UNIVERSIDAD NAC IONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 202.2 DEL CÓDIGO PENAL, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE INFORMACIÓN”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE ABOGADA.

AUTORA:

LUZ ANIDT ROMERO PULIDO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. PH. GALO BLACIO

LOJA – ECUADOR

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Dr. Ph. Galo Blacio

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO

Que la presente tesis titulada "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 202.2 DEL CÓDIGO PENAL, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE INFORMACIÓN" desarrollada por la postulante LUZ ANIDT ROMERO PULIDO, ha sido elaborado bajo esta dirección, respondiendo a los requisitos de fondo y forma que exige los respectivos reglamentos e instructivos. Por ello autorizo su presentación y su sustentación.

Loja, junio del 2013

Dr. Ph. Galo Blacio

Director de Tesis

AUTORÍA

Yo Luz Anidt Romero Pulido declaro ser autor(a) del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTORA: Luz Anidt Romero Pulido

FIRMA: .....

CÉDULA: 171437219-8

FECHA: Loja, Julio de 2013

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo Luz Anidt Romero Pulido, declaro ser autor (a) de la Tesis titulada: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 202.2 DELÑ CÓDIGOPENAL, EN RELACIÓNA LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE INFORMACIÓN".** Como requisito para optar al Grado de: ABOGADA: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, 4 de Julio del dos mil trece, firma el autor.

FIRMA:……
AUTORA: Luz Anidt Romero Pulido
CÉDULA: 171437219-8
DIRECCIÓN: Nueva Loja, Calle Jorge Añazco y Francisco de Orellana.
CORREO ELECTRÓNICO: luzromero516@novaecuador.com
TELÉFONO: 0628311680 **CELULAR**: 0988190442

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTORA DE TESIS: Mg. Dr. Ph. Galo Blacio

PRESIDENTA DE TRIBUNAL: Dr. Augusto Astudillo.
MIEMBROS DEL TRIBUNAL. Dr. Mario Chacha Vásquez
Dr. Sebastián Díaz Pérez

DEDICATORIA

Consagro con gratitud este trabajo a DIOS, entrego este trabajo por haberme permitido culminar con este objetivo de obtener un título que me permitirá ayudar a la sociedad.

Mil Gracias

Luz Anidt Romero Pulido

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, por la oportunidad brindada a quienes buscamos ser mejores en la dura tarea de ser abogada.

A todos los señores profesores mi profundo y respetuoso reconocimiento, Mil gracias por compartir sus conocimientos y experiencias con solvencia y profesionalismo.

Al Dr. Ph. Galo Blacio, profesor – asesor de este trabajo de investigación, quien con sus amplios conocimientos me llevo a conseguir este trabajo.

…….……

Luz Anidt Romero Pulido

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Tipo Penal

4.1.2. Delitos

4.1.3. Informáticos

4.1.4. Proporcionalidad

4.1.5. Infracciones

4.1.6. Sanciones

4.1.7. Penas.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Comentarios de los delitos informáticos.

4.2.2. Efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos

4.2.3. La proporcionalidad de las penas y sanciones

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos

4.3.3. Código Penal

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de las encuestas

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 202.2 DEL CÓDIGO PENAL, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE INFORMACIÓN

2. RESUMEN

El Art. 202.2 del Código Penal, referente a la obtención y utilización no autorizada de información señala que la persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Apropiarse de un bien ajeno es un delito grave y si este bien constituye el producto de la inteligencia, talento o habilidad de un intelecto o artista, es más grave desde el punto de vista ético.

Los delincuentes informáticos necesariamente deben contar con conocimientos académicos y/o profesionales para sustraer bienes intelectuales por medios electrónicos; y, esta capacitación tecnológica los vuelve más responsables de la infracción penal, pues tienen mayor capacidad de discernimiento y reflexión; lo que no acontece con los ciudadanos que carecen de estas herramientas y en especial con los de educación elemental o peor con lo que carecen de ella. La política penal es sancionar con mayor rigor a los más capaces e ilustrados, pues tienen mayor responsabilidad con la sociedad, y con menos rigor a los otros, debido entre otras razones a que su realidad o el Estado no les proveyeron de los conocimientos necesarios para defenderse mejor en la lucha por la

subsistencia.

La información obtenida para venderla constituye un perjuicio económico, en que la información ha adquirido un valor especial en los últimos años, pues se trata como una mercancía. Ello ha provocado que se comercie con datos de carácter personal, irrumpiendo de este modo la intimidad de personas que desconocen que sus datos son objeto de intercambio. Esto ha sido agudizado en la actualidad con el avance de nuevos medios tecnológicos, que han permitido el acceso en lugares de la privacidad del individuo, antes inaccesibles.

Por estas circunstancias las sanciones determinadas en que el delincuente informático obtenga provecho de utilización no autorizada de información, que van de pena de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares, son desproporcionales, por el beneficio económico que sacaron provecho de este acto ilícito e inconstitucional, a esto existe la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales, con ello permite garantizar la norma señalada en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador en que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Esta proporcionalidad entre infracciones y sanciones, es adoptada desde los derechos constitucionales, aplicable a la interpretación del caso concreto de

los delitos establecidos en el Código Penal, esto es para lograr una decisión correcta aplicando en la ley en todas las circunstancias del mismo.

Abstract

The Article 202.2 of the Penal Code, relating to the collection and use of unauthorized information indicates that the person or persons who obtain information about personal data and then assign, publish, use or transfer any title, without the permission of the owner or holders, shall be punished with imprisonment from two months to two years and a fine of one thousand to two thousand dollars of the United States of America.

Appropriating the goods of another is a felony and if the good is the product of intelligence, talent or ability of an intellect or artist, is more serious from the point of view of ethics.

Cybercriminals need knowledge necessarily academic and / or professional to steal intellectual property by electronic means, and this technology training makes them more responsible for the offense, as they have greater capacity for discernment and reflection, which does not happen with citizens who lack these tools and in particular with elementary education or worse what do not. Criminal policy is more strictly punish the most able and enlightened, as they have greater responsibility to society, and with less rigor to the other, due inter alia to the reality or the State provided them with the skills to defend themselves in the fight for survival.

The information obtained to sell is an economic loss, in which the information has acquired a special value in recent years, because it is a commodity. This

has led to trading with personal data, thus breaking the privacy of people who are unaware that their data are exchanged. This has been worsened today with the advancement of new technological means, which have allowed access to places of privacy of the individual, previously inaccessible.

For these circumstances the sanctions determined that the computer criminal get out of unauthorized use of information, ranging from sentence of two months to two years and a fine of one thousand to two thousand dollars, are disproportionate, for the economic benefit that took advantage of such unlawful and unconstitutional, to this is the need to balance competing interests in determining the limitation of fundamental rights, it ensures the regulation specified in Article 76 paragraph 6 of the Constitution of the Republic of Ecuador in that the law shall establish the proper proportionality between offenses and criminal sanctions, administrative or otherwise.

This proportionality between offenses and penalties, is adopted from the constitutional rights applicable to the interpretation of the case of offenses under the Penal Code, this is to make the right decision applying the law in all circumstances the same.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica, ha abordado un tema importante dentro de la realidad social actual, de la obtención y utilización no autorizada de la información.

En el marco de la investigación de campo, he receptado el criterio que tienen los abogados, acerca de que el tipo penal de los delitos de obtención y utilización no autorizada de información son desproporcionales entre infracciones y sanciones, no siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en el Código Penal.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo siguiente: La revisión de literatura con un Marco Conceptual que comprende: Tipo Penal, delitos, informáticos, proporcionalidad, infracciones, sanciones, penas; Marco Doctrinario: Comentarios de los delitos informáticos, efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos, la proporcionalidad de las penas y sanciones; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Código Penal.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos, técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, luego expongo los

resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis, criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta de reforma. Para luego terminar con las conclusiones, recomendaciones a la propuesta de reforma.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal de Grado.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Tipo Penal

Para Edmundo Mezger sobre la tipicidad señala que en "*Todo delito constituye un tipo acción, y todo tipo representa la descripción de un delito. La circunstancia de que una determinada acción coincida exactamente con un determinado tipo es lo que constituye el elemento que se conoce con el nombre de tipicidad. Esta palabra designa la adecuación, subordinación o encuadernamiento objetivo de la acción ejecutada, a la descripción del delito contenida en el texto legal, y representa la primera limitación que experimenta aquélla para llegar a constituir el delito*"[1]

La tipicidad, el segundo elementos esencial del delito, es la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. La tipicidad delimita el acto y se enlaza en muchas ocasiones con la culpabilidad, pero su relación estrecha es con la antijuridicidad. Tipicidad y antijuridicidad no son, por supuesto, caracteres idénticos, pero la tipicidad es un acto de antijuridicidad. No siempre el acto típico será antijurídico; en ciertos casos será, pues la tipicidad no tiene una significación valorativa, sino que es puramente descriptiva y objetiva, pero si encierra una presunción de

[1] MEZGER, Edmundo: Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial bibliográfica Argentina, 1958, Pág. 54

antijuridicidad, aunque desde luego ésta puede ser desvirtuada.

4.1.2. Delitos

Si definimos el delito de forma general observamos que Guillermo Cabanellas escribe señalando que: "*Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictum, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen quebrantamiento de una ley imperativa*."[2]

De dicha definición se desprende que el delito tiene que ser un hecho antijurídico, entendiéndose por este la obra o acto humano que puede ser voluntario en el supuesto caso de que se lo haya cometido con discernimiento intención y libertad o puede ser involuntario, pero que al cometerlo ya sea de una manera dolosa, negligente, imprudente, etc. incurre en lo no permitido o lo que está prohibido por la Ley.

El Diccionario Ruy Díaz sobre el delito señala: "*Es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del ser humano, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*"[3]

Entonces hablamos de delito cuando se ha violado o transgredido una norma establecida en la Constitución y demás leyes de un Estado, las cuales

[2] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 605.
[3] ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Lucio, Ob. Cit., Pág. 351.

velan por la seguridad de todos los integrantes de ella. Además es el resultado de un acto externo del ser humano tipificado como delito y sancionado con una pena. Al delito se lo distingue de dos maneras para una mejor comprensión: a) delito común, que es sancionado en la legislación criminal ordinaria, es decir, por el Código Penal; y en tal sentido, los delitos comunes se contraponen a los delitos especiales, que son los castigados en otras Leyes o Códigos.

Los elementos del delito son cuatro como el acto, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad: El primer elemento del delito es el acto, y para Marlon Sosa es "*Manifestación de voluntad de una conducta externa que puede ser positiva como negativa, humana, voluntaria y que produce cambios en el mundo exterior La Acción es el elemento básico del delito, consistente en el comportamiento humano, manifestado mediante una acción, hecho, acto o actividad de carácter voluntario, activo o negativo que produce un resultado*"[4]

Con esto se quiere establecer que el acto es el elemento del hecho, inicial y básico del delito. Para que haya entonces delito, lo primero está determinar la corporeidad material y tangible de este ente jurídico, para luego se verifique su adecuación a la descripción hecha por la ley y se realicen los juicios de valor, objetivo y subjetivo, que constituyen los otros elementos del delito. Por esta razón el primer elemento es un sustantivo, acto, al cual se

[4] SOSA, Marlon: Guía práctica de derecho penal, elementos del delito, 2008, http://es.scribd.com/doc/11566362/Elementos-Del-Delito

agregan los otros tres, como adjetivos que los califican: típico, antijurídico y culpable.

El acto en materia penal es la conducta humana guiada por la voluntad. El contenido de la voluntad no quiere decir que, al hablar del acto, se anticipe ya un juicio de valor de carácter subjetivo sobre sí mismo, lo que será propio del análisis de la culpabilidad, lo que debe entenderse dentro de lo penal, la voluntad se refiere al control que la persona mantiene sobre su conducta.

La tipicidad, el segundo elementos esencial del delito, es la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley. La tipicidad delimita el acto y se enlaza en muchas ocasiones con la culpabilidad, pero su relación estrecha es con la antijuridicidad. Tipicidad y antijuridicidad no son, por supuesto, caracteres idénticos, pero la tipicidad es un acto de antijuridicidad. No siempre el acto típico será antijurídico; en ciertos casos será, pues la tipicidad no tiene una significación valorativa, sino que es puramente descriptiva y objetiva, pero si encierra una presunción de antijuridicidad, aunque desde luego ésta puede ser desvirtuada.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que antijuridicidad es "*Elemento esencial del delito, cuya fórmula es de valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho*". [5]

[5] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 35

La antijuridicidad es la denominación en sentido material, en la que una acción es antijurídica en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por las normas correspondiente. La lesión del bien jurídico supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso.

La antijuridicidad significa exactamente lo contrario al orden jurídico, así la antijuridicidad se dará en todos aquellos casos en que la conducta humana se halle en contradicción con un determinado precepto penal. Más en concreto, y dada la finalidad específica de las leyes penales, un acto será plenamente antijurídico cuando vulnere un hecho reconocido por parte del Estado y al cual se ha dado protección penal. En definitiva cuando se lesiona un bien jurídico.

Al respecto el Dr. Galo Espinosa Merino, dice antijuridicidad es "*situación proveniente de la violación de determinada norma jurídica, en que se destaca la oposición entre el hecho y el derecho consagrado en la ley*".[6]

Al referirse la antijuridicidad como una situación proveniente de la violación de determinada norma jurídica, se precisa que las normas deben ser punibles, siendo las castigadas conforme a la ley, es así que a palabras de Giuseppe Maggiore, citado en el Diccionario Conceptual de Derecho Penal, que las definiciones de la antijudicidad "*Son acciones punibles, que esta*

[6] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, Pág. 50

tautología es tan evidente que no vale la pena insistir en ella. Por esto la ciencia no puede contentarse con la definición formal, pues no declara la cosa definida, en vez de explicar repite"[7]

Es así que no existe una definición formal por parte de los tratadistas de la antijuridicidad, en que miran el delito desde el punto de vista del contenido, y así aparece como una agresión, que produce daño o peligro a las condiciones esenciales de la vida del individuo o de la sociedad.

El ilustre tratadista Guillermo Cabanellas nos indica que culpabilidad es "*Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal*".[8]

La culpabilidad es en su acepción estricta, el hecho de haber incurrido en culpa. En sentido lato, la imputación a una persona de un delito o falta.

Puedo indicar que la culpabilidad, significa la atribuibilidad, que exigen dolo o culpa, que para que tenga la calidad de culpable se atribuya la responsabilidad del hecho por un acto que lo ejecutó con voluntad y conciencia existiendo la intención de cometerlo por la falta de su accionar.
Soler citado por Galo Espinosa Merino, aconseja "*en el análisis de estas cuestiones subjetivas, que se proceda a examinar previamente las que se*

[7] DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL: Ob. Cit., Pág. 47
[8] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 103

refieren en general al sujeto (locura, minoridad); luego deben seguir las que se refieren en concreto al mismo sujeto (inconsciencia), y sólo después corresponde examinar la relación concreta del hecho"[9]

De acuerdo a esto la culpabilidad, si no ha mediado error, ignorancia, si ha mediado dolo o culpa. Porque la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y es todavía más, el antecedente o presupuesta, el potencial subjetivo en que la culpabilidad reposa y podría denominarse más correctamente: capacidad jurídica penal. Para éste, la imputabilidad deviene en culpabilidad, o lo que es lo mismo, el sujeto imputable (por eso capaz), realiza un acto delictivo que lo convierte en culpable.

Imputar, es entonces, atribuir un hecho a un sujeto, pero aparte de la vinculación material, el derecho requiere con el sujeto una relación vinculatoria total, no con el hombre como cosa, sino como persona, como sujeto de derecho, no podemos negar que el loco es un hombre, pero el hecho que cometa no podemos atribuírselo, porque no es un sujeto capaz de cometer delitos.

Imputable, es así, el sujeto que reúne las condiciones que el derecho fija para que una persona deba responder de un hecho, es decir, sufrir una pena. Imputabilidad es el conjunto de condiciones que un sujeto debe reunir para que deba responder penalmente de su acción.

---

[9] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, Pág. 395

El delito es un acto típico y antijurídico. El acto es una manifestación de voluntad; es la voluntad materializada, objetivada. La voluntad es la fase final de todo un proceso interno del hombre que surge con motivo de su inteligencia y de la capacidad que tiene para conocer el mundo exterior y su mundo interno. La voluntad se integra por los móviles, los motivos y las representaciones. Si la voluntad está contenida en el acto y aquella está integrada por móviles, motivos y representaciones es obvio que el contenido del acto está dado por dichos móviles, motivos y representaciones. No existe un "acto" especial para uso del Derecho Penal. El acto es el mismo en su estructura para lo que pueda tener incidencia jurídica, como para lo que no tenga tal incidencia. Y ese acto, como queda demostrado, no es acromático, vacío, hueco: en el acto existe un contenido rico en aspectos subjetivos, que no pueden ser desconocidos, ni siquiera con "fines didácticos", como algunos autores tratan de justificar el traslado de dichos aspectos a la culpabilidad.

Finalmente, el juicio de comprobación del hecho delictivo y de su culpabilidad, realizado por la sociedad a través de sus órganos jurisdiccionales genera la responsabilidad que es la consecuencia, esto es, la obligación de cumplir la pena por el culpable.

4.1.3. Informáticos

Vicente Vallejo Delgado, cita a la Jurista Stephannie Perry en un artículo titulado El Delito Informático dice: “*El término delito informático se acuñó a*

finales de los años noventa, a medida que Internet se expandió por toda Norteamérica. Después de una reunión en Lyón, Francia, se fundó un subgrupo del grupo de naciones que conforman el denominado "G8" con el objetivo de estudiar los problemas emergentes de criminalidad que eran propiciados por los que migraron a Internet. El "Grupo de Lyón" utilizó el término para describir, de forma muy imprecisa, todos los tipos de delitos perpetrados en la red o en las nuevas redes de telecomunicaciones que tuvieran un rápido descenso en los costos"[10].

Efectivamente con la irrupción masiva de los ordenadores en los países desarrollados y en algunos en vías de desarrollo, se dieron las condiciones para que aparezcan una serie de conductas que la sociedad las calificó como delictivas, por lo que los países afectados procedieron a legislar al respecto, estableciendo una variedad de tipos de delitos informáticos, esto es, cometidos utilizando los ordenadores y demás equipos y tecnologías de la ciencia informática.

Miguel Ángel Davara Rodríguez define al delito informático como "*La realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, se ha llevado a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software*"[11].

---

[10] VALLEJO DELGADO, Vicente: El Delito Informático en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2010, p. 12

[11] DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, Editorial Aranzadi, S.A., Madrid – España, 1997, p. 288

De tal manera que, sólo la utilización de un medio informático o telemático permite la realización del delito al que podríamos denominar del siglo XX, pues, es en este siglo cuando se desarrollaron las tecnologías idóneas para el cometimiento de esta infracción penal.

Fundamentados en las definiciones dadas por los tratadistas prenombrados sobre el delito, se puede decir que delito Informático es el acto típico, antijurídico, imputable y culpable, sancionado por una pena y cometido mediante ordenadores y demás recursos electrónicos y cibernéticos. Por lo tanto, el acto que utilice recursos materiales como ordenadores, módems, fax, telefax, fumadoras, entre otros, tipificado como delito y sancionado con una pena es delito Informático.

4.1.4. Proporcionalidad

En el Diccionario Conceptual de Derecho Penal, expresa que "*la exigencia de proporcionalidad absoluta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido, tienen rango constitucional deducible"*[12]

En este sentido se ha afirmado que la prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de

[12] DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, p. 546

proporcionalidad de las penas ya que solo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir no degradante.

Jorge Zavala Egas, en su obra Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, en lo referente a la proporcionalidad indica que "*la identidad ontológica entre delitos e infracciones, entre penas y sanciones se introduce el argumento para exigir en ambos Derechos, penal y sancionador, el mismo régimen jurídico, además, que el único fundamento capaz de proporcionar una explicación, al hecho de que los principios estructurales elaborados por la dogmática penal y procesal sean de aplicación a la potestad sancionadora de la Administración y al procedimiento a través del que debe encauzarse su ejercicio no es otro que el de la «unidad ontológica» entre delito e infracción administrativa, por una parte, y entre pena y sanción administrativa, por otra.*"[13]

De esta forma el legislador no está habilitado para imponer prohibiciones, excepciones o matizaciones que no consten en la propia normativa suprema como es, por ejemplo, la que consta en el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que veda la privación de libertad a toda autoridad administrativa y la circunscribe con exclusividad a los jueces competentes

[13] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Editores, 2010, Guayaquil – Ecuador, p. 313

4.1.5. Infracciones

Sobre el juzgamiento Guillermo Cabanellas sostiene que juzgar es "*Administrar justicia. Decidir un asunto judicial. Sentenciar. Ejercer funciones de juez o magistrado. Afirmar o exponer relaciones entre ideas. Enjuiciar, examinar, considerar, dictaminar en un asunto o negocio. Antiguamente, condenar a perder alguna cosa; y, más especialmente, confiscarla*".[14]

Juzgar es deliberar y sentenciar una causa el que tiene autoridad para ello, respecto de la culpabilidad o no que tiene una persona en una determinada cuestión que se juzga, o en su defecto, también implica deliberar de la razón que le asiste en tal o cual tema para juego emitir una decisión, es decir una sentencia en lo procedente.

Lo que se juzga en lo penal es el cometimiento de un delito, y según Alfonso Reyes Echandía en su obra titulada Derecho Penal, manifiesta que "*En la preparación de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno en necesaria como antecedente con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual.*"[15]

Pero aquella posición y otras que quedan claramente establecidas en la tendencia tradicional, han hecho surgir una posición distinta, según la cual

[14] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 223

[15] REYES ECHANDÍA, Alfonso: **Derecho Penal,** Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 183

considera que no es preferible distinguir entre las diversas personas que intervengan en el delito, considerarlas a todas partícipes y aplicarles la pena fijada para el delito, salvo casos de excepción.

El delito en un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se puede distinguir o señalar estos momentos y otros más óptimamente no hay límites tajantes en esta línea ascendiente. Entre todas estas etapas cabe distinguir los siguientes estados de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico, agotamiento del hecho.

Cabe establecer que el delito no aparece de improviso, obedece a un proceso, lo que los clásicos denominaban, el “camino del delito” o “iter criminis”. Para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un “camino”, que va, desde la idea de cometerlo –que surge en la mente del sujeto-, hasta la consumación. Ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina “iter criminis” o “camino del delito”.

Sobre este particular según Eugenio Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal, manifiesta que “*Desde el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina iter*

criminis o "camino del crimen", significando así al conjunto de et5apas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito"[16]

Al criterio anterior de Eugenio Zaffaroni, es en sí el desarrollo del delito en un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se puede distinguir o señalar estos momentos y otros más óptimamente no hay límites tajantes en esta línea ascendiente. Entre todas estas etapas cabe distinguir los siguientes estados de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico, agotamiento del hecho.

4.1.6. Sanciones

El que ha cometido un delito, ha de recibir una sanción y para el Dr. Galo Espinosa Merino sanción es "*Estatuto o ley. Acto solemne por el que el Jefe de Estado confirma una ley. Pena que la ley establece para el que la infringe. Mal dimanado de una culpa y que es como su castigo. Aprobación dada a un acto, uso, costumbre o ley*".[17]

La sanción es una pena o castigo que la ley prevé para su aplicación a quienes incurran o hayan incurrido en una infracción punible. La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito,

---

[16] ZAFFARONI, Eugenio Raúl: **Tratado de Derecho Penal,** Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina- 1999, p. 409.
[17] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p.657

expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

Guillermo Cabanellas sostiene que sanción es "*En general, ley, reglamento, estatuto. Solemne confirmación de una disposición legal por el Jefe de un Estado, o quien ejerce sus funciones. Aprobación. Autorización. Pena para un delito o falta. Recompensa por observancia de preceptos o abstención de lo vedado*"[18]

En si la sanción viene a constituir la pena o multa que se impone a una persona por el quebrantamiento de una ley, norma, obligación o contrato. Las sanciones en el cometimiento de un delito debe aplicarse en forma mínima, pero no todo asunto debe ser resuelto con la decisión impulsiva del juez, de evitar al infractor de la cárcel, con el razonamiento rústico atribuido a nuestros policías: tiene razón pero va preso.

4.1.7. Penas.

En cuanto a la pena, el Dr. galo Espinosa, en la Más Práctica Enciclopedia Jurídica, expresa que es "*El castigo previsto en la ley, para ser aplicado por*

[18] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.360

autoridad legítima al autor del delito o falta."[19]

La pena es considerada como un castigo, que mediante la ley, lleva a un trasgresor a la cárcel. Lo que caracteriza la pena es la posibilidad de la pérdida de la libertad del reo. Pero en forma general la pena en la ley no solo amenaza sino que realizan, ejecutan, hacen cumplir las penas. Estas deben estar tipificadas para que la persona que ha cometido un delito reciba una sanción como castigo por el hecho ilícito.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Comentarios de los delitos informáticos.

Los delitos informáticos se utiliza la tecnología, es así que Vicente Vallejo señala: "*La persona digital es un fenómeno potencialmente amenazante, degradante y quizás socialmente peligroso. Un área cuyos aspectos más amenazadores que requieren consideración radican en la vigilancia de datos, el monitoreo de personas a través de sus datos. La vigilancia de datos es un medio económicamente eficaz para ejercer control sobre el comportamiento de los individuos y las sociedades. Se analiza el modo en el cual la persona digital contribuye a una compresión de técnicas particulares de vigilancia de datos, tales como, la comparación y la caracterización por computadora y se esbozan los riesgos inherentes al monitoreo de la persona*

[19] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 541

digital."[20]

Puedo indicar que la persona digital es un modelo, útil para entender la sombra que proyectamos en el mundo digital del ciberespacio y distinguir entre las personas pasivas, activas y autónomas. La persona digital es un modelo de la personalidad pública de un individuo, basado en los datos y mantenido por las transacciones y que ha sido concebido para ser utilizado en representación del individuo, es así que los problemas colaterales infaltables en toda innovación histórica propios de una nueva era, la era digital, serán mínimos comparados con la gran potencialidad y los trascendentales objetivos que alcance la especie humana en todos los campos y desde luego en la administración de justicia que es lo que nos compete directamente.

Herminia Campuzano Tomé, expresa que "*Debe ser destacada la grave Intromisión que para la vida privada supone la recolección de determinados datos peí tonales relativos a la salud, a los fines de selección de compañías de seguro, de contratación laboral, incluso de identificación policial. Cada vez con más frecuencia resulta práctica extendida, por las compañías de seguros y por determinadas empresas, el solicitar resultados de test de ADN para eliminar o seleccionar clientes susceptibles de realizar reclamaciones por enfermedades graves, o bien para seleccionar a sus empleados. Estas cadenas genéticas contienen un conjunto considerable de información de*

[20] VALLEJO DELGADO, Vicente: El Delito Informático en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2010, p. 14

carácter sensible que en muchos casos conllevan situaciones discriminatorias para el sujeto afectado, sobre todo en el ámbito laboral al momento de ser seleccionado para la obtención de un empleo. Las posibilidades de abuso en la utilización de estos datos personales altamente sensibles son reales, y plantean problemas importantes. El tema ha suscitado especial interés para los defensores de la vida privada, sobre todo en relación con la afectación del VIH y SIDA."[21]

La situación descrita se torna ciertamente más peligrosa con la aparición y desarrollo de las autopistas de la información. La colección de datos y su posterior tratamiento, ha sufrido en los últimos años una importante evolución con la creciente utilización de las redes digitales, y en concreto de Internet, añadiendo nuevos problemas a los ya existentes hasta el momento en materia de protección de datos. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten multiplicar por mil la velocidad de tratamiento de la información, la capacidad de almacenamiento y la capacidad de trasmisión de los datos.

Cabe señalar que entre los posibles objetos de apoderamiento, tendentes a obtener información sobre datos personales, a la que se refiere la disposición materia de nuestro análisis, y que evidentemente pueden lesionar la intimidad del sujeto pasivo, se encontrarían los mensajes de correo electrónico, sin embargo de lo cual y a efectos de evitar conflictos con el principio de legalidad, somos del criterio que debería ampliarse la

[21] CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: Vida Privada y Datos Personales, Editorial Tecnos, p. 60

mencionada disposición, en el sentido de precisar los objetos de apoderamiento", tales como papeles, cartas, mensajes de correo electrónico u otros documentos o efectos personales.

Juan Vizueta Ronquillo señala "*A efectos de analizar las lesiones a la intimidad a través de correos electrónicos, debemos partir del hecho de que cada vez que alguien utiliza el correo electrónico, navega por la red, interviene en foros de conversación (chats), participa en redes sociales como Facebook, Hi5, Twitter, etc., o hace uso de un servicio, está revelando datos acerca de su personalidad, economía, gustos, hábitos sociales y residencia, los cuales pueden ser aprovechados maliciosamente por terceros en perjuicio del usuario.*"[22]

La amenaza más evidente, de la que cualquier usuario de Internet es consciente, consiste en los ataques a la confidencialidad, autenticidad e integridad del correo electrónico. La mayor preocupación se centra en encontrar medios de criptografía que permitan al usuario hacer correr sus datos personales por la red sin ser identificado.

Con la aparición de las redes digitales, la información se ha tornado en una valiosa mercancía de cambio. El desarrollo de los instrumentos y herramientas de navegación por Internet permiten realizar un tratamiento invisible de esta información mediante la creación de ficheros ocultos. Ello

[22] VIZUETA RONQUILLO, Juan: Delitos Informáticos en el Ecuador, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 48

supone que el usuario de Internet, cada vez que enciende el ordenador e inicia una sesión de navegación, va dejando almacenados en tales ficheros, los denominados "cookies", un gran número de dalos personales, suficientes para que terceros puedan elaborar un perfil preciso y detallado sobre su persona. Todo ello sin su conocimiento y, por tanto, haciendo quebrar uno de los principios fundamentales sobre los que se asientan la mayor parte de las leyes de protección de datos: el de la prestación del conocimiento. Con lo cual no existe duda de que ello pueda constituir una grave amenaza para la vida privada.

Lo anotado hasta aquí evidencia que la mayoría de los usuarios no es consciente de la cantidad de información privada que de forma inconsciente e involuntaria está revelando a terceros al hacer uso del Internet. Cada vez que se visita un sitio web, se suministra de forma rutinaria, una información que puede ser archivada por el administrador o proveedor del sitio; a este no le resulta difícil averiguar la dirección de Internet de la máquina desde la que se está operando, la dirección de correo electrónico del usuario, qué páginas lee y cuántas no le interesan, cuántas páginas ha visitado, así como el sistema operativo y el navegador utilizado. Con ello se expone a ser víctima de grandes atentados contra su vida privada, dando también lugar a que terceros, como en el caso de empresas de servicios o empresas de publicidad, se aprovechen de esta información y de estos datos para fines comerciales.

El proceso antes descrito, respecto al funcionamiento de las redes digitales

de comunicación, nos advierte que el Internet resulta una fácil carnada para obtener datos e información que pueden ser observados, transmitidos e incluso captados en contra de su titular, de forma anónima e incontrolada.

Lo expuesto, nos lleva a reflexionar que junto a los posibles problemas de creación de perfiles que atentan contra la intimidad de los usuarios de Internet, hay que hacer mención a la posible interceptación por parte de terceros, de los datos personales vertidos en la red. Ello plantea graves problemas de seguridad y confidencialidad de la información. Todo esto, unido a los múltiples procedimientos de recolección y de tratamiento de la información que permite Internet, así como a sus posibilidades de difusión, hace que el problema de la protección de la vida privada en Internet no se torne teórico, sino que constituya un motivo real de preocupación para la protección de los derechos de la persona. El desarrollo de las autopistas de la información y su creciente utilización en la sociedad actual, nos obligan a replan¬tear el tema de la protección de los datos personales. No es que los nuevos medios electrónicos hayan modificado el concepto de privacidad, pero sí que han cambiado las formas en que este puede ser protegido o puesto en peligro.

Juan Vizueta Ronquillo manifiesta que "*La problemática planteada debe provocar nuevas propuestas por parte de los asambleístas en nuestro país, a efectos de que dirijan sus esfuerzos hacia la incorporación de tipos penales tendentes a instaurar leyes de protección de datos y de defensa de*

la privacidad en la transmisión de las comunicaciones, tomando en consideración que la transmisión y difusión de información, y de los datos personales, se realiza sin ningún tipo de control, motivando que el derecho a la intimidad tenga cada vez menor valor, con lo cual resulta imperiosa la necesidad de los Estados de dictar normas dirigidas a preservar la privacidad de las personas, frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación."[23]

Bajo el análisis realizado parecería que "tecnología" y "protección de la vida privada" son términos incompatibles entre sí. Sin embargo, no puede negarse el hecho de que entre ambos exista una cierta tensión; pero es también justo reconocer que un sistema o una tecnología informática bien concebida y aprovechada, lejos de disminuir, puede mejorar notablemente la protección de la vida privada y de los datos personales. No todo son riesgos y amenazas; la tecnología puede servir, asimismo, para mejorar nuestro derecho a la vida privada. Se trata simplemente de considerar la vida privada como una prioridad, que ha de hacerse prevalecer sobre cualquier situación, y de que tanto los legisladores como los operadores de justicia sepan conjugar y equilibrar todos los intereses en juego, para aprovechar al máximo el potencial que se nos brinda.

En esta parte considero necesario hacer una aclaración, al señalar que la acción del sujeto activo sobre los elementos documentales o personales que

[23] VIZUETA RONQUILLO, Juan: Delitos Informáticos en el Ecuador, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 50

guardan relación con la intimidad, lo identificamos como un apoderamiento, pese a que de acuerdo a las características de los elementos y documentos como el correo electrónico resulta complejo una absoluta identificación de esta conducta con la de los clásicos delitos de apoderamiento en el campo patrimonial

4.2.2. Efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos

La ejecución de las penas depende de la participación, al respecto Günteher Jakobs, señala que: "*Ya en estos casos de autolesión se trata de una participación en la que la víctima no se comporta en forma típica y en la que, por ello, una participación (accesoria) en la autolesión no realiza ningún tipo delictivo. Pero tampoco la participación en un hecho que para todos los intervinientes constituye una heterolesión depara, por lo que afecta a la omisión, dificultades que no et incurrirían en caso de comisión activa: de nuevo el comportamiento de organización prohibido en su modalidad de hacer positivo puede suplirse en forma equivalente por otros fundamentos de competencia respecto de deberes de aseguramiento y de salvamento*"[24]

Así como el que interviene activamente presta una contribución que lo inserta en la organización común, el interviniente por omisión queda inserto en ella por aquel comportamiento de organización que fundamenta su deber

[24] JAKOBS Günther: Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2008, p. 31

de garante. Ello rige también para la cantidad de su intervención, es decir, para la delimitación de coautoría y complicidad en especial. De nuevo lo decisivo no es qué empresa de salvamento omite el garante, sea cual fuere el momento en que se debe realizar, esto depende de datos prolijos de carácter usual, sino en virtud de qué conducta de organización sea competente.

Günteher Jakobs expresa que "*El omitente responde como autor si él omite en una forma correspondiente a la comisión activa de propia mano; esto es, si, respecto de la intervención en una autolesión, su competencia se fundamenta en último lugar, si se excluye de verdad la responsabilidad a título de autor cuando falte un elemento subjetivo u objetivo de la autoría. Para tal caso se expresa con el ejemplo de quien no llama a su perro cuando éste está a punto de devorar al gato de su vecino es también autor de unos daños si un tercero atrajo de manera artera el fíato con el propósito de matado. Distinto sería el caso si el mular del perro deja corretear al peligroso animal, contraviniendo su deber, con el propósito de que el tercero atraiga al gato del vecino, como en efecto ocurre; aquí el tercero es autor por propia comisión, y el titular del perro, según la medida de la organización que sea necesaria en su conjunto- es interviniente accesorio en calidad de cómplice o de coautor, según la medida de la organización que sea, en conjunto, necesaria.*"[25]

De acuerdo con esto existe participación accesoria en la omisión cuando el

[25] JAKOBS Günther: Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2008, p. 33

fundamento de la competencia del omitente se produce después de la del partícipe; en la participación accesoria por omisión ocurre a la inversa. La conclusión no varía en modo alguno si los deberes de aseguramiento se prolongan en deberes de salvamento o si los deberes surgen ya desde el principio como deberes de salvamento: son decisivos el momento de la fundamentación de la competencia y la cantidad de la organización de la que se ha de responder. Un ejemplo: el sujeto a quien la deficiente custodia, contraria a deber, de un arma hace que competa la evitación de un resultado delictivo, continúa siendo cómplice del homicidio aunque no salve a la víctima a la que se ha disparado con el arma, siendo indiferente a este respecto si en ese momento se plantea por primera vez o se reproduce la posibilidad de evitar la muerte.

Günteher Jakobs indica que: "*El interviniente fundamenta su competencia por acción o por otro comportamiento de organización que tiene como consecuencia deberes de aseguramiento o de salvamento. En cualquier caso se trata de una organización conforme (si se cumple el deber) o contraria (si se infringe) al estatus general de todo ciudadano. Por ello la posición de garante por competencia de organización no fundamenta ningún deber especial, a diferencia de lo que sucede con el deber del titular de un estatus especial, sino que es la consecuencia general que se deriva sin más de una organización.*"[26]

Esta posición de garante existe también para el autor en comisión activa:

[26] AKOBS Günther: Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2008, p. 34

también éste lesiona su deber de dominar su organización. Sería por tanto erróneo considerar esta posición de garante como un elemento personal especial y limitar en caso de participación en la omisión la accesoriedad cualitativa. Quien, por comisión activa o por omisión, coopera en una omisión que se basa en una competencia de organización interviene en un delito común, del mismo modo que en el caso de una participación en un delito de dominio que se realice en comisión activa.

Sería incluso extraño, a título de ejemplo, que la incitación que se le hace a una persona que obtuviere información de datos personales para después cederla o publicarla sin la autorización de su titular, se trate de un modo distinto al de una incitación a ceder o publicarla sin la publicación de su titular si se utiliza medios electrónicos que tuviese la misma consecuencia.

La objeción según la cual no se podría imputar del todo a un partícipe en el caso de que el autor principal esté obligado al aseguramiento o al salvamento en virtud de una organización precedente de la índole que sea, se anula después de revisar lo que sucede en el ámbito de la comisión activa; también allí la situación organizativa en que se encuentra el autor forma parte evidente del contexto que el partícipe tome en cuenta.

El tratadista Dr. Luis Cañar Lojano, dice respecto de las excusas exculpatorias: "*Por cuanto antecede se desprende, como hemos demostrado en la Ley y el Delito, que cuantas supuestas excusas afecten a la acción, a*

lo injusto típico, a la imputabilidad y a la culpabilidad, será ausencia de acto o de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad o de inculpabilidad, estas últimas por inexigibilidad de otra conducta"[27].

Para ver con mayor claridad esta figura jurídica la inexigibilidad de otra conducta que constituye eximente fundamental en determinados delitos, veamos el caso de la legítima defensa en la cual la sociedad y el legislador consideran que el ser humano limitado, falible e imperfecto, ante circunstancias en las que está en peligro su vida, mata al inminente agresor que pretende acabar a su vez con su existencia, no comete delito alguno, pues no se puede exigir al ciudadano en peligro que huya como una conducta social y legalmente aceptada; aunque en la generalidad de casos la prudencia y el instinto de sobrevivencia si las condiciones son propicias sería lo aconsejable, algunos doctrinarios consideran que la ley no ampara ni premia al cobarde si consideramos que el acto de huir no es prudencia sino cobardía. En todo caso, el legislador prevé que el amenazado no tiene otra alternativa que la de defenderse.

4.2.3. La proporcionalidad de las penas y sanciones

Nuestro sistema penal, por las normas consagradas en la Constitución de la República del Ecuador, del cual proviene del nuevísimo garantías basadas en el neoconstitucionalismo, y del cual Luis Cueva Carrión, manifiesta: "*Es*

[27] CAÑAR, Lojano Luis: Comentarios al Código Penal de la República del Ecuador, Imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca – Ecuador, 2005, p. 366

un instrumento que no sólo organiza el poder, sino que, además, es fundamentalmente normativa y sus normas deben aplicarse en forma inmediata y directa; su interpretación difiere de la tradicional: es sistémica, se usa el método de la ponderación, que se auxilia del test de proporcionalidad, el método de la unidad de la Constitución y el do la armonización. Todo el sistema constitucional debe funcionar y ser interpretado desde una nueva perspectiva: la de los derechos fundamentales, porque se fundamenta en ellos, son su eje central y, para su efectiva vigencia, ha reforzado las acciones constitucionales existentes y ha creado otras. Para esta corriente, no pisten derechos absolutos, todos tienen igual valor y jerarquía"[28]

El propósito de esta corriente formada dentro del Derecho Constitucional aspira a dotar al Estado de mejores herramientas jurídicas para perfeccionarlo; para ello somete a todo el poder estatal al Derecho, donde la constitucionalidad prime sobre la legalidad y a la jurisdicción constitucional la ubica como primera y última instancia de la vida jurídica, a fin de que el Estado actual pase a convertirse en paradigma del Estado constitucional; es decir, aspira a una verdadera revolución político-jurídica para insertarse dentro de un nuevo orden jurídico cuyos pilares fundamentales son: la defensa radical de la dignidad, de la igualdad, de la justicia, de la solidaridad de las personas y el establecimiento de una seguridad jurídica de mejor calidad, porque se considera que sobre estos postulados debe fundarse el

[28] CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, p. 117

nuevo Derecho, denominado Derecho global.

Al respecto Jorge Zavala Egas señala "*Los derechos fundamentales en su dimensión normativa objetiva imprimen en la dogmática jurídica la vigencia de los principios al lado del modelo de reglas y con ello la universalización de los mandatos de optimización que pueden realizarse en diferente medida y en las que la esta medida obligada de realización no sólo depende de las posibilidades reales de realización, sino también de las limitaciones jurídicas. Tienen una tendencia normativa a la optimización sin que ésta, sin embargo, esté fijada a un determinado contenido, pues, necesariamente deben someterse al juicio de proporcionalidad y al método de ponderación frente a una medida concreta. Al adquirir, los derechos constitucionales, la categoría de normas-principios para su aplicación ya no se utiliza la interpretación, sino que hay que llegar a su concretización. No es lo mismo: el objeto de la interpretación es indagar el contenido y el sentido de algo precedente que se completa y se enriquece. La concretización es el llenado (creativo) de algo fijado únicamente en principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable. La concretización es un fenómeno jurídico creativo que va más allá de la interpretación, se aumenta la dimensión de sentido antes que aclara algún sentido, es decir, se trata de una atribución de sentido desde fuera*"[29]

En caso de aplicación de normas-principios hay que crear sub-normas

[29] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil Ecuador, 2010, p. 128

constitucionales (sub-reglas) para decidir los casos, se trata de una norma para el caso, una ley casuística si se quiere, pero con rango constitucional puesto que surge de la actividad interpretadora de la Constitución.

Luis Prieto Sanchís en su obra Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales señala "Si quisiéramos determinar, en un caso, si una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho (por ejemplo, si las declaraciones de una persona constituyen *delito* de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, antes es preciso que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental."[30]

Lo anteriormente dicho, obedece a que las normas-principios carecen de supuesto de hecho o presentan una condición de aplicación bastante abierta o fragmentada, lo cual dificulta la subsunción, esto es, comprobar que existen principios concurrentes que efectivamente estén en real contraposición circunstancial.

Para Jorge Baquerizo Minuche, "la subsunción, como hemos dicho, es del todo evidente cuando después de obtener el producto de la ponderación, es necesario aplicar la regla, de precedencia o prevalencia condicionada, como la premisa normativa de un esquema subsuntivo para el caso particular que

[30] PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, p. 193

se ha resuelto, en orden a culminar el proceso de aplicación del Derecho."[31]

En este sentido, debe observarse la ponderación como una articulación del conjunto de propiedades relevantes en la explicitación de las condiciones de aplicación de los principios, que previamente no existen o tienen una existencia meramente implícita. Pero una vez realizada la ponderación, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces, por razones conceptuales, no hay aplicación del Derecho sin subsunción.

Para Prieto Sánchez "*La ponderación viene a ser considerada como el paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular prima facie un cierto caso, y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso. Tal innegable reciprocidad de los dos esquemas ha merecido que Alfonso* García Figueroa *califique a la subsunción como el ideal de la ponderación y a la ponderación como la realidad de la subsunción*"[32].

La subsunción en lo absoluto se repliega ante el juicio de ponderación, sino que por el contrario, actúa ex ante y ex post en la compenetración esquemática que viabiliza la elaboración y aplicación de una regla o premisa

[31] BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 97
[32] PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003, p. 194

mayor como respuesta a la aplicación judicial de los principios. De esta forma, se matiza la distinción antagónica entre subsunción y ponderación como supuestos esquemas exclusivos de aplicación de reglas y principios, correspondientemente. Cuando no existe un problema de principios, el encaje fáctico y la solución normativa vendrán siempre de la mano de la pertinente regla; pero, por el contrario, cuando en efecto se advierte una concurrencia de principios, tanto la subsunción como la ponderación operarán en distintas fases de la aplicación del Derecho.

Si una persona refina droga, y tiene una sanción de doce a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, que es la regla general, para todas las personas, pero no se define la cantidad de droga que comete el ilícito, sancionando a diferentes personas con la misma cantidad de pena, es una injusticia para ciertas personas que tienen refinamientos en pequeñas cantidades, con ello se violan derecho de las personas,

A esto Norberto Bobbio citado Jorge Baquerizo Minuche se pronuncia en los siguientes términos: "*En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. Piénsese, por poner un ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y en el derecho a no ser engañados, excitados, escandalizados, difamados, vilipendiados, por otro lado. En estos casos, que son la mayor parte, se debe*

hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente"[33]

Reconocer a los derechos humanos un carácter absoluto tiene la dificultad de que entonces no se pueden resolver los conflictos que surgen entre los mismos, también aquí podríamos encontrar cierta salida diciendo que absolutos significa que los derechos humanos plantean las exigencias más fuertes dentro de un sistema. De esta forma se comprende *que los derechos* humanos desplacen a exigencias que provengan de derechos o de intereses que no tengan ese carácter. Pero seguiría en *pie* la cuestión de cómo resolver los conflictos entre derechos humanos.

Precisamente, constatar el rasgo no absoluto de los derechos, son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección

En cuanto a la dimensión de la ponderación Jorge Zavala Egas expresa que: "En nuestra Constitución no hay derechos prevalentes o de distinta jerarquía en abstracto, por ello son siempre iguales y se encuentran en equilibrio perfecto. Lo que es preciso para los jueces es, en los casos concretos,

[33] BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 102

buscar en caso de conflicto de principios, derechos o bienes, cuál es el que tiene mayor peso en esa específica situación, aun cuando en otra puede ser distinta la posición de la balanza”[34].

Sobre la base de esta ficción, la medición del peso, la ponderación recurre a la conocida idea del balance de los principios contrapuestos, o más precisamente, de los pesos que a estos se les asigna; sin embargo, técnicamente la operación de balancear derechos en concurrencia consiste, más bien, en establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro con base en una estimación específica para el caso concreto.

Jorge Zavala Egas expresa que “*Los derechos fundamentales en su dimensión normativa objetiva imprimen en la dogmática jurídica la vigencia de los principios al lado del modelo de reglas y con ello la universalización de los mandatos de optimización que pueden realizarse en diferente medida y en las que la esta medida obligada de realización no sólo depende de las posibilidades reales de realización, sino también de las limitaciones jurídicas. Tienen una tendencia normativa a la optimización sin que ésta, sin embargo, esté fijada a un determinado contenido, pues, necesariamente deben someterse al juicio de proporcionalidad y al método de ponderación frente a una medida concreta. Al adquirir, los derechos constitucionales, la categoría*

[34] ZAVALA EGAS, Jorge: Apuntes sobre neoconstitucionalismo. Acciones de protección y ponderación, Acción de Inconstitucionalidad. Proceso Constitucional, Guayaquil – Ecuador, 2009, p. 74

de normas-principios para su aplicación ya no se utiliza la interpretación, sino que hay que llegar a su concretización."[35]

No es lo mismo: el objeto de la interpretación es indagar el contenido y el sentido de algo precedente que se completa y se enriquece. La concretización es el llenado, creativo, de algo fijado únicamente en principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la predeterminación conformadora para ser una norma ejecutable. La concretización es un fenómeno jurídico creativo que va más allá de la interpretación, se aumenta la dimensión de sentido antes que aclara algún sentido, es decir, se trata de una atribución de sentido desde fuera.

En caso de aplicación de normas-principios hay que crear sub-normas constitucionales (sub-reglas) para decidir los casos, se trata de una norma para el caso, una ley casuística si se quiere, pero con rango constitucional puesto que surge de la actividad interpretadora de la Constitución

Por estas circunstancias es necesario que las sanciones que señala la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas sean proporcionales a la infracción, por ello Verónica Jaramillo indica que "*Según Theo Van Boven, ex relator de Tortura para Naciones Unidas, reparar integralmente el daño por violaciones a los derechos humanos es una obligación del Estado que implica lograr soluciones de justicia, eliminar o reparar las consecuencias del*

[35] ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 128

perjuicio padecido, evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas, la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y asegurar que las medidas de reparación que se establezcan sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido."[36]

De lo dicho, se colige que, la reparación integral, lleva consigo múltiples connotaciones, como se ha dejado anotado, lo cierto es que, la misma debe efectuarse, en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, y la afectación del proyecto de vida de la víctima.

En el Ecuador, la reparación integral, como se ha señalado, es una consecuencia de la declaratoria jurisdiccional de violación a los derechos humanos, y, se encuentra instituida en la Constitución de la República, y tiene como finalidad restituir las situaciones al estado anterior, toda vez que, el Estado, en lo que le fuere posible, debe adoptar todas las medidas para devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, ello comprende el restablecimiento de su situación social, familiar y ciudadana.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El Art. 66 numeral 21 de la Constitución de la República del Ecuador: "*Se reconoce y garantizará a las personas:*

[36] JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las Garantías jurisdiccionales, en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito – Ecuador, 2011, p. 150

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación."[37]

En la Constitución vigente se ha completado evidentemente el precepto, ampliándolo y actualizándolo al campo virtual que no constaba en la Carta Magna anterior, además especifica claramente que debe darse la intervención judicial. Es una característica ideológica y estructural del Código Político vigente, la tendencia al detalle o reglamentación de la normatividad, explicable por el principio constitucional de aplicación inmediata y directa, sin la necesidad de leyes ni reglamentos, tampoco la autorización de intermediarios administrativos o judiciales para su aplicación, éstos están obligados por mandato constitucional, esto es, por la norma suprema, a la aplicación inmediata de los preceptos que invoque el ciudadano y aun sin la necesidad de su invocación o fundamentación, lo que constituye un avance realmente admirable en el desarrollo del Derecho Constitucional Ecuatoriano, recoge la doctrina y el espíritu constitucional que desde hace varios siglos se ha venido acumulando a favor de los derechos de los ciudadanos y en contra del poder omnímodo de los gobernantes. Sólo cuando los intereses superiores de la sociedad en su conjunto o de los grupos poblacionales de especial protección estén en contradicción con los

[37] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 66 núm. 21

derechos individuales del ciudadano, éstos derechos deberán ceder ante los derechos de la sociedad, pero, aun en este caso los derechos del ciudadano serán vulnerados en lo absolutamente necesario para la vigencia de los derechos sociales, todo lo que esté fuera de esta necesidad deberá ser respetada, esto es, deberá mantenerse incólume la reserva y el secreto.

El Art. 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador, indica que: "*Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:*
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos."[38]

Este artículo trata sobre los derechos colectivos de las nacionalidades y comunidades, en dicho numeral establece el derecho de éstas nacionalidades y comunidades a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; por lo tanto, éstos derechos no están sujetos al voto de mayoría de la función legislativa, el principio de la democracia que establece el derecho de las mayorías a tomar decisiones, cede al derecho de las minorías que son la parte débil de la relación democrática, como acontece con los pueblos y comunidades indígenas, y por tal merece una protección

[38] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 57 núm. 17

especial del Estado y de la Constitución como en efecto así se establece. Por otra parte, el ser humano como principio y fin de una sociedad política y jurídicamente organizada, tiene el derecho fundamental a que su vida íntima y privada sea respetada por los demás ciudadanos y por el mismo Estado.

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador señala *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa,

aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.

Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f. Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k. Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”[39]

La tutela efectiva es un derecho fundamental de defensa o de protección de toda persona, con capacidad o sin ésta, contra la injerencia de cualquier extraño. Aquí no se trata de proteger los derechos fundamentales, sino

[39] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76

cualquier derecho. Es un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados.

La presunción de inocencia que trata el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador se trata de una, que puede ser desvirtuada a través de una mínima actividad probatoria de culpabilidad, por ejemplo, la flagrancia del cargo imputado destruye la presunción de inocencia. En este caso no cabe afirmar que hay ausencia de prueba y no es un caso a ser incluido en la alegación de presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, como garantía del debido proceso, es aplicable a todas las ramas del Derecho en que resulte la aplicación de una sanción o una limitación de derechos como consecuencia de una conducta sancionable por la vía administrativa o jurisdiccional. Así, en materia civil, para que resulte admisible un recurso de casación, por infracción de la presunción de inocencia, ha de fundamentarse mediante la referencia a actos concretos que otorguen verosimilitud a la aseveración de que una decisión judicial se ha producido sin apoyo de prueba alguna.

El Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador trata del acto a no ser juzgado ni sancionado sin acto legalmente tipificado ni sin acatamiento del procedimiento debido, esto es, que su vigencia no está reservada única y exclusivamente para el debido proceso penal, sino que

comprende a todos los procesos, sean estos administrativos o de cualquier otra naturaleza.

El Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, trata del derecho a la prueba y su valoración, la garantía que la Constitución impone incide en la regulación jurídica de la prueba que es aquel en el que se trata de decidir qué elementos de prueba pueden ser empleados en el proceso. Por ejemplo, se repite con mucha insistencia que sólo admisible la prueba sujeta a contradicción, lo cual es correcto cuando la prueba se forma en el proceso, pero, igualmente, debe ser eficaz que se obtiene extraprocesalmente. El hecho de que esos elementos se formen fuera del proceso sin el contradictorio de las partes no puede ser evidentemente, una razón para excluir su utilización: la huella de ion.: frenada no se forma respetando el principio contradictorio, pero no obstante es un indicio relevante; una certificación administrativa no se forma respetando el principio contradictorio, pero puede ofrecer útiles elementos de conocimiento. El problema del principio contradictorio, en estos casos, posterga y se plantea únicamente en la fase «procesal» de empleo de pruebas que se han formado fuera del proceso.

El Art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, se refiere a la ley sancionatoria en el tiempo e interpretación pro reo, es el contenido material el que explica el principio de irretroactividad de las leyes penales. La ley penal o sancionadora contiene un juicio de desvalor sobre la

conducta que describe, pero es claro que ese comportamiento no era jurídicamente disvalioso antes de la vigencia de la ley y, esa misma razón, explica el principio de la retroactividad de la ley penal o sancionadora más favorable, considerada una excepción al principio de la irretroactividad de la leyes sancionadoras. El principio in dubio pro reo es procesal y su efecto es que las cuestiones fácticas necesitadas de acreditación sumarial deben resolverse, en caso de dudas, a favor del reo, conforme al principio de de presunción de inocencia

El Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador trata del derecho a una sanción proporcional a la infracción, es un principio general del Derecho que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda intervención estatal en los mismos incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas. Es una de las especies de la prohibición de exceso que construyera la doctrina alemana con ocasión de la regulación del poder de policía. Constituye un criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos susceptible de restringir, lesionar o limitar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos. Cabe hablar, en consecuencia, de una exigencia constitucional de proporcionalidad proyectada sobre las penas y sanciones, y otra exigencia de la misma naturaleza proyectadas sobre las medidas públicas de investigación y sobre las medidas cautelares.

El Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador trata del

derecho a la defensa, es un derecho que tiene sus raíces en el instinto de conservación, es un impulso vital que tiende a procurar la permanencia de lo que está creado y, por ello, es exigible como garantía esencial a toda persona que es imputada de cometer una infracción

El derecho de defensa constitucionalmente adoptado es el de defensa procesal, esto es, como actividad que desarrolla una persona para responder una iniciativa de otro sujeto, que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses, durante un procedimiento ya iniciado. Es decir, es la posibilidad de responder a la demanda o acto en el que se formula la solicitud de declaración del derecho por la persona contra la cual se dirige aquélla o, en general, contra la que se solicita la declaración del derecho.

La proporcionalidad, es un derecho que la Constitución impone, inherente y propio de la dignidad de la persona y que, garantizándoselo, impide su degradación por efecto de un pronunciamiento de autoridad pública, judicial o administrativa, autoritario y en el que no haya participado el supuesto afectado en forma activa, sino que haya sido mero objeto o instrumento para ejercer un poder de decisión jurídicamente conferido. Por ello es un derecho fundamental y, como tal, inalienable, irrenunciable e indivisible, como lo señala el Art. 11 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la defensa se torna garantía cuando es observado el derecho desde un punto de vista objetivo o institucional, esto es, como un verdadero

requisito para la validez del proceso, es decir, como una garantía de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido. Cuando se torna en exigencia para la validez del proceso es garantía del derecho fundamental de la persona, pues, no habrá proceso ni sentencia, jurídicamente válidas, sin que se hay concretado el derecho de defensa y a plenitud. El mismo derecho tiene su faz subjetiva y se radica en las personas, pero desde la objetividad del Derecho es una garantía ya que protege a su titular con una sanción a su puesta en peligro o efectiva lesión. Tengo el derecho de defensa porque me lo reconoce el ordenamiento jurídico y me lo garantiza el mismo orden normativo, pues, sanciona con la invalidez de lo actuado cuando no lo haya ejercido. Lo dicho es nada menos que afirmar que la violación del derecho de defensa activa la garantía del derecho de defensa, invalidado el proceso e impidiendo la eficacia de la decisión adoptada.

El derecho puede ser conculcado por el legislador, pues, no ha previsto para un procedimiento los mecanismos necesarios para el ejercicio del derecho de defensa o, bien, puede serlo por el juez o la autoridad administrativa. En uno u otro caso, la garantía actúa y la decisión queda invalidada por la invalidez del procedimiento mismo.

El Art. 426 de la CRE, vigente, manda: "*Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas

en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos"[40].

Este cuerpo de normas supremas es una respuesta apropiada al momento histórico que vive el Ecuador, en el cual se están dando los cambios que el pueblo ecuatoriano ha querido implementar desde hace varias décadas.

El bien jurídico protegido, se sabe que las sociedades de acuerdo a la época y al lugar han considerado como de vital importancia para la supervivencia de la comunidad y del individuo, ciertos intereses que, siendo colectivos deben ser defendidos, inclusive por medio de la coacción, para evitar la desintegración de la sociedad, o del Estado, o la destrucción del individuo. Estos intereses reconocidos socialmente son los que se conocen como "bienes sociales" que, cuando son objeto del ordenamiento jurídico, se llaman "bienes jurídicos". Los bienes jurídicos para que sean respetados por los integrantes de una sociedad determinada están protegidos en la norma

[40] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 426

jurídica y si ésta norma es penal habrá la sanción correspondiente establecida en el Código punitivo para el infractor.

4.3.2. Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos

El Art. 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, dice: "*Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.- Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.*"[41]

Es la equivalencia funcional que tienen los documentos electrónicos respecto de los contenidos en papel. La resistencia normal que se da en la ciudadanía ante los nuevos medios de expresar información, conocimiento y pruebas, se irán superando paulatinamente conforme avance los conocimientos de los usuarios. Todo cambio implica tener que vencer cierta resistencia que se ha presentado siempre en los procesos de avance o evolución social y tecnológica, esto es, en la etapa inicial de ese cambio; pero, una vez que la sociedad la ha asimilado e incorporado a su infraestructura y a las interrelaciones entre las personas, se vuelven parte de esa sociedad.

[41] LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2

El Art. 51 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas v Mensajes de Datos, dice: "*Instrumentos Públicos electrónicos.- Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.*

Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables"[42].

En los países desarrollados desde hace varios años son usados diariamente los instrumentos públicos electrónicos y los instrumentos privados electrónicos con los efectos jurídicos que tienen los documentos escritos; no así en el Ecuador, en donde recién hace un año se constituye el Banco Central como entidad certificadora de la firma electrónica, por ejemplo; como todo país subdesarrollado o en vías de desarrollo demorará algunas décadas utilizar masivamente los recursos tecnológicos.

El Art. 53 del mismo cuerpo de leyes dice: "*Presunción.- Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que ésta reúne los requisitos determinados en la ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma*

[42] LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 51

electrónica pertenece al signatario”[43].

De tal manera que los documentos electrónicos públicos están investidos por ley de la buena fe y de la presunción de legalidad mientras no se pruebe lo contrario, esta presunción es juris tamtum, admite prueba en contrario, no así la presunción juris et de jure, de pleno y absoluto Derecho, que no admite prueba en contrario. Asimismo los documentos electrónicos privados tienen igual valor jurídico al de los documentos privados escritos.

El Art. 57 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos de las infracciones informáticas expresa que “*Se considerarán infracciones informáticas, las de carácter administrativo y las que se tipifican, mediante reformas al Código Penal, en la presente ley*”[44].

Esta norma clasifica o divide a las infracciones informáticas en faltas o contravenciones administrativas y en delitos. Las faltas o contravenciones administrativas son aquellos actos que no se realizan con dolo, esto es, con el ánimo de hacer daño, al contrario de los delitos dolosos en los que existe el deseo de perjudicar y aprovecharse de bienes y servicios ilícitamente; y, los delitos culposos en donde no hay la voluntad o el querer violentar el bien jurídico protegido sino que se incurre en la infracción penal por negligencia, imprudencia, impericia o el incumplimiento de la ley y reglamentos.

[43] LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 53
[44] LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 57

La novena disposición general de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece un glosario de términos, en donde define a los datos personales como: "*Aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, que son materia de protección en virtud de esta ley*"[45].

Los medios para obtener esta información pueden ser los informáticos u otros, la norma no especifica, de tal manera que si los medios para obtener la información son informáticos o electrónicos la infracción es informática; si se han utilizado otros medios, la infracción podría estar tipificada como hurto, robo, estafa o cualquier otra figura jurídica que constan en el Código Penal.

4.3.3. Código Penal

El Art. 202.1 del Código Penal de los delitos contra la información protegida señala: "*El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.*

Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa

[45] LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, novena disposición general

de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida, así como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la divulgación o la utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica."[46]

Esta norma se encuentra en el Capítulo V que se refiere a los Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto, dentro del Título II que trata de los Delitos contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Racial, comprendido a su vez en el Libro II de los Delitos en Particular. El bien jurídico protegido en esta norma es el derecho constitucional al secreto.

En el primer inciso del Art. 202.1 que analizamos, el agente o sujeto activo del delito puede ser cualquier persona imputable v la víctima o sujeto pasivo del delito pueden ser personas naturales o jurídicas de cualquier clase.

El núcleo del tipo penal analizado está constituido por el acto de violentar o violar claves o sistemas de seguridad. El objeto es vulnerar el secreto,

[46] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 202.1

confidencialidad y reserva, o sólo para vulnerar la seguridad de las claves o sistemas de información. Los medios son cualquier máquina electrónica, informática o afín y los procedimientos constituirán la infinidad de formas que la ciencia informática ha desarrollado y que el infractor los utiliza ilegal y dolosamente.

En el segundo inciso se considera que si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales la pena sube de uno a tres años de prisión y la multa de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Se justifica el incremento de prisión y multa por la mayor gravedad del delito. El agente de la infracción demuestra mayor peligrosidad al obtener información de la seguridad nacional del Estado; para el legislador los delitos se cometen con voluntad y conciencia, por lo que una persona que sabe la gravedad de su infracción al afectar a todo un país y no se detiene ante ello, merece una pena mayor. No estoy de acuerdo en que la misma pena se impongan a los que hayan obtenido secretos comerciales o industriales, para estas infracciones la pena debió ser menor; no es igual el bien jurídico de la seguridad nacional de un Estado que el de una empresa comercial o industrial. El Estado lo integran millones de seres humanos, las empresas comerciales o industriales por lo general están integrados por un grupo de personas.

El tercer inciso trata de la divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida como de los secretos comerciales e industriales, por lo

que aumenta la pena a reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. La divulgación o utilización fraudulenta implican que el infractor ha ido más allá de la simple obtención de la información protegida, por lo que la pena debe ser obviamente mayor, lo que es pertinente.

El cuarto inciso se refiere a la divulgación o la utilización fraudulenta por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, para quienes la pena es de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. El hecho de que la persona encargada de la custodia legítima de la información sea la misma que haga un uso ilegal, justifica que se le imponga una pena mayor, pues ha quebrantado sus obligaciones que implican además de las del ciudadano común, las del funcionario con mayores responsabilidades que aquel. Es evidente que el agente o sujeto activo de esta infracción sólo puede ser el responsable de la custodia o utilización legí¬tima y no cualquier persona.

El Art. 202 del Código Penal expresa: "*Los que sustrajeren cartas confiadas al correo serán reprimidos con prisión de quince a sesenta días, excepto los padres, maridos o tutores que tomaren las cartas de sus hijos, consortes o pupilos, respectivamente, que se hallen bajo su dependencia.*"[47]

Esta norma mantiene evidentemente el sistema romanista de la familia, del

[47] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 202

pater familias y el machismo predominante en su estructura social y cultural, todo lo cual contraviene a la sociedad y a los valores que en el siglo XXI están emergiendo como premisas o prolegómenos a la nueva sociedad de la información y el conocimiento que empieza a cimentarse. El hombre hasta hace pocas décadas en todo el planeta ejercía una especie de propiedad sobre la mujer y sobre sus hijos; sólo con el avance del movimiento feminista y la educación de la mujer se ha empezado a reconocer sus derechos y su lucha secular ha logrado que éstos sean iguales a los de los hombres; asimismo los menores de edad son ciudadanos con derechos garantizados en las constituciones políticas de los Estados. De tal manera que se deberá reformar el término "maridos" por cónyuges. Esta excepción que hace la ley penal en su penalización de la violación del bien jurídico protegido, esto es, la información que pertenece a determinadas personas, mutatis mutandis, se debe aplicar a la información contenida en los medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

El Art. 202.2 del Código Penal de la obtención y utilización no autorizada de la información expresa: "*La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.*"[48]

Esta infracción es muy frecuente actualmente, en ella incurren las empresas

[48] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 202.2

comerciales, bancos y en general las organizaciones privadas con fines de lucro. Los clientes de los bancos dan sus datos para sus diversos trámites, el banco toma los datos y los pasa a empresas comerciales, hoteles, restaurantes, entre otros, para que estas empresas propongan o motiven a los ciudadanos a utilizar sus servicios, lo que además de constituir un delito motiva al consumismo, lo que ha coadyuvado a la degeneración del sistema capitalista. En esta norma el bien jurídico protegido es la confidencialidad y reserva con la que deben ser tratados los datos personales de los ciudadanos y la titularidad o potestad que tienen éstos sobre sus datos personales o atributos. El agente de la infracción puede ser cualquier persona y la víctima o sujeto pasivo cualquier persona natural o jurídica. El fin u objeto que persigue el infractor es ceder, publicar, utilizar o transferir a cualquier título, esto es, de manera gratuita, por un precio o a cambio de alguna compensación, lo que se hace sin autorización del titular de la información o de sus datos personales.

La pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, considero que no es apropiada para esta infracción, porque son mínima por los medios y el peligro que goza el sujeto activo de la infracción. Los jueces establecerán la pena justa para cada caso, considerando las circunstancias de la infracción, sus atenuantes, sus agravantes, las características personales del agente o sujeto activo del delito y las características de la víctima o sujeto pasivo del delito. La pena justa que es difícil establecerla como un valor matemático, es más bien una

aproximación que hace el administrador de justicia basado en sus conocimientos jurídicos y humanistas en relación con los elementos diversos que encuentre en el caso penal que deberá sentenciar; tiene un margen mínimo y un máximo de pena o sanción que ha establecido el legislador para establecer la que considere justa en el caso concreto que deba juzgar y resolver. Este delito está dentro de los conocidos como espionaje informático

Otro tipo de delito informático que consta en el Código Penal es el constante en el Art. 262 que trata de la destrucción maliciosa de documentos, expresando: "*Serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor, todo empleado público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere maliciosa y fraudulentamente, destruido o suprimido documentos, títulos, programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, de que fueren depositarios, en su calidad de tales, o que les hubieren sido encomendados sin razón de su cargo.*"[49]

La importancia del bien jurídico protegido, de esta disposición es la integridad de la administración pública, que consta en este artículo, justifica la grave sanción de reclusión contra el pésimo empleado público que incurra en este delito que podríamos calificarlo además como destructor de la información, conocimiento y de la verdad en determinado aspecto o caso, lo que es de fundamental importancia para la prueba en procesos

[49] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 262

administrativos como en los procesos legales de todas las materias. El agente o sujeto activo de la infracción es el empleado público y la persona encargada de un servicio público, el sujeto pasivo puede ser el Estado, los gobiernos seccionales, la sociedad y la ciudadanía en general, esto es, cualquiera, persona natural o jurídica. Además de la pena de reclusión menor de tres a seis años, se debería imponer una multa apropiada, al igual que se ha impuesto a los infractores de delitos sancionados con reclusión menor que no son empleados públicos; esta condición no puede constituir motivo de favoritismo para unos y discrimen para otros, el Art. 11 numeral 2 de la Constitución, establece que todas las personas son iguales y tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades.

En este tipo de delitos estarían como medios de la perpetración de los ilícitos, entre otros, el uso de los denominados gusanos, virus informáticos, caballos de Troya, que son programas informáticos delictivos, conocidos en inglés con la palabra malware, diseñados para distorsionar o destruir programas y contenidos de un ordenador o de un sistema informático, esto es, el software o parte inteligente de un ordenador. Los expertos en sistemas informáticos han creado las vacunas o antivirus para preservar a los ordenadores y sistemas informáticos. Estas vacunas son asimismo programas informáticos que evitan que los virus ingresen al sistema.

El Art. 353.1 del Código Penal de la falsificación electrónica manifiesta: "*Son reos de falsificación electrónica la persona o personas que con ánimo de*

lucro o bien para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio; alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:

1.- Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial;

2.- Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad;

3.- Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en el acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

El delito de falsificación electrónica será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en este Capítulo."[50]

Este Capítulo es el III que trata de las Falsificaciones de Documentos en General, dentro del Título IV que trata de los Delitos contra la Fe Pública, en el Art. 337 reprime con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años a los funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones cometan el delito de falsedad. Explicable y justificable el incremento de la pena para este tipo de delito, pues se evidencia mayor peligrosidad en la actuación dolosa de sus autores. El Art. 339 del Código Penal reprime con pena de seis a nueve años de reclusión menor, a cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos y el Art. 340 del

[50] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 353.1

mismo cuerpo de leyes sanciona con prisión de dos a cinco años a quien cometa falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques. Con la última reforma a la ley de cheques, éstos en el caso de ser girados con fecha futura, pago diferido o posfechado, constituyen documentos de crédito, a ser reclamados por la vía civil; ya no se podrá recurrir a las intendencias o comisarías de policía para su cobro bajo la amenaza de sanciones penales. Se utilizaba a estos funcionarios para el cobro de créditos por medios coercitivos. Sin embargo, continúa siendo estafa el girar un cheque contra cuenta corriente cerrada; se deberá probar que el girador sabía del cierre de la cuenta corriente del cual es titular. Entonces, atendiendo a lo que consta en el último inciso del Art. 353.1, que analizo, el delito de falsificación electrónica será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en este Capítulo, la sanción que se imponga al infractor dependerá de las características personales del agente del delito y de las circunstancias que concurran al cometimiento de la infracción; esto es, si es empleado público o no, si los documentos contenidos en un soporte electrónico son públicos o privados. El juez tiene la obligación jurídica insoslayable de adecuar el acto punible a la norma sancionadora correspondiente.

El bien jurídico protegido en la norma 353.1 es la fe pública. El agente o sujeto activo puede ser un empleado público o cualquier persona y la víctima o sujeto pasivo cualquier persona natural o jurídica. El núcleo del tipo penal es la falsificación electrónica; el objeto o fin del delito es el lucro o causar perjuicio a una tercera persona. Los programas informáticos denominados

gusanos son capaces de intervenir en el sistema informático de una entidad bancaria para que se transfieran fondos de una cuenta a otra ilícitamente.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador, del Código Penal, la Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Comercio Electrónico, respecto de la utilización no autorizada de información, se encuentran acordes a la gravedad del delito cometido

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Deductivo, Analítico y Científico. El método deductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto

a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, atreves de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que al señalar que el tipo penal de la violación de la obtención y utilización no autorizada de información son desproporcionales entre infracciones y sanciones, no siendo acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en el Código Penal

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la

Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

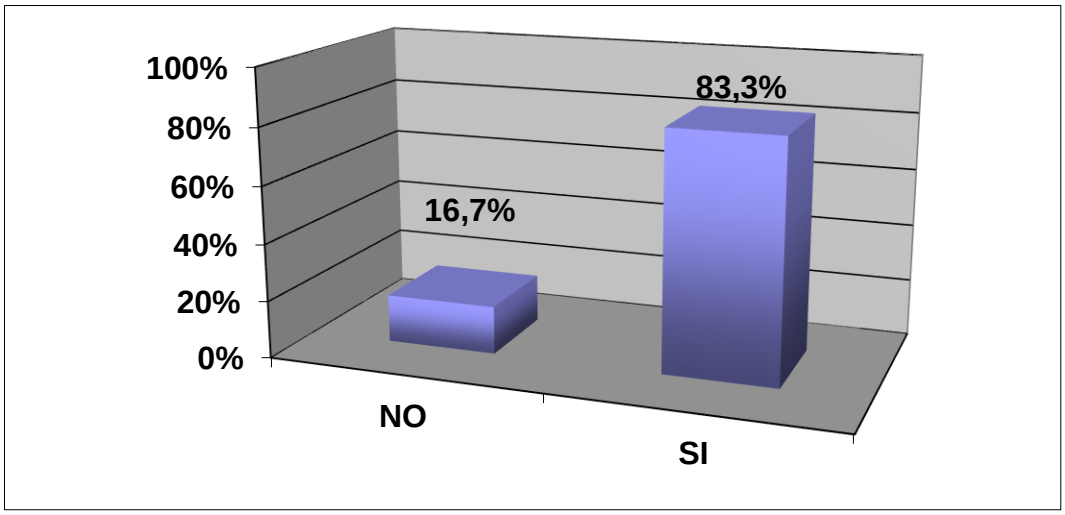
PRIMERA PREGUNTA. ¿Está usted de acuerdo que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución?

Cuadro 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO **SI**	5 25	16. 7 % 83.3 %
Total	30	100 %

Autora: Luz Anidt Romero Pulido
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 1



Interpretación

De la primera pregunta plasmada a abogados en libre ejercicio profesional, de un universo de treinta encuestados, cinco que equivale el 16.7% señalaron no estar de acuerdo que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución. En cambio; los veinticinco restantes consideraron estar de acuerdo que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución, porque existen actos deben que recibir una mayor sanción porque perjudican enormemente a la sociedad

Análisis

El Código Penal sanciona el delito informático, que se sanciona con prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de América en la obtención y utilización no autorizada de la información, con lo cual no existe un tipo penal diferenciador de cantidades en el cometimiento de estos delitos, conllevando con ello a existir una desproporcionalidad para esta clase de delitos e infracción.

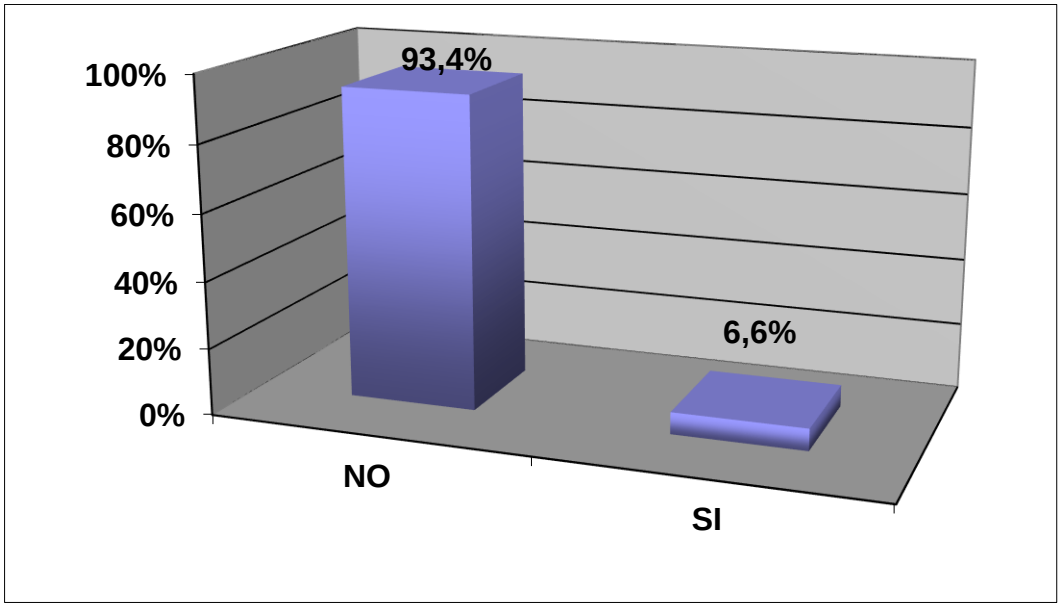
SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cree usted que existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares?

Cuadro 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	6. 6 %
NO	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autora: Luz Anidt Romero Pulido
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 2



Interpretación.

En esta pregunta veintiocho encuestados que equivale el 93.4% señalaron que no existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares; y, dos personas que engloba el 6.6% manifestaron que si existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares

Análisis.

La Constitución de la República del Ecuador, expresa que en el cometimiento de delitos, la ley sancionará tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, tal es el caso que establece la prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, con lo cual no existe proporcionalidad entre el delito y su sanción.

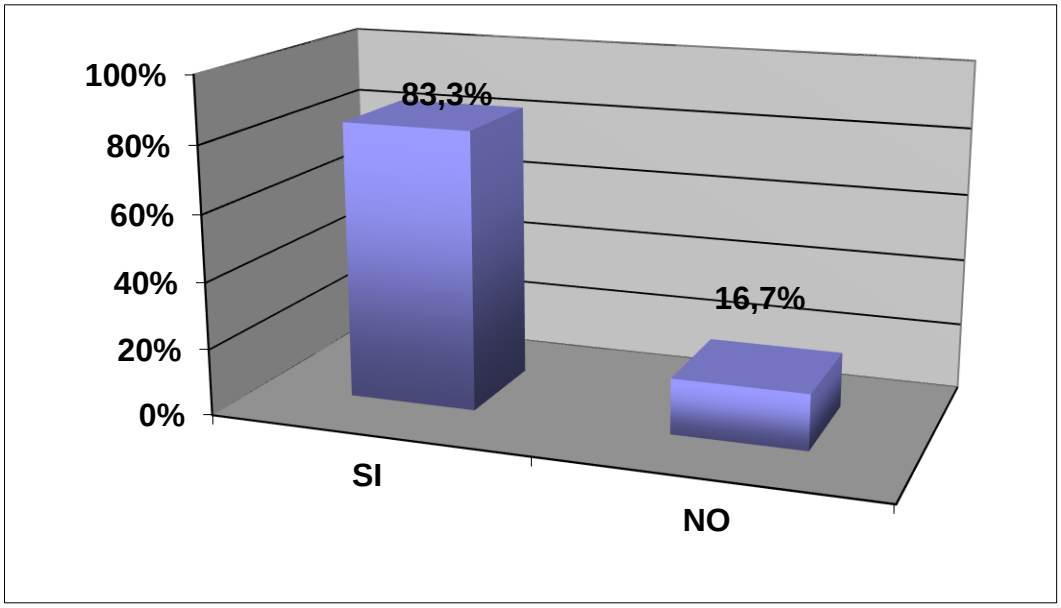
TERCERA INTERROGANTE: ¿Cree usted que en caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito?

Cuadro 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16. 7 %
SI	25	83.3 %
Total	30	100 %

Autora: Luz Anidt Romero Pulido
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 3



Interpretación

De esta representación se observa que cinco encuestados que equivale el 16.7% expresaron no estar de acuerdo que en caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito. Pero veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% manifestaron si estar de acuerdo que en caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito

Análisis

En caso de delitos informáticos en la obtención y utilización no autorizada de información deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la limitación de derechos fundamentales, pues se trata de un instrumento de interpretación típicamente constitucional que, en el marco de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, impone que los derechos de estos sólo puedan ser limitados en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo.

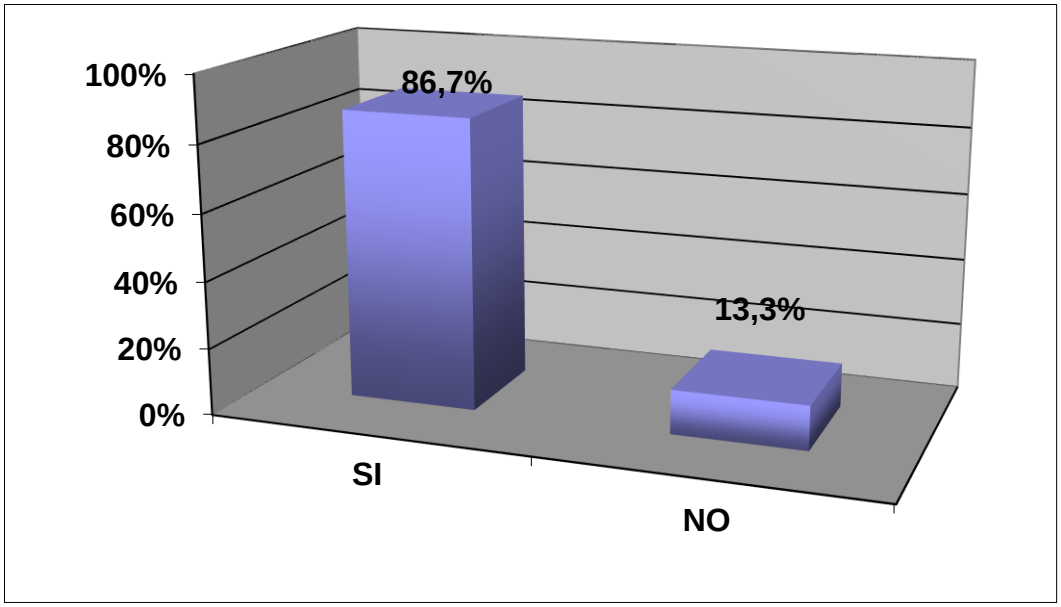
CUARTA INTERROGANTE: ¿Considera usted que las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida?

Cuadro 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13. 3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Luz Anidt Romero Pulido
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 4



Interpretación.

De esta interrogante, cinco encuestados que equivale el 16.7% manifestaron no estar de acuerdo que las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida. En cambio veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% señalaron estar de acuerdo que las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida

Análisis.

Si a una persona que comete un delito informático y se ponga una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, es desproporcional a la infracción cometida, porque no es justo, moral y legalmente que esa sanción sea insuficiente, por el grado de peligrosidad que conlleva ser un delincuente informático**.** Ello es así porque el objeto del principio de proporcionalidad siempre será examinar si la utilización de un determinado medio, la pena

como sanción en el cometimiento del delito, es proporcional para la consecución de cierto fin el castigo para la rehabilitación del infractor.

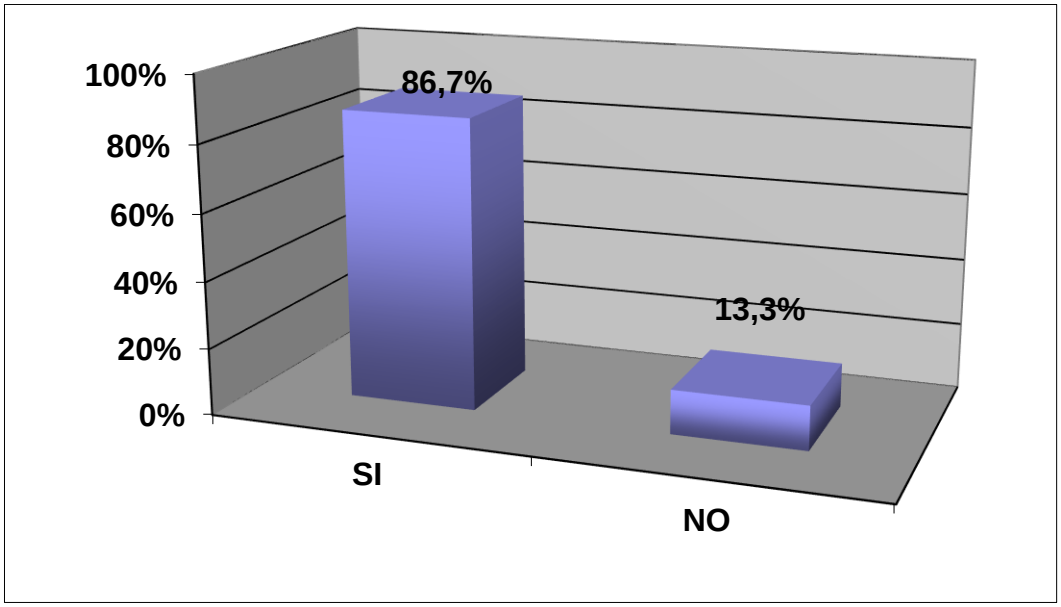
QUINTA PREGUNTA: ¿Considera usted que debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información?

Cuadro 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13. 3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autora: Luz Anidt Romero Pulido
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 5



Interpretación

En cuanto a esta pregunta, cuatro encuestados que corresponde el 13.3% señalaron que no debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información; pero veintiséis encuestados que corresponden el 86.7% indicaron que debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información.

Análisis

Con todos los resultados obtenidos en la encuesta considero que debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información, porque ellas expresadas en la Ley, no se analiza la peligrosidad que conlleva un delincuente informático, tan solo se imponen sanciones de acuerdo al tipo penal sin especificar detalladamente que el hecho cometido debe contener penas de diferente tipología.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio de la proporcionalidad de los delitos informáticos en la obtención y utilización no autorizada de información.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio de las penas de delitos de obtención y utilización no autorizada de información, si se encuentran acordes a la gravedad del delito cometido.

- Analizar el grado de efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos señalados en el Código Penal.

- Determinar la exigencia de proporcionalidad de las penas y sanciones para las penas de delitos de obtención y utilización no autorizada de información.

7.2. Contrastación de hipótesis

El tipo penal de los delitos de obtención y utilización no autorizada de información son desproporcionales entre infracciones y sanciones, no siendo

acordes a la gravedad del delito cometido, conllevando a que no sea efectivo la imposición y ejecución de las penas señaladas en el Código Penal.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El Art. 202.2 del Código Penal, referente a la obtención y utilización no autorizada de información, dispone: "*La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.*"[51]

La información ha adquirido un valor especial en los últimos años, pues se la trata como una mercancía. Ello ha provocado que se comercie con datos de carácter personal, irrumpiendo de ese modo en la intimidad de personas que desconocen que sus datos son objeto de tal intercambio. Esto se ha visto agudizado en la actualidad con el avance de nuevos medios tecnológicos, que han permitido el acceso en lugares de la privacidad del individuo, antes inaccesibles. Es así que, con una simple conexión a Internet, cualquiera puede saber si su vecino se encuentra habilitado en el sistema financiero para operar una cuenta corriente bancaria, o mediante un satélite es posible fotografiar cualquier superficie de la Tierra, o por medio de un *scanner* térmico podemos detectar qué sucede dentro de un hogar. Todo esto nos

[51] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 202.2

lleva a ampliar el concepto tradicional del ámbito protegido por la intimidad. Así, en lo referente a la Informática, se habla de protección de datos y de un nuevo espacio que se debe proteger: el ciberespacio.

Novoa Monreal, citado por Carlos Marquez señala: "*La intimidad es el espacio de la personalidad de los sujetos que no puede llegar a ser por ningún motivo, salvo la propia elección, de dominio público*"[52], es decir, que es un derecho protector de la vida privada.

Este derecho posee una doble libertad: libertad tanto para evitar injerencias por parte del Estado, como para revelar lo que se desee de sí mismo. Pues, cada **persona** es **la** encargada de determinar su perfil en sistemas informáticos, es decir, **puede** decidir qué información desea que sea conocida por otros.

"*Se han presentado infinidad de casos en los que surge un conflicto entre el derecho a la intimidad y a la información, logrando resolverse que el derecho que prevalecerá será el de la intimidad. Para explicarlo de mejor manera, transcribiré lo resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, en una de sus sentencias: "Se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad. Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general,*

[52] MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo: El delito informático, la información y la comunicación en la esfera penal, Editorial Leyer, 1993, p. 48

absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer 'erga omnes', tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada"[53].

"La intimidad personal" es un derecho que se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, que en su Capítulo Sexto, "Derechos de Libertad", Art. 66, numerales 19, 20, 21 señalan:

"*Se reconoce y garantizará a las personas:*

...19.- El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la Ley.

20.- El derecho a la intimidad personal y familiar.

21.- El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física; esta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación..."[54].

[53] MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo: El delito informático, la información y la comunicación en la esfera penal, Editorial Leyer, 1993, P. 52

[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76

La colección de datos y su posterior tratamiento, ha sufrido en los últimos años una importante evolución con la creciente utilización de las redes digitales, y en concreto de Internet, añadiendo nuevos problemas a los ya existentes hasta el momento en materia de protección de datos. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten multiplicar por mil la velocidad de tratamiento de la información, la capacidad de almacenamiento y la capacidad de trasmisión de los datos.

Cabe señalar que entre los posibles objetos de apoderamiento, tendentes a obtener información sobre datos personales, a la que se refiere la disposición materia de nuestro análisis, y que evidentemente pueden lesionar la intimidad del sujeto pasivo, se encontrarían los mensajes de correo electrónico, sin embargo de lo cual y a efectos de evitar conflictos con el principio de legalidad, somos del criterio que debería ampliarse la mencionada disposición, en el sentido de precisar los "objetos de apoderamiento", tales como papeles, cartas, mensajes de correo electrónico u otros documentos o efectos personales.

Sin embargo de lo anotado, pero a efectos de analizar las lesiones a la intimidad a través de correos electrónicos, debemos partir del hecho de que cada vez que alguien utiliza el correo electrónico, navega por la red, interviene en foros de conversación *(chats),* participa en redes sociales como *Facebook, Hi5, Twitter,* etc., o hace uso de un servicio, está revelando datos acerca de su personalidad, economía, gustos, hábitos sociales y residencia,

los cuales pueden ser aprovechados maliciosamente por terceros en perjuicio del usuario.

El Art. 76 numera 6 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza que el debido proceso tiene como garantía que "*La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*"[55]

Este es un principio, que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda intervención estatal en los mismos incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas.

El Código Penal tipifica y penaliza el delito a la obtención y utilización no autorizada de información que no van acorde a la proporcionalidad de la acción. En la que debe intervenir una proporcionalidad stricto sensu que "*es la necesidad de ponderar los intereses en conflicto al momento de terminar la limitación de derecho fundamental. Los del sujeto titular del derecho y los intereses públicos que se pretende proteger o alcanzar*"[56]

Apropiarse de un bien ajeno es un delito grave y si este bien constituye el producto de la inteligencia, talento o habilidad de un intelecto o artista, es más grave desde el punto de vista ético.

---

[55] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 76, núm. 6

[56] ZAVAL EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S. A. Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 327, 328

Los delincuentes informáticos necesariamente deben contar con conocimientos académicos y/o profesionales para sustraer bienes intelectuales por medios electrónicos; y, esta capacitación tecnológica los vuelve más responsables de la infracción penal, pues tienen mayor capacidad de discernimiento y reflexión; lo que no acontece con los ciudadanos que carecen de estas herramientas y en especial con los de educación elemental o peor con lo que carecen de ella. La política penal es sancionar con mayor rigor a los más capaces e ilustrados, pues tienen mayor responsabilidad con la sociedad, y con menos rigor a los otros, debido entre otras razones a que su realidad o el Estado no les proveyó de los conocimientos necesarios para defenderse mejor en la lucha por la subsistencia.

Con estas sanciones por los delitos de obtención y utilización no autorizada de información son desproporcionales al tipo de delito cometido, entre una persona con otra, lo cual son diferentes a las circunstancias a la infracción cometida. Pues con ello se plantea la ponderación de la acción en una preferencia circunstancial al principio con mayor valor, importancia o peso, tal como lo señala Roberto Alexy, citado por Jorge Baquerizo Minuche que "*La cantidad de lesión o de frustración de un principio (su peso) no sea una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento de principio en pugna; y, a la inversa, el peso de éste último está en función del grado de lesión de su opuesto*"[57]

[57] BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: LEUZCHNER LUQUE Erick: Sobre Constitucionalismo, principios y ponderación, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 115

Con aquello no sólo se pretende que el juzgador ponga los derechos en una balanza y determine la manera como se inclina entre un derecho y otro, como ponderación, sino que debe mirarse entre el grado de intervención en el tipo penal que sea diferente entre unas y otras circunstancias, lo cual también existe una balanza entre los derechos de las personas ofendidas, porque unos pueden tener una mayor agravio y perjuicio que el cometido por otra persona, por el mismo delito pero en diferentes y mayores agravios.

Lo que señala la Constitución de la República del Ecuador que debe existir una debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, constituye que en nuestro sistema no debe existir una prevalencia que para un sector del delito sea igual al otro sector en cuanto a las penas, ya que en el Código Penal, no funciona la ponderación entre infracciones y sanciones. Lo que es preciso que los jueces observen, y busquen entre el delito cometido la debida proporcionalidad, resolviendo que la sanción sea impuesta en la infracción por el peso en que se comete el delito, lo cual significa que no se violen derechos entre principios de ponderación, cuando en otra sea distinta la acción cometida por la infracción lo cual conlleva a una balanza entre infracciones y sanciones.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: Las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución

SEGUNDA: No existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares

TERCERA: En caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito.

CUARTA: Las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida.

QUINTA: Debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución

SEGUNDA: No existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares

TERCERA: En caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito.

CUARTA: Las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida.

QUINTA: Debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información

9.1. Propuesta de reforma

ASAMBLEA NACIONAL

Considerandos:

Que el Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe: Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Que el Art. 11 numerales 4, 6 y 7 de la Constitución de la República del Ecuador señala que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales; 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía

Que el Art. 172 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador indica que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Que el Art. 1 del Código Penal define las leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena.

Que la destinación de los bienes objeto de comiso especial una vez que el fiscal haya determinado la procedencia ilícita de hidrocarburos, sus derivados, gas licuado de petróleo o biocombustible, viola derechos constitucionales y vulnera el procedimiento penal desvirtuando al debido proceso.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1.- Refórmese el Art. 202.2 del Código Penal, por el siguiente:

Art. ...- Obtención y utilización no autorizada de información.- La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos a seis años y multa de mil a quince mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los..... días del mes de..... del 2013

f. EL PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- BAQUERIZO MINUCHE, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Edilexa S.A. Editores, Guayaquil – Ecuador, 2011

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998.

- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: Vida Privada y Datos Personales, Editorial Tecnos

- CAÑAR, Lojano Luis: Comentarios al Código Penal de la República del Ecuador, Imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca – Ecuador, 2005

- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013

- CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010

- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: Manual de Derecho Informático, Editorial Aranzadi, S.A., Madrid – España, 1997

- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987

- JAKOBS Günther: Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2008

- JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las Garantías jurisdiccionales, en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito – Ecuador, 2011

- LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013

- MEZGER, Edmundo: Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial bibliográfica Argentina, 1958.

- PRIETO SANCHÍS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, Primera Edición, Editorial Trota, Madrid – España, 2003

- REYES ECHANDÍA, Alfonso: Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1980

- SOSA, Marlon: Guía práctica de derecho penal, elementos del delito, 2008, http://es.scribd.com/doc/11566362/Elementos-Del-Delito

- VALLEJO DELGADO, Vicente: El Delito Informático en la Legislación Ecuatoriana, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2010

- VIZUETA RONQUILLO, Juan: Delitos Informáticos en el Ecuador, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2011

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina-1999.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, Edilexa S.A., Editores, 2010, Guayaquil – Ecuador.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Apuntes sobre neoconstitucionalismo. Acciones de protección y ponderación, Acción de Inconstitucionalidad. Proceso Constitucional, Guayaquil – Ecuador, 2009.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, Sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema “NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 202.2 DEL CÓDIGO PENAL, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE INFORMACIÓN”, su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Está usted de acuerdo que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida como ordena la Constitución?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? .....
.....

2. ¿Cree usted que existe proporcionalidad entre las infracciones y sanciones establecidas a quienes obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? .....
.....

3. ¿Cree usted que en caso de la obtención y utilización no autorizada de la información, deben ponderarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? .....
.....

4. ¿Considera usted que las penas por el delito de obtención y utilización no autorizada de información, con una pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, enmiende y repare con el ilícito cometido, es desproporcional a la infracción cometida?
Si ( ) No ( )
¿Por qué? .....
.....

5. ¿Considera usted que debe reformarse el Art. 202.2 del Código Penal exigiendo la proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

ÍNDICE

Portada……i
Certificación……ii
Autoría……iii
Carta de autorización……..iv
Dedicatoria……v
Agradecimiento……vi
Tabla de contenido……..vii
1. TÍTULO 1
2. RESUMEN 2
ABSTRACT..... 5
3. INTRODUCCIÓN 7
4. REVISIÓN DE LITERATURA..... 9
4.1. MARCO CONCEPTUAL 9
4.1.1. Tipo Penal..... 9
4.1.2. Delitos..... 10
4.1.3. Informáticos 16
4.1.4. Proporcionalidad 18
4.1.5. Infracciones 20
4.1.6. Sanciones 22
4.1.7. Penas..... 23
4.2. MARCO DOCTRINARIO..... 24
4.2.1. Comentarios de los delitos informáticos. 24
4.2.2. Efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos31
4.2.3. La proporcionalidad de las penas y sanciones 35
4.3. MARCO JURÍDICO..... 44

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 44

4.3.2. Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y

Mensajes de Datos 56

4.3.3. Código Penal 59

5. MATERIALES Y MÉTODOS..... 70

5.1. Métodos…….70

5.2. Procedimientos y Técnicas……71

6. RESULTADOS 73

6.1. Análisis e interpretación de las encuestas 73

7. DISCUSIÓN 83

7.1. Verificación de objetivos 83

7.2. Contrastación de hipótesis..... 83

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma……..84

8. CONCLUSIONES 91

9. RECOMENDACIONE…….92

9.1. Propuesta de reforma 93

10. BIBLIOGRAFÍA 96

11. ANEXOS..... 99

INDICE……...101