



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN A LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA”

Tesis previa a la obtención del Título de Abogada.

AUTORA:

SANDRA GUADALUPE RIVERA ZARUMA

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

**LOJA – Ecuador
2017**

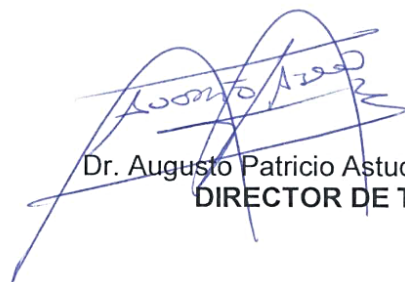
CERTIFICACIÓN

Dr. Augusto Patricio Astudillo O. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIDAD DE
EDUCACIÓN A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber revisado la presente tesis para la obtención del título de Abogada, realizada por el postulante: Sra. **SANDRA GUADALUPE RIVERA ZARUMA**, sobre el tema: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN A LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA”**, la cual ha sido desarrollada bajo mi dirección, la misma que cumple con todas las exigencias académicas y reglamentarias que prevé la ley; por lo que autorizo su presentación para la defensa y sustentación ante el Tribunal correspondiente.

Loja, Mayo del 2017.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Patricio Astudillo O.', is written over a set of horizontal lines. The signature is stylized and somewhat illegible due to the cursive nature of the handwriting.

Dr. Augusto Patricio Astudillo O. Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo Sra. Sandra Guadalupe Rivera Zaruma, declaro ser autora 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.

AUTOR: Sandra Guadalupe Rivera Zaruma

FIRMA:



CÉDULA: 1103345680

FECHA: Loja, mayo 2017

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

Yo, Sra. Sandra Guadalupe Rivera Zaruma, declaro ser autora de la Tesis titulada: “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN A LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA**”. 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 tengan 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, a los 03 días del mes de mayo del dos mil diez y siete, firma el autor.

FIRMA:



AUTORA: Sandra Guadalupe Rivera Zaruma

CÉDULA: 1103345680

DIRECCIÓN: 24 de mayo y José Antonio Eguiguren - Loja

CORREO ELECTRONICO: sandra2m93@hotmail.com

TELÉFONO: 0968048438

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Felipe Solano Gutiérrez Mg. Sc. **PRESIDENTE**

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc. **VOCAL**

Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc. **VOCAL**

DEDICATORIA

Mi trabajo de tesis la dedico con mucho amor, cariño y gratitud a mi esposo por todo su apoyo y comprensión gracias por creer en mi, a mi hija mi razón de cada día, mi fuerza gracias por tu amor y tu ternura a Miguelito un pilar fundamental en mi vida, gracias por tu cariño , gracias por ser mi motivación ñaño lo logre, a mis padres gracias por su apoyo y cariño y paciencia, a mi hermana por estar siempre presente y compartiendo los mejores momentos y a todos quienes de alguna u otra forma me han acompañado a los largo de mi vida, gracias por sus consejos, apoyo y ejemplo por ello he podido llegar a alcanzar mi título profesional. Gracias de todo corazón

Sandra Rivera

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento primeramente a Dios por permitirme estar este mundo y ser parte activa del mismo, a la Universidad Nacional de Loja, Autoridades del Área Jurídica Social y Administrativa, a mis profesores, quienes con sus sabias enseñanzas, supieron guiarme.

En especial al señor doctor Augusto Astudillo Ontaneda, director de tesis de la presente investigación; la misma que servirá de aporte a estudiantes, profesionales y sociedad en general.

LA AUTORA

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN.
 - 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA.
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. El Tipo Penal
 - 4.1.2. Los Delitos Informáticos.
 - 4.1.3. Crímenes Específicos
 - 4.1.4. Sujetos agente y paciente
 - 4.1.5. La Proporcionalidad
 - 4.1.6. Significado y contenido
 - 4.1.7. Las infracciones.
 - 4.1.8. Las Sanciones
 - 4.1.9. Clasificación de las sanciones
 - 4.1.10. Sanciones en el ámbito jurídico
 - 4.1.11. Las Penas.
 - 4.1.11.1. Clasificación de las penas
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. Reseña Histórica 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 Orgánico Integral Penal
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA
4.4.1.	Costa Rica
4.4.2.	Legislación Uruguay
4.4.3.	Legislación Chilena
5.	MATERIALES Y MÉTODOS.
5.1.	Materiales.
5.2.	Métodos
5.3.	Procedimientos y Técnicas.
6.	RESULTADOS
6.1	Análisis de la aplicación de encuestas
7.	DISCUSIÓN
1.1.	Verificación de objetivos:
1.2.	Contrastación de hipótesis.
1.3.	Fundamentación de la reforma jurídica
8.	CONCLUSIONES
9.	RECOMENDACIONES.
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA
10.	BIBLIOGRAFÍA.
11.	ANEXOS.
	PROYECTO DE TESIS
	ÍNDICE

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN A LA INDIVIDUALIZACION DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA”.

2. RESUMEN.

Con el nuevo Código Orgánico Integral Penal, se ha querido aplacar en parte los delitos tales como el otorgamiento de la información sin el consentimiento de las personas.

Es evidente que en nuestro país se ha desmedido en forma alarmante las facilidades que se dan a las partes involucradas en un delito es decir la ley es muy clara ya que en diferentes o en casi todos los delitos debe existir reserva de la información pero llama mucho la atención que muchos de los abogados defensores ya ostentan la información por anticipado y saben que es lo que van presentar como pruebas en lo posterior. Así mismo existen también muchas personas que ocultan la información para luego utilizarla a cualquier título sin importarle el daño que causen a la persona implicada en un delito.

Pues hay casos donde la información no debe ser concedida o informada por ningún motivo ya que esta puede favorecer a una de las partes, por consiguiente se debe evacuar y realizar todos y cada una de las diligencias para llegar a obtener las respectivas pruebas que conlleven a aclarar el delito que se esté tratando de solucionar.

Valiéndome de argumentos apropiados, amplios pero sobre todo democráticos y partiendo del estudio y análisis de los preceptos de la Constitución de la República de nuestro país, en lo que respecta a los derechos de las personas, además con el análisis de Código Orgánico Integral Penal y con ello el sustento crítico jurídico que permite plantear la reforma de ley oportuna y pertinente, teniendo en cuenta la investigación de campo para verificar la extensión del problema detectado.

2.1. ABSTRACT

With the new Criminal Integral Organic Code, it has wanted to placate partly crimes such as the provision of information without the consent of the people.

Clearly, in our country is unconscionable alarmingly facilities given to the parties involved in a crime that is the law is very clear, because in different or almost all crimes must be subject to the information but draws much the attention that many of the defense lawyers already hold the information in advance and know what is going to present as evidence in later. Also, many people who hide information and then use any title regardless of the damage caused to the person involved in a crime there as well.

Because there are cases where the information should not be given or reported for any reason since this may favor one party therefore should be evacuated and perform each and every one of the steps to get to obtain the respective tests that lead to clarify the crime that is trying to solve.

Considering arguments appropriate, broad but above all democratic arguments and based on the study and analysis of the precepts of the Constitution of the Republic of our country with regard to the rights of individuals, in addition to the analysis of Organic Code Integral Criminal and thus the critical support that allows raise legal reform timely and relevant law, taking into account field research to verify the extent of the problem identified.

3. INTRODUCCIÓN

Es notorio que en nuestro país se ha hecho excesivo y en forma alarmante las facilidades que se dan a las partes involucradas en un delito, es decir la ley es muy clara ya que en diferentes o en casi todos los delitos debe existir reserva de la información, pero llama la atención que muchos de los profesionales abogados defensores ya tengan la información por anticipado y saben que es lo que van a presentar como pruebas en lo posterior. También existen muchas personas que ocultan la información para luego utilizarla a cualquier título sin importarles el daño que causen a la persona implicada en un delito.

Dentro de la investigación de campo consta la tabulación de las encuestas aplicadas a profesionales del derecho, para en base de aquello poder verificar los objetivos planteados y contrastar la hipótesis, además de la fundamentación jurídica encaminada a reformar el Código Orgánico Integral Penal, para establecer una sanción que encaje por el delito de difundir información sin autorización o consentimiento, para dejar ver la realidad y tener la certeza de la eficacia, eficiencia, pertinencia y lo incorrecto en la administración de justicia en nuestro país llamado Ecuador.

Por consiguiente, en nuestra legislación ecuatoriana la mala aplicación de la norma jurídica consiente a que muchas de las personas se dediquen a dar información si autorización o consentimiento.

La información que se provee es tan habitual en Ecuador, es resultado de la falta de control y de una pena severa, fuerte que haga que los profesionales encargados de custodiar esta información tengan temor de concederla y aparte de esto, hagan prevalecer su ética profesional para lo que se formaron y sobre todo hagan honor y cumplan a cabalidad las funciones encargadas.

Es por esto que la presente investigación, pienso que será un aporte que valdrá para tener conciencias, sobre diversos atropellos que se suscitan en el diario vivir, para que los encargados de legislar y los administradores de justicia, analicen estos acontecimientos y tomen cartas en el asunto para la correcta aplicación de la presente Ley.

En el desarrollo de la presente tesis se la estructurado de la siguiente manera: Tomando en cuenta la Revisión Literaria que comprende el marco conceptual, haciendo referencia: El Tipo Penal, Los Delitos Informáticos, la Proporcionalidad, las Infracciones, las Sanciones y las Penas.

Dentro del Marco Jurídico me refiere a una exposición precisa de los delitos y su ordenamiento jurídico tomando en cuenta los derechos civiles que la ley le asiste a toda persona.

En el Marco Doctrinario hago mención a la: Reseña Histórica de los Delitos informáticos; Efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos y la proporcionalidad de las penas y sanciones.

Por último expreso las conclusiones y recomendaciones a la que he llegado en la presente investigación así como también la propuesta de reforma, como un aporte importante del trabajo realizado.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. El Tipo Penal

El tipo penal es un elemento dogmático perteneciente al **derecho sustantivo**, así lo aceptan las escuelas positiva, clásica, neoclásica, y sus corrientes causalista, finalista y funcionalista.

Se deberá comprobar primeramente el delito por el que seguirá un proceso y después su corporeidad, e incluso se ha definido en algunos casos concretos con qué elementos materiales de prueba se demuestra el cuerpo del delito, que como fin tendrá la acreditación de un hecho previsto a través de un modelo penal tipo penal.

“A través de los medios de prueba se demuestra que históricamente aconteció un suceso de carácter penal, en consecuencia la comprobación del hecho materialmente el llamado corpus crimini, debemos recordar que todo delito se encuentra definido previamente a través de un tipo en el catálogo de los delitos”¹.

Puedo decir que el tipo penal tiene correlación con el derecho sustantivo, donde tendrá que probarse el delito luego de evacuar el respectivo y debido proceso, y se tendrá que presentar todos y cada uno de los elementos que demuestren el cuerpo del delito.

¹ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005.Pág.38.

La conducta de hurtar teléfonos móviles, se ha tipificado como violadora del bien jurídico tutelado del patrimonio económico, pero la academia y los especialistas judiciales no han analizado que el manipular y reprogramar los equipos robados, constituye delito informático y más exactamente el que aparece en el artículo 269 D, bajo el epígrafe de **DAÑO INFORMÁTICO**, que en su tenor literal dice:

"El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes"².

Debo indicar que la persona que no esté facultada, misma que deteriore, dañe altere o suprima datos informáticos incurrirá en una pena de 48 a noventa y de 6 a 96 meses con una multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales.

Este tipo vino a reemplazar a la postre (así lo establecíamos en nuestro proyecto original de la ley 1273 de 2009) el que habíamos redactado originalmente como **FALSEDAD INFORMÁTICA**, pero desafortunadamente no superó la crítica legislativa. No obstante si bien es cierto que el tipo de

DAÑOINFORMÁTICO no ampara la **FE PÚBLICA**, no es menos verdad que si protege la **AUTENTICIDAD E INTEGRIDAD** de la información impresa en un documento electrónico (tiene un sentido idéntico o muy aproximado a ese

² www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf.

bien)es como si hubiésemos creado un tipo de falsedad por la manipulación, destrucción o modificación de la información contenida en los teléfonos (ficheroelectrónico), ubicándolo dentro de título del bien tutelado de la información y el dato. Como quiera que los tipos consagrados en la Ley de Delitos Informáticos, todos son dolosos, implicando que ninguno admite culpa. No será extraño que escuchemos en los Estrados Judiciales, que se arguya una presunta atipicidad porque ignoraban que la destrucción de la información y/o el cambio de configuración no autorizado en un sistema de tratamiento de información como lo es los teléfonos celulares, es delito en Colombia, el manipular y/o reprogramar es una conducta puntualmente dañina por ende dolosa, porque el sujeto cuando ejecuta este comportamiento sabe perfectamente que dicha información contenida en el equipo móvil no es suya, como tampoco está autorizado a manipularla, menos a destruirla como ocurre en la mayoría de los casos, cuando preparan el equipo hurtado para la reventa ilícita, podríamos hacer una aproximación si acusar analogía, como cuando el sub judice instala una bomba en un centro comercial para matar a un personaje, logrando segarle la vida a éste como también a una veintena de personas; el detonar el explosivo incursiona en el dolo indirecto (cuando el agente se propone el fin delictivo, sabe con certeza que causará otros). Ahora bien, de hecho descartamos que pudiese existir una subsunción de tipos, puesto que el delito informático no subsume el delito de hurto, pues ambos son tipos autónomos, lo que implica que viene a constituirse en un concurso real y heterogéneo de tipos penales, para finalmente tener un quantum punitivo más alto que el normal en la sentencia. La anterior fórmula resulta

jurídica resulta viable para intentar contener este flagelo, que como lo anunciábamos arriba, crece vertiginosamente sin ningún control aparente efectivo.

4.1.2. Los Delitos Informáticos.

Concepto.- “Un delito es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena. Más allá de las leyes, se conoce como delito a toda aquella acción que resulta condenable desde un punto de vista ético o moral”³.

Puedo decir que el delito es el comportamiento mismo que se da por propia cuenta o por imprudencia, donde se viola las normas vigentes.

“El autor mexicano Julio TELLEZ VALDEZ dice que los delitos informáticos son "actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin (concepto típico)”⁴.

³ diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/.Pag.114

⁴ TELLEZ VALDEZ, JULIO. Mexico.1990.

Es autor antes mencionado indica que los delitos informativos, son los que se dan mediante las computadoras, donde serán culpables los que tengan dichas computadoras.

CLASIFICACIÓN:

EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD

1. División Bipartita: Delitos y Faltas
2. División tripartita: Crímenes, Delitos y Faltas.

CRÍMENES: Son los atentados contra la vida y derechos naturales del hombre. Ej. Homicidio

DELITOS: Son las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social (derecho de propiedad). Ej. Fraude.

FALTAS O CONTRAVENCIONES: Estas son Infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. Ej. Hacer las necesidades fisiológicas en vía pública.

- SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE

1. **Delitos de Acción:** Son aquellos que se cometen mediante un comportamiento positivo, se viola una ley prohibitiva. Ejemplo. Robo
2. **Delitos de OMISIÓN:** Consisten en la NO ejecución de algo ordenado por la ley, infringe una ley dispositiva.

A. SIMPLE OMISIÓN: Son los que en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que se produzca.

Ejemplo: el no apoyar a las autoridades en la investigación y esclarecimiento de un delito.

B. COMISIÓN POR OMISIÓN: Se da cuando un agente decide no actuar y por ello se produce el resultado material. Ejemplo. Procurar la muerte a un recién nacido al no proporcionarle la leche materna.

- POR EL RESULTADO

1. Delitos FORMALES, son de simple actividad o de acción: Son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario que se produzca alguna alteración. Ej.: Portación de arma prohibida.

2. Delitos MATERIALES, o de resultado material: Son en los cuáles para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material. Ejemplo: Daños en propiedad ajena.

- POR LA LESIÓN QUE CAUSAN

1. Delitos de DAÑO: Son los que consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada. Ejemplo, el Fraude.

2. Delitos de PELIGRO: Son los que no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro. Ejemplo. El abandono.

• POR SU DURACIÓN

1. Delitos INSTANTÁNEOS: Es la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. Ejemplo. Robo simple

2. Delitos INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES: Son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en

forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. Ejemplo. Lesiones – Fraude

3. **Delitos CONTINUADOS:** En estos delitos se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Ejemplo. Robo hormiga.
4. **Delitos PERMANENTES:** Es cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos. Ejemplo. Secuestro.

- POR EL ELEMENTO INTERNO O CUPABILIDAD

1. **Delitos DOLOSOS:** Se da cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico. Ejemplo. Violencia intrafamiliar.
2. **Delitos CULPOSOS:** No se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado. Ejemplo: Lesiones y daños dolosos.

- DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS

1. **Delitos SIMPLES:** Son aquellos en los cuales la lesión jurídica es única. Ejemplo. Robo simple.
2. **Delitos COMPLEJOS:** Son en los cuáles la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva. Ejemplo. Robo a una casa.

- DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

1. **UNISUBSISTENTES:** aquellos en los cuales la lesión jurídica es única. Ejemplo. Homicidio.

2. PLURISUBSISTENTES: Se derivan varios hechos de un acto. Ejemplo.

Ejercer el derecho al voto más de una vez en una misma elección.

- DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVO

1. UNISUBJETIVOS: Es cuando incurre en delito una sola persona. Ejemplo:

Robo simple.

2. PLURISUBJETIVO: Es donde participan dos o más activos para cometer

un ilícito. Ejemplo. Delincuencia organizada.

- POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN

1. OFICIOSOS: Es cuando al ser delito personal, necesariamente el sujeto

pasivo tendrá que ir en busca de la autoridad para denunciar el ilícito. Ej.:

Fraude

2. DE QUERRELLA: es cuando la autoridad por si misma da seguimiento al

delito. Ejemplo: el Homicidio

- DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES, Y POLÍTICOS.

• **CLASIFICACIÓN LEGAL:** Dentro de estos delitos ingresan los delitos internacionales, contra la humanidad, contra la salud, la moral y las buenas costumbres, delitos sexuales, contra la paz, la falsedad, privación de la libertad, y delitos contra servidores públicos y delitos electorales, etc.

Delitos Informáticos

Delimitación del Fenómeno de la Delincuencia Informática.

Dentro del aspecto más importante de la informática radica en que la información ha pasado a convertirse en un valor económico de primera magnitud. Desde siempre el hombre ha buscado guardar información relevante para usarla después.

Camacho Losa, nos dice que:

“En todas las facetas de la actividad humana existen el engaño, las manipulaciones, la codicia, el ansia de venganza, el fraude, en definitiva, el delito. Desgraciadamente es algo consustancial al ser humano y así se puede constatar a lo largo de la historia”⁵.

De los diversos estudiosos de la materia, en considerar que el nacimiento de esta clase de criminalidad se encuentra íntimamente asociada al desarrollo tecnológico informático. Pues las computadoras han sido utilizadas para muchas clases de crímenes, incluyendo fraude, robo, espionaje, sabotaje y hasta asesinato. Los primeros casos fueron reportados por el año de 1958.

Delito informático o cibercrimen.-

“Es toda aquella acción antijurídica y culpable, que se da por vías informáticas o que tiene como objetivo destruir y dañar ordenadores, medios electrónicos y redes de Internet. Debido a que la informática se mueve más rápido que la legislación, existen conductas criminales por vías informáticas que no pueden considerarse como delito, según la

⁵ CAMACHO Losa. Editorial Científico-Técnica, La Habana-Cuba, 1998, pág. 35.

"Teoría del delito", por lo cual se definen como abusos informáticos, los tipos penales tradicionales resultan en muchos países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, y parte de la criminalidad informática. La criminalidad informática consiste en la realización de un tipo de actividades que, reuniendo los requisitos que delimitan el concepto de delito, sean llevados a cabo utilizando un elemento informático⁶.

Los Delitos informáticos son aquellas actividades ilícitas que: **Primero:** Se cometen mediante el uso de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación la informática es el medio o instrumento para realizar un delito; y **Segundo:** Tienen por objeto causar daños, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos.

Otro tratadista indica que existen los también conocidos como Ciberdelitos como lo señala Téllez que son:

“actitudes contrarias a los intereses de las personas en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin concepto atípico o las conductas atípicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento”⁷.

Debo indicar que mucha información es almacenada en un reducido espacio, con una posibilidad de recuperación inmediata, pero por complejas que sean

⁶ www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/tipos_delitos.html

⁷ Julio Téllez, Derecho Informático, ed., McGraw-Hill, 2004, México. Pag. 7

las medidas de seguridad que se puedan implantar, aún no existe un método infalible de protección.

La criminalidad informática tiene un alcance mayor y puede incluir delitos tradicionales como el fraude, el robo, chantaje, falsificación y la malversación de caudales públicos en los cuales ordenadores y redes han sido utilizados como medio, en correlación con el desarrollo de la programación y de Internet, por ende los delitos informáticos se han vuelto más frecuentes y sofisticados.

Se puede decir también que la Organización de Naciones Unidas reconoce los siguientes tipos de delitos informáticos:

- Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras.
- Manipulación de datos de entrada.
- Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

Existe leyes que tienen por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos en las variedades existentes contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de tales tecnologías.

Hay que saber que un sistema informático puede aparejar la violación de varias leyes penales, por lo que autores expresan que:

"El uso de la informática no supone más que un modus operandi nuevo que no plantea particularidad alguna respecto de las formas

tradicionales de comisión, una clara dificultad para la persecución de estos ilícitos, ha sido que el ciudadano no considera delincuente al autor de estos delitos, entre los propios victimarios algunas veces existe una reivindicación que subyace a toda su actividad, como es el caso de los *hackers*, quienes cuentan con toda una "filosofía" preparada para respaldar su actividad afirmando que propenden a un mundo más libre, que disponga de acceso a todas las obras de la inteligencia, y basándose en ese argumento divulgan las claves que tienen en su actividad"⁸.

La criminalidad informática incluye una amplia variedad de delitos informáticos. Este fenómeno se puede analizar en dos grupos:

- 1. Informática como objeto del delito.-** Dicha categoría incluye por ejemplo el sabotaje informático, la piratería informática, el hackeo, el crackeo y el DDNS (Denegación de servicio de nombres de dominio).
- 2. Informática como medio del delito.-** Este grupo se encuentra la falsificación de documento electrónico, cajeros automáticos y tarjetas de crédito, robo de identidad, phreaking, fraudes electrónicos y pornografía infantil.

⁸ www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/tipos_delitos.html

4.1.3. Crímenes Específicos

Sabotaje informático

Esto es cuando el "delincuente" recupere o busca destruir el centro de cómputos en sí las máquinas o los programas o informaciones almacenados en los ordenadores. Se muestra como uno de los comportamientos más frecuentes y de mayor gravedad en el ámbito político.

Piratería informática

Esta se da en la violación ilegal del derecho de autor. Según la definición que en su artículo 51 brinda el ADPIC que trata del acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, son aquellas mercaderías que lesionan el derecho de autor. Es una de las modalidades de reproducción técnica, la otra es la reprografía-reproducción burda del original cuya apariencia dista mucho de la auténtica, que implica la elaboración de una copia semejante al original, solo con el objetivo de que sea tal.

Existen dos circunstancias que se incluyen como piratería informática a saber:

- 1. El hurto de tiempo de máquina:** Es el empleo del computador sin autorización, y se pretende aludir a situaciones en que un tercero utiliza indebidamente recursos de la empresa en que trabaja o un sujeto autorizado se vale de tales prestaciones informáticas en un horario no permitido, utilizándolas para su provecho sin contar con permiso para ese uso fuera de hora.

2. La apropiación o hurto de software y datos: Aquí el sujeto accede a un computador ajeno o a la sesión de otro usuario, retirando archivos informáticos, mediante la ejecución de los comandos copiar o cortar, para luego guardar ese contenido en un soporte propio.

Cajeros automáticos y tarjetas de crédito

Esto se da cuando y se logra retirar dinero del cajero automático, utilizando una tarjeta magnética robada, o los números de la clave para el acceso a la cuenta con fondos.

Robo de identidad

Es cuando ya se obtiene los datos personales de un individuo, se procede a realizar todo tipo de operaciones para provecho del victimario, fingiendo ser la persona a la que se extrajo su información sensible. Encuadra como delito de estafa. Si el actuar del sujeto activo comporta dar a conocer datos personales ajenos contenidos en base de datos a las que por su empleo tiene acceso, entonces por expreso mandato legal la figura aplicable es la de revelación de secreto profesional.

Phreaking

Pues esta es la metodología más antigua dentro de los denominados cibercrimes, consiste en ingresar en las redes de telecomunicaciones para realizar llamadas telefónicas a larga distancia utilizando la cuenta ajena. Resulta ser una modalidad primitiva de hacking.

4.1.4. Sujetos agente y paciente

Se da en las personas que cometen los delitos informáticos poseen ciertas características específicas tales como la habilidad para el manejo de los sistemas informáticos o la realización de tareas laborales que le facilitan el acceso a información de carácter sensible.

Para ciertos casos la motivación del delito informático no es económica sino que se relaciona con el deseo de ejercitar, y a veces hacer conocer a otras personas, los conocimientos o habilidades del delincuente en ese campo.

Muchos de los "delitos informáticos" encuadran dentro del concepto de "**delitos de cuello blanco**", término introducido por primera vez por el criminólogo estadounidense Edwin Sutherland por el año de 1943.

“Esta categoría requiere que: (1) el sujeto activo del delito sea una persona de cierto estatus socioeconómico; (2) su comisión no pueda explicarse por falta de medios económicos, carencia de recreación, poca educación, poca inteligencia, ni por inestabilidad emocional. Son individuos con una gran especialización en informática, que conocen muy bien las particularidades de la programación de sistemas computarizados, de forma tal que logran un manejo muy solvente de las herramientas necesarias para violar la seguridad de un sistema automatizado”⁹.

⁹ Edwin Sutherland. Diccionario de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Temis, Bogota-Colombia, 1987, Pág. 871.

Para la prevención de estos delitos es importante el aporte de los damnificados que puede ayudar en la determinación del modus operandi, esto es de las maniobras usadas por los delincuentes informáticos.

Cabe indicar que el delito informático es un comportamiento cual puede ser por su propia voluntad o por imprudencia, contrario a lo establecido por la Ley. Es decir viola las normas vigentes, cual merece una pena o castigo.

El Delito Informático tendrá su respectiva clasificación de acuerdo a su gravedad. En definitiva el aspecto más importante de la informática radica en que la información ha pasado a convertirse en un valor económico de primera magnitud. Por ultimo hay que indicar que la Organización de Naciones Unidas reconoce los siguientes tipos de delitos informáticos, fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras, manipulación de datos de entrada y daños de programas o datos computarizados.

4.1.5. La Proporcionalidad

CONCEPTO.- “Es un concepto jurídico de ascendencia germana que aparece en la jurisprudencia constitucional de España y de casi todos los países de América Latina además de la de otros Estados miembros de la Unión Europea y de países tales como Canadá y Sudáfrica. El Objetivo principal que desempeña es el de criterio para determinar el contenido de los DERECHOS FUNDAMENTALES que resulta vinculante para los poderes públicos. El uso de este principio se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas, administrativas, judiciales

y de los particulares sobre todos los derechos fundamentales, en el que su tercer elemento, es decir, la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible”¹⁰.

Este principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad, y la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Dichos requerimientos pueden ser expresados de la siguiente forma:

A. De acuerdo al subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone, entonces, dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada. Con relación a la primera, para que una medida sea legítima, debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico. Y de acuerdo con la segunda, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico.

B. Al respecto al subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho que es

¹⁰ www.derechoecuador.com/articulos/.../principio-de-proporcionalidad

el objeto de la intervención, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin perseguido. Este subprincipio implica, entonces, una comparación entre la medida adoptada y otras medidas alternativas disponibles. En esta asimilación se tiene en cuenta: Primero si existe una medida alternativa que sea idónea en un grado equivalente o mayor al grado en que lo es la medida adoptada; y, si este fuese el caso, y segundo dicha medida alternativa interviene en el derecho fundamental en un menor grado que la medida adoptada.

C. Conforme a la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho que es objeto de la intervención. En otras palabras, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para su titular y para la sociedad en general. La ponderación implica, entonces, llevar a cabo una comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin que persigue la medida examinada y el de la intervención en el derecho fundamental. Pues los resultados de esta comparación son relevantes para el juicio de constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Por ejemplo, son inconstitucionales las intervenciones intensas en los derechos fundamentales que sean correlativas a tan sólo protecciones mínimas o leves de otros derechos fundamentales o a realizaciones de otros bienes jurídicos de este mismo grado.

Dentro de una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental en el que interviene y, por esta razón, debe ser declarada inconstitucional. Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Finalmente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Tal principio de proporcionalidad, y de la ponderación, en particular, parte del supuesto de que los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario. La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido prima facie y un contenido definitivo. El contenido prima facie se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, cuando es interpretado de manera amplia. Si este contenido es prima facie puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución, pudiendo ser restringido legítimamente por los poderes públicos. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como LIBERTAD negativa, comprende prima facie el derecho fundamental de los individuos a hacer u omitir cualquier acción. Dado que esta libertad no es

absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, ella puede ser restringida por parte de los poderes públicos. Dichas restricciones están sometidas a las exigencias del principio de proporcionalidad.

La edificación que subyace a la estructura del principio de proporcionalidad tiene una profunda raíz en la propia esencia de las constituciones políticas de la última era del constitucionalismo iberoamericano “NEOCONSTITUCIONALISMO”.

“Es primordial entender la forma en que funciona el régimen constitucional de la libertad, dentro del modelo de estado que estas constituciones establecen, es decir, el llamado ESTADO SOCIAL de Derecho. El Estado Social de Derecho no es un modelo que haya supuesto una ruptura con la idea tradicional del ESTADO DE DERECHO, sino sólo una transformación de ella para facilitar la mitigación de las desigualdades sociales. La idea tradicional del Estado de Derecho supone que el individuo es el fin del funcionamiento del Estado y no lo contrario, es decir, que el Estado sea el fin de la existencia del individuo. Por consiguiente, la protección de la libertad es lo que justifica la existencia del Estado. La libertad es la regla general y el punto de partida de toda la regulación jurídica y funcionamiento del Estado. Es decir la norma de cierre del ordenamiento jurídico sea aquella, según la cual, todo lo que no está explícitamente prohibido a los particulares, les está

permitido, y no la contraria, es decir, aquella que prescribe que todo lo que no está explícitamente permitido, está indebido”¹¹.

De tales antecedentes puede entenderse la lógica del régimen constitucional de los derechos fundamentales de los particulares. El punto de partida de este régimen es la vigencia prima facie de la libertad, o, dicho modo más preciso, el reconocimiento de que el individuo está investido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Es decir, como es obvio, estos derechos no pueden ser absolutos. La atribución en una sociedad de derechos absolutos a todos los individuos que la componen, desemboca en un irresoluble conflicto entre el ejercicio de tales derechos y, de esta manera, en el caos, o en el predominio de la ley del más fuerte. Es exactamente la necesidad de restringir el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de cada individuo, y de crear un modelo en el que el ejercicio de los derechos por parte de un titular sea compatible con el ejercicio de los derechos por parte de los demás y con el logro de otras finalidades sociales, aquello que verifica la existencia del Estado.

Tal verificación es la base de la competencia del Estado para restringir los derechos fundamentales. La exigencia de las restricciones a los derechos fundamentales debe estar sometida, a su vez, a múltiples restricciones o sea, las restricciones de las restricciones o, como se suele expresar en la jurisprudencia constitucional y la doctrina de Alemania y otros países: los

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, primera edición, editorial Trata, Madrid-España, 2003.

límites de los límites. Es innegable que el ejercicio del poder estatal para restringir los derechos fundamentales puede desembocar en abusos y en la propia vulneración de los derechos fundamentales. Por dicha razón, resulta imprescindible imponer límites formales y materiales a la competencia estatal para limitar tales derechos. La reserva de ley y la reserva de jurisdicción son los principales límites formales “ADMINISTRACION DE JUSTICIA”. El principio de proporcionalidad es el principal límite material. Quiere decir, si el Estado respeta los límites formales y materiales, impondrá a los derechos fundamentales restricciones acordes con la Constitución. Si, por el contrario, no los respeta, las restricciones estatales quedaran viciadas de inconstitucionalidad.

EL CONTEXTO POLÍTICO DE RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El principio ha sido tomado en Iberoamérica en una etapa que puede denominarse: la más reciente era del constitucionalismo iberoamericano. Etapa, que empezó en España cuando se promulgó la Constitución del 6 de diciembre de 1978, y que se extendió a América Latina en los albores de la década de los años 90, se expidieron nuevas constituciones o se aprobaron reformas constitucionales sustanciales en los más representativos países de América Latina, en las que se introdujeron catálogos de derechos fundamentales y se institucionalizaron sistemas de Justicia Constitucional concentrada. Dichos sistemas, encabezados por cortes o tribunales, como el Tribunal Constitucional del Perú o la Corte Constitucional de Colombia,

comenzaron a recurrir a metodologías para la interpretación y aplicación jurídica acuñadas en Norteamérica y en Europa, con el fin de aplicar los derechos fundamentales dentro de procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad de las leyes y de otros actos jurídicos de los poderes públicos y privados. Las tendencias provenientes de estos dos orígenes tienen un elemento en común: la ponderación. Pues la ponderación empieza a desarrollarse, como método de interpretación y aplicación del derecho, desde la década de los años 20 en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Desde ahí, se difundió hasta convertirse en lo que es hoy día, a saber, un criterio esencial para la aplicación de todas las enmiendas a la constitución norteamericana que establecen derechos fundamentales. Por otro lado, como se ha observado, la ponderación también es un elemento del principio de proporcionalidad, que los Tribunales Constitucionales Europeos han adoptado con gran entusiasmo.

Debemos saber que la adopción del principio de proporcionalidad y de la ponderación dentro de este contexto político se debe, sobre todo, a que estos criterios metodológico-jurídicos son los apropiados para solucionar las tensiones entre principios constitucionales contrapuestos. En primer lugar, las constituciones expedidas en la más reciente era del constitucionalismo iberoamericano garantizan varios principios constitucionales que entran en tensión, señaladamente, el principio democrático, el presidencialismo en Latinoamérica, el principio de constitucionalidad o de supremacía de la Constitución y el principio del Estado social. Así, por ejemplo, en América

Latina, la democracia entra en tensión con el presidencialismo, porque la desmedida atribución de poderes al Presidente de la República mengua el papel político y de creación de normas de que está investido el Congreso. Así mismo en España como en América Latina, el principio democrático entra en tensión con el principio de constitucionalidad, porque las decisiones del Parlamento o del Congreso están sujetas al control por parte de la jurisdicción constitucional. Finalmente, la democracia también entra en tensión con el principio de Estado Social, señaladamente en algunos países de América Latina como Colombia, Perú o Argentina, porque la Constitución ha previsto que los derechos sociales puedan hacerse exigibles ante los tribunales judiciales que, a su vez, tienen la competencia de dictar órdenes de llevar a cabo ciertas acciones o imponer restricciones al presupuesto general del Estado y a su ejecución por parte de la Administración Pública, con el propósito de hacer reales las prestaciones sociales a cargo del Estado. En segundo lugar, tanto la Constitución Española como todas las constituciones latinoamericanas vigentes establecen amplios catálogos de derechos fundamentales, que, con frecuencia, entran en colisión entre sí. Así, por ejemplo, la libertad de información suele entrar en colisión con el derecho a la intimidad y el derecho al honor.

LOS DESAFÍOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

“Sabido de que el principio de proporcionalidad ha recibido gran acogida en España y en América Latina, numerosos críticos han señalado que en su aplicación campea la irracionalidad y que, por tanto,

cuando los tribunales lo aplican, se obtienen decisiones ilegítimas y de tinte enteramente político. Las críticas más acerbas se han formulado en contra de la ponderación, es decir, el tercero de los subprincipios de la proporcionalidad. Para los críticos, la ponderación es irracional por una mezcla de razones. Las más prominentes se refieren a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la dificultad de pronosticar sus resultados”¹².

La primera objeción indica que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa, Leisner: 1997. Se indica así mismo que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan derechos fundamentales y principios. Bajo este parámetro, la ponderación sería una estructura formal y vacía, basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez.

La segunda objeción indica que la ponderación es irracional porque implica la asimilación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no serían comparables. La inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. En el ámbito de los principios no existiría

¹² PRIETO SANCHIS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, primera edición, editorial Trata, Madrid-España, 2003.

una “unidad de medida”, así como tampoco una “moneda común que posibilite la ponderación” entre los derechos fundamentales y principios que, en cada caso, entren en encuentro.

Finalmente se indica que la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Con lo indicado, todos los resultados de la ponderación son particulares, dependen de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Es decir, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad hoc, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.

LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales y, por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites. Críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del Juez. Por consiguiente, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del Juez. Es meridiano que ni la ponderación ni, en general, el principio de proporcionalidad garantizan una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios constitucionales y derechos fundamentales, tan estrechamente

vinculado con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los derechos fundamentales y de los demás principios jurídicos. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.

“Sería imposible porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios son siempre indeterminadas. La indeterminación es una inexorable propiedad lingüística de estas disposiciones. A ello debe aunarse que dicho sistema jurídico es inconveniente porque, en una sociedad que dispusiese de un catálogo de derechos fundamentales y principios jurídicos totalmente determinados, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política. Pues si los derechos fundamentales proyectasen, asimismo, su fuerza expansiva sobre la legislación, el margen de acción del Parlamento y de los demás poderes públicos se comprimiría al mínimo. Y el legislador se transformaría en una autoridad competente sólo para ejecutar las regulaciones predeterminadas por la Constitución y se desvanecería su

importancia como foro para la deliberación democrática. Es decir todo cambio jurídico haría necesaria una reforma constitucional”¹³.

Resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los derechos fundamentales. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del Juez. Aparecerán estas indefectiblemente tanto al principio de proporcionalidad como en cualquier otro procedimiento alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. Por esto, no es apropiado pretender sustituir a la supuestamente incierta proporcionalidad por una supuestamente cierta subsunción. En este margen, el Juez adopta diversas apreciaciones normativas y empíricas relativas a controversias concernientes a preguntas tales como de qué tanta libertad dispone el individuo en un Estado Social y Democrático de Derecho, qué restricciones pueden o deben ser impuestas al principio de la mayoría, o hasta qué punto puede un Estado Social intervenir en la economía a fin de garantizar la redistribución de las condiciones materiales para lograr el bienestar y asegurar que cada individuo disfrute por lo menos de su mínimo vital. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad.

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, primera edición, editorial Trata, Madrid-España, 2003.

El principio de proporcionalidad es una estructura de razonamiento común en el razonamiento práctico y jurídico, y sus resultados se consideran aceptables en general, no sólo en el ámbito jurídico, sino también en la vida diaria.

El principio de proporcionalidad.

Podremos decir de esto que:

“Responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución Española (CE), aunque no lo recoja expresamente: el art. 1 donde se proclama el Estado de Derecho y el valor superior de la libertad, el art. 10.1 donde se proclama la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Estos artículos, configuran el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales. Al relacionarlo con estos arts. Hace que el Principio de proporcionalidad tenga rango constitucional, lo cual hace que pueda ser apelado en un recurso de amparo”¹⁴.

¹⁴ www.derechoecuador.com/articulos/.../principio-de-proporcionalidad

4.1.6. Significado y contenido

Diremos que el principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por lo que, la proporcionalidad en sentido amplio abarca tres exigencias:

1ro.- **La exigencia de adecuación:** Implica que bien el Juez o el Legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para esto han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

2do.- **La exigencia de necesidad de pena:** Si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse 3 requisitos: los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al Juez solo en la medida en que tiene que especificar.

a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: Es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Tal requisito que ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta o determinación en abstracto de la pena: 10 a 15 años, como en la fijación de la pena en concreto 11 años.

b. La exigencia de fragmentariedad: Lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al DP frente a los ataques más graves e intolerables.

c. La exigencia de subsidiariedad: Indica que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del Orden Jurídico han fracasado en la tutela de un bien jurídico agredido. En primera instancia nunca debe intervenir el Derecho Penal, sólo en última instancia.

La proporcionalidad en sentido estricto: se exige básicamente al Juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De esto indicaremos que:

“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: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”¹⁵.

De lo anotado puedo decir que en cualquier proceso donde existan derechos y obligaciones, se asegurara el debido proceso cual tiene diversas etapas.

¹⁵ www.derechoecuador.com/articulos/.../principio-de-proporcionalidad

OBJETO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Esta tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio- fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos. Es muy importante a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad hacer la correspondiente diferenciación entre lo que son las normas con estructura de regla y las normas con estructura de principio, y su forma de aplicación. Las primeras, es decir las normas con estructura de regla, poseen una estructura jurídica compuesta de supuesto de hecho y consecuencia jurídica clara, y su forma jurídica tradicional de aplicación es mediante la subsunción, las reglas son normas que admiten una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no cumplirse, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada, las reglas no derivan de los principios y su diferencia principal es la forma en que se resuelven sus conflictos, a través de métodos tradicionales de validez, especialidad ley especial deroga a la general, jerarquía ley superior deroga ley inferior y temporalidad ley posterior deroga ley anterior. Es decir

los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que establecen que se realice su aplicación en la mayor medida de lo posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, son supuestos de hecho cuya consecuencia no está explícitamente formulada, es decir, son normas que admiten varias formas de interpretación y aplicación para lo cual usamos la ponderación. Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones. Al usar la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ESENCIA DE PRINCIPIOS

Pues involucra la esencia misma de los principios. Y el examen de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, instrumento que, en palabras de Robert Alexy, constituye el "más importante principio del derecho constitucional material, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo constituyen un sistema de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para declarar la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad constitucional, aplicada a través de una lógica gradual esto significa que se va aplicando sucesivamente los controles que hace cada una de las reglas que

se encuentran cronológicamente concatenadas, se requiere conocer la estructura del principio y de sus reglas para comprender su modo de aplicación o procedimiento estandarizado de razonamiento, el que esencialmente consiste en seguir los pasos establecidos para cada una de las reglas, lo cual permite reconstruir el razonamiento seguido y advertir tanto las fortalezas como las posibles deficiencias en el proceso de argumentación de la decisión, lo cual permitirá generar una mejor justicia y un mayor disfrute de los derechos fundamentales, que constituyen uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

EL MÉTODO NORMATIVO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Tenemos que indicar que para aplicar el principio de proporcionalidad, siguiendo el método normativo, en el neo constitucionalismo se han desarrollado las siguientes reglas y sub reglas: Regla de idoneidad, regla de adecuación, regla de necesidad y regla de ponderación, regla de idoneidad, cual evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales, valora si la medida o su finalidad son legítimas; la medida evaluada es idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos, en qué consiste la legitimidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales o de sus fines, pues una medida o su finalidad son legítimas si no están constitucionalmente impedidas. Pues una medida o finalidad son prohibidas cuando se contraponen con normas, como sería el caso del favorecimiento de la esclavitud o la admisión de la tortura. Y una

medida restrictiva de derechos fundamentales está constitucionalmente justificada si tiene respaldo en normas constitucionales. Así mismo el principio de supremacía constitucional exige que las restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales, es decir, de normas que tengan su misma jerarquía. En definitiva las restricciones pueden ser directamente constitucionales e indirectamente constitucionales. Por lo que las restricciones directamente constitucionales son las que se ejerce sobre derechos fundamentales y bienes constitucionales, contemplados en normas constitucionales. Y las restricciones indirectamente constitucionales son todas aquellas limitaciones estatuidas por el legislador, en aplicación de una norma constitucional.

De lo anotado, una medida restrictiva de derechos fundamentales sólo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional.

Al contrario, la medida será teleológicamente inidónea o ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales.

LA PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO

Con lo antes indicado puntualizaciones necesarias sobre el surgimiento y desarrollo del concepto de proporcionalidad, nos dedicaremos a enfocar el mismo en el área que más nos interesa: El Derecho.

El principio de proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de la época de la Ilustración.

El Hombre en el estado de naturaleza goza de libertad absoluta.

Dentro de este punto, hay quien cede ante la tentación de confundir conceptos en torno al pacto social, pues mientras para Hobbes, siendo los seres humanos inteligentes, además de malvados, en un determinado momento deciden acogerse a un pacto entre ellos y ese pacto consiste en la cesión de todo el poder del individuo a un soberano o corporación, que habrá de mantener el orden y la paz. Existen dos elementos esenciales para entender el principio de proporcionalidad:

1) La libertad se perpetúa en la sociedad civil. El ser humano debe gozar de libertad plena para pensar, para proyectarse individual o colectivamente; **2)** El Estado está facultado por el pacto civil para intervenir y restringir libertades, única y exclusivamente, en casos excepcionales.

En conclusión, la regla general es el pleno goce de la libertad y la excepción es la restricción de la misma, solo en casos de particular tensión.

En definitiva debemos tener claro que no todos los propósitos acreditan al poder político para intervenir en la libertad individual con idéntica energía.

Concluyendo puedo decir que la proporcionalidad es determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes políticos. Pues tal principio se ha ido ampliando al examen de las intervenciones legislativas, administrativas, judiciales y de los particulares primordialmente a todos los derechos fundamentales.

4.1.7. Las infracciones.

La infracción es un incumplimiento de algún tipo de norma que regula un comportamiento en un contexto determinado. Por esta circunstancia, es posible hacer referencias al término en diversos contextos como por ejemplo civiles, deportivos, administrativos, etc. El concepto de infracción por lo general se aplica a normas de menor jerarquía, es decir, que están exentas de implicancias legales importantes. Pues en el peor de los casos se suele aplicar una multa que sirve como elemento de corrección de actividades impropias. Lamentablemente, en muchos lugares específicos se abusa en muchas circunstancias de este mecanismo, generando una forma de recaudación más que poco tiene que ver con el cuidado del bien común.

Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves.

Son infracciones leves:

- No atender la solicitud del interesado rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda.
- No proporcionar la información que solicite la Agencia de Protección de Datos en el ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas, en relación con aspectos no sustantivos de la protección de datos.
- No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos, cuando no sea constitutivo de una infracción grave.
- Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la Ley.
- Incumplir el deber de secreto establecido en el artículo 10 de esta Ley, salvo que constituya infracción grave.

Infracciones graves:

- Proceder a la creación de ficheros de titularidad privada o iniciar la recogida de datos de carácter personal para los mismos con finalidades distintas de las que constituyen el objeto legítimo de la empresa o entidad.
- Proceder a la recogida de datos de carácter personal sin recabar el consentimiento expreso de las personas afectadas, en los casos en que éste sea exigible.

- Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.
- El impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso y oposición y la negativa a facilitar la información que sea solicitada.
- Conservar datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas.
- La violación del compromiso de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad de cada persona.
- Conservar los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen.
- No remitir a la Agencia de Protección de Datos las notificaciones previstas en esta Ley o en sus disposiciones de desarrollo, así como no

proporcionar en plazo a la misma cuantos documentos e informaciones deba recibir o sean requeridos.

- La obstrucción al ejercicio de la función inspectora.
- No inscribir el fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección Datos, cuando haya sido requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos.
- Infringir el deber de información que se establece en los artículos 5, 28 y 29 de esta Ley, cuando los datos hayan sido recabados de persona distinta del afectado.

Son infracciones muy graves:

- La recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta.
- La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas.
- Recabar y tratar los datos de carácter personal a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 cuando no medie el consentimiento expreso del afectado; recabar y tratar los datos referidos en el apartado 3 del artículo 7 cuando no lo disponga una ley o el afectado no haya consentido expresamente, o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.
- No cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos de datos de carácter personal cuando sea requerido para ello por el Director de la Agencia de Protección de Datos o por las personas titulares del derecho de acceso.

- La transferencia temporal o definitiva de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable sin autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.
- Tratar los datos de carácter personal de forma ilegítima o con menosprecio de los principios y garantías que les sean de aplicación, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales.
- La violación del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.
- No atender, u obstaculizar de forma sistemática el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.
- No atender de forma sistemática el deber legal de notificación de la inclusión de datos de carácter personal en un fichero.

Infracciones y Delitos.

“Existen dos figuras distintas en que el estado hace uso de su facultad punitiva; infracciones y delitos, cada uno con sus correspondientes consecuencias que son sanciones y penas. Las infracciones llevadas a cabo por autoridades administrativas y en los delitos autoridades judiciales mediante procedimientos distintos, al respecto hay diferentes

teorías que pretenden diferenciar las infracciones de los delitos, siendo las más importantes la cualitativa, cuantitativa y legislativa”¹⁶.

De lo anotado debo manifestar que las dos se diferencian la una que es llevada por las autoridades administrativas y se llaman infracciones y las otras conocidas por las autoridades judiciales llamados delitos.

La teoría cualitativa:

En esta teoría el delito se constituye por conductas que atentan directamente en contra de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en consecuencia se violan los derechos naturales o fundamentales que la norma protege.

Por otro las infracciones están enmarcadas en un hecho de ilicitud que lesionan el funcionamiento de la administración pública, desde el momento en que lo turban.

Teoría Cuantitativa:

En esta teoría se reduce a la naturaleza de las conductas que constituyen dichos ilícitos y considera que para diferenciar solo hace falta tomar en cuenta el grado de peligrosidad. Se cuestiona que si la conducta ilícita pone en peligro la conservación del orden social o su estabilidad estaremos frente a un delito pero si únicamente se trata de violación a ciertas reglas de poca importancia estaremos ante la figura de una infracción.

¹⁶ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005. Pág.38.

Teoría Legislativa:

Se basa en las apreciaciones que tienen los legisladores, quienes por razones circunstanciales se ven obligados a delimitar, cual es el campo de las infracciones separándolo del de los delitos. De acuerdo a criterios donde predomina más lo que atañe a las políticas criminalísticas y por lo tanto en cada caso es necesario consultar a la legislación, para poder determinar si un ilícito está comprendido en las infracciones o bien en los delitos.

SANCIONES:

La sanción es un término legal, que tiene varios significados.

1ro.-Se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. Obedeciendo al tipo de norma incumplida o violada, puede haber sanciones penales o penas; sanciones civiles y sanciones administrativas.

2do.- Se llama sanción al acto formal mediante el cual el jefe de Estado da su conformidad a un proyecto de Ley o Estatuto. Por ejemplo, en Argentina, la sanción es el acto formal mediante el cual el Congreso da fuerza de ley a una norma. En Colombia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones para establecer que la sanción de un proyecto de ley, es el acto mediante el cual el Gobierno lo aprueba, y da fe de su existencia y autenticidad. Este acto constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley, tal como lo prescribe el artículo 157 numeral 4 de la misma Constitución.

Finalmente, desde un punto de vista de Derecho internacional, las sanciones son las medidas económicas, diplomáticas o militares que un Estado toma de forma unilateral para presionar a otro en una negociación o para el cumplimiento de obligaciones internacionales.

4.1.8. Las Sanciones

Es un término legal, que tiene varias acepciones.

Primero: Se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. De acuerdo al tipo de norma incumplida o violada, puede haber sanciones penales o penas; sanciones civiles y sanciones administrativas.

Segundo: Se llama sanción al acto formal mediante el cual el jefe de Estado da su conformidad a un proyecto de Ley o Estatuto. Así, por ejemplo, en Argentina, la sanción es el acto formal mediante el cual el Congreso da fuerza de ley a una norma. En Chile, el Presidente de la República a través de la sanción, da su conformidad al proyecto de ley, presentado por las respectivas Cámaras de Senadores y Diputados, para dicho acto, el Presidente cuenta con una herramienta denominada veto, con la cual podrá vetar el proyecto de ley. Este acto constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley, tal como lo prescribe el artículo 157 numeral 4 de la Constitución.

Finalmente, de acuerdo al Derecho internacional, las sanciones son las medidas económicas, diplomáticas o militares que un Estado toma de forma

unilateral para presionar a otro el cumplimiento de obligaciones internacionales.

4.1.9. Clasificación de las sanciones

Sanciones Penales: Se le atribuye, según la política penal seguida, diferentes fines: el castigo del delincuente, su corrección, la prevención general y especial, etc. De acuerdo a nuestro derecho el fin es solo prevencional.

Sanciones Civiles: Se suelen reducir a un acto coactivo típico: la ejecución forzosa de bienes del deudor.

La Pena:

“Es una sanción exclusiva del Derecho Penal prevista en el mismo código e impuesta por el juez competente. Instituye la privación de un bien libertad, patrimonio, ejercicio de una actividad, al sujeto que ha cometido un delito con una finalidad de prevención individual o especial para que no cometa un nuevo ilícito para que la comunidad prevenga el cumplir la ley penal”¹⁷.

Puedo decir que la pena es una sanción exclusiva del Código Penal y el encargado de imponer será el Juez competente, y uno de las principales sanciones es la privación de la libertad de la persona.

¹⁷ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005. Pág.38.

La sanción Premial: Es una sanción positiva o técnica de gratificación que opera como un mecanismo incentivador de aquellas conductas que el legislador pretende promocionar.

4.1.10. Sanciones en el ámbito jurídico

Jurídicamente, comprendida como la facultad del poder estatal de establecer y poner en funcionamiento una ley. Hay diversas clasificaciones de sanción según la ley que se haya infringido:

1. Sanciones penales: Son la expresión más elevada del castigo que puede infringirse a un individuo, y su gravedad está condicionada en relación a la gravedad del delito o la infracción cometida. Las sanciones penales son, literalmente, castigos con pena. Ésta tiene el objetivo de privar de un bien jurídico al actor del delito.

Dicha sanción es aplicada por los especialistas en derecho penal, quienes a través de los jueces dictaminan las consecuencias de los actos cometidos a través del castigo por esta pena. Delitos penales son aquellos a los que les corresponde sanción penal, pueden ser menores, como las multas monetarias o aquellas relacionadas con la destitución de un cargo, sobre todo aquellos estatales y de carácter público o graves como la privación de la libertad determinada por un tiempo determinado, inclusive hasta la pena perpetua donde permanecerá el resto de su vida, privado de su libertad.

2. Sanciones Civiles: Son aplicadas ya no para destituir de un bien jurídico al acusado, sino para regular o reparar el daño cometido por él. Este tipo de

sanción está reglamentada por el Código Civil, que se rige por otras normas y leyes, aunque hay excepciones en las cuales podría llegar a aplicarse una pena como en el caso de las sanciones penales.

Es decir las sanciones civiles pueden aplicarse en diversos casos, como en lo de abandono de persona o el hecho de haber delinquido en contra de los hijos propios, poniéndolos en peligro de manera moral, material o incentivándolos a cometer actos ilegales. Aquí, por ejemplo, los padres pierden la patria potestad de sus hijos, cuya pena es no poder hacerse cargo de ellos. Por consiguiente este tipo de sanción se denomina extra patrimonial.

4.1.11. Las Penas.

Podremos definirla 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.

“El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En varios países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua”¹⁸.

Si bien es cierto la pena produce una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad que se suponen positivos para ésta, y

¹⁸ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005. Pág.38.

que según la teoría relativa de la pena, serían los objetivos en los que se fundamentaría la aplicación coactiva de la pena. Así, tanto la teoría retributiva de la pena o teoría absoluta de la pena, como la teoría relativa antes mencionada coincide en que la pena, tanto en su vertiente coactiva como en su vertiente coercitiva tiene, o han de tener los siguientes efectos:

- a) **Prevención General:** Destinada al conjunto de la sociedad. Dentro del aspecto negativo, la pena es una coacción psicológica con la que se amenaza a la sociedad y con ella a los potenciales delincuentes para que se abstengan de delinquir. En el aspecto positivo, la función de la pena es confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia colectiva.
- b) **Prevención Especial:** Es la persona concreta del delincuente y tiene por objeto impedirle que cometa nuevos delitos. Esto se logra mediante la corrección: que es la resocialización del sujeto que ha incurrido en un injusto y mediante la intimidación, respecto de aquel delincuente o sujeto que no necesita corrección o no es receptivo a ella.

En definitiva, la teoría retributiva habla del efecto retributivo de la pena en un sentido similar a venganza, mientras que la teoría relativa menciona la necesidad de que la pena suponga una inserción del penado a vivir en sociedad.

4.1.11.1. Clasificación de las penas

Tipos de penas sancionadas por el delito cometido:

Penas corporales

Son las que afectan a la integridad física. Puede entenderse también la pena corporal en sentido amplio como aquellas que no sean pecuniarias.

Penas corporales son:

- a) **Tortura:** Es un trato inhumano o degradante y que va contra los derechos fundamentales, (azotes, amputaciones, etc.).
- b) **Pena de muerte:** La más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura.

Penas infamantes

Son las que afectan el honor de la persona. Son comunes en los delitos militares por ejemplo, la degradación.

Penas privativas de derechos

Son las que impiden del ejercicio de ciertos derechos, generalmente políticos como el voto o familiares como la patria potestad, privan de ciertos cargos o profesiones o inhabilitan para su ejercicio. Hoy en día también son muy comunes como por ejemplo, la privación del derecho al uso de armas y las inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos durante un tiempo determinado.

En la actualidad es una categoría residual abierta que se define por ser aquellas penas distintas de privación de libertad y multa. De estas, se pueden

señalar: inhabilitación absoluta, que priva definitivamente del disfrute de todo honor, empleo o cargo público durante el tiempo señalado; inhabilitación especial para el ejercicio de un derecho concreto como el disfrute de empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de los derechos de patria potestad, tutela, guardia o curatela, y del derecho de sufragio pasivo; suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, o a la tenencia y porte de armas; privación del derecho a residir en determinado lugar, a acudir a él, o a aproximarse o a comunicarse con ciertas personas.

Penas privativas de libertad

Es la pena emitida por el Juez, como resultado de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria, fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel, aunque cada ordenamiento jurídico le dé un nombre concreto, correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, etc.

“También consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la "prisión preventiva" porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria

como sucede con aquélla. O el impedimento de ejecutar otros, como el ejercicio de una profesión”¹⁹.

De lo transcrito nos indica la diferencia entre privar de libertad que es cuando la persona es sentenciada y la prisión preventiva es una medida transitoria o momentánea.

Es la sanción penal más común y drástica en los ordenamientos occidentales a excepción de la pena de muerte, de escasa extensión. Supone la privación de la libertad del sujeto, y dependiendo del grado de tal privación, pueden distinguirse las siguientes:

- Prisión.
- Arresto domiciliario.

Penas pecuniarias

Es aquella que afecta al patrimonio del penado. Hay que diferenciar en este caso la pena del resarcimiento de la víctima, responsabilidad civil.

- Multa
- Comiso
- Caución

¹⁹ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005. Pág.38.

La caución o fianza es la garantía que entrega el encausado para poder defenderse en libertad. El jurista ecuatoriano Enrique León Palacios, en su obra:

"La Libertad, Justicia y Derecho en América Latina" asevera que esta medida es tan solo un privilegio de los que tienen dinero pues aquellos que no lo poseen no pueden gozar de él"²⁰.

Es claro lo antes anotado pues la persona que tiene dinero gozará de la libertad y justicia.

- Confiscación de Bienes

Esta clasificación de las penas toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se definen porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o así mismo entregar los bienes u objetos materiales manejados en la misión del delito.

²⁰ LEÓN PALADINES Enrique, La Libertad, Justicia y Derecho en AMÉRICA Latina, Quito-Ecuador, 2009. Pág.45.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Reseña Histórica de los delitos informáticos.

“Me permito indicar que los delitos informáticos pueden ser considerados como crímenes electrónicos, tan graves que pueden llegar a ser un problema para el avance de la información. Esos problemas los puede hacer los hacker, cacker, copyhacker, script kiddie”²¹.

De lo anotado puedo decir que los delitos informáticos podrán ser considerados como crímenes electrónicos.

Por tales delitos informáticos estos pueden tener consigo delitos tan graves como el robo de información, falsificación de documentos, fraudes y chantajes.

Remitámonos a un ejemplo muy común que es cuando las personas llegan a robar información y a causar daños de computadoras o pueden llegar absolutamente virtual porque la información se encuentra en forma digital y el daño cada vez va a ser más grande. Por consiguiente los artículos de los delitos informáticos son para cumplirlos, porque si no se cometen muchos delitos informáticos por eso los hacker, cacker, copyhacker, script kiddie, y eso es grave para ellos y para los consumidores del internet.

²¹ es.Wikipedia.org/wiki/Delito_informatico.

Se resume la Ley de delitos informáticos en cuatro conclusiones

El día 22 de octubre de 2013 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30096, Ley de delitos informáticos (LDI). La LDI tiene por finalidad prevenir y sancionar las conductas ilícitas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación y de esta manera luchar contra la ciberdelincuencia.

Para una mejor comprensión presentare un análisis detallado de la regla.

a) Lo viejo informático

- Los artículos 207-A habla del espionaje o intrusismo informático, 207-B sabotaje informático y 207-C (agravantes). Cuál es el que sancionaba la utilización o ingreso subrepticio a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar. La pena máxima era de 2 años de cárcel.
- El sabotaje informático condenaba la utilización, ingreso o interferencia a una base de datos, sistema, red o programa de ordenador con la finalidad de alterarlos, dañarlos o destruirlos. La pena máxima era de 5 años de cárcel.
- Los agravantes sancionaban con 7 años de cárcel a quienes cometían espionaje o sabotaje informático cuando el agente ingresaba a la base de datos, sistema o red de computadoras haciendo uso de información privilegiada en función a su cargo o ponía en riesgo la seguridad nacional.

- El 19 de agosto de 2013 la Ley 30076, incorporó un nuevo delito: el tráfico ilegal de datos sancionando a aquel que crea, ingresa o utiliza indebidamente una base de datos sobre una persona natural o jurídica, identificada o identificable, para comercializar, traficar, vender, promover, favorecer o facilitar información relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga, creando o no perjuicio.

b) Lo nuevo informático

La LDI deroga TODOS los delitos informáticos vigentes y que hemos mencionado anteriormente y se presentan nuevos tipos penales únicamente inspirados en la Convención de Budapest.

- Se sanciona al que accede sin autorización a todo o parte de un sistema informático vulnerando las medidas de seguridad que hayan sido establecidas para impedirlo. La clave parece estar en la vulneración de las medidas de seguridad sin embargo creemos que debió especificarse el peligro concreto sancionable. Por ejemplo, el ingreso sin autorización a cuentas de correo electrónico vulnerando las contraseñas.
- Atentado a la integridad de los datos informáticos de acuerdo al art. 3: Es el que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, introduce, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles datos informáticos. Ejemplo: El ingreso a un sistema informático para alterar información relativa a sueldos o información

laboral de un trabajador) y atentado a la integridad de sistemas informáticos.

- El art. 4 determina que el que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, inutiliza, total o parcialmente, un sistema informático, impide el acceso a este, entorpece o imposibilita su funcionamiento o la prestación de sus servicios. Ejemplo: el que daña, destruye o inutiliza un bien mueble o inmueble.
- Propositiones por medios tecnológicos a niños con fines sexuales “**grooming**”; no se encontraba regulado. El que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, contacta con un menor de 14 años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, aquí la Pena máxima será de 8 años de cárcel, por ejemplo, cuando ya se entabla una comunicación con el menor para obtener material pornográfico o tener relaciones sexuales, las que se entenderán como formas de tentativa de dichos ilícitos.
- Tráfico ilegal de datos informáticos, ya estaba vigente, sin embargo se deroga y se vuelve a promulgar. No se encuentra consonancia entre la regulación administrativa sobre datos personales y este nuevo tipo penal propuesto.
- Fraude informático, no se encontraba regulado. El que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos

informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático. La pena máxima es de 8 años de cárcel, Ejemplo: “Phishing”, envío de correos fraudulentos que nos dirigen a una página fraudulenta.

- Interceptación de datos informáticos, no se encontraba regulado, el que a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, intercepta datos informáticos en transmisiones no públicas, dirigidas a un sistema informático, originadas en este o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos, la pena máxima es de 10 años de cárcel.
- Suplantación de identidad no se encontraba regulado, el que mediante las tecnologías de la información o de la comunicación suplanta la identidad de una persona natural o jurídica, siempre que de dicha conducta resulte algún perjuicio, material o moral, la Pena máxima es de 5 años de cárcel, Ejemplo: atribución de un identidad ajena a través de cualquier página de Internet o red social. Debemos indicar que queda claro si la suplantación implica necesariamente la creación de una cuenta falsa.
- Abuso de dispositivos o mecanismos informáticos no se encontraba regulado. Al que fabrica, diseña, desarrolla, vende, facilita, distribuye, importa u obtiene para su utilización uno o más mecanismos, programas informáticos, dispositivos, contraseñas, códigos de acceso o cualquier otro dato informático, específicamente diseñados para la

comisión de los delitos previstos en la presente Ley, o el que ofrece o presta servicio que contribuya a ese propósito, la pena máxima es de 4 años de cárcel. No se incluye la excepción contenida en el Convenio de Budapest para permitir el “hacking ético”.

Podremos decir que los nuevos tipos penales informáticos hacen referencia a diferentes bienes jurídicos, ya no sólo al patrimonio. La LDI debió ser más precisa en algunos casos. Se acerca bastante a la redacción del Convenio de Budapest pero no en todos los casos. Cabe precisar que, según lo establecido en el artículo 12 del Código Penal es necesario el dolo para que los delitos anteriores se configuren. Recordando que dolo es la intención deliberada de cometer el delito.

“Es importante ratificar la Convención de Budapest ya que constituye un estándar internacional al que nuestra legislación se ha aproximado en buena medida y consolida la experiencia de 40 países así como ofrece un marco de colaboración entre ellos. Dicha ratificación podría generar el espacio de mejora de los artículos que así lo requieren”²².

Debo indicar que lo transcrito hace referencia al tratado de Budapest, con lo que se podría mejorar algunos artículos que sean necesarios reformarlos.

Diremos que las posibles afectaciones a derechos fundamentales como la libertad de información y de expresión considero que no se genera la primera

²² es. [Wikipedia.org/wiki/Delito_informatico](https://es.wikipedia.org/wiki/Delito_informatico).

en el caso del delito de interceptación telefónica, sin embargo se mantiene la segunda en el delito de discriminación.

Finalmente dada la importancia de los temas regulados, es importante promover una mayor difusión y discusión de estos tipos penales para que la población y el sector privado conozca los alcances de lo que está prohibido y permitido en esta materia. Y así los operadores jurídicos, logren comprender con profundidad los alcances de lo regulado a fin de ser aplicarlos de manera apropiada.

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

Debemos indicar que la ejecución de las penas, las normas de ejecución integran el sistema global de consecuencias jurídico penales con una relativa autonomía político-criminal en la medida que la delimitación del contenido concreto de la ejecución viene determinado por principios diversos a los que informan la previsión legal de una sanción y la imposición judicial de la misma. Esto ha permitido sostener que el Juez lleva a cabo, en el ámbito de la ejecución, una auténtica política criminal dentro del marco de la legalidad, con el riesgo, debido a la falta de criterios orientadores en el plano legal, de creación de espacios permeables a la arbitrariedad judicial. Estas penas persiguen, por tanto, fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución. En la fase de conminación legal prevalece el fin preventivo general. La pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para

preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad. Dentro de la fase de determinación judicial de la pena conviven fines preventivos generales y preventivo-especiales, con especial prevalencia de los primeros. La individualización e imposición de la pena constituye una confirmación de la vigencia de la norma jurídica y una actualización de la amenaza abstracta tipificada previamente en la Ley. Luego su vinculación preferente al cumplimiento de finalidades preventivo generales. Por consiguiente, en la medida que la elección jurisdiccional de la clase y duración de la pena, dentro del marco legal, predetermina o condiciona el contenido de la ejecución por ejemplo, posibilidad de sustitución o suspensión en el caso de las penas privativas de libertad, responde, también, a finalidades de prevención especial.

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sostiene que el deber de motivar la individualización judicial de la pena tiene un carácter reforzado. En concreto, mantiene que el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez, no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la

resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad”²³.

Puedo decir que de lo anotado nos dice que el Juez Penal tiene la facultad discrecional, la misma que no constituirá la decisión final adoptada ya que dicha facultad está ligada a que la resolución cual deberá ser motivada.

Tal y como afirma MORILLAS CUEVA;

“Los fines preventivos se encaminan en el ciclo ejecutivo primordialmente hacia la prevención especial, aunque sin anular efectos preventivo-generales, como pueden ser los producidos por una ejecución efectiva, que vuelve a ratificar la seriedad de la conminación legal para el resto de los ciudadanos”²⁴.

Me permito decir que de lo transcrito nos indica de los fines preventivos, cuales pueden ser producidos por una ejecución efectiva.

Conforme a la última fase, estimamos que la ejecución de la pena debe satisfacer tres criterios complementarios. Abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como un medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario; constituiría el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación

²³ CUEVA Morillas, El Derecho Penal Comentarios, 2008. Pág. 36.

²⁴ CAÑAR, Lozano Luis, Comentarios del Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005. Pág. 56.

antijurídica del hecho, proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena, quien dotaría de contenido al paradigma de protección de las víctimas, para posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de “responsabilización” por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño y la implementación de alternativas de contenido rehabilitador, cual conferiría sentido al paradigma de reintegración comunitaria del victimario.

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene que el artículo 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, sin que el mentado artículo haya optado, de entre los posibles, prevención especial, retribución, reinserción, etc; por una concreta función de la pena (por todas, STC 120/2000). Atribuye el artículo 117.3 CE la exclusividad de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”²⁵.

De lo anotado debo decir que el Tribunal Constitucional, conserva un artículo que está dirigido al legislador y a la administración Penitenciaria para que puedan ejecutar las penas privativas de libertad de las personas.

²⁵ LEÓN PALACIOS, Enrique. La Libertad, Justicia y Derecho en América Latina, Quito-Ecuador, 2009. Pág. 89

Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de las reglas de conducta permitirá, previa audiencia de las partes, la sustitución judicial por otras reglas o la prórroga del plazo de suspensión sin que, en este último caso, la duración total exceda de los cinco años artículo 84.2 a y b CP. La reiteración en el incumplimiento justificará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad artículo 84.2 c CP, lo que conlleva la ejecución de la pena suspendida artículo 85.1 CP. Por lo que existen, sin embargo, dos supuestos en los que el incumplimiento de la regla de conducta, aun no siendo reiterado, conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En el seno de los delitos relacionados con la violencia de género una de las modalidades de victimación familiar, la infracción por el victimario de la prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse con las víctimas, deberes de imposición obligatoria en este tipo de victimación, determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad artículo 84.3 CP. Dentro del ámbito de la suspensión especial, el incumplimiento de la obligación de seguimiento del tratamiento de deshabituación conllevará la revocación de la suspensión artículo 87.5 párrafo primero CP. Si transcurrido el plazo de suspensión no se ha acreditado la deshabituación del penado, se ordenará el cumplimiento de la pena de prisión de ejecución suspendida, salvo que el juez o tribunal, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuidad del tratamiento.

4.2.3. La Proporcionalidad de las penas y sanciones

En la Constitución Política de 1991, consagró en favor de sus nacionales e incluso de extranjeros una serie de derechos y garantías que se constituyen en el límite del ius puniendi; es decir, en la capacidad de la actuación del Estado para dar aplicación al principio de legalidad en todos los ámbitos. En el caso del derecho disciplinario, la ley 734 de 2002, señala expresamente el principio de proporcionalidad, en su artículo 18, el cual dice lo siguiente:

La proporcionalidad, es la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

De la lectura literal y exegética de la norma que regula este principio, se puede concluir que la misma se centra en la búsqueda de un equilibrio posible entre la falta cometida y la sanción impuesta por la misma.

De lo antes anotado, apunta a plantear una aproximación del principio de proporcionalidad de las sanciones en la esfera del derecho disciplinario; sin dejar de lado lo que ha propuesto el derecho penal vinculado a la proporcionalidad de la Pena, como un instrumento con que cuenta el Estado Social de Derecho para imponer las penas, tipificadas en el código actual, toda vez que la arbitrariedad, es una de las formas en que se excede la facultad discrecional de la administración de justicia.

Dentro de la imposición de la sanción, se presenta de muchas maneras, una de ellas es el exceso en el ejercicio de la acción disciplinaria, en la cual los

responsables de la misma no pocas actúan en forma soberana al mejor estilo de la inquisición, lo cual no es sino otro de los problemas del accionar del Estado, en el cual la interpretación de las normas se vuelve mecánica y se deja de lado la finalidad de las normas. Frecuentemente se olvida que la acción disciplinaria tiene una función, la cual no es precisamente su aplicación indiscriminada sin considerar las finalidades de la misma.

Hoy en día los estamentos políticos, académicos, algunos representantes de la rama judicial y la ciudadanía en general, se enfrentan hoy a un árido debate, acerca de los poderes del Ministerio Público en cabeza del señor Procurador General de la Nación; en el sentido de identificar si sus poderes para sancionar a un servidor público elegido por voto popular se encuentran en la esfera de su competencia o si la aplicación de las sanciones impuestas por él, sobrepasan los criterios de proporcionalidad cuando este ente de control, estructura un reproche disciplinario.

El no hacerlo por un lado;

“significa una negación a mandatos constitucionales otorgados por el mismo constituyente o hacerlo, significa entonces, un “abuso de poder” traducido en la negación del principio de legalidad. Esto es precisamente, lo que de manera objetiva, debería solucionar la proporcionalidad de la sanción tipificada en la ley disciplinaria; sin

embargo, este galimatías jurídico es el comienzo de debate que aún no está resuelto por los especialistas²⁶.

Me permito decir que la proporcionalidad es la sanción disciplinaria, cual debe corresponder a la gravedad de la falta cometida, sanción que deberá buscar un equilibrio posible entre la falta cometida y la sanción impuesta por la misma, situación que se debe analizar para imponer una pena.

Por otro lado la sociedad debe tomar en cuenta que lo más importante en la creación de la pena, es su eficacia y prontitud de la imposición, que la severidad de la misma.

Ponderado el bien jurídico el legislador tendrá que a su vez racionalizar la gravedad del delito, es decir: el grado de la ofensa, el desvalor de la acción; la trascendencia social del hecho; el grado de ejecución y las formas de participación. Todo esto tomando en cuenta la necesidad de tutela y los fines que se persigue con la pena a implantarse.

Para orientar la creación de las penas por parte del legislador y prohibirle el exceso de las mismas, este debe aplicar, como siguiente paso, el principio constitucional de proporcionalidad. Es decir será él quien debe efectuar el juicio de proporcionalidad en abstracto, describiendo una conducta de manera tal, que sea posible adjudicarle un contenido de gravedad. Es por eso que,

²⁶ LEÓN PALACIOS, Enrique. La Libertad, Justicia y Derecho en América Latina, Quito-Ecuador, 2009. Pág. 89

toda pena exige al legislador preguntarse por la concreción de tres subprincipios: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad, propio de un régimen constitucionalizado, solamente puede afirmarse con el derecho penal moderno, es decir cuando hablamos de legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y la calculabilidad de las penas. Ya Beccaria pensaba que “si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura”. Ante esto dice Ferrajoli que no se puede lograr con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próxima al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad.

“Solo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena. Ferrajoli concluye afirmando que: “Desgraciadamente, como observó Bentham, la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo, de ponderación. Una vez dissociada de la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales,

sino solo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético- políticas o de oportunidad”²⁷.

Es por lo expuesto que la única solución que se podría dar a la proporcionalidad entre penas y delitos es utilizando el método técnico propuesto por nosotros en el sentido de que solamente a través de la racionalidad legislativa se logrará establecer argumentos que logren fijar penas por lo menos razonables.

²⁷ WWW.derechoecuador.com/.../derchopenal/.../proprcionalidad-entre-penas-y-delitos.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

La Ley suprema que rige nuestro país determina lo siguiente:

“Art. 16.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos. 2. El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación. 3. La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas. 4. El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad. 5. Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación”²⁸.

El artículo antes anotado se refiere a diferentes derechos que tienen los ciudadanos que viven en nuestro territorio ecuatoriano, en especial garantiza y protegía el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

²⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

“Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: 31 1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo. 2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada. 3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias”²⁹.

De este artículo podemos decir que el estado garantizara de acuerdo a los diferentes métodos transparentes y en igualdad de condiciones la asignación de las diferentes frecuencias del aspecto radioeléctrico así como también facilitara la creación y fortalecimiento de los medios de comunicación.

“ Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información”³⁰.

El antes descrito artículo es muy claro ya que garantiza en lo principal a que todas las personas tienen derecho, en lo principal a producir y difundir información veraz, verificada y oportuna. Así también a acceder libremente a la información generada en entidades públicas, no habrá reserva de información, tan solo en casos que la ley prohíba.

“Art. 19.- La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”³¹.

³⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

Este artículo garantiza en lo principal la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales dentro de los programas de los medios de comunicación.

“Art. 20.- El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación”³².

Este artículo es primordial garantiza el secreto profesional y la reserva de la fuente de quienes informen o emitan opiniones desde los medios de comunicación u otras formas.

“Art. 66.- 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”³³.

En definitiva la Ley ecuatoriana principalmente regula todas y cada una de nuestras disposiciones y garantiza la protección de datos, el secreto

³² CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

³³ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.

profesional y la reserva de la fuente de quienes informen entre los más relevantes derechos.

4.3.2. Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos

La presente Ley indica lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto de la Ley.- Esta Ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas”³⁴.

El anteriormente artículo descrito a través de las redes informáticas, regula los mensajes de datos, la firma electrónica, la contratación electrónica entre otros.

“Art. 29.- Entidades de certificación de información.- Son las empresas unipersonales o personas jurídicas que emiten certificados de firma electrónica y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica, autorizadas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en esta ley y el reglamento que deberá expedir el Presidente de la República”³⁵.

³⁴ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

³⁵ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

En este artículo nos indica que los encargados de entregar certificados de firma electrónica son las empresas unipersonales, mismas que son autorizadas por el Consejo Nacional Electoral.

“Art. 57.- Infracciones informáticas.- Se considerarán infracciones informáticas, las de carácter administrativo y las que se tipifican, mediante reformas al Código Orgánico Integral Penal, en la presente ley. Reformas al Código Integral Penal”³⁶.

Establece que son infracciones informáticas las de carácter administrativo y las que se tipifican mediante el Código Orgánico Integral Penal.

“Art. 58.- A continuación del Art. 202, inclúyanse los siguientes artículos innumerados: Art.- 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 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

³⁶ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

comerciales o industriales, serán sancionadas 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 Norteamérica³⁷.

Este artículo es claro determina las respectivas sanciones para quienes violen claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información respectivo. Es decir la persona que vulnere el secreto, reserva será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y multa de 500 dólares. Si la información se refiere a la Seguridad Nacional, la pena será de 1 a 3 años de prisión y multa de 1000 a 1500 dólares. Por ultimo si la divulgación se da por personas encargadas de la custodia, la sanción es con pena de reclusión menor de 6 a 9 años y multa de 1000 a 10.000 mil dores de los Estados Unidos de América.

“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

³⁷ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica³⁸.

Art. 59.- Sustitúyase el Art. 262 por el siguiente: "

“Art. 262.- 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 en razón de su cargo³⁹.

El presente artículo reprime con 3 a 6 años de reclusión menor, a todo empleado público, que hubiera maliciosa y fraudulentamente, destruya documentos, programas de datos contenidos en un sistema de información y donde se le haya encomendado o estén a su cargo.

Art. 60.- A continuación del Art. 353, agréguese el siguiente artículo innumerado:

"Art.- Falsificación electrónica.- 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

³⁸ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

³⁹ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

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 capítulo⁴⁰.

El antes anotado artículo nos dice que serán considerados reos de falsificación electrónica a la persona que con ánimo de lucro utilice cualquier medio y altere o modifique los mensajes de datos.

Art. 61.- A continuación del Art. 415 del Código Integral Penal, inclúyanse los siguientes artículos innumerados:

"Art.- Daños informáticos.- El que dolosamente, de cualquier modo o utilizando cualquier método, destruya, altere, inutilice, suprima o dañe, de forma temporal o definitiva, los programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de sesenta a ciento cincuenta dólares de los Estados

⁴⁰ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

Unidos de Norteamérica. La pena de prisión será de tres a cinco años y multa de doscientos a seis cientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se trate de programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, destinada a prestar un servicio público o vinculado con la defensa nacional.

Art.- Si no se tratare de un delito mayor, la destrucción, alteración o inutilización de la infraestructura o instalaciones físicas necesarias para la transmisión, recepción o procesamiento de mensajes de datos, será reprimida con prisión de ocho meses a cuatro años y multa de doscientos a seis cientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica⁴¹.

Debo decir que este artículo sanciona con prisión de seis meses a tres años y multa de setenta y cinco a ciento cincuenta dólares, a quien destruya, altere, los programas de un sistema de información. Y la pena de prisión será de tres a cinco años y multa de doscientos a seiscientos dólares cuando se trate de programas de datos.

Art. 62.- A continuación del Art. 553, añadanse los siguientes artículos innumerados:

⁴¹ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

"Art.- Apropiación ilícita.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos.

Art.- La pena de prisión de uno a cinco años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el delito se hubiere cometido empleando los siguientes medios 1. Inutilización de sistemas de alarma o guarda; 2. Descubrimiento descifrado de claves secretas o encriptadas; 3. Utilización de tarjetas magnéticas o perforadas; 4. Utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia; y, 5. Violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes"⁴².

Este artículo nos indica que serán sancionados con prisión de seis meses a 5 años y multa de 500 a 1000 dólares, a toda persona que utilizare fraudulentamente sistemas de información. La sanción se la dara o se tomara en cuenta los medios que haya utilizado para cometer este ilícito.

⁴² LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

“Art. 64.- A continuación del numeral 19 del artículo 606 añádase el siguiente: ".... Los que violaren el derecho a la intimidad, en los términos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”⁴³.

El artículo antes descrito señala que serán sancionados todos y cada una de las personas, quienes violaren el derecho a la intimidad, de acuerdo a lo que establece la Ley de Comercio Electrónico.

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal

La presente Ley sancionaría dice:

“Artículo 180.- Difusión de información de circulación restringida.- La persona que difunda información de circulación restringida será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Es información de circulación restringida: 1. La información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley. 2. La información producida por la Fiscalía”⁴⁴.

El antes anotado artículo sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años a la persona que difunda información restringida.

⁴³ LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

⁴⁴ Código Orgánico Integral Penal.Pág.134.

“Artículo 178.- Violación a la intimidad.- La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley”⁴⁵.

Este artículo sanciona con pena privativa de libertad de uno a tres años, a la persona que sin consentimiento de la persona, acceda retenga, grave y difunda información sin autorización.

“Artículo 179.- Revelación de secreto.- La persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”⁴⁶.

⁴⁵ Código Orgánico Integral Pena Pàg.134.

⁴⁶ Código Orgánico Integral Penal.Pàg.134.

Este artículo es muy claro sanciona con pena privativa de libertad de seis meses a un año, a la persona que de acuerdo a su profesión divulgue y cause daño a otra persona.

“Art.229.- La persona que, en provecho o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años⁴⁷.

El artículo antes anotado nos dice, que la persona mediante una tercera persona, revele información registrada, a través de un sistema informático, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. Y si es un servidor público, empleado bancario interno que realicen intermediación financiera será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

“Art.231. La persona que, con ánimo de lucro, altere, manipule o modifique el funcionamiento de programa o sistema informático o

⁴⁷ Código Orgánico Integral Penal. Pág.168.

telemático o mensaje de datos, para procurarse la transferencia o apropiación no consentida de un activo patrimonial de otra persona en perjuicio de esta o de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con igual pena, será sancionada la persona que facilite o proporciones datos de su cuenta bancaria con la intención de obtener, recibir o captar de forma ilegítima un activo patrimonial a través de una transferencia electrónica producto de este delito para sí mismo o para otra persona⁴⁸.

El prescrito artículo nos indica que la persona que con ánimo de lucro, altere el funcionamiento de un programa informático, con el objeto de apropiarse o transferirse un activo patrimonial, ya sea esta en perjuicio de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

“Artículo 232.- Ataque a la integridad de sistemas informáticos.- La persona que destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de sus componentes lógicos que lo rigen, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con igual pena será sancionada la persona que: Código Orgánico Integral Penal 95 1. Diseñe, desarrolle, programe, adquiera, envíe, introduzca, ejecute, venda o

⁴⁸ Código Orgánico Integral Penal. Pág.169.

distribuya de cualquier manera, dispositivos o programas informáticos maliciosos o programas destinados a causar los efectos señalados en el primer inciso de este artículo. 2. Destruya o altere sin la autorización de su titular, la infraestructura tecnológica necesaria para la transmisión, recepción o procesamiento de información en general. Si la infracción se comete sobre bienes informáticos destinados a la prestación de un servicio público o vinculado con la seguridad ciudadana, la pena será de cinco a siete años de privación de libertad”⁴⁹.

El mencionado artículo sanciona con pena de tres a cinco años a toda persona que borre daño o deteriore etc; el sistema de tratamiento de la información.

“Artículo 233.-Delitos contra la información pública reservada legalmente.- La persona que destruya o inutilice información clasificada de conformidad con la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La o el servidor público que, utilizando cualquier medio electrónico o informático, obtenga este tipo de información, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando se trate de información reservada, cuya revelación pueda comprometer gravemente la seguridad del Estado, la o el servidor público encargado de la custodia o utilización legítima de la información que sin la autorización correspondiente revele dicha información, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años y la

⁴⁹ Código Orgánico Integral Penal.

inhabilitación para ejercer un cargo o función pública por seis meses, siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad'⁵⁰.

Este artículo indica que será sancionado con pena de cinco a siete años toda persona que destruya o inutilice información de acuerdo con la presente Ley.

“Artículo 234.- La persona que sin autorización acceda en todo o en parte a un sistema informático o sistema telemático o de telecomunicaciones o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho, para explotar ilegítimamente el acceso logrado, modificar un portal web, desviar o redireccionar de tráfico de datos o voz u ofrecer servicios que estos sistemas proveen a terceros, sin pagarlos a los proveedores de servicios legítimos, será sancionada con la pena privativa de la libertad de tres a cinco años’⁵¹.

El antes artículo anotado sanciona con tres a cinco años a la persona que sin autorización acceda al sistema informático, y se vaya contra la voluntad de quien tenga el legítimo derecho.

Art. 63.- Añádase como segundo inciso del artículo 563 del Código Integral Penal, el siguiente:

"Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de

⁵⁰ Código Orgánico Integral Penal.

⁵¹ Código Orgánico Integral Penal.

Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos⁵².

El antes analizado artículo sanciona con el máximo de la pena y una multa de 500 a 1000 dólares, a toda persona que cometiera un delito valiéndose de los medios electrónicos o telemáticos.

⁵² LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Costa Rica

“Artículo 229 ter.- Sabotaje informático Se impondrá pena de prisión de tres a seis años al que, en provecho propio o de un tercero, destruya, altere, entorpezca o inutilice la información contenida en una base de datos, o bien, impida, altere, obstaculice o modifique sin autorización el funcionamiento de un sistema de tratamiento de información, sus partes o componentes físicos o lógicos, o un sistema informático. La pena será de cuatro a ocho años de prisión cuando: a) Como consecuencia de la conducta del autor sobrevenga peligro colectivo o daño social. b) La conducta se realice por parte de un empleado encargado de administrar o dar soporte al sistema o red informática o telemática, o bien, que en razón de sus funciones tenga acceso a dicho sistema o red, o a los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos. c) El sistema informático sea de carácter público o la información esté contenida en bases de datos públicas. d) Sin estar facultado, emplee medios tecnológicos que impidan a personas autorizadas el acceso lícito de los sistemas o redes de telecomunicaciones”⁵³.

Artículo 232.- Instalación o propagación de programas informáticos maliciosos
Será sancionado con prisión de uno a seis años quien sin autorización, y por cualquier medio, instale programas informáticos maliciosos en un sistema o

⁵³ Delitosinformaticos.com/legislación/costarica.shtml.

red informática o telemática, o en los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos. La misma pena se impondrá en los siguientes casos: a) A quien induzca a error a una persona para que instale un programa informático malicioso en un sistema o red informática o telemática, o en los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos, sin la debida autorización. b) A quien, sin autorización, instale programas o aplicaciones informáticas dañinas en sitios de Internet legítimos, con el fin de convertirlos en medios idóneos para propagar programas informáticos maliciosos, conocidos como sitios de Internet atacantes. - 6 - LEY N.º 9048 c) A quien, para propagar programas informáticos maliciosos, invite a otras personas a descargar archivos o a visitar sitios de Internet que permitan la instalación de programas informáticos maliciosos. d) A quien distribuya programas informáticos diseñados para la creación de programas informáticos maliciosos. e) A quien ofrezca, contrate o brinde servicios de denegación de servicios, envío de comunicaciones masivas no solicitadas, o propagación de programas informáticos maliciosos. La pena será de tres a nueve años de prisión cuando el programa informático malicioso: i) Afecte a una entidad bancaria, financiera, cooperativa de ahorro y crédito, asociación solidarista o ente estatal. ii) Afecte el funcionamiento de servicios públicos. iii) Obtenga el control a distancia de un sistema o de una red informática para formar parte de una red de ordenadores zombi. iv) Esté diseñado para realizar acciones dirigidas a procurar un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. v) Afecte sistemas informáticos de la salud y la afectación de estos pueda poner en peligro la salud o vida de las personas.

Vi) Tenga la capacidad de reproducirse sin la necesidad de intervención adicional por parte del usuario legítimo del sistema informático.

“Artículo 234.- Facilitación del delito informático Se impondrá pena de prisión de uno a cuatro años a quien facilite los medios para la consecución de un delito efectuado mediante un sistema o red informática o telemática, o los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos autorizadas el acceso lícito de los sistemas o redes de telecomunicaciones”⁵⁴.

En Costa Rica, de acuerdo al artículo 229, nos habla sobre el sabotaje informático, cual sanciona con prisión de 3 a 6 años, al que con provecho propio de un tercero destruya inutilice la información contenida en una base de datos.

Así mismo la pena será de 4 a 8 años de prisión cuando la conducta del autor sobrevenga peligro colectivo o daño social.

El artículo 232, también sanciona con prisión de 1 a 6 años quien sin autorización y por cualquier medio, instale programas informáticos maliciosos en un sistema o red informática, la misma que se impondrá en los casos ejemplo; a quien induzca a error a una persona para que instale un programa informático malicioso en un sistema o red informática.

⁵⁴ Delitosinformaticos.com/legislación/costarica.shtml.

4.4.2. Legislación Uruguay

“EN Uruguay se aprobó en el año 2007 la ley N° 18.237 denominada EXPEDIENTE ELECTRÓNICO cuyo único artículo autoriza el uso de expediente electrónico, de documento electrónico, clave informática simple, firma electrónica, firma digital y domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Se hace referencia a esta ley porque es evidente que será de amplio tratamiento para el caso de los delitos informáticos, puesto que las conductas que autoriza pueden ser objeto de un ciberdelito.

Los delitos informáticos no son de tratamiento específico por la legislación uruguaya, puesto que no existe una ley de ilícitos informáticos (no puede haber delito sin ley previa, estricta y escrita que lo determine - principio de legalidad-), ni tampoco un título específico relativo a los mismos en el Código Penal uruguayo. Se tratará de otorgar una vez más, la participación que al Derecho Penal corresponde dentro del ordenamiento jurídico, como último remedio a las conductas socialmente insoportables, que no pueden ser solucionadas por la aplicación de otro proveimiento jurídico que no se la aplicación de la sanción más gravosa de todo el sistema”⁵⁵.

⁵⁵ Delitosinformaticos.com/legislación/uruguay.shtml.

En este país existe algo que llama la atención los delitos informáticos no son de tratamiento específico por la legislación uruguaya, puesto que no existe una Ley de ilícitos informáticos, ni tampoco un título específico relativo a los mismos en el Código Penal Uruguayo.

4.4.3. Legislación Chilena

En Chile el 28 de mayo de 1993, se promulgó la ley 19.223 pero no fue hasta la fecha 7 de junio de 1993 que ésta se publicó. Esta ley, tipifica y sanciona los denominados Delitos Informáticos.

Los delitos tipificados en la Ley 19.223 consideran como un bien jurídico la calidad, la pureza e idoneidad de la información que está contenida en cualquier sistema automatizado de tratamiento de la información. Además, no solo se protege el bien mencionado anteriormente sino que también los siguientes:

- a) El patrimonio, en el caso de los fraudes informáticos.
- b) La privacidad, intimidad y confidencialidad de los datos, en el caso de espionaje informático.
- c) La seguridad y fiabilidad del tráfico jurídico y probatorio, en el caso de falsificaciones de datos probatorios mediante algún sistema o medio informático.

- d) El derecho de propiedad sobre la información y sobre los elementos físicos y materiales de un sistema de información, en el caso de los delitos de daños.

TIPOS DE DELITOS INFORMÁTICOS

Clasificación según el “Convenio sobre la Ciberdelincuencia” de 1 de Noviembre de 2001

Con el fin de definir un marco de referencia en el campo de las tecnologías y los delitos para la Unión Europea, en Noviembre de 2001 se firmó en Budapest el “Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa”. En este convenio se propone una clasificación de los delitos informáticos en cuatro grupos:

- **Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos:**
 - Acceso ilícito a sistemas informáticos.
 - Interceptación ilícita de datos informáticos.
 - Interferencia en el funcionamiento de un sistema informático.
 - Abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos.

Algunos ejemplos de este grupo de delitos son: el robo de identidades, la conexión a redes no autorizadas y la utilización de spyware y de keylogger.

- **Delitos informáticos:**

- Falsificación informática mediante la introducción, borrado o supresión de datos informáticos.
- Fraude informático mediante la introducción, alteración o borrado de datos informáticos, o la interferencia en sistemas informáticos.

El borrado fraudulento de datos o la corrupción de ficheros algunos ejemplos de delitos de este tipo.

- **Delitos relacionados con el contenido:**

- Producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil, por medio de un sistema informático o posesión de dichos contenidos en un sistema informático o medio de almacenamiento de datos.

- **Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos afines:**

- Un ejemplo de este grupo de delitos es la copia y distribución de programas informáticos, o piratería informática.

Con el fin de criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos mediante sistemas informáticos, en Enero de 2008 se promulgó el “Protocolo Adicional al Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa” que incluye, entre otros aspectos, las medidas que se deben tomar en casos de:

- Difusión de material xenófobo o racista.
- Insultos o amenazas con motivación racista o xenófoba.
- Negociación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad.

Tipos de Delitos informáticos

Existen muchos tipos de delitos informáticos, la diversidad de comportamientos constitutivos de esta clase de ilícitos es inimaginable, a decir de Camacho Losa, el único límite existente viene dado por la conjugación de tres factores: la imaginación del autor, su capacidad técnica y las deficiencias de control existentes en las instalaciones informáticas, por tal razón y siguiendo la clasificación dada por el estadounidense -y como señala Gutiérrez Francés, es probable que al escribir estas líneas ya hayan quedado sobrepasada las listas de modalidades conocidas o imaginables, que ponemos a consideración del lector en forma breve en que consiste cada una de estas conductas delictivas:

Los fraudes LOS DATOS FALSOS O ENGAÑOSOS (Data diddling);

“conocido también como introducción de datos falsos, es una manipulación de datos de entrada al computador con el fin de producir o lograr movimientos falsos en transacciones de una empresa. Este tipo de fraude informático conocido también como manipulación de datos de entrada, representa el delito informático más común ya que es fácil de

cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos⁵⁶.

De lo anotado nos indica que no es más que la introducción de datos falsos a un computador con el objetivo de lograr movimientos falsos en una empresa.

MANIPULACIÓN DE PROGRAMAS O LOS “CABALLOS DE TROYA” ;

“Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas. Un método común utilizado por las personas que tienen conocimientos especializados en programación informática es el denominado Caballo de Troya que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal⁵⁷.

Cabe indicar que de lo transcrito indica que el delincuente sabe de conocimientos técnicos concretos de informática, por consiguiente se lo ha

⁵⁶ Delitosinformaticos.com/legislación/chile.shtml..

⁵⁷ Delitosinformaticos.com/legislación/chile.shtml..

denominado Caballo de Troya, cual consiste en insertar instrucciones en una computadora, con el objetivo de realizar una función no autorizada.

LA TÉCNICA DEL SALAMI (Salami Technique/Rouchning Down);

“Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada que se denomina “técnica del salchichón” en la que “rodajas muy finas” apenas perceptibles, de transacciones financieras, se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra. Y consiste en introducir al programa unas instrucciones para que remita a una determinada cuenta los céntimos de dinero de muchas cuentas corrientes”⁵⁸.

En cambio en esta clase de delito se caracteriza por que se introduce en el programa unas instrucciones para que envíe a una determinada cuenta los céntimos de dinero de varias cuentas.

FALSIFICACIONES INFORMÁTICAS: Como objeto: Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada. Como instrumentos: Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color basándose en rayos láser surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas. Estas fotocopiadoras pueden hacer reproducciones de alta resolución, pueden modificar documentos e incluso pueden crear documentos

⁵⁸ Delitosinformaticos.com/legislación/chile.shtml..

falsos sin tener que recurrir a un original, y los documentos que producen son de tal calidad que sólo un experto puede diferenciarlos de los documentos auténticos.

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

PISHING.- Es una modalidad de fraude informático diseñada con la finalidad de robarle la identidad al sujeto pasivo. El delito consiste en obtener información tal como números de tarjetas de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales por medio de engaños.

Las Ley 19.223, tipifica y sanciona los denominados Delitos Informáticos. Los Delitos para la unión Europea, se firmo en Budapest el convenio de ciberdelincuencia del Consejo de Europa, este convenio se propone una clasificación de los delitos informáticos., algunos ejemplos de este grupo de

delitos son: el robo de identidades, la conexión a redes no autorizadas y la utilización de SPYWONW Y DE KEYLOGGER.

También con el fin de criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos mediante sistemas informáticos, en Enero del 2008 se promulgo el “Protocolo Adicional del Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales.

Para fortalecer el desarrollo del presente proyecto se utilizó un conjunto de procedimientos lógicos, considerando los aspectos más relevantes en lo que a métodos, técnicas e instrumentos investigativos se refiere para lograr los objetivos de la investigación.

5.2. Métodos

En el presente proceso de investigación socio-jurídico del problema, se aplicará el método científico, entendido como un camino a seguir para encontrar la verdad sobre una problemática determinada donde se utilizará el método hipotético-deductivo partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales se logrará el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática planteada.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación que queremos realizar, en el presente caso nos proponemos demostrar a través de una investigación socio-jurídica un caso que se concreta a una investigación organizada y sistemática de conocimientos en sus aspectos teóricos y doctrinarios acerca de la mala práctica médica, y la necesidad de sancionar a las personas que obtengan información y luego a cambio de dadas entregan o utilizan información sin ninguna autorización.

Apegados al derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto relativa al efecto social que cumple la norma es decir al ser la sanción muy leve y más aún cuando no se la hace cumplir.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

Utilizaremos los procedimientos de observación, análisis y síntesis, los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico como la encuesta, la entrevista; el estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a abogados en libre ejercicio inmersos en la problemática, previo muestreo poblacional a por lo menos treinta personas para las encuestas, en esta técnica se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores, con el objeto de rescatar su importante opinión y experiencia, a fin de sustentar mi investigación, previa a la verificación de objetivos e hipótesis planteados.

Así mismo aplicaremos el método estadístico para obtener los resultados de la investigación de campo mismos que serán representados en cuadros de porcentajes y en gráficos para su análisis cuantitativo y cualitativo que servirán para poder establecer conclusiones y recomendaciones y dar una propuesta de reforma a la problemática planteada.

6. RESULTADOS

6.1 Análisis de la aplicación de encuestas

Los resultados que damos a conocer son de acuerdo a la encuesta aplicada a 30 profesionales del derecho, para conocer su opinión respecto al tema investigado.

PRIMERA PREGUNTA

¿Está de acuerdo usted que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida, así como lo manifiesta la Constitución de la República?

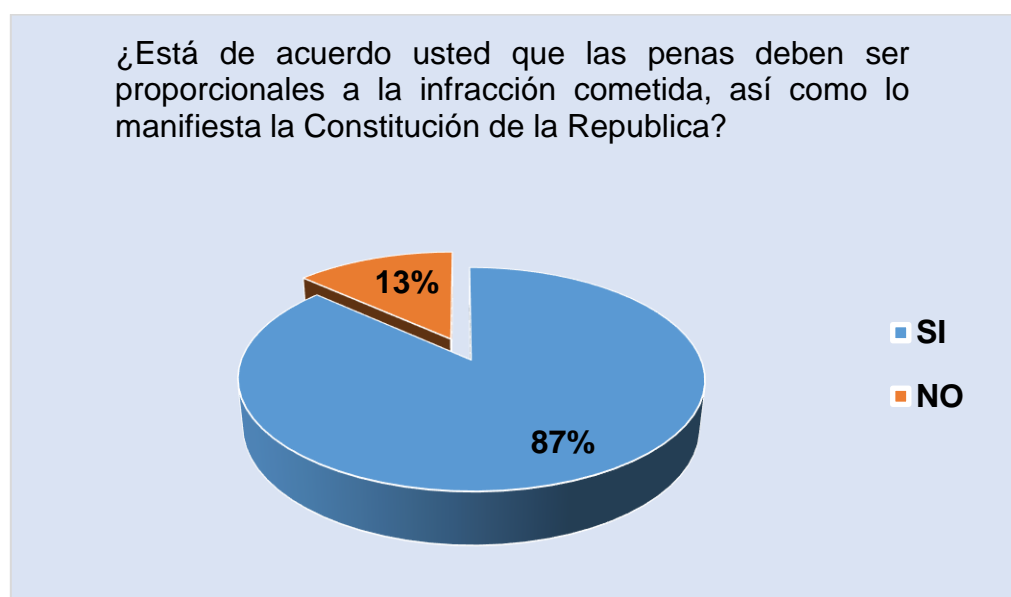
CUADRO Nro. 01

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Sandra Rivera

GRAFICO Nro. 01



INTERPRETACIÓN

En la presente pregunta los encuestados responden que SI están de acuerdo que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida, así como lo manifiesta la Constitución de la Republica, en un porcentaje del 87%; y, un 13% responden que NO están de acuerdo con la proporcionalidad de la infracción cometida.

ANÁLISIS

Como podemos observar el mayor porcentaje de los encuestados nos dicen que es necesario que se practique la proporcionalidad del delito cometido, por las falencias que se suscitan aun en la actualidad.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Cree usted que hay proporcionalidad entre infracciones y sanciones a quienes consiguieron información sobre delitos personales para luego venderla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título sin aprobación de su titular?

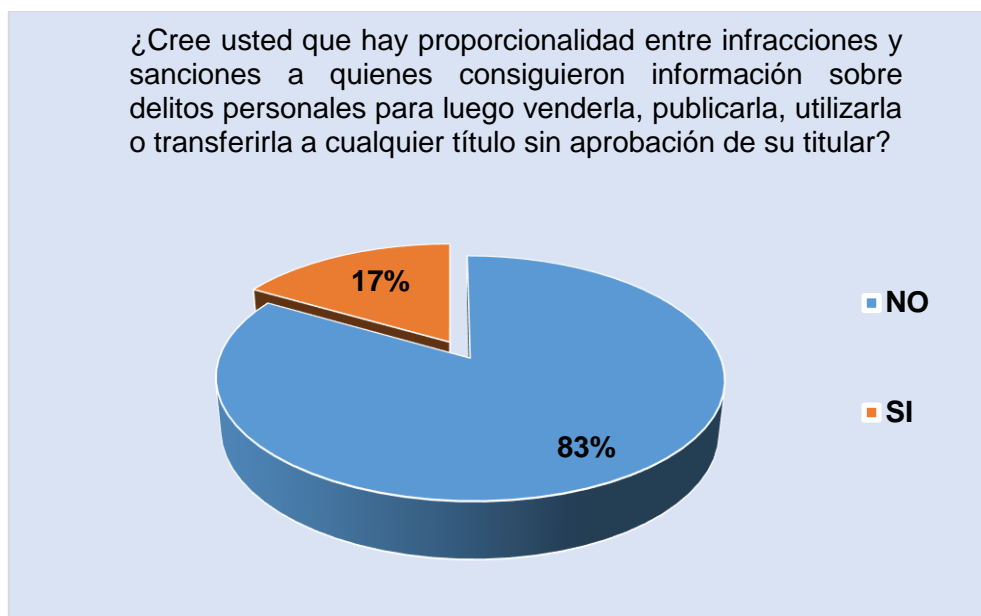
CUADRO Nro. 02

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	17%
NO	25	83%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales en libre ejercicio

ELABORACIÓN: Sandra Rivera

GRAFICO Nro. 02



INTERPRETACIÓN

El 83% de los profesionales del Derecho creen que NO hay proporcionalidad entre infracciones y sanciones a quienes obtuvieron información sobre delitos personales para después venderla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título sin consentimiento de su titular; y, un 17% de los profesionales del Derecho nos dicen que SI hay proporcionalidad entre infracciones y sanciones a quienes obtuvieron información sobre delitos personales para después venderla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título sin consentimiento de su titular.

ANÁLISIS

Evidentemente podemos verificar que el Legislador ecuatoriano actualmente no cuenta con un mecanismo técnico que le permita predeterminedar la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, lo cual

vulnera flagrantemente los derechos fundamentales de los ciudadanos, esencialmente el derecho a la libertad, al establecer penas exorbitantes.

TERCERA PREGUNTA

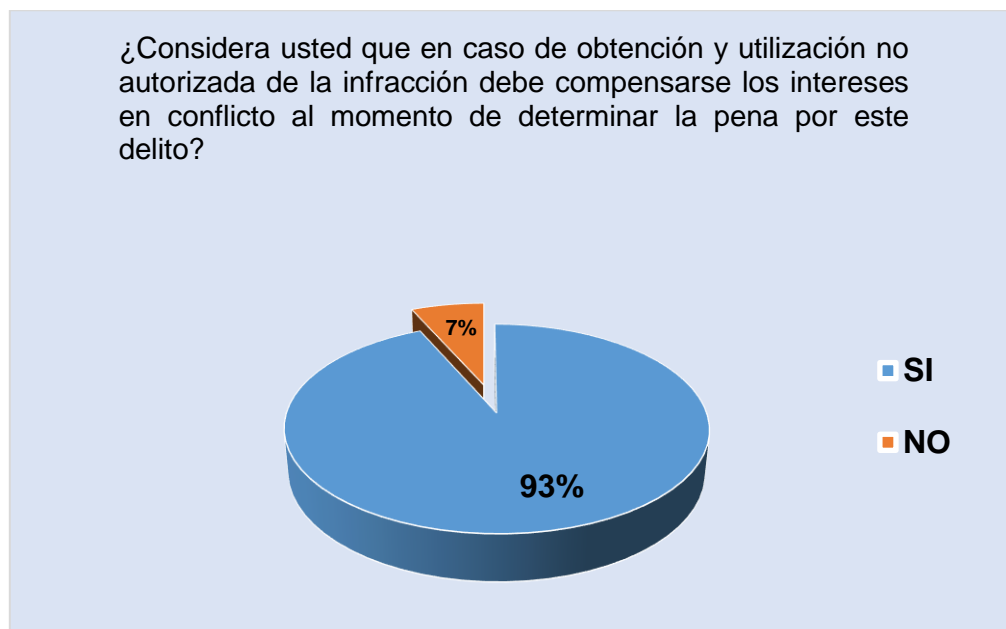
¿Considera usted que en caso de obtención y utilización no autorizada de la infracción debe compensarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito?

CUADRO Nro.03

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	96%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales en libre ejercicio
ELABORACIÓN: Sandra Rivera

GRAFICO Nro. 03



INTERPRETACIÓN

Como podemos ver en el gráfico, el 93% responden que SI debe equilibrarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por estos delitos en caso de obtención y utilización no autorizada de la infracción; y el 7% nos dicen que NO lo consideran necesario equilibrarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por estos delitos en caso de obtención y utilización no autorizada de la infracción.

ANÁLISIS

Debería equilibrarse los intereses en conflicto, para lo cual el Legislador debería aplicar el método de la racionalidad como alternativa para que fundamente sus criterios.

CUARTA PREGUNTA

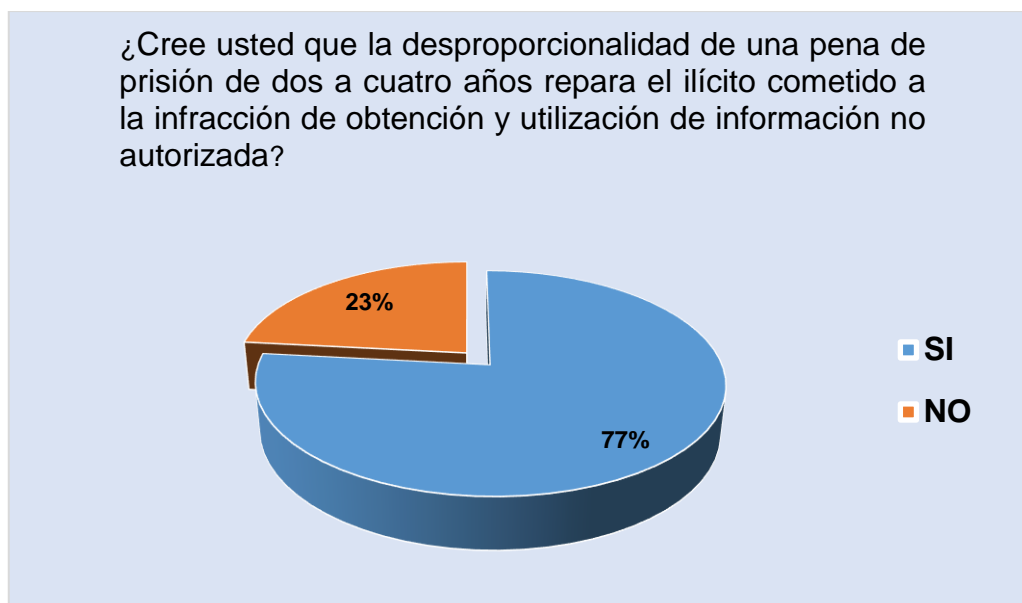
¿Cree usted que la desproporcionalidad de una pena de prisión de dos a cuatro años repara el ilícito cometido a la infracción de obtención y utilización de información no autorizada?

CUADRO Nro. 04

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	77%
NO	7	23%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales en libre ejercicio
ELABORACIÓN: Sandra Rivera

GRAFICO Nro. 04



INTERPRETACIÓN

La mayor parte de los encuestados, que corresponde al 77%, contesta que si creen que la pena de prisión de dos a cuatro años es desproporcionalidad para que se repare el ilícito cometido a la infracción de obtención y utilización de información no autorizada; y, el 23% creen que no es desproporcionalidad.

ANÁLISIS

Para evitar la desproporcionalidad, el Legislador debería crear un impacto en el ciudadano, atendiendo los cinco niveles de racionalidad de tal forma que le permita receptar el mensaje de coercitividad expresado en una cantidad idónea, el objetivo es que no se fracase en el acto comunicativo de la pena, de tal forma que la pena produzcan los efectos que se desean.

QUINTA PREGUNTA

¿Considera usted necesario que debe reformarse el Art. 180 del C.I.P. exigiendo proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información?

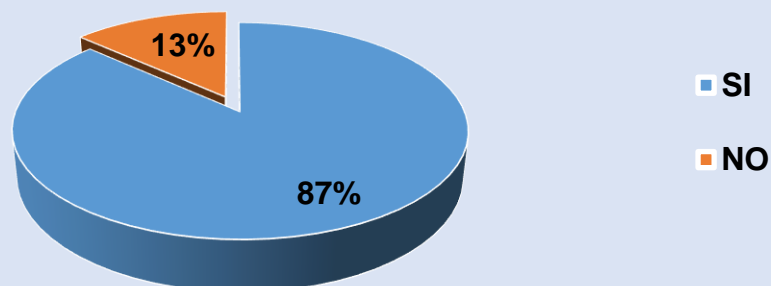
CUADRO Nro. 05

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales en Libre Ejercicio
ELABORACIÓN: Sandra Rivera

GRAFICO Nro.05

¿Considera usted necesario que debe reformarse el Art. 180 del C.I.P. exigiendo proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información?



INTERPRETACIÓN

La gráfica nos indica que el 87% de los encuestados contestaron que SI es necesario una reforma legal al Art. 180 del C.I.P. exigiendo proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información; y, el 13% contestan que NO es necesario una reforma al Art. 180 del C.I.P.

ANÁLISIS

La reforma al Artículo 180 del Código Orgánico Integral Penal, en especial la sanción o la pena, es de gran importancia ya que con esto se intenta rescatar aportes o mecanismos técnicos que sean útiles para que el legislador al momento de crear las penas lo haga de forma idónea, necesaria y proporcional.

7. DISCUSIÓN

1.1. Verificación de objetivos:

Previa a la realización del presente trabajo de investigación se procedió a formular objetivos generales y específicos, los cuales serían comprobados con el desarrollo de la investigación y con el trabajo de campo.

OBJETIVO GENERAL:

“Determinar la proporcionalidad de los delitos informáticos en la obtención y utilización de información no autorizada, mediante un estudio teórico, jurídico, crítico y doctrinario”.

Este objetivo planteado fue cumplido en su totalidad, ayudado de la investigación de campo que nos permitió identificar la necesidad de reformar el Código Orgánico Integral Penal, el cual garantice la proporcionalidad de las penas por los delitos cometidos, al propiciar información sin autorización.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Realizar un estudio, de las penas aplicables por la obtención y utilización de información no autorizada, que permita determinar la proporcionalidad del delito cometido, a fin de establecer parámetros que justifiquen la puesta en marcha del proyecto.

Este objetivo fue comprobado en base a la aplicación de encuestas, dentro del rescate de la opinión de los profesionales del Derecho, este objetivo lo comprobamos en la pregunta nro. dos, dentro de la misma pudimos verificar

que la pena impuesta para este tipo de delitos, no es suficiente y a la vez es desproporcional, de tal manera que no se podría frenar este tipo de delitos a cambio de un interés económico.

- Efectuar el estudio práctico que determine la imposición y ejecución de las penas de los delitos determinados en el Código Orgánico Integral Penal, que permita acoplar la reforma necesaria para los requerimientos óptimos de utilización.

Este objetivo se verificó, de acuerdo a la aplicación de las encuestas, resultados que nos proporcionó la pregunta nro. cuatro, con lo que se pudo comprobar la desproporcionalidad, el Legislador debería crear un impacto en el ciudadano, atendiendo los cinco niveles de racionalidad de tal forma que le permita receptar el mensaje de coercitividad expresado en una cantidad idónea, el objetivo es que no se fracase en el acto comunicativo de la pena, de tal forma que la pena produzcan los efectos que se desean.

- Implantar un proyecto ecuaníme de reforma legal, para la proporcionalidad de las penas estipulado en el artículo 180 del Código Integral Penal del Ecuador, en lo referente a la divulgación de información de carácter reservada y la utilización no autorizada.

Este objetivo fue comprobado por la opinión sustentada en los criterios de los profesionales del derecho a través de la pregunta nro. cinco, que permitió verificar la necesidad de reformar la ley al Artículo 180 del Código Orgánico Integral Penal, en lo que respecta a la sanción o la pena, por su gran

importancia ya que con esto se intenta rescatar aportes o mecanismos técnicos que sean útiles para que el legislador al momento de crear las penas lo haga de forma idónea, necesaria y proporcional.

1.2. Contrastación de hipótesis.

La hipótesis planteada para este proyecto de Investigación, se establece:

“La utilización de información no autorizada por ser infracciones y sanciones desproporcionales a la gravedad del delito cometido, no se hace efectivo la imposición y ejecución de las penas en el Código Integral Penal”.

Aquellas personas que son víctimas de estas situaciones catastróficas no saben cómo defenderse. De ahí que una solución al problema sería establecer la reforma al artículo 180 del Código Integral Penal del Ecuador, en lo referente a la divulgación de información de carácter reservada y la utilización no autorizada. Es evidente que esta hipótesis se ha llegado a cumplir en su totalidad, ya que se demuestra efectivamente que se vulneran los derechos de las personas, es decir se violentan todas las garantías constitucionales que por derecho le asisten. Lo que determina a que las personas vivan situaciones ajenas a su voluntad, específicamente se haga sin su consentimiento.

1.3. Fundamentación de la reforma jurídica

La persona está sujeta a derechos. Pero el humanismo como corriente filosófica se preocupa de humanizar a este sujeto en todos los ámbitos y roles con el propósito de construir una sociedad digna de subsistir con las normas del buen vivir.

Es así que creo que es de incuestionable importancia, la defensa de los derechos de las personas al acceso pleno de la justicia, en realidad es un tema que debe ser analizado desde diversos puntos de vista. He abordado algunos aspectos psicológicos, jurídicos, sociales y hasta políticos, para analizar el fenómeno que ha revolucionado la sociedad en general, muchas veces de manera confusa, contradictoria y en ocasiones injustas donde se ha comprobado la violación de los derechos fundamentales de las personas.

Es así que, me permito expresar el siguiente sustento jurídico para el planteamiento de la reforma, partiendo de los graves efectos de lo manifestado en la problemática y en las aseveraciones de los encuestados, surgidos para este efecto.

Dentro de las sociedades y corporaciones, no se han socializado ideas nuevas y renovadoras que permitan la integración de las familias, deber que es del Estado fortalecer los valores, principios éticos y morales para el buen vivir y la convivencia en sociedad, por el contrario estas leyes mal adosadas solo miran los interés personales para pero miden las consecuencias que tendrán las personas afectadas al momento de dar información sin autorización.

De acuerdo a la normativa del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), no existe un artículo que tipifique o armonicen de una forma proporcional las penas o sanciones por las infecciones cometidas por personas que brindan información sin autorización de la parte interesada, lo que dificulta la aplicación de la justicia.

En realidad, se sugiere que deberían existir sanciones ejemplarizadoras para quienes den información sin autorización, con el claro ánimo de causarle daño, o a la vez beneficiar a una de las partes. Pues digo, con la finalidad de dejar precedentes y que no se vuelva a favorecer a cualquiera de los interesados solo talvez por dadivas o compromisos personales.

En definitiva, considero justo y pertinente que luego del análisis y comprobación en esta investigación, todas consecuencias que trajeren consigo el beneficiar a uno de las personas dando información sin autorización estas personas sean sancionadas de acuerdo a la dimensión del delito.

Los encargados de legislar y los que tiene que de hacer leyes justas no inmiscuyen temas trascendentales que beneficien al colectivo humano, distrayéndose solo en propuestas y otros menesteres, en daño, perjuicio de personas, familias y sociedades inocentes.

8. CONCLUSIONES

Durante el desarrollo y al finalizar el presente trabajo investigativo, tanto en la revisión de literatura como en la investigación de campo se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- 1) Que es un derecho la proporcionalidad de las penas de los delitos por propinar información reservada sin autorización, al no ser muy bien ejecutadas deriva consecuencias muy graves.
- 2) Que la Constitución de la República del Ecuador, contempla el principio de Proporcionalidad, esto contrasta con la realidad porque nuestro sistema penal a más de ser anquilosado, vulnera flagrantemente los derechos fundamentales de los ciudadanos, esencialmente el derecho a la libertad, al establecer penas exorbitantes.
- 3) Que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico, más no atendiendo a particulares circunstancias meramente políticas de populismo penal; provocando una distorsión del principio de proporcionalidad.
- 4) Que para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una equiparación valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al acto.
- 5) Que, existe la necesidad de reformar el Artículo 180 del Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a las sanciones, porque se ha comprobado que no por el hecho de aumentar las penas va a disminuir la comisión de delitos. El aumento drástico de las penas lo único que produce es que actualmente exista una sobrepoblación carcelaria, en un sistema que no cuenta con las políticas necesarias para la rehabilitación.

9. RECOMENDACIONES.

Debido a las falencias actualmente existentes, por ello nos permitimos realizar las siguientes recomendaciones:

- 1) Los profesionales del derecho deberían solicitar a los jueces que eleven a consulta el principio de proporcionalidad de acuerdo a la infracción cometida y al grado de culpabilidad, en especial para las personas que faciliten información sin autorización, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de la sociedad afectada.
- 2) Que los señores jueces de conformidad a lo dispuesto en el Art. 180 del Código Integral Penal de la Constitución de la República del Ecuador, cuando considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, suspenda el trámite y eleve a consulta ante la Corte Constitucional, para de tal manera partir con el cumplimiento de los derechos fundamentales que demandan en el desarrollo de un proceso y esto sea cristalizado con una adecuada aplicación de la Ley.
- 3) Que los ciudadanos apegados a la ética moral emitan sus criterios, tomando conciencia de los daños y perjuicios que se puede provocar a una persona por manejar información sin autorización.
- 4) Que la acción de investigar acerca de la divulgación de información privada, sean los Asambleístas Nacionales quienes den paso a la Reforma de Ley de manera imprescindible e irrenunciable a fin de garantizar el derecho conforme lo estipula la Constitución de nuestra República.

- 5) Que la Asamblea Nacional cree una disposición legal, donde faculte la demanda, las garantías indispensables, como el debido derecho a la defensa de las personas perjudicadas, por ser víctimas del irrespeto y propagación de la información confidencial.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

Concluyendo con el presente trabajo investigativo, me permito sugerir un proyecto donde se incorpore un artículo en el Código Orgánico Integral Penal, que permita que se sancione a la persona, de una forma proporcional de acuerdo al grado del delito cometido, por brindar información sin autorización, a fin de lograr la solución en lo posible de los diferentes problemas que han ocasionado en el desarrollo del presente tema investigativo.

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE INTEGRACIÓN PENAL.

HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR.

Considerandos:

Que en la Constitución de la República del Ecuador en su art. 76 numeral 2, manifiesta. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

Que es obligación del Estado garantizar los derechos de las personas, entre los cuales se halla el derecho al debido proceso para ser tratados por igual ante la ley, con normas y reglamentos que procuren dar seguridad a los ciudadanos en general.

Que es deber del Estado tomar las medidas pertinentes para respetar los derechos de las personas cuando han sido sometidas injustamente a procesos judiciales indebidos

Que el Código Orgánico Integral Penal ha demostrado que las sanciones no son drásticas en contra del demandado o denunciado es decir no son proporcionales de acuerdo a la infracción cometida por que mediante las investigaciones se ha demostrado su culpabilidad.

Que es deber de la Asamblea Nacional entregar al pueblo ecuatoriano y en especial a la Función Ejecutiva, leyes que permitan el adecuado y eficaz ejercicio de los derechos y obligaciones de las personas, pero sobre todo ser tratadas en igualdad de condiciones.

En uso de las atribuciones que le concede el art. 130. Numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, expide lo siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

En el Art. 180 del Código Orgánico Integral Penal.- Refórmese por el siguiente art. 180 dirá:

Art. 180.- La persona que difunda información de circulación restringida será

sancionada con pena privativa de libertad de tres a cuatro años.

Esta información de circulación restringirá:

1. La información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley.
2. La información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa.
3. La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Disposición final: La presente Ley reformativa entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y firmado en la sala de Sesiones del H. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. En la ciudad de San Francisco de Quito Distrito Metropolitano, a los diez y siete días del mes de Julio del año dos mil dieces.

F. Presidente de la H. Asamblea Nacional

F. Secretario General.

10. BIBLIOGRAFÍA.

1. BAQUERIZO Minuche, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación Edilixa. S.A. Editores Guayaquil-Ecuador, 2011.
2. CABANELLAS, Guillermo: Diccionario jurídico elemental, Editorial Helicato, Buenos Aires-Argentina, 1998.
3. CAMPUZANO TOME, Heminir: vida privada y datos personales editorial
4. CAÑAR, Lozano Luis: Comentarios el Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005.
5. Código Integral Penal, Ramiro García Falconí, Ara Editores, Quito-Ecuador.
6. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.
7. CUEVA CARRION, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de protección, ediciones Cueva Carrión, Quito-Ecuador 2010
8. DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel: Manual de derecho informático, editorial Arancali ,S.A, Madrid-España, 1917.
9. DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial jurídico bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004
10. Dr. Jaime Bernal Cuellar, Tomado de la clase del dictado el 23 d mayo del 2012, en la Universidad Externado de Colombia.
11. Dr. Néstor Iván Osuma, Tomado de la clase práctica sobre principio de proporcionalidad dictado por el, en el posgrado de proceso penal de la Universidad Externado de Colombia.
12. ESPINOZA MERINO, Galo: La más practica enciclopedia jurídica, volumen I, vocabulario JURIDICO, EDITORIAL Instituto de Informática Legal, Quito-Ecuador, 1987.

13. Enrique León Palacios, La libertad, Justicia y Derecho en América Latina, Quito-Ecuador, 2009.Pág.45.
14. JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de editoriales y públicas, primera edición, Quito-Ecuador, 2011.
15. Morillas Cueva, El Derecho Penal. Comentarios.2006.
16. LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015
17. Oscar Julián Guerrero, profesor de la universidad Externado de Colombia. Tomado de la clase sobre principio de proporcionalidad.
18. PRIETO SANCHIS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, primera edición, editorial Trata, Madrid-España, 2003.
19. Teoría de los Derechos Fundamentales.
20. VALLEJO DELGADO, Vicente: El delito informático en la legislación ecuatoriana, Corporación de estatus y públicas, Quito-Ecuador, 2010.
21. ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica, Edilexa S.A., editorial, 2010, Guayaquil-Ecuador.

Páginas web:

- delitosinformaticos.fiscalias.gob.ar/wpcontent/uploads/2014/02/CyberCrime-Informe-Final-2013-flip.pdf
- www.delitosinformaticos.info/delitos_informaticos/tipos_delitos.html
- es.wikipedia.org/wiki/Delito_informático
- www.alegsa.com.ar/Dic/delito%20informatico.php#2125
www.policia.es/bit/index.htm
- derecho.laguia2000.com/derecho-penal/tipos-penales#ixzz4CjQk4spl

- Publicación 2008 por Hilda
- Comentarios por: **Jiménez Huerta** define el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal.
- Comentarios por: **Mezger**
- Comentarios por: **González Quintanilla**
- Comentarios por: **Bacigalupo,**
- Comentarios por: **Muñoz Conde, Beling**
- Comentarios por: **Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza**
- Comentarios por: Alexy y Luigi Ferrajoli
- Comentarios por: Los profesores Politoff, Matus, y Ramírez
- Criticas de: **Larenz, Hoing, Hurtwig y Roxin**
- Opiniones de algunos autores nacionales como: Alfredo Etcheberry y Carlos Künsemüller.
- www.monografias.com/trabajos93/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal.shtml#ixzz4CjhN1cz6
- [/www.monografias.com/trabajos93/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal.shtml#ixzz4Cjh96ZO3](http://www.monografias.com/trabajos93/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal.shtml#ixzz4Cjh96ZO3)
- <http://www.monografias.com/trabajos93/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal/cuerpo-del-delito-y-tipo-penal.shtml#ixzz4CjcQvMhN>
- <http://www.monografias.com/trabajos6/delin/delin.shtml#ixzz4CjiTYCSH>
- www.derechoecuador.com/articulos/.../principio-de-proporcionalidad
- Diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/11
- Delitosinformaticos.com/legislación/costarica.shtml.
- Delitosinformaticos.com/legislación/uruguay.shtml.
- Delitosinformaticos.com/legislación/chile.shtml.

11. ANEXOS.

PROYECTO DE TESIS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 180 DEL CÓDIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN A LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA”

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Título de Abogada.

AUTORA:

SANDRA GUADALUPE RIVERA ZARUMA

LOJA – Ecuador
2017

1. TEMA:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 180 DEL CODIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA DIVULGACION DE INFORMACION DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACION NO AUTORIZADA”.

2. PROBLEMÁTICA

En nuestro país se han exagerado en forma alarmante las facilidades que se dan a las partes involucradas en un delito es decir la ley es muy clara ya que en diferentes o en casi todos los delitos debe existir reserva de la información pero llama la atención que muchos de los abogados defensores ya poseen la información por anticipado y saben que es lo que van presentar como pruebas en lo posterior. Por otro lado existen también muchas personas que ocultan la información para luego utilizarla a cualquier título sin importarle el daño que causen a la persona involucrado en un delito.

Es decir hay casos donde la información no debe ser concedida o informada por ningún motivo ya que esta puede favorecer a una de las partes es decir se debe evacuar y realizar todos y cada una de las diligencias para llegar a obtener las respectivas pruebas que conlleven a esclarecer el delito que se esté tratando de resolver.

Pues la información que se facilita es tan cotidiana en Ecuador, es resultado de la falta de control y de una pena severa, fuerte que haga que los profesionales encargados de custodiar esta información tengan temor de concederla y aparte de esto que hagan prevalecer su ética profesional para lo que se formaron y sobre todo hagan honor y cumplan a cabalidad las funciones encomendadas.

El entregar con facilidad la información a una de las partes involucradas en un delito es ayudar a solapar un mal accionar o un mal comportamiento del ser humano cual debe recibir su castigo para poder corregir su proceder. Así mismo es violar el debido proceso ya sean estos cualquiera de las partes no evacuaran nada o no presentaran las respectivas pruebas necesarias para esclarecer el delito que estén investigando, sabiendo que mientras más exista pruebas es mejor que el Juez pueda juzgar y sancionar al culpable, pero al no cumplir con esta etapa en definitiva es dejar en la indefensión a la otra parte ya que al momento de llegar a evacuar la diligencia ya sea esta la audiencia de formulación de cargos o audiencia de juzgamiento la otra parte de forma notoria se quedara con los brazos cruzados porque lo que tenga como prueba a su favor para demostrar la inocencia o culpabilidad no le servirá de nada al momento de del juzgamiento.

3. JUSTIFICACIÓN.

El presente proyecto de investigación se justifica desde diferentes puntos de vista de gran importancia, como son:

Desde el punto vista jurídico, se justifica jurídicamente por ser problemas de carácter legal en procura de dar solución y cortar o frenar el abuso de la facilitación u ocultamiento de la información del delito que se está investigando.

De tal manera lograr reformar el artículo 180 del Código Integral Penal en lo concerniente a la difusión de la información y la utilización no autorizada.

Desde el punto vista social, se justifica porque es un tema de actualidad, la sociedad se encuentra inmersa en este tipo de problemas, muchas veces sin poder ser solucionados porque desconocen la obtención de la información del

delito que se está investigando, es decir no entienden como la otra parte ya tiene la solución al problema, es decir tiene las pruebas listas y solo esperan que se señale la audiencia de juzgamiento o para la audiencia de formulación de cargos. Así mismo existen personas que se guardan la información para luego presentarla y utilizarla a cualquier título sin importar el daño que causan al ser humano.

Desde el punto vista académico, se justifica académicamente porque nos permite demostrar los conocimientos adquiridos durante nuestra carrera formativa a nivel superior, poner en práctica la orientación social y jurídica que imparte la Universidad Nacional de Loja, cuyo objetivo es formar profesionales al servicio de la comunidad, mejorar el desarrollo intelectual profesional, mediante la investigación de los múltiples problemas que soporta la sociedad.

Finalmente este proyecto es factible realizarlo porque el autor dispone de tiempo y recursos necesarios para realizar el trabajo bibliográfico y de campo en el consejo de la judicatura del cantón de Loja y profesionales del derecho, para lo cual se aplicaran encuestas que ayudaran a sustentar el trabajo investigativo.

4. OBJETIVOS.

4.1. Objetivo General.

Determinar la proporcionalidad de los delitos informáticos en la obtención y utilización de información no autorizada, mediante un estudio teórico, jurídico, crítico y doctrinario.

4.2. Objetivos Específicos.

- Realizar un estudio, de las penas aplicables por la obtención y utilización

de información no autorizada, que permita determinar la proporcionalidad del delito cometido, a fin de establecer parámetros que justifiquen la puesta en marcha del proyecto.

- Efectuar el estudio práctico que determine la imposición y ejecución de las penas de los delitos determinados en el Código Orgánico Integral Penal, que permita acoplar la reforma necesaria para los requerimientos óptimos de utilización.
- Implantar un proyecto ecuánime de reforma legal, para la proporcionalidad de las penas estipulado en el artículo 180 del Código Integral Penal del Ecuador, en lo referente a la divulgación de información de carácter reservada y la utilización no autorizada.

4.3. HIPÓTESIS.

La utilización de información no autorizada por ser infracciones y sanciones desproporcionales a la gravedad del delito cometido, no se hace efectivo la imposición y ejecución de las penas en el Código Integral Penal.

5. MARCO TEÓRICO.

Cuando se hace referencia a lo concerniente a la obtención y utilización no autorizada de la información, consideraremos que se origina y se rige por un Código Integral Penal, como sus demás leyes conexas, cuando en definitiva, surge por el hecho del ocultamiento de la información para luego ser utilizada como también el otorgamiento de la misma información, a cambio de cualquier título.

El artículo 180 nos dice que: “La persona que difunda información de circulación restringida será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Es información de circulación restringida:

1. La información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley.
2. La información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa.
3. La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia”.

La Ley sanciona a quien proporcione información que es netamente reservada, pero lo más importante que debe cumplirse es el numeral 2 del artículo antes indicado, ya que cuando se está en la etapa de investigación previo no se puede detectar la fuga de la información y no se sanciona al responsable porque simplemente no lo hay.

Para la comprensión del presente problema debemos analizar algunos puntos muy importantes es así que 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.

Si definimos el delito en forma general observamos que Guillermo Cabanellas escribe señalando que “Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín delictium, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con la pena. En general, culpa crimen quebrantamiento de una Ley imperativa”.

La tipicidad, el segundo elemento 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 antijuricidad, tipicidad y antijuricidad no son, por su acto, caracteres idénticos, pero la tipicidad es un acto de antijuricidad.

La antijuricidad significa exactamente lo contrario al orden jurídico así la antijuricidad 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 anti práctico cuando vulnere un hecho cuando por parte del estado y al cual se le ha dado protección penal. En definitiva cuando se lesiona un bien jurídico.

Un **delito informático** o **ciberdelito** es toda aquella acción antijurídica y culpable, que se da por vías informáticas o que tiene como objetivo destruir y dañar ordenadores medios electrónicos y redes de Internet. Debido a que la informática se mueve más rápido que la legislación, existen conductas criminales por vías informáticas que no pueden considerarse como delito, según la "Teoría del delito", por lo cual se definen como abusos informáticos los tipos penales tradicionales resultan en muchos países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, y parte de la criminalidad informática. La criminalidad informática consiste en la realización de un tipo de actividades que, reuniendo los requisitos que delimitan el concepto de delito, sean llevados a cabo utilizando un elemento informático.

Los delitos informáticos son aquellas actividades ilícitas que: Se cometen mediante el uso de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación (la informática es el medio o instrumento para realizar un

delito); o Tienen por objeto causar daños, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos.

Los también conocidos como Ciberdelitos que son actitudes contrarias a los intereses de las personas en que se tiene a las computadoras como instrumento o las conductas atípicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras como instrumento.

Para esta clase de delitos existe un **principio de proporcionalidad** responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución Española (CE), aunque no lo recoja expresamente: el art. 1 donde se proclama el Estado de Derecho y el valor superior de la libertad, el art. 10.1 donde se proclama la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Estos artículos configuran el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales. Al relacionarlo con estos artículos hace que el Principio de proporcionalidad tenga rango constitucional, lo cual hace que pueda ser apelado en un recurso de amparo.

Entonces, para el Derecho, juzgar es el acto de deliberar, que quien tiene autoridad para ello despliega, 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 luego emitir una decisión, es decir, una sentencia en lo procedente. Por ejemplo, los jueces, que son aquellos profesionales que tienen la responsabilidad de impartir justicia decidiendo qué es delito y que no lo es,

son los máximos responsables del acto de juzgar, a través de sus desempeños en los diversos juzgados, se ocupan de juzgar las diferentes situaciones que llegan a sus despachos con el fin de por supuesto lograr hacer justicia sobre el tema en cuestión en disputa.

Por último a la clase de delitos o mala información difundida se impondrá una sanción. La **sanción** es un término legal, que tiene varias acepciones.

En primer lugar, se denomina **sanción** a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. Dependiendo del tipo de norma incumplida o violada, puede haber sanciones penales o penas; sanciones civiles y sanciones administrativas.

En segundo lugar, se llama **sanción** al acto formal mediante el cual el jefe de Estado da su conformidad a un proyecto de ley o estatuto. En España, por ejemplo, el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes Generales. Y por extensión, además, se denomina sanción a la aprobación o autorización de cualquier acto jurídico. Así, por ejemplo, en Argentina, la sanción es el acto formal mediante el cual el Congreso da fuerza de ley a una norma. En Chile, el Presidente de la República a través de la sanción, da su conformidad al proyecto de ley, presentado por las respectivas Cámaras de Senadores y Diputados, para dicho acto, el Presidente cuenta con una herramienta denominada veto, con la cual podrá vetar el proyecto de ley. En Colombia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones para establecer que la sanción de un proyecto de ley es el acto mediante el cual el Gobierno lo aprueba, y da fe de su existencia y autenticidad. Este acto constituye un requisito esencial que pone fin al proceso formativo de la ley, tal como lo prescribe el artículo 157 numeral 4 de la Constitución.

Por último, desde un punto de vista de Derecho internacional, las sanciones son las medidas económicas, diplomáticas o militares que un Estado toma de forma unilateral para presionar a otro en una negociación o para el cumplimiento de obligaciones internacionales.

Es el recurso que utiliza el estado para reaccionar frente al delito, 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.

El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo.

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua).

La pena produce una serie de efectos en el conjunto de individuos que componen la sociedad que se suponen positivos para ésta, y que según la teoría relativa de la pena, serían los objetivos en los que se fundamentaría la aplicación coactiva de la pena. Así, tanto la teoría retributiva de la pena (o teoría absoluta de la pena), como la teoría relativa antes mencionada coinciden en que la pena, tanto en su vertiente coactiva como en su vertiente coercitiva tienen, o han de tener los siguientes efectos:

- **Prevención general:** Dirigida al conjunto de la sociedad. Respecto del aspecto negativo, la pena es una coacción psicológica con la que se amenaza a la sociedad y con ella a los potenciales delincuentes para que se abstengan de delinquir. En cuanto al aspecto positivo, la función de la pena es confirmar la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia colectiva.
- **Prevención especial:** El destinatario de la prevención especial es la persona concreta del delincuente y tiene por objeto impedirle que cometa nuevos delitos. Esto se logra:

Mediante la corrección: Es la resocialización del sujeto que ha incurrido en un injusto. _mediante la intimidación: respecto de aquel delincuente o sujeto que no necesita corrección o no es receptivo a ella. _mediante la inocuización: Respecto de la privación de libertad.

Por otro lado, la teoría retributiva habla del efecto retributivo de la pena (en un sentido similar a venganza), mientras que la teoría relativa menciona la necesidad de que la pena suponga una inserción del penado en la sociedad.

Clasificación de las penas

Tipos de penas sancionadas por el delito cometido:

A pesar de la connotación de dolor, las penas pueden ser de multitud de formas diferentes, no necesariamente dolorosas, en función del tipo de sanción que quiera imponer el Estado.

Penas corporales

En sentido estricto, las penas corporales son las que afectan a la integridad física. También puede entenderse pena corporal en sentido amplio como

aquellas que no sean pecuniarias. En aplicación del sentido estricto, penas corporales son:

- **Tortura**: Se suele entender que se trata de un trato inhumano o degradante y que va contra los derechos fundamentales, pero en muchos países se sigue usando (azotes, amputaciones, etc.).
- **Pena de muerte**: La más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura o los azotes.

Penas infamantes

Aquellas que afectan el honor de la persona. Son comunes en los delitos militares (por ejemplo, la degradación).

Penas privativas de derechos

Son aquellas que impiden del ejercicio de ciertos derechos (generalmente políticos como el voto o familiares como la patria potestad), privan de ciertos cargos o profesiones o inhabilitan para su ejercicio. Hoy en día también son muy comunes la privación del derecho de conducción de vehículos de motor, y la privación del derecho al uso de armas. También son importantes las inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos durante un tiempo determinado.

Son de muy variado contenido y existe una tendencia a su expansión. Se trata en la actualidad de una categoría residual abierta que se define por ser aquellas penas distintas de privación de libertad y multa. Propiamente hablando toda pena priva de algún derecho.

Entre estas, se pueden señalar: inhabilitación absoluta, que priva definitivamente del disfrute de todo honor, empleo o cargo público durante el tiempo señalado; inhabilitación especial para el ejercicio de un derecho concreto (como el disfrute de empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, de los derechos de patria potestad, tutela, guardia o curatela, y del derecho de sufragio pasivo); suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, o a la tenencia y porte de armas; privación del derecho a residir en determinado lugar, a acudir a él, o a aproximarse o a comunicarse con determinadas personas.

Penas privativas de libertad

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel, aunque cada ordenamiento jurídico le dé un nombre concreto (correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, etcétera).

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la "*prisión preventiva*" porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquélla. Asimismo se diferencia de las denominadas "*penas limitativas de derechos*" en que la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la "pena limitativa de derechos" por cuanto ésta no afecta en modo alguno la libertad del reo

para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos (por ejemplo, prestar servicios a la comunidad) o el impedimento de ejecutar otros (ejercicio de una profesión, por ejemplo).

Pese a que viene a ser una concreción de la pena privativa de derechos, la doctrina la sitúa en un campo aparte debido a su importancia. Es la sanción penal más común y drástica en los ordenamientos occidentales (a excepción de la pena de muerte, de escasa extensión). Supone la privación de la libertad del sujeto, y dependiendo del grado de tal privación, pueden distinguirse las siguientes:

- Prisión.
- Arresto domiciliario.

Penas pecuniarias

La pena pecuniaria es aquella que afecta al patrimonio del penado. Hay que diferenciar en este caso la pena del resarcimiento de la víctima (responsabilidad civil).

- Multa
- Comiso
- Caución

La caución o fianza es la garantía que entrega el encausado para poder defenderse en libertad. El jurista ecuatoriano Enrique León Palacios en su obra "La Libertad, Justicia y Derecho en América Latina" afirma que esta medida es tan solo un privilegio de los que tienen dinero pues aquellos que no lo poseen no pueden gozar de él.

- Confiscación de Bienes

Esta clasificación de las penas toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se caracterizan porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo.

6. METODOLOGÍA

6.1. Métodos

Para fortalecer el desarrollo del presente proyecto se utilizará un conjunto de Procedimientos lógicos, considerando los aspectos más relevantes en lo que a métodos y técnicas investigativas se refiere para lograr los objetivos de la investigación.

Métodos Generales.- Dentro de los métodos generales se utilizará:

Método Científico: nos servirá como guía sistemática para la ejecución del trabajo mediante un proceso de razonamientos que permitan no solamente describir los hechos sino también explicarlos, poniendo a prueba los instrumentos del trabajo investigativo. En el presente caso nos proponemos demostrar a través de una investigación socio-jurídica un caso que se concreta a una investigación organizada y sistemática de conocimientos en sus aspectos teóricos y doctrinarios acerca de sancionar a las personas que obtengan información y luego a cambio de dadas entregan o utilizan información sin autorización.

Método hipotético-deductivo partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales se realizara el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática sujeta a investigación.

Método analítico 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.

6.2 Procedimientos y Técnicas.

Utilizaremos los procedimientos de observación, análisis y síntesis, los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico como la encuesta, la entrevista; el estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

Técnica de la observación directa: esta técnica nos permitirá visualizar de manera general la problemática actual y el contexto cotidiano para implementar reformas al Art. 180 DEL CODIGO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR, EN RELACION A LA DIVULGACION DE INFORMACION DE CARÁCTER RESERVADA Y LA UTILIZACION NO AUTORIZADA.

Instrumentos para la observación: se utilizará diarios, libros, mapas, diccionarios, folletos, e Internet; los mismos que permitirán obtener información de gran importancia para el desarrollo de la investigación.

Técnica de la entrevista: mediante el diálogo directo con los señores abogados en libre ejercicio, se rescatara su importante opinión y experiencia, a fin de sustentar esta investigación, previo a la verificación de objetivos e hipótesis planteados.

Técnica de la Encuesta: está orientada a recopilar testimonios, a abogados en libre ejercicio inmersos en la problemática, previo muestreo poblacional a por lo menos treinta personas para las encuestas.

Así mismo aplicaremos el método estadístico para obtener los resultados de la investigación de campo mismos que serán representados en cuadros de porcentajes y en gráficos para su análisis cuantitativo y cualitativo que servirán para poder establecer conclusiones y recomendaciones y dar una propuesta de reforma a la problemática planteada.

7. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	2016					
	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Sept
Elaboración del proyecto de Investigación	XXX					
Desarrollo y revisión de la literatura	X	XXX				
Aplicación de las encuestas			XXXX			
Verificación y contrastación de Objetivos e Hipótesis				XXXX		
Planteamiento de Conclusiones y Recomendaciones					X	
Presentación del borrador de Tesis.						
Presentación del informen final					XX	
Sustentación y defensa de la Tesis.					X	XX

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Para la elaboración del presente proyecto que se lo realizará en la ciudad de Loja, se contará con los siguientes recursos:

8.1. Recursos Humanos:

- Postulante: Sandra Rivera
- Director de Tesis: Por Designarse.

- Personas involucradas: Abogados en libre Ejercicio.

8.2. Recursos Materiales y Costos

Entre los recursos materiales a utilizar tenemos:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora, calculadora, cassettes;
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de Internet.

8.3. Recursos Económicos.

Los recursos económicos que se invertirán en el presente proyecto de tesis son los siguientes:

RUBROS	MONTO
Material de escritorio y bibliográfico	\$ 270.00
Fotocopias.	\$160.00
Internet y teléfono	\$100.00
Aplicación de encuestas	\$80.00
Elaboración y revisión del borrador	\$190.00
Reproducción de ejemplares	\$ 280.00
Movilización	\$90.00
Imprevistos 5%	\$ 80.00
TOTAL:	\$1250 .00

SON: MIL DOSCIENTOS CINCUENTA DÓLARES.

FINANCIAMIENTO

Los gastos que demanda el presente trabajo de investigación serán solventados con recursos propios de la postulante.

10. BIBLIOGRAFIA

- BAQUERIZO Minuche, Jorge: Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación Edilixa. S.A. Editores Guayaquil-Ecuador, 2011.
- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario jurídico elemental, Editorial Helicato, Buenos Aires-Argentina, 1998
- CAMPUZANO TOME, Heminir: vida privada y datos personales editorial Tecnos
- CAÑAR, Lozano Luis: Comentarios el Código Penal de la República del Ecuador, imprenta Rocafuerte, Tomo III, Cuenca-Ecuador, 2005.
- COIP
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de editoriales y publicaciones, Quito-Ecuador, 2013.
- CUEVA CARRION, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de protección, ediciones Cueva Carrión, Quito-Ecuador 2010
- DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel: Manual de derecho informático, editorial Arancali ,S.A, Madrid-España, 1917.
- DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial jurídico bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004

- ESPINOZA MERINO, Galo: La más practica enciclopedia jurídica, volumen I, vocabulario JURIDICO, EDITORIAL Instituto de Informática Legal, Quito-Ecuador, 1987
- JARAMILLO HUILCAPI, Verónica: Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano, Corporación de editoriales y públicas, primera edición, Quito-Ecuador, 2011
- LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICA, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS, Corporación de estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 2015
- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica, Edilexa S.A., editorial, 2010, Guayaquil-Ecuador.
- VALLEJO DELGADO, Vicente: El delito informático en la legislación ecuatoriana, Corporación de estatus y públicas, Quito-Ecuador, 2010.
- PRIETO SANCHIS, Luis: Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales, primera edición, editorial Trata, Madrid-España, 2003.
- Código Orgánico Integral Penal.
- www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_informaticos.pdf.
- www.derechoecuador.com/.../drechopenal/.../proporcionalidad-entre-penas-y-delitos.

ANEXOS

**Formato de la encuesta.
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

SEÑORES ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL:

En mi calidad de egresado de la Carrera de Derecho, es necesario realizar una investigación para mi tesis de grado, por lo que me he permitido aplicar el siguiente tema: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 180 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR, EN RELACIÓN A LA DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN DE CARACTER RESERVADA Y LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA”**. Pido se digne contestar el siguiente cuestionario, mismo que servirá como fuente para comprobar la hipótesis planteada.

ENCUESTA

Pregunta N° 1:

¿Está de acuerdo usted que las penas deben ser proporcionales a la infracción cometida, así como lo manifiesta la Constitución de la Republica?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

Pregunta N°2:

¿Cree usted que hay proporcionalidad entre infracciones y sanciones a quienes consiguieron información sobre delitos personales para luego venderla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título sin aprobación de su titular?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

Pregunta N°3:

¿Considera usted que en caso de obtención y utilización no autorizada de la infracción debe compensarse los intereses en conflicto al momento de determinar la pena por este delito?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

Pregunta N°4:

¿Estima necesario usted que es desproporcionalidad, a la infracción de obtención y utilización de información no autorizada, con una pena de prisión de dos a cuatro años repara el ilícito cometido?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

Pregunta N°5:

¿Considera usted necesario que debe reformarse el Art. 180 del C.I.P. exigiendo proporcionalidad de las sanciones para los delitos de obtención y utilización no autorizada de la información?

SI () NO () ¿Por qué?

.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	7
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	7
4.1.1. El Tipo Penal.....	7
4.1.2. Los Delitos Informáticos.....	10
4.1.3. Crímenes Específicos.....	19
4.1.4. Sujetos agente y paciente	21
4.1.5. La Proporcionalidad	22
4.1.6. Significado y contenido	36
4.1.7. Las infracciones.....	43
4.1.8. Las Sanciones.....	50
4.1.9. Clasificación de las sanciones.....	51
4.1.10. Sanciones en el ámbito jurídico.....	52
4.1.11. Las Penas.....	53
4.1.11.1. Clasificación de las penas.....	54
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	59
4.2.1. Reseña Histórica de los delitos informáticos.....	59
4.2.2. Efectividad de la imposición y ejecución de las penas de los delitos.	65
4.2.3. La Proporcionalidad de las penas y sanciones.....	70
4.3. MARCO JURÍDICO.....	75

4.3.1.	Constitución de la República del Ecuador	75
4.3.2.	Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos	79
4.3.3.	Código Orgánico Integral Penal	86
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA	93
4.4.1.	Costa Rica.....	93
4.4.2.	Legislación Uruguay	96
4.4.3.	Legislación Chilena.....	97
5.	MATERIALES Y MÉTODOS.....	105
5.1.	Materiales.	105
5.2.	Métodos	105
5.3.	Procedimientos y Técnicas.....	106
6.	RESULTADOS	107
6.1	Análisis de la aplicación de encuestas	107
7.	DISCUSIÓN	115
7.1.	Verificación de objetivos:	115
7.2.	Contrastación de hipótesis.....	117
7.3.	Fundamentación de la reforma jurídica	118
8.	CONCLUSIONES	120
9.	RECOMENDACIONES.	121
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA.....	122
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	125
11.	ANEXOS.....	128
	PROYECTO DE TESIS	128
	ÍNDICE.....	150