecer una regla general para el uso de las computadoras con fines delictivos.

En el Código Penal podemos incluir fórmulas tales como

A) En relación con la conducta desplegada:

“Al responsable de cualquier conducta sancionada por este Código, si ésta fue realizada mediante el uso de computadoras se le aumentará hasta en una mitad la pena que corresponda.”

B) En relación con el acceso a los medios de comisión y la posibilidad de reincidencia:

“La persona sancionada no podrá tener acceso alguno a un sistema informático, de ninguna clase durante el tiempo en que cumpla con la pena impuesta. Esta pena no podrá ser sustituida ni reducida, aun cuando el sujeto goce de libertad anticipada.”

El primer inciso refiere a una pena, misma que obedece al hecho que, existen tipos básicos cuya realización ocurre (y en ocasiones es posible únicamente) a través del uso de las computadoras. Tomando en cuenta la importancia que reviste este medio comisivo podemos concluir que el sujeto activo merece una pena accesoria al delito que cometió.

Por otra parte, si se tratara de bienes jurídicamente tutelados donde el sujeto pasivo fuera el Estado, entonces estaríamos frente a una agravación de la conducta y, por ende de la sanción. Pensemos en una persona que altera el contenido del Diario Oficial de la Federación.

El segundo inciso, prevé una situación de peligro, objetivada ya por la conducta precedente del sujeto activo y, en ese tenor, consideramos correcto imponer una medida de seguridad. Ésta tiene la misma naturaleza que aquella que se impone para suspender en sus actividades a un profesionista, o como se inhabilita a un servidor público, donde el Estado impide la continuación de sus actividades.

Ambas sanciones, considero, son concordantes con cualquier sistema penal así como con cualquier estimación que para tal efecto pudiera corresponder.

Conclusiones

Primera.- La actividad jurídica en general está hoy recibiendo los beneficios y experimentando los problemas derivados de la incorporación de la informática a la labor de los juristas.

A diferencia del cine o de la televisión, el sujeto está próximo al objeto, vía una computadora. Ejercer un control como puede haberlo sobre los contenidos del cine y de la televisión, es casi imposible.

Segunda.- El *Habeas Data* constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de una nueva generación, tal como correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimiento de la persona.

Este tema será no sólo materia de todos los días sino estratégico en el futuro. De la conservación de nuestros sistemas informáticos dependerá, a guisa de ejemplo, la gobernabilidad de cada país. Por lo que reiteramos que este problema es del orbe entero.

Tercera.- en ocasiones parecen existir nuevos delitos no comprendidos en el código punitivo, sin embargo, vistas a la luz de su propia esencia podemos encontrar que, en la mayoría de los casos, la tecnología no es una forma de nueva conducta sino un medio para ejercitar las ya conocidas.

Cuarta.- Ante la presencia de un llamado delito informático, no sólo existe el problema que esté debidamente legislado, sino que sea posible su comprobación.

Quinta.- Otro problema de los delitos informáticos tiene que ver con las diferentes legislaciones en el mundo, como ya lo hemos visto, un problema global no debe ni puede resolverse con respuestas parciales.

Columbramos como una necesidad que el legislador y el juez deben apearse al criterio de la justicia para que el derecho pueda cumplir con sus fines, sin embargo, en el ámbito penal, estos fines se diluyen en la práctica, pues el derecho en esta materia obedece a criterios con los que el legislador orienta su trabajo para resolver problemas sociales mediante un código punitivo represor. El derecho creado por un legislador de ese modo lo hace injusto.

Sexta.- Es reciente la escisión entre la legislación penal federal y la del Distrito Federal. Lo que aparentemente fue un logro para la legislatura capitalina, los es un

retroceso para la aplicación certera de la ley penal. La unificación de la ley penal ha sido una preocupación constante para aquellos juristas que conocen la terrible tarea de tratar de hacer coincidir diversos preceptos criminales. Resulta que de una entidad a otra los delitos varían, las edades penales difieren y, ello sólo acarrea impunidad. No sirve de nada vanagloriar el esfuerzo de la legislatura sinaloense por integrar las primeras figuras delictivas de carácter informático, si con tan sólo ir a Sonora o a Durango, es inaplicable dicho cuerpo legal por no existir una correspondencia legal en ese sentido.

Séptima.- Los elementos del tipo son:

Sujeto Activo.

Sujeto Pasivo.

Bien Jurídico Tutelado.

Acción /Resultado.

Objeto material sobre el que recae la acción

Elementos normativos.

Elementos subjetivos del injusto.

Medios Comisivos.

Circunstancias de modo tiempo y lugar.

Octava.- El uso de la violencia, del engaño, por señalar algunos ejemplos ya vistos, pueden equipararse al uso de sistemas electrónicos de computación, para cometer algún ilícito penal, por tanto, debemos señalar que, si partiéramos de esta base para castigar el uso de los sistemas electrónicos como medios para delinquir, podríamos muy pronto equiparar nuestra legislación con la legislación internacional, independientemente del sistema penal al que se adhirieran los distintos países, puesto que la discusión ya no se centraría en la existencia de los tipos penales, sino en el mal uso de los medios.

Novena.- El derecho penal se enfrentará a la idea del derecho penal mínimo, a las nuevas tecnologías, a la ambiciosa idea de una justicia internacional, a un respeto irrestricto a los derechos humanos y a las formas en que éste se habrá de comprender a sí mismo, a través de nuevos sistemas que recojan los elementos que al día de hoy nos han permitido tener un moderno derecho penal. En México deberíamos comenzar por unificar nuestras leyes penales y luego, por ahondar en el debate de esta materia.

Décima.- Efectivamente debemos pensar en estructuras internacionales permanentes que se encarguen de la justicia global en cuanto a aquellas figuras que no siendo especialmente las tuteladas por excelencia en los tribunales de justicia internacional, si implican un riesgo para la “comunidad global”.

Undécima.- Hemos expuesto el tratamiento de la ley penal, desde su fundamento hasta su creación para responder a problemas como el que ahora nos ocupa. La cuestión se centra en la creación de nuevos tipos o bien, la modificación de los mismos. Debemos atender a la naturaleza del acto, pues, como acertadamente lo señala Cárpoli, no debiera tener problema al aplicar los tipos básicos a estas conductas informáticas, sin embargo, esto no es aplicable a todas las conductas. Extender el alcance de un tipo más allá de su enunciado puede dar lugar a una discusión innecesaria sobre su interpretación fuera de los límites de la legalidad. Todas las conductas que hoy en día se realizan mediante el uso de estas nuevas tecnologías deben estudiarse y, de ser indispensable, tipificarse, mediante una fórmula general.

Por otra parte, atendiendo a las legislaciones citadas, sólo Estados Unidos comparte el problema de tener diversos códigos penales para un solo país, sin embargo, cuando tuvo que enfrentar el terrorismo y darse cuenta que los terroristas utilizaban medios informáticos para realizar una diversidad de operaciones, optaron por aplicar una sola ley cuyos alcances rebasan su territorio. En consecuencia, si no se federaliza la legislación penal en México, será inútil la creación de delitos informáticos. Esta materia debe tener un tratamiento general en todo el territorio. No se puede dar una respuesta local a un problema global.

Mientras tanto, y en aras de alcanzar uniformidad legal entre las distintas legislaciones y sistemas penales del orbe, debemos atender a los medios comisivos como elementos *sine qua non* se pudieran realizar las conductas susceptibles del juicio de reproche, ya que, sin importar la conformación de los elementos del tipo requeridos, existiría el punto común: el uso doloso de un ordenador o computadora con fines delictivos. Luego, como observamos, los elementos subjetivos del injusto serán materia de esta estructura. Entre los medios y los fines, podremos atender a las diversas conductas que hoy en día requieren su atención por parte de los especialistas de la materia. El fin califica al medio.

El rompimiento de sistemas que protegen información, o el acceso no autorizado a la misma, son parte de estas nuevas conductas. Debiéndose sancionar a quien utilice sus conocimientos para traspasar mecanismos informáticos de seguridad de una base de datos. Dicha figura, similar al allanamiento de propiedad, no puede ser sancionada bajo este tipo, toda vez que excedería la interpretación, aún por mayoría de razón, lo que hace necesario su inclusión dentro de nuestra legislación penal.

En ese orden de ideas, más que perseguir la creación de tipos penales para cada una de las conductas, debemos establecer una regla general para el uso de la informática con fines delictivos.

En el Código Penal podemos incluir fórmulas tales como

A) En relación con la conducta desplegada:

“Al responsable de cualquier conducta sancionada por este Código, si ésta fue realizada mediante el uso de computadoras se le aumentará hasta en una mitad la pena que corresponda.”

B) En relación con el acceso a los medios de comisión y la posibilidad de reincidencia:

“La persona sancionada no podrá tener acceso alguno a un sistema informático durante el tiempo en que cumpla con la pena impuesta. Esta pena no podrá ser sustituida ni reducida, aun cuando el sujeto goce de libertad anticipada.”

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las Normas Jurídicas*, Distribuciones Fontamara, México, 1997.
- ANTOLISEI, Francisco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Temis, Bogotá, 1988, 614 pp.
- BARRAGÁN, Julia, *Informática y decisión jurídica*, 2ª ed., Fontamara, México, 2000, 183 pp.
- BARRIOS GARRIDO, Gabriela, et al., *Internet y Derecho en México*, Mc Graw Hill, México, 1988, 180 pp.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El jurista y el simulador del derecho*, 5ª ed., Porrúa, México, 1997, 108 pp.
- , *Las Garantías Individuales*, Porrúa, 21ª ed., México, 1988, 773 pp.
- CÁMPOLI, Gabriel Andrés, *Derecho Penal Informático*, Inacipe, México, 2004, 116 pp.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Y RAÚL CARRANCA Y RIVAS, *Código Penal Anotado*, 14ª ed., Porrúa, México, 1989, 986 pp.
- , Y RAÚL CARRANCA Y RIVAS, *Código Penal Anotado*, 23ª ed., Porrúa, México, 2000, 1231 pp.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Porrúa, México, 1988 pp.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 27ª ed., Porrúa, México, 1989 pp.
- CEREZO MIR, José., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo II *Teoría Jurídica del Delito*, 6ª ed., Ténos, Madrid, 2000, 404 pp.

- Parte General*, Tomo I, 5ª ed., Técnos, España, 2000, 247 pp.
- COELLO COELLO, Carlos A., *Breve historia de la computación y sus pioneros*, FCE, México, 2003, 358 pp.
- CORREA, Carlos, *et al.*, *Derecho Informático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, 341 pp.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Astrea., Buenos Aires, 1999, 546 pp.
- DAZA Gómez, Carlos, *Teoría General del Delito*, 2ª reimposición, Cárdenas Editor, México, 2001, 444 pp.
- DÍAZ-ARANDA Enrique, *Dolo (Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México)*, Porrúa, México, 2000, 270 pp.
- *et al.*, *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- FÉRAL SCHUHL, Christiane, *Cyberdroit*, 3ª ed, Dalloz, Paris, France, 2002, 354 pp.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Trotta, España, 2000, 991 pp.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Delito e injusta* México. 1950, 203 pp.
- , *Derecho Penal I y II Apuntes de Cátedra*, Facultad de Derecho, UNAM, 1989.
- FRANCO GUZMÁN, Ricardo *et al.*, *Estudios en Homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 1ª ed., Porrúa, México, 2001.
- , *Teoría de la Culpabilidad Apuntes de Cátedra*, Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM, febrero- junio 2001.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal, introducción y parte general*, 16ª ed., (actualizado por Guillermo A.C. Ledesma), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, 685 pp.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, *Los delitos especiales federales*, 1ª reimposición, Trillas, México, 1991, 147 pp.

- GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *Delincuencia Organizada*, 3ª ed., Porrúa, México, 2002.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 13ª ed., Porrúa, México, 2002 493 pp.
- GOODMAN, Marc, *cibercriminalidad*, INACIPE, col. Conferencias Magistrales número 7, México, 2003, 21 pp.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2000, (traducción de Marina Gazcón).
- GUIBOURG, Ricardo A., *Informática Jurídica Decisoria*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, Universidad Externado de Colombia, Cuadernos de Conferencias y artículos número 11, (traducción Manuel Cancio Meliá) Colombia, 1998, 51 pp.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, España, 1993, 913 pp.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, 1ª reimpresión, Editora Sudamericana, Buenos Aires, 1972, 578 pp.
- *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, *Filosofía y Ley Penal*, 5ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992 1439 pp.
- *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, *La culpabilidad*, 4ª ed. actualizada, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992 1152 pp.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, tomo I, 6ª ed., Porrúa, México, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, 10ª ed., México, 1998, 364 pp.
- LESSIG, Lawrence, *Code and other Laws of cyberspace*, Basic Books, United States of America, 1999, 298 pp.
- LUZ Clara, Bibiana, *Manual de Derecho informático*, Editorial Nova tesis Editorial Jurídica., Argentina, 2001, 160 pp.

- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, Vol. I, 2ª reimpression de la 2ª edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2000.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia Informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid 2001, 173 pp.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, et al., *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit*, INACIPE, México, 2000, 656 pp.
- , *Derecho Penal, parte general*, 2ª. Reimpression, Trillas, México, 2001 319 pp.
- , *Derecho Penal y Globalización*, Porrúa, México, 2001, 379 pp.
- MAURACH, Reinhart, Zipf, Gössel, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I (traducción de la 7ª Ed, Alemana, por Jorge Bofill y Enrique Aimone), Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994, 687 pp.
- MAXWELL, J., *Le crime et la société*, Ernest Flammarion, editeur, Paris, 1909, 356 pp.
- MÉJAN Luis Manuel C., *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, Porrúa, México 1994.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Cárdenas Editor, México, 1990, 461 pp.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed, Bosch, Barcelona, España, 1982, 108 pp.
- MOLINA SALGADO, Jesús Antonio, *Delitos y otros ilícitos informáticos en el derecho de la propiedad industrial*, (col. Breviarios Jurídicos), Porrúa, México, 2003, 107 pp.
- MUÑOZ CONDE, Francisco., *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 703 pp.
- , *Teoría General del Delito*, Themis, 2ª ed., Bogotá, 1999, 191 pp.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La regulación de la red, Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, España, 2000, 281 pp.
- NANDO LEFORT, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, 2ª ed., Trillas, México, 1999, 136 pp.
- OLIVECRONA, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, Traducción Ernesto Garzón Valdés, 5ª ed., México, 1999.
- ORTS BERENGUER, Enrique, y Margarita Roig Torres, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, "colección los delitos", Valencia, España, 2001, 195 pp.
- PALAZZI, Pablo Andrés, *Delitos informáticos*, 1ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, 272 pp.
- PARKER, DONN B, *Crime by computer*, Charles Scribner's sons, New York, United States of America, 1976, 308 pp.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 4ª ed., Porrúa, 1989, 195 pp.
- , *Derecho Penal Mexicano*, 8ª ed., Porrúa, México, 1987.
- , *Derecho Penal Mexicano*, 15ª ed., Porrúa, México, 2000, 652 pp.
- , *Imputabilidad e inimputabilidad*, 3ª ed., Porrúa, México, 1993, 137 pp.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Ensayos de Informática Jurídica*, Fontamara, México, 1996.
- POLAINC NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal* tomo I *fundamentos científicos del derecho penal*, 4ª ed., totalmente renovada y actualizada, Bosch, Barcelona, España, 2001, 627 pp.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntes de la parte general del Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969, 230 pp.
- , *Apuntes de la parte general del Derecho Penal*, 18ª ed., Porrúa, México, 1999, 508 pp.

- , *Programa de Derecho Penal*, 3ª ed., Trillas, México, 1990, 953.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, Distribuciones Fontamara, México., 1997.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El Dolo y su prueba en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, 566 pp.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Culpabilidad*, Temis, Bogotá, 1999, 230 pp.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Teoría General del Delito*, 3ª ed., Porrúa, México, 1998.
- ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*, Porrúa, México, 2000, 321 pp.
- ROVIRA DEL CANTO, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, España, 2002, 693 pp.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura del delito*, 1ª reimpression, Civitas, trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, 1071 pp.
- , *Teoría del Tipo Penal, (Tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, De Palma, Buenos Aires 1979, 303 pp.
- RUSCONI, Maximiliano A., *Los límites del tipo penal, un análisis de la tipicidad conglobante*, 1ª Ed. Ad Hoc, Argentina, 1992, 110 pp.
- SAAVEDRA Modesto, *Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica*, Distribuciones Fontamara, México, 1994.
- SHOPENHAUER, Arthur, *Sobre la libertad de la voluntad*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, 198 pp.
- TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, 2ª ed. McGraw Hill, México, 2001, 283 pp.
- TORRES LÓPEZ, Mario Alberto, *Las Leyes Penales, (Dogmática y técnica jurídicas)*, 2ª ed., Porrúa, México, 1995, 139 pp.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *La legitimidad del Derecho Penal, equilibrio entre fines, funciones y consecuencias*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, 200 pp.

VASCONCELOS AGUILAR, Mario, *El Derecho y la Sociología*, México, 2000, 84 pp.

-----, *Derecho Positivo Elemental*, México, 1993.

VASCONCELOS SANTILLÁN, Jorge, *Informática I, Computación Básica*, 1ª ed., Publicaciones Cultural, México, 2002, 138 pp.

-----, *Informática II, Sistemas de información*, 1ª ed., Publicaciones Cultural, México, 2002, 151 pp.

-----, *The ethereal information age*, Formatex, serie "Information Society", España, 2003.

-----, *et al., Estampas de la Ciencia II, De números, calculadoras y computadoras*, FCE, México, 1999, 245 pp.

VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e inculpabilidad*, Teoría del Delito, Trillas, 2ª ed., México, 1990, 415 pp.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Reus, (traducida de la 18ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1999 pp.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 4ª edición castellana (de la 11ª edición original), Editorial Jurídica de Chile, 1997, 343 pp.

-----, *El nuevo sistema del Derecho Penal Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (traducción de José Cerezo Mir), B d F, Buenos Aires Argentina, 2001, 201 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, 857 pp.

-----, *et al., Derecho Penal, Parte General*, 1ª ed. Porrúa, México, 2001, 1017 pp.

Legislación

Nacional.

Código Federal de Procedimientos Penales, Sista, México, 2003.

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, Sista, México, 2003.

Código Penal para el Estado libre y soberano de Sinaloa, México, Porrúa, 2002.

Código Penal Federal, Sista, México, 2004.

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (gaceta oficial del Gobierno del Distrito Federal 16 de julio de 2002).

Extranjera.

Código Penal chileno, Ediciones Publibey, Chile, 1999.

Código Penal español, Civitas, España, 1999.

Código Penal francés, Dalloz, Francia, 2002.

Legislación Básica de informática, Técnos, España 2001.

Ley 19.223. Tipifica figuras penales relativas a la informática, Ediciones Publibey, Chile, 1999.

Ley 25,690 Establécese que las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos, Argentina 2003.

USA PATRIOT ACT, Act of 2001. Estados Unidos.

Hemerografía.

- FLESCH Gislero "El problema de la lucha contra la delincuencia infantil en Italia", en *Criminalia*, Año XVII, número 12, Diciembre de 1951, p 683 y ss. trad. Lic. Ricardo Franco Guzmán
- FUENTES, Víctor, "Revocan reforma sobre fraude cibernético", en *Diario Reforma*, México, 17 de junio de 2003.
- LAVEAGA, Gerardo, "Hacia la reingeniería del Derecho Penal Mexicano" en *Iter Criminis*, segunda época, número 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, octubre - diciembre 2002, pp. 11-19.
- LIMA MALVIDO, María de la Luz, "Delitos Electrónicos" en *Criminalia*, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Porrúa, No. 1-6. Año L, Enero-Junio 1984, pp. 100 y ss.
- NAVA GARCÉS, Alberto E., "El futuro del Derecho Penal" en revista *Lux*, Investigación y crítica jurídica, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Latina, Número 4, enero- junio de 2003, México.

Diccionarios y Enciclopedias.

- FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Ariel, Barcelona, España, 1ª Reimpresión, 2001.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª ed., Madrid, 2001.
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Diccionario Básico de la Ciencia Penal Moderna*, Edición del autor, México, 2001, 118 pp.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, 1126 pp.
- PFÄFFENBERGER, Bryan, *Diccionario de Términos de Computación*, Prentice Hall, México, 1999, 560 pp.

Fuentes electrónicas.

Código Penal, 2ª. Versión, CD Rom, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999.

Jurisprudencia y Tesis aisladas IUS 2000, CD Rom, disco compacto (2), Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000.

Legislación Penal, CD Rom, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

Cámpoli, Gabriel Andrés, "Argentina: Hacia una correcta Hermenéutica Penal - Delitos Informáticos vs. Delitos Electrónicos", consultable en: <http://www.alfa-redi.org/revista/data/50-10.asp>

Soto, Alberto, "Argentina: Delitos informáticos" consultable en: <http://www.alfa-redi.org/revista/data/52-3.asp>

<http://tiny.uasnet.mx/prof/cln/der/silvia/pasivo.htm>. Herrera Bravo, Rodolfo, Manuel Porras Quintela, Dra, Esc, María José Viega Rodríguez, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Escribana Pública, Integrante del CINADE.

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://www.unifr.ch/derechopenal/>

<http://www.delitosinformaticos.com>

<http://www.alfa-redi.org/revista/data/50-10.asp>

<http://www.alfa-redi.org/revista/data/52-3.asp>

<http://www.analitica.com/bitbliblioteca/roberto/teoria.asp#superautopista>

http://www.libardo.50megs.com/Delito_Intimidad.htm

<http://www2.compendium.com.ar/juridico/ostuni.html>

<http://conventions.coe.int/>

<http://www.diritto.it>

<http://www.cs.jhu.edu/~jorgev/otcweb/tendenci.htm>

<http://www.webopedia.com/TERM/c/cyberspace.html>

ÍNDICE

Dedicatorias.

Agradecimientos.

Introducción _____ IX

Tabla de abreviaturas. _____ XIII

CAPÍTULO I

INFORMÁTICA JURÍDICA Y DERECHO.

1.1. Informática jurídica y Derecho. _____ 16

1.1.1. Nuevas tecnologías: posibilidades y riesgos. _____ 24

1.1.2. La libertad informática. _____ 28

1.2. Marco Conceptual. _____ 38

1.2.1. Cibernética. _____ 39

1.2.2. Computadores u ordenadores. _____ 40

1.2.3. Informática. _____ 46

1.2.5. Ciberespacio. _____ 47

1.2.6. Informática Jurídica. _____ 48

1.3. Concepto de <i>delitos informáticos</i>.	50
1.3.1. Correa.	50
1.3.2. Julio Téllez Valdés.	52
1.3.3. Nidia Callegari.	54
1.3.4. María de la Luz Lima.	54
1.3.5. Pablo Andrés Palazzi.	56
1.4. Delitos informáticos y los medios utilizados.	57
1.5. Clasificación de los delitos informáticos.	66
1.5.1. Julio Téllez Valdés.	66
1.5.2. María de la Luz Lima.	67
1.5.3. Correa.	68
1.5.4. Palazzi.	69
1.5.5. Luz Clara.	70
1.5.6. Tipos de delitos informáticos reconocidos por Naciones Unidas	71
1.5.6.1. Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras.	72
1.5.6.1.1. Manipulación de los datos de entrada.	72
1.5.6.1.2. La manipulación de programas.	72
1.5.6.1.3. Manipulación de los datos de salida.	73
1.5.6.1.4. Falsificaciones informáticas.	74
1.5.6.2. Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.	74

1.5.6.2.1. Sabotaje informático. _____	75
1.5.6.2.2. Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos. ____	76
1.5.6.2.3. <i>Hackers</i> . _____	77
1.5.6.2.4. Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección legal. _____	77
1.6. La importancia de abordar este problema _____	78
1.7. La selección y protección restrictiva de los bienes jurídicos penalmente relevantes. _____	80

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA LEY PENAL Y LA CREACIÓN DE TIPOS PARA DELITOS INFORMÁTICOS.

2.1. Teoría de la ley penal. _____	86
2.1.1. Von Liszt. _____	87
2.2. Los fines del Derecho Penal. _____	89
2.2.1. Antolisei. _____	89
2.2.2. Polaino Navarrete. _____	90
2.2.3. Márquez Piñero. _____	91
2.2.4. Welzel. _____	96
2.2.5. Jiménez Huerta. _____	98
	327

2.2.6. Maggiore.	99
2.2.7. Nuestra opinión.	100
2.3. Los desafíos del Derecho Penal.	101
2.4. Legitimidad del Derecho Penal.	103
2.5. Fundamento político del Derecho Penal y función de la pena.	106
2.5.1. Mir Puig	106
2.5.1.1. La función de la pena en el Derecho Penal liberal.	107
2.5.1.2. La función de la pena en el Derecho Penal intervencionista.	108
2.6. Interpretación jurídica.	110
2.6.1. La interpretación de la ciencia del Derecho. (Kelsen).	110
2.6.2. Interpretación <i>versus</i> aplicación.	113
2.6.3. La teoría de la interpretación.	114
2.7. Fuentes del Derecho Penal.	116
2.7.1. Las fuentes del Derecho en general.	118
2.7.1.1. La ley, única fuente del Derecho Penal.	119
2.7.1.2. La posición de José Cerezo Mir	121
2.8. La formación de las leyes penales.	122
2.9. Analogía.	123
2.9.1. La estructura del argumento analógico.	124

2.9.2. Leyes penales.	125
2.9.3. Analogía según nuestros tribunales.	127
2.9.4. Interpretación analógica y por mayoría de razón.	128
2.9.4.1. Mayoría de razón.	131
2.9.5. Interpretación de la norma penal de carácter federal y común.	134
2.9.6. La indagación frente a la argumentación.	136
2.10. Motivación y fundamentación.	139
2.11. El carácter espacial de las normas penales.	140
2.12. El problema de la extraterritorialidad en los tipos informáticos	147
2.12.1. Palazzi.	147
2.13. La disociación temporal.	150
2.14. Problemas específicos que plantean <i>internet</i> y las <i>autopistas de la información</i> al Derecho Penal.	151
2.15. Cooperación conjunta para combatir el delito informático.	155
2.15.1. Márquez Piñero.	157
2.15.2. Nuestra opinión	158
2.16. El problema de nuestra legislación ante los delitos informáticos.	159
2.16.1. Nuestra opinión.	163

CAPITULO III

DERECHO PENAL E INFORMATICA (TEORÍA DEL DELITO)

3.1 Teoría del delito.	166
3.1.1. Teoría del Delito y sistema penal.	168
3.2. Elementos del Delito.	171
3.2.1. Ubicación sistemática.	171
3.2.2. Ubicación sistemática según Daza Gómez.	172
3.2.3. Delito como acción.	173
3.2.3.1. La acción en los delitos informáticos.	175
3.2.3.2. El resultado.	176
3.2.3.3. Márquez Piñero.	176
3.2.3.4. Carrancá y Trujillo.	176
3.2.5. Tipo y Tipicidad.	177
3.2.5.1. Rusconi.	178
3.2.5.2. Daza Gómez.	178
3.2.5.3. Roxin.	179
3.2.5.4. Jescheck.	180
3.2.5.5. Jiménez Huerta.	180
	330

3.2.5.6. Franco Guzmán.	183
3.2.5.7. Carrancá y Trujillo.	183
3.2.5.8. Daza Gómez.	184
3.2.5.9. Reynoso Dávila.	186
3.2.5.10. Nuestra opinión	186
3.2.6. Evolución del concepto de tipo penal.	189
3.2.6.1. Reynoso Dávila.	190
3.2.6.2. Roxin.	192
3.2.7. Diversas clases de tipos penales.	195
3.2.7.1. Luzón Peña.	196
3.2.7.2. Jiménez de Asúa.	197
3.2.7.3. Mezger.	199
3.2.7.4. Jiménez Huerta.	200
3.2.7.5. Daza Gómez.	201
3.2.8. Elementos del tipo.	206
3.2.8.1. Sujeto Activo.	208
3.2.8.2. Acción dentro del tipo.	210
3.2.8.2.1. Jakobs.	212
3.2.8.3. Bien Jurídico.	213
3.2.8.4. Sujeto pasivo.	215
	331

3.2.8.5. Otros elementos.	217
3.2.8.5.1. Elementos subjetivos y normativos.	219
3.2.8.5.2. Medios Comisivos.	224
3.2.8.5.3. Medios comisivos en el criterio de la corte.	227
3.2.8.6. Dolo como elemento del tipo.	231
3.2.8.6.1. Crítica de Díaz Aranda.	232
3.2.8.7. Nuestra opinión.	235
3.2.9. Atipicidad.	237

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

4.1. Análisis de los delitos informáticos.	240
4.2. Los tipos en legislaciones locales.	241
4.2.1. Código Penal de Sinaloa.	242
4.2.1.1. Nuestra opinión.	243
4.2.2. Ley Federal del derecho de Autor y Código Penal Federal.	245
4.2.2.1. Sánchez Franco	246
4.2.2.2. Carrancá y Rivas.	251

4.2.2.3. Nuestra opinión.	252
4.2.3. Supuesta figura de fraude informático en el Distrito Federal.	254
4.2.3.1. Nuestra opinión.	255
4.2.4. Legislaciones locales.	258
4.2.5. Policía cibernética en México.	259
4.3. Tratamiento del problema en el ámbito internacional.	261
4.3.1. Alemania.	262
4.3.2. Argentina.	265
4.3.3. Chile.	267
4.3.4. España.	269
4.3.4.1. Ataques que se producen contra el derecho a la intimidad.	270
4.3.4.2. Infracciones a la Propiedad Intelectual a través de la protección de los derechos de autor.	270
4.3.4.3. Falsedades.	271
4.3.4.4. Sabotajes informáticos.	274
4.3.4.5. Fraudes informáticos.	275
4.3.4.6. Amenazas.	275
4.3.4.7. Calumnias e injurias.	275
4.3.4.8. Pornografía infantil.	276
4.3.5. Francia.	280

4.3.5.1. Acceso fraudulento a un sistema de elaboración de datos.	280
4.3.5.2. Sabotaje informático.	281
4.3.5.3. Destrucción de datos.	281
4.3.5.4. Falsificación de documentos informáticos.	282
4.3.5.5. Uso de documentos informáticos falsos.	282
4.3.6. Soluciones normativas de ámbito europeo.	283
4.3.7. Estados Unidos.	288
4.4. Globalización.	293
4.4.1. Cooperación internacional.	295
4.5. Propuestas.	297
4.5.1. Palazzi.	297
4.5.2. Rovira	299
4.5.3. Luz Clara.	300
4.5.4. Nuestra propuesta.	302
Conclusiones y propuesta.	307
Fuentes de Consulta	314
Bibliografía	314
Legislación	321
Hemerografía.	322
	334

Diccionarios y Enciclopedias. _____ 322

Fuentes electrónicas. _____ 323

Índice.

Votos

Votos

RICARDO FRANCO GUZMÁN
ABOGADO

Paseo de las Palmas 1505, Lomas de Chapultepec, 11010, México, D.F.
Teléfonos: 55-20-75-75, 55-20-21-77, 55-20-98-13, Fax: 55-40-11-24, e-mail: rifragu@hotmail.com

México, D. F., a 18 de marzo de 2004.

Señor doctor
RUPERTO PATIÑO MANFFER
Jefe de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México
P r e s e n t e

Muy estimado doctor:

Me refiero a su atento oficio JDEP/eg/129/04 de 6 de febrero de 2004, en el que me comunica haber sido designado sinodal propietario para integrar el jurado que realizará el examen que para obtener el grado de Maestro en Derecho, solicita el licenciado **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**, quien presentó el trabajo intitulado “**ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS**”, para informar a usted que habiendo examinado acuciosamente el mismo, emito el siguiente:

V O T O R A Z O N A D O

El trabajo establece desde su introducción el deseo de establecer un panorama de las diversas actividades ilícitas que tienen como punto central la utilización de la Informática.

En palabras de su autor, existe la pretensión por acercar el tema a los especialistas en Derecho penal, pues considera que el tema ha sido tratado, en la mayoría de las ocasiones por juristas ajenos a la materia y cuyos intentos de regulación se apartan de los fundamentos en los que se sustenta el Derecho Penal moderno.

El trabajo se divide en cuatro capítulos, que de manera sucinta explican: en primer lugar el mundo de la Informática dentro del Derecho, luego establece lo relativo al sustento filosófico y de legitimidad que revisten al Derecho Penal, y destaca que la creación de normas penales debe obedecer a una profunda reflexión sobre una problemática definida. Más adelante destaca la importancia de los medios comisivos como carácter esencial de estas conductas.

El autor expresa que no todas las conductas tipificadas actualmente pueden ser aplicadas de manera indistinta a los llamados delitos informáticos

Por cuanto hace a los capítulos en especial, éstos abordan los siguientes temas:

El capítulo I aborda la relación entre la Informática y el Derecho, ámbitos que habrán de enlazarse en la problemática planteada por el autor. Dicho marco conceptual introduce al lector con los vocablos más comunes de esta nueva tecnología.

Asimismo, durante el desarrollo de este capítulo se establecen otros marcos referenciales que cobrarán un especial significado al momento de ser resuelta la hipótesis planteada, como son: la libertad, los medios de comunicación, los avances tecnológicos y el carácter de la internet, entre otros.

En este primer capítulo el autor destaca que esta problemática no es nueva; que alguna vez el derecho tuvo que afrontar situaciones similares como la aparición del cine y la televisión y sus respectivos contenidos.

De igual modo el sustentante cita bibliografía de más de veinte años donde se anunciaba el problema que hoy trata en su tesis.

En el capítulo II el licenciado se refiere a la teoría de la ley penal y a la creación de tipos para delitos informáticos, y expresa que la Informática no puede ser una actividad que se someta al capricho temporal de una sociedad determinada, por lo que considera necesario realizar un somero estudio de creación e interpretación de la ley penal para arribar a la conclusión de que la ley penal no debe ser —y menos en casos como éste— tan relativa para fragmentarse de un punto geográfico a otro.

Además el autor analiza las características de la norma penal, y resalta en el aspecto territorial de la misma, aseverando que los delitos informáticos pueden ser transfronterizos.

En el capítulo III el licenciado se ocupa de los elementos del delito, donde se vislumbra un cambio sistemático en el autor; sin embargo, destaca que lejos de ese aspecto, lo importante es distinguir un subelemento inserto en el tipo penal: los medios comisivos.

A decir del autor, los delitos informáticos son, en su mayoría, delitos clásicos ya previstos en las leyes penales, que se exteriorizan con el auxilio de la Informática.

En el capítulo IV el autor continúa con el estudio de los llamados delitos informáticos, examinados ya en las leyes donde han sido incluidos y se destacan los rasgos que le interesan a la dogmática penal.

El autor explica que existen varios documentos internacionales que advierten sobre el peligro que viene con la era informática; sin embargo, dice que nulos o insuficientes han sido esos esfuerzos por detener esta clase de delincuencia.

El autor estima que una de las cuestiones recurrentes con la que se encontró a lo largo de su investigación fue que el problema de los *delitos informáticos* es tratada por juristas cuya especialidad no es la materia penal, o bien por técnicos en materia informática cuyo dominio de los elementos de derecho son escasos, por lo que considera que son pocos los penalistas que se han ocupado de este tema.

En el ámbito local destaca la creación de estas figuras penales en el estado de Sinaloa, en el Código Penal Federal y en el correspondiente del Distrito Federal, en donde se aprecia una crítica severa a dichos ordenamientos.

El autor termina su ensayo con una propuesta, la cual es congruente con el trabajo realizado, y cuyo contenido lógico está acorde con el desarrollo del capitulado:

Por cuanto se refiere a las conclusiones, se destaca la idea de la unificación de la ley penal en México y la creación de convenciones internacionales para el combate de la ciberdelincuencia.

Las fuentes de consulta destacan una abundante bibliografía sobre el tema en otros países, principalmente, España, y por lo que respecta a los aspectos dogmáticos, el autor cita a autores mexicanos y extranjeros, especialistas en la materia penal.

Por lo expuesto otorgo mi **VOTO APROBATORIO RAZONADO**, al trabajo realizado por el licenciado **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**.

Al comunicar a usted lo anterior aprovecho la oportunidad para saludarlo con el afecto de siempre.

Atentamente,



Dr. Ricardo Franco Guzmán

Cd. Universitaria, D.-F., a 16 de febrero de 2004.

**DR. RUPERTO PATIÑO MANFER
JEFE DE LA DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO, U.N.A.M.
P R E S E N T E .**

En relación a su amable oficio número FD/JDEP/eg/130/04 de 6 de febrero del año en curso, en el que se me designa como sinodal propietario para aplicar el examen que solicita el **Licenciado Alberto Enrique Nava Garcés** para tener el grado de Maestro en Derecho y somete a consideración la tesis titulada. "**Análisis de los delitos informáticos**" por este conducto expreso a Usted mi **VOTO RAZONADO:**

El trabajo de investigación cubre los requisitos de fondo y forma exigidos en una investigación a nivel de posgrado para optar por la Maestría, debido a que el sustentante demuestra sólidos conocimientos de la dogmática jurídica penal así como en la metodología y la técnica utilizadas, al realizar una exposición clara e integral de los conceptos referidos al Derecho Penal Mexicano, administrándose con nuestro sistema.

En la delimitación del tema plantea una preocupación sobre el modelo adecuado y eficiente de procuración de justicia para combatir delitos de reciente aparición como son los delitos informáticos, ya que la internet también es el vehículo de diversas conductas ilegales como fraude, pornografía infantil, violación a los derechos de autor, inducción al suicidio, robo, e incluso homicidio, entre otros.

Por otra parte se refiere a conductas ilícitas, en las que los sujetos activos han de ser todo tipo de personas, sin importar características específicas como su condición social, además hace referencia a circunstancias temporales y espaciales. Describe el panorama general que guarda la problemática de los delitos informáticos en el ámbito de la práctica metódica y del quehacer jurídico, ya que en ocasiones pareciera que se crean o nacen nuevos delitos que no están comprendidos en el Código Penal, sin embargo nos hemos percatado de que la tecnología no es una forma de nueva conducta, sino un medio para ejercitar las ya conocidas. La investigación que analice aborda el tema de los delitos informáticos como variaciones de otros delitos ya existentes, por lo que propone no la creación de tipos penales, si no la posibilidad de incluir a la actividad computacional como un medio para realizar el delito.

El Licenciado Nava Garcés presenta una investigación completa en cuatro capítulos en los que explica de manera sucinta el mundo de la informática dentro del derecho y los elementos que toda conducta señalada como delito debe contener, para desarrollar con posterioridad a los delitos informáticos.

Así el primer capítulo establece el marco conceptual de la informática jurídica, donde considera que la informática y sus aplicaciones se toman en consideración por la criminología en cuanto a la realidad que proporciona enormes potencialidades y posibilidades propias de los sistemas informativos para cometer hechos ya sancionados, con circunstancias que dificultan la averiguación y la prueba. Explica que la libertad informática es una expresión de la libertad del individuo, consistente en el derecho a utilizar lícita y libremente con los límites constitucionales y legales, la tecnología informática, así los delitos informáticos son la violación a esa libertad informática, como infracción de las distintas libertades a las que puede extenderse el empleo de esas tecnologías como intimidad, domicilio, libre circulación, asociación, etcétera.

Después redactar una amplia explicación sobre conceptos básicos como cibernética, computadores, informática, cibernética, ciberespacio e informática jurídica que maneja en su investigación dentro del marco conceptual, el Licenciado Nava Garces, detalla el concepto de delitos informáticos y da una explicación suficiente de ellos, para posteriormente en el segundo capítulo abarcar la teoría penal en la creación de tipos para delitos informáticos en donde explica que en los delitos cometidos a través de medios informáticos se encuentran también las características de los delitos a distancia, además la posibilidad de programar la ejecución del delito informático en una determinada fecha es otra de las características del delito informático, por lo que la disociación no es entonces sólo espacial sino también temporal. Es importante hacer mención de que en Internet no se reconocen límites geográficos y los delitos traspasan las fronteras se ha tomado conciencia de la necesidad de cooperación conjunta para combatir el delito informático, problema traducido en la "ciberdelincuencia" destacándose delitos como lavado electrónico de dinero, actividades de juego ilegal, piratería informática o violación a la propiedad intelectual por lo que la propuesta para este problema de unificar la legislación penal es una aportación al conocimiento científico jurídico en nuestro país.

Dentro del Capítulo tres hace un análisis exhaustivo de la estructura del delito, apreciando su formación como sus alcances, adentrándose así a distintas corrientes del pensamiento que han intentado encausar el estudio de los ilícitos penales ya que a través de los diversos códigos penales que se han producido a lo largo del tiempo podemos conocer no sólo las instituciones penales de cada pueblo, sino también sus preocupaciones sociales, asignando una sanción determinada a cada uno, en grado de la importancia que revestían los bienes protegidos.

De forma ejemplar, el Licenciado Nava Garcés analiza la acción en los delitos informáticos porque además de que la conducta se ejerce de manera directa, cabe la posibilidad de que ésta se realice a través de la omisión en la revisión de un sistema de cómputo. El resultado en los delitos informáticos tiende a manifestarse a través de la lesión de distintos bienes jurídicamente protegidos, atenta contra el patrimonio, la privacidad, la honra y hasta la vida de las personas; permite la intercomunicación entre grupos organizados para delinquir y fomenta conductas antisociales.

El Capítulo Cuarto nos presenta un amplio análisis de los delitos informáticos, así estudia la legislación local como lo es el código penal de Sinaloa para hacer su propuesta de legislación. El delito informático ha sido clasificado como delito contra el patrimonio, pero dada su naturaleza se considera que transgrede el derecho a la intimidad, al honor, a la fama pública entre otros.

Cabe mencionar que en los Estados Unidos Mexicanos se ha constituido la Coordinación Interinstitucional de Combate a Delitos Cibernéticos que mantiene patrullaje en la red mediante software de rastreo la cual navega por diferentes paginas hasta detectar actividades delictivas e iniciar un rastreo al servidor que las genera para dar parte al Ministerio Público, quien se encargara de iniciar la Averiguación Previa correspondiente y con ello se requiera al juzgador para que obsequie la orden de cateo a efectuarse en el lugar donde se generan las imágenes.

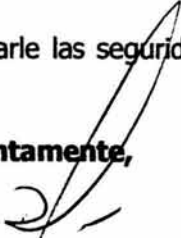
El Licenciado Alberto Enrique Nava Garcés, destaca el tratamiento del problema de los delitos informáticos a nivel internacional principalmente en Alemania, Argentina, Chile y España, países que han tomado mayor conciencia de los problemas que pueden ocasionar, por lo que resulta indispensable establecer la cooperación internacional como uno de los puntos de solución.

Finalmente, en la tesis se contienen las conclusiones de la investigación realizada y la bibliografía correspondiente; por lo que considero que el Licenciado Nava Garcés, efectuó satisfactoriamente la consulta de autores nacionales y extranjeros, así como los conceptos de GENERALIDAD, CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO, LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD además de la PUNIBILIDAD Y CAUSAS DE LA IMPUNIDAD, y demás elementos necesarios, contenidos en 319 cuartillas.

Por lo anteriormente expuesto considero que la investigación realizada por el **Licenciado Alberto Enrique Nava Garcés**, es profunda y consistente, al desarrollar ampliamente todos sus temas, por lo que otorgo **MI VOTO APROBATORIO**, para los efectos legales y administrativos que procedan, para la sustentación del examen para maestría correspondiente.

Aprovecho la ocasión para reiterarle las seguridades de mis distinguidas consideraciones.

Atentamente,



Prof. Dr. Carlos Juan Manuel Daza Gómez
Sinodal Propietario

México D.F. a 19 de febrero de 2004

**Asunto: se emite Voto para la tesis
Análisis de los Delitos Informáticos**

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER
COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO DE DERECHO
DE LA UNAM
PRESENTE.

Dr. Patiño:

Me dirijo a usted, en mi calidad de jurado designado para la evaluación de la tesis titulada: **ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS**, que presenta el Licenciado **ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS**, con el propósito de que ésta sea sometida a la réplica correspondiente en el examen respectivo, que en su caso, le permitirá al sustentante obtener el grado de Maestro en Derecho. Por ello, le comunico siguiente:

El texto del licenciado Nava, ofrece desde su introducción el deseo de establecer un panorama en el que se realizan diversas actividades ilícitas, teniendo como punto central la utilización de la informática.

La estructura del documento –marco conceptual de la informática jurídica, Teoría de la ley penal y la creación de tipos para delitos informáticos, Derecho penal e informática y análisis de los delitos informáticos–, revela el interés del sustentante, así como el tiempo y empeño que su ejercicio de investigación demandó.

Las conclusiones a las que llega el licenciado Nava, al término del proceso de esta investigación, le permiten ofrecer de nueva cuenta una muestra del compromiso empeñado en la realización de este ejercicio inicial de investigación.

Por ello: otorgo mi **VOTO APROBATORIO** para la tesis en comento, ya que considero reúne los requisitos para someterla a la réplica correspondiente en el examen respectivo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.
Atentamente.


Dr. Julio César Kala

SR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

**Jefe de la División de Estudios de Postgrado de la
Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.**

Distinguido Doctor:

En contestación a su atento oficio JDEP/eg/132/043, de fecha 8 de diciembre de 2003, en donde se me notificó que formaría parte del jurado que realizará el examen al **LICENCIADO ENRIQUE ALBERTO NAVA GARCÉS**, para optar por el grado de Maestro en Derecho, con el trabajo intitulado "**ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS**"; me permito informar a usted, que he leído con detenimiento la tesis señalada y llegué a la conclusión de que merece el **VOTO APROBATORIO** por las siguientes razones:

- a) La tesis cumple con los requisitos de forma, que señalan los libros más modernos respecto a la materia de metodología, tal como la introducción, conclusiones, notas a pie de página e índice, haciendo un interesante estudio sobre el tema, utilizando una excelente bibliografía de más de cien libros y artículos, así como una técnica de investigación apropiada.

- b) El tema central de la Tesis es indudablemente novedoso, pues si bien es cierto que se ha escrito mucho sobre "los delitos informáticos", también lo es que el enfoque que el Licenciado

Nava Garcés, proyecta hacia la investigación por lo que toca a los aspectos jurídicos, que esta importante figura tiene hacia sus instituciones, lo cual hace del Ensayo una obra de consulta, original e interesante que consta de cuatro capítulos.

- c) El **capítulo primero** lo dedica el autor a los conceptos fundamentales respecto a la informática jurídica y el Derecho. Haciendo referencia a las nuevas tecnologías y la libertad informática, destacando bastante bien los conceptos de cibernética, computadoras u ordenadores, informática, ciberespacio e informática jurídica. Se cita un catálogo de la clasificación de los delitos informáticos. Este capítulo se concluye con la importancia de abordar el problema planteado, a través de la computación aplicada, la metodología de la computación, la computación teórica y las aplicaciones de control.
- d) En el **segundo capítulo**, se analiza la teoría de la ley penal y la creación de tipos para delitos informáticos; los fines, desafíos y legitimidad del derecho penal. No se deja de lado la interpretación jurídica, las fuentes del derecho penal y la analogía. El autor realiza un comentario respecto al problema de nuestra legislación ante los delitos informáticos y las repercusiones que estos causan en nuestra actividad cotidiana.
- e) La problemática que enfrenta el derecho penal y la informática, se trata de resolver a través del análisis de la teoría del delito y de los elementos del delito, al ser desarrollado en el **capítulo tercero**;

destacándose la evolución del concepto de tipo penal, los elementos del tipo, la acción y la tipicidad; lo que revela una falta de uniformidad y congruencia entre el mundo fáctico y pragmático, lo que se traduce en ciertas deficiencias que repercuten en la dogmática penal.

- f) Muy interesante resulta la lectura del **capítulo cuarto**, porque se analizan los delitos informáticos desde distintos ámbitos jurídicos nacionales e internacionales, tales como ataques que se producen contra el derecho a la intimidad, infracciones a la propiedad intelectual a través de la protección de los derechos de autor, falsedades, sabotajes informáticos, fraudes informáticos, amenazas, calumnias, injurias, pornografía infantil, entre otros. Este capítulo constituye la esencia del tema central, porque el Lic. Nava Garcés hace una investigación muy adecuada sobre la problemática actual, tal como son sus antecedentes, estructura organizacional y la situación de la práctica circunscribiéndola no sólo a las autoridades legislativas, sino también autoridades administrativas y autoridades jurisdiccionales.
- g) Indiscutiblemente el apartado de mayor importancia en la Tesis es el que se refiere a las Propuestas o en este caso a los resultados de la investigación. El autor divide tales resultados y alcances, en seis párrafos, donde se aprecia no sólo la sólida preparación del sustentante, tanto en el campo propiamente del Derecho Penal, como en el área de su especialidad, sino también en otras disciplinas jurídicas y culturales.

Ana Eloisa Heredia García
Doctora en Derecho

Las conclusiones, resultados y alcances, se dividen en once apartados, y se precia sin duda alguna, la personal aportación del autor, cuenta habida de que no se limita a repetir únicamente ajenas ideas, sino que vierte las propias y lo hace con convencimiento y fundamentación. Sería dable hacer otros comentarios sobre el muy meritorio trabajo del Licenciado Nava Garcés, pero considero que lo expresado es suficiente para motivar y fundamentar no sólo mi más amplio VOTO APROBATORIO, sino una cordialísima felicitación al mencionado, por tan valiosa Tesis, que debe llenarlo de legítimo orgullo.

Atentamente

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

México, D.F. a 8 de Marzo del 2004.


Dra. ANA ELOISA HEREDIA GARCÍA.

México D.F. a 19 de febrero de 2004

Asunto: se emite Voto para la tesis
Análisis de los Delitos Informáticos

Dr. Ruperto Patiño Manffer
Jefe de la División de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho de la UNAM
Presente.

Señor doctor:

Me dirijo a usted, en mi calidad de jurado designado para la evaluación de la tesis elaborada por el Licenciado ALBERTO ENRIQUE NAVA GARCÉS, titulada ANÁLISIS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS que presenta para obtener el grado de Maestro en Derecho, por lo que expido el siguiente:

VOTO RAZONADO

Este trabajo establece desde su introducción el deseo de establecer un panorama en el que se realizan diversas actividades ilícitas, teniendo como punto central la utilización de la informática.

En palabras de su autor, existe la pretensión por acercar el tema a los especialistas en Derecho penal, ya que, establece: el tema ha sido tratado, en la mayoría de las ocasiones por juristas ajenos a la materia y cuyos intentos de regulación se apartan de los fundamentos en los que se sustenta el Derecho Penal moderno.

Señala: “la historia parece cobrar una prisa sin precedentes y el derecho parece estar ajeno al fenómeno de la información. Pero esta nota toma un relieve distinto cuando apreciamos que el uso de las nuevas tecnologías engendra en sí, como toda conducta humana, la transgresión del orden social, de la seguridad jurídica y es en estos ámbitos donde las soluciones que se aporten deben ser del mismo calibre y de la misma velocidad que las transgresiones.”

Luego se presentan los problemas sobre conflicto de leyes (tema propio del derecho internacional) ya que consideramos en lo particular que la *internet* es un lugar sin patria donde hasta los mas expertos abogados (de Alemania y Estados Unidos) han encontrado lagunas insalvables.

Para establecer un marco general el trabajo está dividido en cuatro capítulos, que de manera sucinta explican: en primer lugar el mundo de la informática dentro del derecho, luego establece lo relativo al sustento filosófico y de legitimidad que revisten al Derecho Penal, destacando que la creación de normas penales debe obedecer a una profunda reflexión sobre una problemática definida. Más tarde establece la importancia de los medios comisivos como carácter esencial de estas conductas. Al final este discurrir se aplicará sobre las conductas establecidas tanto en legislaciones locales como internacionales.

Respecto a la hipótesis planteada, podemos aseverar que esta no se cumple de manera absoluta, pues no todas las conductas tipificadas actualmente pueden ser aplicadas de manera indistinta a los llamados delitos informáticos

Ahora bien por cuanto hace a los capítulos en específico, éstos abordan los siguientes temas:

CAPÍTULO I

La informática jurídica. Marco conceptual.

El capítulo I es el referente inicial para abordar la relación entre la informática y el Derecho, ámbitos que habrán de enlazarse en la problemática planteada por el tesisista. Dicho marco conceptual introduce al lector con los vocablos más comunes de esta nueva tecnología.

Asimismo, durante el desarrollo de este capítulo se establecen otros marcos referenciales que cobrarán un especial significado al momento de ser resuelta la hipótesis planteada, como son: la libertad, los medios de comunicación, los avances tecnológicos, el carácter etéreo de la internet, entre otros.

El autor señala “Estamos frente a un binomio poco usual desde hace algunos años: la conjunción de la informática con el derecho. Son los tiempos modernos, la inventiva del hombre y su incansable labor científica convergen en nuevas calidades de vida para el presente y para el futuro; sin embargo, en ese proceso se enlazan de manera inevitable ciertas conductas antisociales que se apoyan en los cambios científicos y tecnológicos para violentar bienes jurídicamente tutelados.

La historia del derecho ha conocido el fenómeno en el que el avance tecnológico se suele presentar antes que la regulación jurídica. La tecnología invade nuestras vidas, poco a poco, pero de una manera definitiva. Mantenerse apartado puede significar la incomunicación, la desinformación, quedarse en un tiempo pasado. Hoy nuestra cotidianidad corre a la par del uso del teléfono celular, del correo electrónico, de las agendas electrónicas, de la *internet*. Estamos cada día más familiarizados con las ‘compras en línea’, con el dinero plástico, con el pago virtual y con la firma electrónica, por plantear algunos ejemplos; por lo tanto, este mundo lleno de datos corre el peligro de ser alterado mediante conductas delictivas.”

En este primer capítulo el autor destaca un rasgo muy peculiar, el pretender destacar que esta problemática no es nueva, que alguna vez el derecho tuvo que afrontar situaciones similares como la aparición del cine y la televisión y sus respectivos contenidos.

De igual modo cita bibliografía de más de veinte años donde se anunciaba el problema que hoy trata en su tesis.

CAPÍTULO II

Teoría de la ley penal y la creación de tipos para delitos informáticos.

La creación de tipos delictivos no puede ser una actividad que se someta al capricho temporal de una sociedad determinada., por lo que el tesista considera necesario realizar un somero estudio de creación e interpretación de la ley penal para arribar a la conclusión de que la ley penal no debe ser -y menos en casos como éste- tan

relativa para fragmentarse de un punto geográfico a otro. Sin pretender obtener la ley absoluta, debemos aspirar a la creación de la ley más eficaz y amplia.

Es a partir de este punto que analiza las características de la norma penal, tomando énfasis sobre el aspecto territorial de la misma, habida cuenta que los delitos informáticos pueden ser transfronterizos.

Capítulo III

Derecho Penal e Informática.

El capítulo III se ocupa de los elementos del delito, donde podemos observar que el sustentante deja su estudio en un momento en el que se vislumbra un cambio sistemático en el autor, sin embargo, destaca que, lejos de ese aspecto, lo importante es distinguir un subelemento inserto en el tipo penal: los medios comisivos.

A decir del autor, los delitos informáticos son, en su mayoría, delitos clásicos ya previstos en las leyes penales, que se exteriorizan con el auxilio de la informática..

Capítulo IV

Análisis de los delitos informáticos

El capítulo en comento continúa con el estudio de los llamados delitos informáticos, vistos ya en las leyes donde han sido incluidos y destacando rasgos que le interesan a la dogmática penal.

Existen varios documentos internacionales advirtiendo sobre el peligro que viene con la era informática, sin embargo, nulos o insuficientes han sido esos

esfuerzos por detener esta clase de delincuencia y, en ocasiones, en el otro extremo, el enfrentamiento lleva a la vejación de derechos.

Una de las cuestiones recurrentes con la que nos encontramos a lo largo de esta investigación fue que el problema de *delitos informáticos* es tratada por juristas cuya especialidad no es la materia penal, o bien por técnicos en materia informática cuyo dominio de los elementos de derecho son escasos. Pocos penalistas han tocado este tema.

En el ámbito local destaca la creación de estas figuras penales en el estado de Sinaloa, en el Código Penal Federal y en el correspondiente del Distrito Federal, en donde se aprecia una crítica severa a dichos ordenamientos.

El autor termina su ensayo con una propuesta, la cual es congruente con el trabajo realizado, y cuyo contenido lógico va acorde con el desarrollo del capitulado.

Conclusiones

Por cuanto se refiere a las conclusiones éstas se van desarrollando al través del capitulado y engloban el contenido de la tesis, de las que se destaca la unificación de la ley penal en México y la creación de convenciones internacionales para el combate de la ciberdelincuencia.

Fuentes de Consulta

Las fuentes de consulta destacan una abundante bibliografía sobre el tema en otros países, principalmente, España, y por lo que respecta a los aspectos dogmáticos, el tesis entrelaza a autores mexicanos con autores extranjeros, especialistas todos, en la materia penal.

Por lo antes expuesto, la suscrita otorgo el **VOTO APROBATORIO** para la tesis en comento, toda vez que considero reúne los requisitos reglamentarios para aprobarlo, lo que comunico a usted para el efecto de continuar con los trámites correspondientes.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para enviarle un cordial saludo.

Atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Verónica Román Quiroz', written in a cursive style.

Dra. Verónica Román Quiroz.