



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO
DELITO EN EL CÓDIGO PENAL LA ESTAFA INFORMÁTICA”

TESIS PREVIA A
OPTAR POR EL GRADO
DE ABOGADO

AUTOR:

MAURICIO DAVID LANDÁZURI CEVALLOS

DIRECTORA:

DRA. ANDREA SOLEDAD AGUIRRE CÓRDOVA

LOJA - ECUADOR

2012

1859

**Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO
EN LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A
DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
DE LOJA**

CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de Tesis para optar por el grado de Abogado, con el tema: "NECESIDAD DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO DELITO EN EL CÓDIGO PENAL, LA ESTAFA INFORMATICA", presentado por el postulante Mauricio David Landázuri Cevallos; una vez que se han cumplido con las observaciones y sugerencias realizadas de mi parte, autorizo al autor la presentación del estudio para la respectiva sustentación y defensa ante las instancias correspondientes.

Loja, octubre de 2012

**Dra. Andrea Soledad Aguirre Córdova
DIRECTORA DE TESIS**

AUTORIA

Todos los comentarios a los conceptos citados, los criterios, resultados, análisis, conclusiones, recomendaciones y la propuesta que se presenta en este trabajo, son de mi absoluta responsabilidad.

Mauricio David Landázuri Cevallos

DEDICATORIA

A mi familia y a todos mis seres queridos.

Mauricio David Landázuri Cevallos

AGRADECIMIENTO

Expreso mi sincera gratitud a la Universidad Nacional de Loja, por permitirme acceder a mis estudios de nivel superior.

A todos los catedráticos que durante seis años, sin escatimar esfuerzo alguno, me impartieron con generosidad sus valiosos conocimientos y experiencias en el campo del Derecho.

A las autoridades de la Modalidad de Estudios a Distancia en donde me formé, y de manera especial a la Dra. Andrea Aguirre Córdova, por haber asumido con absoluta responsabilidad y dedicación, la dirección de este trabajo, y colaborar con su orientación para que el estudio se realizara en la mejor forma posible.

Y especialmente a Dios por su ayuda y a mis familiares por su paciencia, quienes con su apoyo incondicional hicieron posible culminar la presente Tesis.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

- a. Título
- b. Resumen
 - 2.1 Abstract
- c. Introducción
- d. Revisión de Literatura
 - 4.1. Marco Conceptual
 - 4.1.1. El delito
 - 4.1.1.1. Concepto y clases
 - 4.1.2. Elementos del delito
 - 4.1.3. La antijuricidad y la tipicidad
 - 4.1.4. La estafa
 - 4.2. Marco Doctrinario
 - 4.2.1 El delito informático
 - 4.2.2. La estafa informática
 - 4.3. Marco Jurídico
 - 4.3.1. El delito informático en la Constitución de la República del Ecuador
 - 4.3.2. La estafa informática en el Código Penal ecuatoriano
 - 4.3.3. El delito informático en el Derecho Comparado
- e. Materiales y Métodos
 - 5.1 Materiales utilizados
 - 5.2 Métodos

5.3 Procedimientos y Técnicas

f. Resultados

6.1. Resultados de la aplicación de Encuestas

g. Discusión

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

h. Conclusiones

i. Recomendaciones

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

j. Bibliografía

k. Anexos

a. TÍTULO

“NECESIDAD DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO DELITO EN EL
CÓDIGO PENAL, LA ESTAFA INFORMÁTICA”

b. RESUMEN

La presente tesis se motivó, por cuanto en el Art. 560 del Código Penal que tipifica y penaliza la estafa, estipula sanción para quienes utilicen medios electrónicos o telemáticos, no se tipifica ni penaliza la estafa informática como delito autónomo, como sí se lo ha hecho en otros países.

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El Código Penal en la actualidad ha quedado obsoleto en cuanto a la tipificación de nuevas figuras delictivas que se presentan por los diferentes avances tecnológicos, por tanto, es necesario que se reforme el Código Penal a partir del Art. 563 para adecuarlo a muchas y modernas situaciones tales como la utilización de software para generar error en el funcionamiento de medidores de energía eléctrica o en débitos en cuentas de ahorros y corrientes de ínfimas cantidades que depositadas en una sola cuenta asciende a una gran cantidad de dinero, esto no se puede comprobar desde dónde se produjeron los débitos ya que se utiliza software informático especializado, a tal punto que si el ahorrista lo

descubre, al único que sancionan es al cajero, pero de manera injusta y no se investiga penalmente la estafa informática de la que fue objeto tanto la institución financiera como el afectado.

Varias son las formas por las que se podría perjudicar a las personas mediante medios informáticos, pero en nuestra legislación penal no se ha tipificado tal infracción, por lo que tales delitos quedan en la impunidad.

De esta forma se realizó la investigación tratando de hacer énfasis en la defensa de los derechos de las personas que espero algún día tenga eco y se convierta en una realidad, pues en la actualidad estamos desprotegidos de varias situaciones dolosas que por medios informáticos pueden darse y presentarse en nuestra actividad diaria.

ABSTRACT

This thesis is motivated, since in Article 560 of the Penal Code, which defines and penalizes the scam in our legislation provides penalties for those who use electronic or telematic, does not define or criminalize computer fraud as a separate offense as if it has in other countries.

The Section 82 of the Constitution of the Republic of Ecuador, states: "The right to legal certainty is based on respect for the Constitution and the prior existence of legal rules, clear, and implemented by public authorities."

The Criminal Code has now obsolete in respect to the definition of new offenses which arise from the different technological advances, therefore, it is necessary to reform the Penal Code Article 563 from to suit many modern situations such as using software to generate malfunction of electrical energy meters or debits on savings and current accounts of minute amounts deposited into one account amounts to a lot of money, this is not apparent from where there were debits and used specialized computer software to the point that if the saver finds out, the only sanction is the cashier, but unfairly and not a criminal investigation of computer fraud that was the subject of both the institution financial as affected.

There are several ways in which it could harm people through information

technology, but in our criminal law has not established such a violation, so that such crimes would be committed with impunity.

This research was done trying to emphasize the rights of people who hope one day will resonate, and it becomes a reality because we are currently unprotected fraudulent various situations that may occur through computer and presented in our daily.

c. INTRODUCCIÓN

Mi trabajo de investigación en la modalidad de tesis analiza la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal, la estafa informática, bajo la consideración de que ya se ha contemplado algunas formas de ilícito usando medios informáticos, pero no se define en forma autónoma la estafa informática como sí se lo ha hecho en otros países y que la impunidad por esos casos ha bajado notablemente, por ello, nuestro país también debe incorporarse en los países que han modernizado sus legislaciones.

En tal virtud empecé por hacer referencia a conceptos y referentes doctrinarios sobre el delito, sus elementos, los delitos contra la propiedad y la estafa como delito; realicé un estudio de los delitos informáticos en el Código Penal y el delito informático como delito autónomo para ubicarlos luego en el derecho comparado.

El problema jurídico planteado relativo a criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal a la estafa informática, se configuró en una propuesta de trascendencia social e importancia jurídica que algún día se respetará en nuestro país.

La trascendencia legal que ocasiona la seguridad de contar con normas

que sancionen las figuras que han estado perjudicando a varias personas por medio de estafas informáticas está dada por la amplia protección a los derechos de las personas y la obligación del Estado a sancionar a los agentes delictivos.

La presente investigación en la modalidad de tesis, se enmarca dentro de los contenidos contemplados en el diseño curricular de la Carrera de Derecho y forma parte del extenso campo profesional del Abogado y contiene los elementos requeridos en el Reglamento Académico por lo que contiene la revisión de literatura, resultados, discusión, conclusiones, recomendaciones y propuesta de reformas.

Todo ello, permitió tratar e investigar el problema objeto de estudio identificado y luego procedí a realizar todos y cada uno de los requerimientos institucionales académicos de nuestra Universidad.

La originalidad constituye un factor preponderante en la investigación científica, pues no tendría sentido investigar situaciones que con anterioridad ya se han investigado, por ello, la presente tesis trata sobre un tema de mucha actualidad y pertinencia.

Fue del todo factible la ejecución de mi tesis, ya que conté con las distintas fuentes bibliográficas, el apoyo de los Docentes de la Carrera de

Derecho y de algunos profesionales del Derecho que sustentaron mi trabajo en el ámbito jurídico.

Dejo entonces presentado mi trabajo investigativo esperando que todos quienes tengan acceso a la lectura del mismo saquen provecho de mi investigación que con toda modestia pongo a disposición de la colectividad que estudia el Derecho como ciencia y que procura día a día el cumplimiento efectivo de nuestros derechos.

d. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. EL DELITO

Ofreceré únicamente unas definiciones generales que a mi juicio son las más completas para poder asimilar al delito como tal, veamos:

“Delito es el hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica sancionada con pena en sentido estricto (pena criminal), lesivo o peligroso para los bienes o intereses considerados por el legislador como merecedores de la más enérgica defensa, y expresión reprobable de la personalidad del Agente, tal como se encuentre en el momento de su comisión”¹.

De esta definición en la que se encuentra refundidos el concepto formal, el concepto sustancial y el concepto sintomático del delito, como facetas inseparables de una misma realidad social, jurídica y humana, es posible deducir:

¹ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Pág. 141.

- Los aspectos según los cuales el delito es objeto de conocimiento,
- Los caracteres que resultan de su consideración unitaria y sintética;
y,
- Los elementos que se deducen por vía analítica en las diferentes partes que constituyen su estructura

La definición que he presentado en esta tesis no es por lo tanto, puramente nominal, como la que dice que “delito es un hecho punible” y tampoco incompleta, como las que nos presentan bajo un concepto puramente formal, o puramente social, o ético o simplemente sintomático, si no que contiene todas las afirmaciones que son necesarias y suficientes para caracterizar el delito, como realidad social y jurídica, y a un mismo tiempo, como hecho del hombre que tiene importancia para el derecho.

4.1.1.1. CONCEPTO Y CLASES

El concepto de delito es parte capital del Derecho Penal y ha ocupado siempre un importante papel en su parte General. Ello porque la adecuada construcción dogmática del mismo es esencial para la calidad científica del Derecho Penal, para la adecuada configuración de las garantías que éste ha de proporcionar en relación a los derechos y a la seguridad jurídica de los ciudadanos y para el valor instrumental de la

parte General con respecto a la Especial.

La teoría del delito recoge de este modo, lo que de universal y común tienen las infracciones penales en particular y lo que los distingue de otros entes jurídicos.

El concepto ofrece dos acepciones:

“1.- Noción Amplia.- En este sentido delito equivale a toda especie delictiva, ha hecho punible. Se emplea usualmente con este significado si bien el Código utiliza frecuentemente la expresión infracción criminal, hecho delictivo, o, simplemente infracción.-

2.- Noción restringida o propia.- Designaba la más grave de las clases de hechos punibles. No obstante, al utilizar este término el Código de 1995 para designar dos clases de infracciones, habrá que adjetivar el delito como grave o menos grave para acabar de especificar la clase de hecho punible de que se trata”².

En lo que respecta al concepto genérico de delito, a pesar de delito, a pesar de ciertas aportaciones de las doctrinas filosóficas y sociológicas, se sigue en todo el Derecho actual una noción jurídica introducida hace

² DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX. s/n.

casi un siglo por la Escuela Técnico Jurídica. Según ésta el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable castigada por la Ley con una pena. Tal concepción es la que subyace a la caracterización del delito, es decir, que son delitos o faltas o acciones y omisiones dolosas o imprudencias penales por la Ley.

Según la doctrina, la definición de delito cumple varias funciones.

- a) “Conceptual.- Se fija con ella la idea de del delito con que opera el legislador español con validez para todo el derecho Penal. No se puede configurar un tipo delictivo que se oponga a esta noción de la infracción criminal sin proceder a modificar antes este precepto.
- b) Normativa.- Según ella solo pueden y deben ser considerados y castigados como delito o falta de aquellas acciones en que concurra los elementos o requisitos de la definición legal, los hechos que no los cumplan no pueden ser considerados delictivos.
- c) De garantía. Ya que el artículo comentado supone una consagración integral del principio de legalidad, como impone la ley; al referirse también a los caracteres internos de la infracción punible y no sólo a la delimitación objetiva de la diferentes especies

infracciones.”³

No obstante, las funciones que en la antigua normativa penal tenía este precepto en relación a tipos específicos configurados como infracción de los principios penales básicos que han perdido peso en nuestro Código, donde tales tipos han sido eliminados y otros como el que propongo no se han incorporado.

La descripción del Código contiene un elemento material, otro ético y otro legal a través de los cuales se expresan los diferentes elementos del hecho delictivo. Estos son:

“1.- La acción. Es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el Legislador para describirla y sancionarla como una pena. Debe cumplir por tanto diversas condiciones.

En primer término, ha de tratarse de un acto o producto de la voluntad humana, sin que, todavía, haya de atenerse al contenido de esta voluntad. Lo relevante para la teoría de la acción es que se trate de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, a una manifestación de su voluntad consciente y espontánea. Para que se dé, basta que el sujeto quiera su propio obrar. Por eso, este

³ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX. s/n.

elemento queda excluido del delito cuando se ejerce sobre el sujeto activo directo y aparente una violencia insoportable o éste se encuentra inmerso en la inconciencia o el completo sopor. Además, esta manifestación de voluntad ha de exteriorizarse, ha de consistir en actos externos, positivos o negativos: pues, de lo contrario, es irrelevante para el Derecho Penal. En consecuencia, el derecho de acción es predicable tanto de los delitos formales como de los materiales.

En segundo término, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el Derecho. No obstante, el resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé.

En tercer lugar, ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y del resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (teorías causalistas, noción finalista, doctrina social de la acción). Nuestra jurisprudencia se viene decantando últimamente por una cultura ecléctica.

Así sobre la base de una teoría causalista como es la de equivalencia de condiciones, es condición necesaria para producir el resultado toda aquella condición que, suprimida idealmente, daría lugar a que el resultado no se produjese o *conditio sine qua non*, se exige que el

resultado sea objetivamente imputable al autor teniendo en cuenta como elemento finalista el del criterio de protección establecido en la norma. No obstante, es muy difícil proporcionar un criterio unitario de la construcción de la relación de causalidad válida para todos los tipos del Código y, por ello, es mucho mejor referirse a esta relación en base a cada tipo concreto.

Por otro lado, el concepto de acción no es unívoco, pudiéndose distinguir tres tipos de acción.

a) La acción propiamente dicha o comisión. Es el supuesto normal, ya que el legislador describe la mayoría de las conductas con referencia al hacer positivo. En cuanto a su caracterización, y por lo que hace a la manifestación de voluntad. Se presenta en forma de movimiento corporal, en un hacer algo; en lo que respecta al resultado consiste éste en una mutación del mundo exterior, y en cuanto a la naturaleza de la norma violada ésta es de naturaleza prohibitiva.

b) La omisión simple.- Consiste en un no hacer algo. Se caracteriza en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por consistir éste en el mantenimiento de un estado de cosas, y en

cuanto a la naturaleza de la norma violada, por ser de índole preceptiva. La omisión se refiere a deberes jurídicos de actuar consignados en la Ley y no a deberse puramente morales. Modernamente se estima que no existen delitos de omisión sin manifestación de voluntad, sino que aquellos calificativos de esta forma son en realidad delitos imprudentes en los que la inacción no se produce por una directa determinación volitiva, sino por falta de la diligencia debida. El Código Penal recoge numerosos delitos de omisión simple.

- c) La comisión por omisión. Estriba en un no hacer alguna cosa, igual que el caso anterior, pero equiparan a los de resultado en que son causa de la producción de una mutación en el mundo exterior al no haber hecho el agente lo que de él se esperaba. Se caracteriza en cuanto a la manifestación de voluntad, por presentarse como una abstención; en cuanto al resultado, por constituir éste en una mutación de la realidad objetiva y en lo relativo a la naturaleza de la norma violada, al quebrantarse una ley prohibitiva mediante la infracción de una previa ley preceptiva.-

Es preciso diferenciar los delitos de comisión por omisión de

aquellos otros que se cometen por comisión, pero eligiendo el agente un medio omisivo. La diferencia estriba en la infracción de la ley preceptiva que se produce en los primeros. El sujeto activo ha de ser que con arreglo al ordenamiento jurídico, ya sea por ley, por obligación contractual o por deber o derecho público, esto se producirá.

Pueden entenderse como ejemplos que admiten también este tipo de acción de los delitos previstos en el Código Penal. La insatisfactoria regulación de esta especie delictiva en el Código, en el que sólo una interpretativa del principio de legalidad permitía admitirlas, ha motivado que el Código Penal vaya mejorando, incluso subsane este defecto y complete específicamente en el caso de su definición legal. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”⁴.

De lo antes manifestado, puedo sostener que se observa en el delito

⁴ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA LEX. s/n.

varios elementos que deben ser estudiados como tales, es decir, que se encuentran refundidos el concepto *formal*, el concepto *sustancial* y el concepto sintomático del delito, como facetas inseparables de una misma realidad social, jurídica y humana, es posible deducir los aspectos según los cuales el delito es objeto de conocimiento, los caracteres que resultan de su consideración unitaria y sintética, y los elementos que se deducen, por vía analítica, de su descomposición en las diferentes partes que constituyen su estructura.

De conformidad con la anterior definición, y puesto que las normas del Derecho Penal, si bien se reducen a órdenes o a prohibiciones y a sanciones conminadas por su trasgresión, se dictan no obstante para amparar bienes o intereses individuales y colectivos, que se protegen al determinarse la medida y especie de la pena adecuada, particularmente en el momento de su aplicación, a la persona del agente, puede decirse ante todo que, dentro de los restringidos límites de la esfera jurídica, la consideración del delito es triple:

- a) “Por el aspecto formal, esto es, como hecho humano típico, descrito en una norma jurídica, penalmente sancionada. Por este aspecto, el delito es objeto de conocimiento en cuanto atañe a las notas exteriores que resultan de su descripción legal.

b) Por el aspecto sustancial o sea, como hecho humano que lesiona o expone a peligros bienes o intereses, que por el hecho de considerarlos, el legislador, merecedores de la más enérgica protección que puede dar el ordenamiento jurídico, son juzgados, en determinado momento histórico como los más importantes para el Estado, y que son aquellos bienes o intereses, objeto de defensa de las normas penales, que todo delito lesiona o expone a peligro”⁵.

En efecto, la ofensa o la exposición a peligro de un bien o interés jurídico constituye el elemento material de la ilicitud en que consiste el delito y que, por este aspecto, se manifiesta como hecho humano dañoso o peligroso, es decir, en su valor causal.

Considerado por este aspecto, el delito se presenta:

1) “Como un daño o un peligro, inmediato y directo, para uno o más bienes individuales o colectivos, que constituyen el objeto de la defensa de la ley penal y el objeto de la agresión, que es ofendido por el delito con la transgresión, de la norma que lo protege;

⁵ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Pág. 142.

- 2) Como un daño mediato u indirecto para la sociedad, que lo recibe a través del daño o del peligro directo;
- 3) Como un peligro mediato o indirecto para la sociedad, en cuanto es causa probable de nuevos delitos, sea de parte del mismo agente del sujeto pasivo o de sus parientes, que pueden ser inducidos a ejercer venganza por ello; sea de parte de otras personas, que pueden ser inducidas a reaccionar contra el autor del delito, que pueden ser inducidas a reaccionar contra el autor del delito o a perpetrar otros delito;
- 4) Como alarma para la sociedad, porque en los ciudadanos se genera el sentimiento de la propia seguridad;
- 5) Por el aspecto sintomático, vale decir, como hecho humano que es expresión jurídicamente reprobable de la personalidad del agente, tal como se encuentra en el momento de su comisión. En efecto, si el delito es un hecho humano y, como tal, un comportamiento del hombre, una actitud y un modo de ser suyos, que tiene

su principio en el sujeto, que en él se manifiesta y revela, no hay duda también constituye una expresión de la personalidad del agente, tal como se encuentra en el momento mismo de su ejecución”⁶.

Por esto, además del valor causal, la doctrina moderna le atribuye al delito valor sintomático, y afirmar que el delito no es solo producto del agente, sino que también puede tomarse en función del agente, como medio de conocimiento de sus condiciones interiores, en cuanto permite llegar hasta sus condiciones síquicas, de las cuales es un reflejo y a las cuales debe hacerse referencia para que se pueda tener una explicación acerca de él, ya que sí se prescinde de su consideración, ni siquiera podrá ser pensado.

Para el derecho vigente la consideración de la individualidad del reo constituye un punto de grande importancia, ya que, fuera de la preminencia que en él se le reconoce en cuanto al sistema de las medidas administrativas de seguridad, a ella se refieren, implícita o explícita, en el campo propio del Derecho Penal, diferentes instituciones, como las inherentes al empleo de facultades discrecionales del juez.

No obstante, el conocimiento del delito no puede llamarse completo si no abarca su forma y su contenido. El conocimiento del delito, en su forma, revela cuales son las notas que le pertenecen ante su consideración

⁶ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Pág. 143.

unitaria y sintética y que constituyen su consideración unitaria y sintética, y que constituyen sus caracteres esenciales, sea que los tenga en común con otro hecho jurídico y también con cualquier hecho ilícito, sea que lo distinguan en el sistema de los hechos jurídicos y de los ilícitos jurídicos.

Apoyado en la doctrina, diré que considerado en su forma y, por lo tanto, en su unidad jurídica, el delito se presenta como hecho humano:

- a) “Típico, porque es un conjunto de elementos objetivos y subjetivos de importancia jurídica, que corresponden a un tipo cuya descripción se encuentra en las normas jurídicas.

Con respecto a este carácter se puede decir que los hechos humanos que no corresponden a determinados tipos, no tienen interés para el Derecho Penal, de conformidad con lo dispuesto en nuestro Código Penal y atendiendo al principio de legalidad que dice: Nadie podrá ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto en la Ley como delito.

- b) Ilícito, porque un hecho humano, aunque sea típico, no tiene importancia, en el campo del derecho, como delito, si no es ilícito, por intervenir una causa que excluye su ilicitud, es decir, siempre que no esté en oposición con las prescripciones del ordenamiento jurídico y no constituya ofensa o exposición a peligro de bienes o

intereses jurídicamente protegidos;

- c) Punible, porque, considerado en su unidad jurídica, se distingue de cualquier otro hecho típico e ilícito, por estar sancionado con una pena y, para decir con mayor precisión con una pena de naturaleza criminal o en sentido estricto⁷.

Se discute que esta distinción sea exacta. En efecto, no falta quien advierta que en la tipicidad quedan comprendidas tanto la ilicitud como la punibilidad. En este sentido, el delito sería un hecho ilícito y punible, por ser simplemente típico.

En consecuencia, como la ilicitud no está comprendida necesariamente en la tipicidad, por lo mismo en esta no está comprendida necesariamente la punibilidad.

Sin embargo, se advierte que por lo menos la característica de la punibilidad queda comprendida dentro de la ilicitud, por lo cual constituye una inútil repetición. Pero, fuera de que este argumento está dirigido contra la concepción de la punibilidad como elemento constitutivo del delito, y no como característica resultante de su consideración unitaria y sintética, y, por lo tanto que está en un plano distinto, se puede observar

⁷ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Pág. 146.

que esa omisión parte del presupuesto de que la ilicitud se entiende como ilicitud penal, es decir, como una ilicitud particular, calificada desde el punto de vista del Derecho Penal.

No obstante, como la consideración unitaria y sintética del delito implica el encuadramiento de este dentro del sistema de los ilícitos jurídicos, de suerte que se deben poner claro tanto sus características comunes como sus características diferenciales, y como no puede negarse que su carácter común es la ilicitud y su carácter específico la punibilidad, tampoco se puede negar que, considerado el delito unitaria y sistemáticamente, se deba distinguir entre ilicitud y punibilidad. Esto, por lo demás, lo confirma la existencia de causas que, si hacen desaparecer la punibilidad, no eliminan la ilicitud.

Además, esa distinción se encuentra de acuerdo con la legislación vigente, a pesar del uso errado que se le dé a la expresión “no es punible” empleada en diversos casos.

Pero, siendo posible separar de estos casos los que excluyen precisamente la punibilidad, mientras dejan subsistiendo la ilicitud del hecho, como ocurre en los casos de amnistía anterior a la condena, de remisión de la querrela, etc. No puede discutirse que la punibilidad sea una característica esencial distinta, tanto de la ilicitud como de la tipicidad,

en virtud de lo cual el delito se distingue de cualquier otro ilícito jurídico.

El conocimiento del delito en su contenido revela cuales son los elementos que integran su estructura, como elementos constitutivos e indefectibles, que se deducen, no ya de su consideración unitaria, sino de su descomposición.

Desde otro punto de vista, puesto que el delito es un hecho del hombre, descrito en una norma jurídica penalmente sancionada, es evidente que los elementos fundamentales que lo constituyen no pueden ser sino los mismos que entran en la composición de todo hecho humano.

4.1.2. ELEMENTOS DEL DELITO

- a) “El elemento material, que entra en la composición de todo hecho humano y, por lo tanto, en la del delito, como comportamiento del hombre, que es preciso que se manifieste y se revele en el mundo exterior, para que pueda ser percibido y tener importancia;
- b) El elemento psicológico, que distingue al hecho humano de cualquiera otro hecho natural y que por consiguiente, permite que sea referible síquicamente al sujeto como autor, en su

condición de producto y revelación de su voluntad”⁸.

Solo estos son y puede ser los elementos constitutivos fundamentales del delito, como hecho del hombre, descrito en una norma jurídica. Con todo, la mayor parte de la doctrina no sigue esta distinción. Pero cuando advierte que son elementos del delito el hecho, la antijuridicidad y la culpabilidad, o la conducta humana, su tipicidad, la culpabilidad y la ausencia de causas de justificación, o el hecho típico, la culpabilidad y la punibilidad, o cuando distingue los elementos del delito en positivos, como la conducta, el resultado y la culpabilidad, y negativos, como las causas de justificación, etc., confunde de modo evidente los caracteres esenciales que pertenecen al delito y que se infieren de su consideración unitaria, con los elementos que lo constituyen, que también pertenecen al delito, pero que se manifiestan descomponiéndolo en sus partes.

Por lo demás, lo anterior lo demuestra en forma obvia la consideración de la heterogeneidad de los mencionados factores, que no pueden ser puestos en un mismo plano, ni sumados para integrar la unidad llamada delito, ya que mientras el hecho se tiene allí para indicar el elemento básico, la tipicidad y la antijuridicidad son puramente índices de una cualidad, que están fuera del hecho, porque se refieren a la relación existente entre este y una forma jurídica, en virtud de la cual el delito es

⁸ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Pág. 148.

un hecho típico antijurídico, y la punibilidad, entendida como elemento del delito, no es otra cosa que una repetición de lo que se sostiene en la definición, y, por lo mismo, una tautología.

4.1.3. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA TIPICIDAD

La antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es un carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.

La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba su ejecución ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales.

“La antijuridicidad presume un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo.

Pero aun reconociéndole un carácter predominante objetivo se ha observado, particularmente por penalistas alemanes, que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo muestran una específica actitud psicológica de la gente, dirigida a un determinado fin.

Una misma conducta exterior se ha dicho, puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición anímica con que lo ejecute. Estos elementos de índole subjetiva son denominados elementos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad pero sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Dicha presencia tiene lugar en los delitos denominados de intención o de tendencia como el hurto y el robo en los que la acción solo integra estas infracciones cuando el agente obra con el ánimo específico de apropiarse o de utilizar la cosa ajena (ánimo de lucro) como en las lesiones causadas con injurias”⁹.

Para los delitos, la antijuridicidad comprende no solo los elementos objetivos de la figura del delito sino también las intenciones o propósitos específicos de la gente cuando concurren los elementos que integran o van a constituir el tipo delictivo. Además de la antijuridicidad formal, la constituida por la relación de oposición entre el hecho y la norma penal, se ha distinguido la llamada antijuridicidad material.

También comprendo que es formalmente antijurídica la acción que encierra una conducta socialmente dañosa (antisocial o asocial). Este aspecto material de antijuridicidad se halla concretamente en la lesión de

⁹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 351-352

un bien jurídico o en el peligro de que sea lesionado.

Algunos penalistas han buscado la antijuridicidad material fuera del campo jurídico, pues la encuentran en la transgresión de las normas de cultura reconocida por el Estado. Se la descubre también fuera del área jurídica en la conducta que en su general tendencia es más perjudicial que beneficiosa para el Estado y sus miembros pero como certeramente se ha aprendido, las consideraciones sociológicas y culturales que no han hallado eco en el Derecho carecen de valor para decidir sobre la juridicidad o antijuridicidad de una conducta.

La antijuridicidad presenta pues un doble aspecto, un aspecto formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y otro material integrado por la lesión o el peligro para bienes jurídicos. Ambos aspectos suelen coincidir. Los hechos de las normas penales que prohíben o mandan a ejecutar son generalmente no nocivos o peligrosos socialmente, pero aun cuando no lo fueran siempre serían antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material) no previstos por la norma penal solo serían antijurídicos cuando una ley los sancione. La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal.

La antijuridicidad formal es consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales, también en nuestro país. Es

decir, en el Estado donde rija la determinación de lo antijurídico se hará sobre la base de la antijuridicidad formal. Solo cuando el criterio de legalidad perdiera vigor prevalecería la antijuridicidad material.

Tan íntima relación tiene el elemento de la antijuridicidad como carácter fundamental del delito, con la máxima *nullum crimen sine lege* el que correlativa a ésta podría formularse otra así concebida: no hay antijuridicidad penal sin ley penal.

Sobre la tipicidad, la doctrina sostiene que: “Para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delito (figuras de delito) descritos en el texto legal existen grandes probabilidades de que sea penalmente antijurídico, probabilidades pero no seguridad, pues en su realización pueden concurrir causas que incluyan la antijuridicidad (causas de justificación) que no pueden ser previstas por el legislador al perfilar los diferentes tipos legales de delito.

Por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad, la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad cuando la ley declara punible un hecho solo establece una presunción de antijuridicidad contra la que puede existir la prueba en contrario de la concurrencia de una causa de

justificación la doctrina de la tipicidad fue creada por Belgin que la consideró como elemento del delito independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad en su primera concepción el tipo de sus elementos integrantes sino tan solo por los elementos objetivos descritos en el precepto legal, con exclusión de los de tipo subjetivo. Así que el tipo se concedía como toda la parte externa, objetiva del delito.

Belgin posteriormente restringió su concepto del Tatbestand reduciéndolo al núcleo central de sus elementos objetivos, convirtiéndolo en un puro concepto directo, en un tipo rector destinado a describir un hecho externo sin tomar en cuenta su aspecto subjetivo.

Frente al Tatbestand, Belgin distingue últimamente Delikstipus, tipo o figura del delito, formado por todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, tipo que encierra la conducta antijurídica y la culpable y que a diferencia del Tatbestand que es una mera abstracción conceptual es una realidad que tiene su existencia en la ley.

No faltan autores que refieren la tipicidad no a la antijuridicidad sino a otros elementos del delito, Maggiore que la incorpora al elemento de la acción y, entre nosotros Guallart, para quien, desprovista del carácter de

elemento de la infracción, halla su lugar adecuado en la punibilidad”¹⁰.

El tipo realiza el mandato de la máxima nulla poena sine lege realizando de este modo una importante función de garantía de seguridad jurídica, por ello mi intención de que se tipifique y criminalice el delito de estafa informática en el Código Penal, pues como garantía de seguridad jurídica en nuestro país debe contemplarse como delito autónomo, caso contrario no se podrá juzgar a los delincuentes que conocen de informática y de ciencias de la computación, los mismos que utilizan dichos conocimientos para poder estafar a las personas, por ello, es indispensable, vuelvo a repetir que es necesario que se tipifique en el Código Penal ecuatoriano esta figura que en varias legislaciones penales ha sido considerada como un delito autónomo y que en nuestro país se ha quedado sin importancia para su punición.

4.1.4. LA ESTAFA

En forma general se conoce que cometen estafa los que con ánimo de lucro, utilizando engaño para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, o también según se observa en el Diccionario Jurídico Espasa sostiene que en España se consideran “reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y

¹⁰ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 354

valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”¹¹.

La penalidad básica de la estafa en dicho país es la de prisión de seis meses a cuatro años, siempre que la cuantía de lo defraudado exceda de cincuenta mil pesetas, valor determinado en la moneda de aquel país, aportando el Código, como criterios para fijación de la pena, además del importe del fraude, los del quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudado, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción, y si la cantidad es inferior a la cantidad indicada el Código de dicho país lo considera falta.

Para que se considere estafa deben existir varias circunstancias que en algunos países se tipifica en forma expresa y en otros países como el nuestro en cambio se lo hace en forma muy general permitiendo que cuando se defienda el infractor invocando el principio de que no hay castigo sin ley previa, los delitos de estafa informática se quedan en la impunidad.

A continuación, presento algunas circunstancias que se deben considerar para que se tipifique el delito como estafa y más adelante me referiré en

¹¹ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Pág. s/n

cambio a la estafa informática.

1.- Que el engaño recaiga sobre cosas de primera necesidad, divisas, viviendas u otros bienes de reconocida importancia social.

2.- Que se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

3.- Que se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o en negocio cambiario ficticio.

4.- Que se perpetre abusando la firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

5.- Que recaiga sobre bienes que integre el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

6.- Que revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la identidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familiar.

7.- Que se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o

profesional.

La concurrencia de estas circunstancias deben ser consideradas para que se sancione al infractor por el delito de estafa.

La reiterada jurisprudencia consagra como elementos constitutivos de la estafa los siguientes:

- 1) “Un engaño precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el sujeto activo del delito y proyectando sobre el pasivo, que consiste en utilizar nombre fingido, atribuirse poder, influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, crédito, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante. Exigiéndose un mínimo de engaño explícito y bastante para producir error.

- 2) Este engaño idóneo, eficaz y suficiente, esencial del delito de estafa, ha de producir un error en el sujeto pasivo, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el sujeto activo del delito, planteándose problemas respecto a supuestos de mendicidad engañosa, polizonaje o como los derivados del descuento

bancario de letras de cambio “vacías”.

- 3) Todo ello provoca el asentamiento a un desplazamiento patrimonial, que el sujeto realiza, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos, al que se llega mediante el engaño antecedente y el error, efecto de las maniobras falaces y arteras del sujeto activo del delito. El desplazamiento patrimonial exige la entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate.
- 4) Las maquinaciones de este han de ir finalísimamente dirigidas al lucro, ánimo de lucro propio o de tercero, se llegará a obtener tal lucro o no se consiga.
- 5) Entre el engaño y el perjuicio sufrido ha de haber una relación de causalidad inmediata¹².

Respecto a la modalidad de estafa por medios informáticos, que constituye el tema de esta investigación y mi ánimo de reforma, su singularidad reside en que no hay ni engaño ni error pues imposible

¹² DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Pág. s/n

engañar o inducir a error a un ordenador, modificándose en esta singular estafa, el medio comisivo que no se dirige a una persona sino a una máquina, empleando alguna manipulación informática o artificio semejante.

Me atrevo a definir a las estafas por computadora como toda manipulación o alteración del proceso de elaboración electrónica de cualquier clase o en cualquier momento de éste (dentro del sistema o fuera del sistema), realizada con ánimo de lucro y causando un perjuicio económico a un tercero, incluyéndose también las manipulaciones operadas sobre ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, pudiendo realizar estas conductas también personas legitimadas para acceder y operar en el sistema informático.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. EL DELITO INFORMATICO

En el país, apenas en el año 2002, se aprueba la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Con las reformas al Código Penal se da luz verde a la incorporación de los Delitos Informáticos, y el objetivo está claro: regular los mensajes de datos, la

firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática; la presentación de servicios electrónicos a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas, tema que a decir de Sosa Meza, el contenido del Capítulo I (de la prueba) Título IV (de la prueba y notificaciones electrónicas) constituyen una innovación dentro del derecho procesal ecuatoriano, pues admiten los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad a la ley como medios de prueba. Este es el primer cuerpo legal en donde se establece de manera concreta, que los documentos de soporte electrónico son medios de prueba que pueden ser incorporados a los procesos judiciales, aunque el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 145 al 158 del nuevo Código de Procedimiento Penal, dejaban abiertas ciertas posibilidades, no se disponía de una disposición concreta que mencionara a este tipo de documentos como instrumentos probatorios.

El artículo 53 de la Ley de Comercio Electrónico va más allá, al establecer una presunción de iure al disponer que “cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que está reúne los requisitos determinados en la Ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma

electrónica pertenece al signatario”

En el título I en los principios generales de la Ley citada, en su capítulo I, refiriéndose a los mensajes de datos, su artículo 2 reconoce jurídicamente los mensajes de datos y les concede igual valor jurídico que los documentos escritos. Expresa la ley que su eficacia, valoración y efectos se someterán al cumplimiento de lo establecido en dicha Ley y el Reglamento.

En cuanto al Código Penal, encontramos en el capítulo V, lo referente a los delitos contra la inviolabilidad del secreto. El artículo 197 que se refiere a la violación de correspondencia; el artículo 199 sobre la exhibición de correspondencia no destinada a publicación; el 200, que trata de la divulgación de secretos capaces de causar daño.

Sin restar importancia los artículos citados, cobra también importancia el articulado a partir del innumerado¹, luego del Art. 202, sobre delitos contra la información protegida pues señala: “El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, y 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 comerciales o industriales, serán sancionados con penas 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 es realizada por parte de la persona o personas encargadas de las custodias o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con penas de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por su parte el artículo innumerado 2 a continuación del Art. 202 del mismo cuerpo legal, referente a la obtención y utilización no autorizada de información, manifiesta que: “La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

Al respecto de este artículo, es común observar en parte de la doctrina mucha confusión para determinar el bien jurídico, porque no se limitan exclusivamente a los delitos informáticos, sino que también consideran a los computacionales, que al ser delitos convencionales ya tienen un bien jurídico específico; por ejemplo, los atentados por el hardware tienen claramente como bien jurídico al patrimonio.

Los delitos informáticos atentan contra programas computacionales y ciertos datos, es ahí donde debemos buscar el bien jurídico. En el caso de datos digitalizados, no todos merecen protección penal, solo aquellos que sean relevantes o importantes. Ese grado de importancia puede ser dado por la naturaleza de la información, por ejemplo, nominativa, estratégica o económica; por lo tanto, los delitos informáticos son pluriofensivos, afectan la intimidad, el patrimonio, la propiedad intelectual, la seguridad, etc.

El artículo 262 del Código Penal, sobre destrucción maliciosa de documentos, expresa que 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 mensajes 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 cargo”.

El artículo innumerado 1 agregado a continuación del 353, del citado cuerpo legal en cuanto a la falsificación electrónica deja claro: “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 que alteren o modifiquen mensajes de datos, o la información incluida en estos que se encuentren contenida en cualquier soporte material, sistema de información o telemático, ya sea:

- a. Alterando un mensaje de datos en alguno de sus elementos o requisitos de carácter formal o esencial;
- b. Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad;
- c. 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 hubieron hecho.

El delito de falsificación electrónica será sancionado de acuerdo a lo dispuesto en este capítulo.”.

La Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, trae otra normativa a considerar; el artículo 61 dispone que a continuación del artículo 415 del Código Penal: se incluyan los siguientes artículos innumerados:

“Art.... Daños informáticos.- El que dolosamente, 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 Unidos de Norteamérica.

Sánchez Almeida, expresa que “no debe dejar de perseguirse ningún delito, pero veamos en qué casos el bien jurídico protegido es un derecho fundamental, debido a que todos los bienes jurídicos pueden lesionarse por vía informática y entonces podemos establecer una clasificación acudiendo al catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución o a los diferentes Títulos del Código Penal. En ambos casos, será una clasificación inútil, porque la evolución del delito informático estará siempre condicionada por los avances de la técnica”¹³.

Actualmente una ingente cantidad de datos personales de los usuarios de

¹³ SALAMEA CARPIO. Diego. El Delito Informático y la Prueba Pericial informática. Pág. 63.

internet son recogidos sin el consentimiento ni el conocimiento previo del dueño de los datos gracias al proceso invisible de los datos. Las compañías de publicidad a través de internet procesan estos datos que se van acumulando mediante distintos procedimientos como las cookies o los enlaces invisibles y generan publicidad individualizada según el perfil previamente elaborado.

Fernández Esteban da a conocer que “una sola de estas compañías puede generar hasta un billón de banners de publicidad personalizados al día y a través de estos sistemas, obtenida nuestra información, la que les permite rastrearnos todo el tiempo. Un ejemplo típico son los llamados “programas E.T”, considerados los instrumentos más poderosos de elaboración de perfiles por cuya información acumulada la compañía amazon.com, por ejemplo, pagó 250 millones de dólares”¹⁴.

Por su parte la ONU, reconoce los siguientes tipos de delitos informáticos:

- a) *Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras.*- Manipulación de los datos de entrada:

Este tipo de fraude informático conocido como el más

¹⁴ AUTOR CITADO en la página web: amazon.com

común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y pueda realizarlos cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos.

La manipulación de programas: 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 es el denominado Caballo de Troya, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal.

Un caballo de Troya informático entra en el sistema de forma aparentemente inofensiva (un archivo adjunto en un email, un juego que te copie un amigo, un programa que te bajas de Internet), y una vez dentro se activa y

se convierte en una herramienta que, desde dentro, abre todas las puertas para que el atacante pueda tomar control total del sistema.

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

Fraude efectuado por manipulación informática: 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.

“El fraude propiamente dicho se defiende en la legislación alemana como “estafa informática”, caracterizándose, en relación al tipo básico de estafa, por la interferencia con la tecnología informática que produce el perjuicio económico a través de la situación de la conducta del titular del derecho antes como una cesión de este último al defraudador, y que, el tipo básico de estafa, requiere para su consumación de la producción del daño patrimonial, cualquiera sea la modalidad que asuma la interferencia con los códigos, instrucciones y programas”¹⁵.

A diferencia de la delincuencia convencional, donde la aproximación física y la fragmentación corporal son fundamentales, mediante estas tecnologías se genera un entorno de ejecución en desplazamiento físico del delincuente y mediante condensación temporal, e, incluso, simultaneidad.

b) Falsificaciones Informáticas

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

¹⁵ SALAMEA CARPIO. Diego. El Delito Informático y la Prueba Pericial informática. Pág. 85.

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

c) Daños o modificaciones de programas o datos computarizados.

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

Virus.- Es una serie de claves programáticas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de

soporte lógico que ha quedado infectada, así como utilizando el método del Caballo de Troya.

Puede considerarse también como un programa con la capacidad de transmitirse entre ordenadores y redes, generalmente sin el conocimiento de los usuarios. Los virus pueden tener indeseables efectos secundarios, desde molestar con absurdos mensajes hasta borrar todo el contenido del disco duro.

Martínez Cantón, investigadora del tema, plantea en el caso específico de los virus que la cuestión que surge en primer lugar es preguntarse por el autor de los daños. ¿Es el autor el que ha creado el virus, el que dolosamente lo ha puesto en circulación o el que imprudentemente ha continuado la cadena de reenvío? Aquel que ha creado el virus, sino ha dado lugar a su circulación dañina (por ejemplo, se lo entrega a un amigo como muestra de su habilidad como programadores y es el amigo el que posteriormente lo pone en circulación) no recibirá pena por este delito. Por supuesto, si aceptáramos que el que ulteriormente ha enviado el archivo ha cumplido con la diligencia objetivamente debida – la cual podría concretarse en éste ámbito como el comprobar que conoce el emisor precedente, en este ámbito como el comprobar que conoce al emisor precedente, así como contar un antivirus actualizado. No habría siquiera comisión imprudente levísima no castigada y si ha cumplido con la

diligencia debida no habría imprudencia alguna, quien señala además que en el caso español, la legislación ha prestado especial atención a la tipificación penal de agresiones contra bienes jurídicos que puedan derivar del ámbito tecnológico llegando a introducir en el Código Penal diversos epígrafes que concretamente aludían a estos medios. Este hecho conocido tradicionalmente como delito de daños informáticos, castigaba los daños causados por los virus informáticos. Salvo cuando algún motivo concreto que justificara una pena mayor para aquellos delitos cometidos a través de la red o para aquellos casos que excepcionalmente pudieran quedar excluidos del tipo genérico, no existen, mayores motivos para crear nuevos tipos que regulen la comisión específica a través de medios informáticos.

La preocupación del legislador por este tipo de delincuencia podría verse satisfecha por la criminalización de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penales a través de tipos comisivos abiertos, de modo que habiéndose producido daños, el tipo penal común no se vería excluido por el hecho de que la forma de comisión no fuere la legalmente prevista.

En cambio, para aquellos casos que revistieran una especial gravedad precisamente por esta forma de comisión, sí resultaría justificada una tipificación expresa.

GUSANOS.- Se fabrica de forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse. En términos médicos podría decirse que un *gusano* es un tumor benigno, mientras que el virus es un tumor maligno. Ahora bien, las consecuencias del ataque de un gusano es tan grave como el ataque de un virus, por ejemplo un programa gusano que subsiguientemente se destruirá puede dar instrucciones a un sistema informático de un banco para que transfiera continuamente a una cuenta ilícita.

BOMBA LOGICA O CRONOLOGICA.-Exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro. Ahora bien, al revés de los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que poseen el máximo potencial de daño. Su detonación puede programarse para que cause el máximo de daño y para que tenga lugar mucho tiempo después de que se haya marchado el delincuente.

La bomba lógica puede utilizarse también como instrumento de extorción y se puede pedir un rescate a cambio de dar a conocer el lugar en donde se halla la bomba.

ACCESO NO AUTORIZADO A SISTEMAS O SERVICIOS.- Por motivos diversos: desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos (Haker) hasta el sabotaje o espionaje informático.

La legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general.

PIRATAS INFORMATICOS O HACKERS: El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones, recurriendo a uno de los diversos medios que se mencionan a continuación.

El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema, esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes de mantenimiento que están en el propio sistema.

REPRODUCCION NO AUTORIZADA DE PROGRAMAS INFORMATICOS DE PROTECCION LEGAL: Puede entrar una pérdida

económica sustancial para los propietarios legítimos. Algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas. Al respecto considero que la reproducción no autorizada de programas informáticos no es un delito informático, debido a que el bien jurídico a tutelar es la propiedad intelectual.

Por su parte, el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos a la escena internacional, se magnifican los inconvenientes y las insuficiencias, por cuanto los delitos informáticos constituyen una nueva forma de crimen transnacional y su combate requiere de una eficaz cooperación internacional concertada”¹⁶.

La red internet implica un medio para muchos atentados contra derechos, bienes e intereses jurídicos, por ello se magnifica que su potencialidad en la difusión de imágenes e información la hace un medio rápido para atentados contra cinco tipos de bienes básicos:

- a) La intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas.
- b) La libertad sexual.

¹⁶ www.delitosinformaticos.com

- c) La propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores.
- d) La seguridad nacional y el orden público.
- e) La seguridad de la información transmitida.

Sin embargo, podemos encontrar también los siguientes problemas:

- Filtración de información confidencial: datos personales, secretos profesionales o información reservada de una empresa.

Dentro del contexto de la delincuencia empresarial también influyen factores individuales y sociológicos - las características individuales de las personas, su nivel económico, la formación recibida y su adaptación social, entre otros. Así, el tipo de delincuencia guarda una relación muy significativa con el status económico de la persona y la posición que ésta ocupa en la estructura económica determina las oportunidades, facilidades y posibilidades para cometer delitos específicos. En este sentido se afirma que una persona de bajo nivel económico no puede ordinariamente cometer delitos de cuello blanco. No obstante, lo que se quiere resaltar en este momento es que al margen de las consideraciones individuales que se puedan realizar desde distintas perspectivas, mi análisis del delito parte de la relevancia de los factores estructurales y organizacionales del entorno empresarial.

Sin embargo, también se debe advertir que, lógicamente, el contexto no

simplifica ni homogeniza la clase de delitos que tienen lugar en su campo de referencia. El fenómeno de la criminalidad empresarial es ciertamente muy amplio. En su seno, entre otras posibles clasificaciones, se pueden distinguir aquellos comportamientos dirigidos contra bienes jurídicos de la propia empresa, esto es, lo que puede denominarse la “criminalidad intraempresarial” o ad intra (Betriebskriminalitat), de aquéllos que constituyen delitos contra bienes jurídicos de terceros, esto es, la “criminalidad empresarial hacia fuera” o ad extra (Unternehmenskriminalitat).

Ventajosamente, las técnicas de análisis forense permiten seguir y llegar incluso a señalar las fuentes de quienes participaron en un delito informático. Al igual que la paleoicnología, se sustentan en la búsqueda y seguimiento de huellas, praxis que viene desde la prehistoria, desde cuando los cazadores rateaban los indicios de sus presas; entonces, en virtud de que todo delito deja huellas, éstas en su gran mayoría no escapan del “ojo forense” debido a que dejan rastros que son fáciles de identificar, y que en corto tiempo siguiendo aquel rastro, se puede determinar a un delito de este tipo; establecer de que equipo lo hizo y a qué horas lo realizó. Además de la dirección IP de un delincuente, se puede rastrear con el código con el cual se ensambló el virus. En el 2008, por ejemplo, una persona que realizó un virus en Colombia, exclusivamente para esa nación, cometió el error de dejarlo en el código

fuente dónde estaba el archivo anexo, lo que permitió identificar a la persona. Lo claro es, que todos los equipos pueden ser rastreados. Pueden tomar años, pero siempre se puede llegar al inicio del delito cometido a través de la informática forense. Es necesario sin embargo, hacer ciertas diferencias sobre el tipo de delincuentes en el campo informático toda vez que las personas que cometen los “Delitos Informáticos”, para González de la Vega, son aquellos que poseen ciertas características que no presenta el denominador común de los delincuentes, esto es, los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos desde donde se maneja información de carácter sensible, o bien son hábiles en el uso de los sistemas informatizados, aun cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos. Esto podemos ver notoriamente todos los días ya que muchas veces se puede contener una “equivocación” informática que puede caer fácilmente en el campo delictivo. De esta forma, dice el autor la persona que “ingresa” en un sistema informático sin intenciones delictivas es muy diferente del empleado de una institución financiera que desvía fondos de las cuentas de sus clientes informáticos, este tema es de controversia ya que para algunos el nivel de aptitudes no es indicador de delincuencia informática en tanto que otros aducen que los posibles delincuentes informáticos son personas, listas, decididas, motivadas y dispuestas a

aceptar el reto tecnológico, características que pudieran encontrarse en un empleado del sector de procesamiento de datos. Sin embargo, teniendo en cuenta las características ya mencionadas de las personas que cometen los “delitos informáticos”, muchos expertos en la materia los han catalogado como “delitos de cuello blanco” término introducido por primera vez por el criminólogo norteamericano Edwin Sutherland en el año de 1943”¹⁷.

Según un estudio minucioso revela que los principales fraudes electrónicos por el momento son:

“1.- Software antivirus falso: Vender software antivirus falso es uno de los fraudes electrónicos más insidiosos y exitosos de los últimos años. Los estafadores cibernéticos juegan con el miedo de los usuarios al informarles que sus equipos e información están en riesgo usando ventanas emergentes engañosas que incita a la víctima a “comprar” software antivirus para solucionar el problema. Cuando la víctima acepta comprar, roban la información de su tarjeta de crédito y terminan por descargar malware de software de seguridad.

2.- Fraudes de phishing: El phishing, o intentan engañar a los usuarios para entregar información personal, es una de las amenazas comunes en

¹⁷ SALAMEA CARPIO. Diego. El Delito Informático y la Prueba Pericial informática. Pág. 94.

línea más comunes y persistentes. El phishing puede venir en correos electrónicos no deseados, mensajes instantáneos de spam, solicitudes falsas de amigos o publicaciones en redes sociales.

Sitios Web falsos: En los últimos años, los criminales cibernéticos se han hecho adeptos a crear sitios Web falsos que lucen como los reales. Desde sitios falsos de bancos hasta sitios de subastas de páginas de e-commerce, los estafadores cibernéticos están teniendo trampas constantemente a la espera de que alguien caiga en el engaño e ingrese su información de tarjeta de crédito y personal¹⁸.

Adelantándose a las tendencias futuras del cibercrimen, desde ya se predice la continuación de fraudes y engaños en redes sociales, como enlaces maliciosos, solicitudes falsas de amigos e intentos de phishing. Es muy probable que los fraudes electrónicos se vuelvan cada vez más sofisticados y personalizados, en especial si los usuarios siguen compartiendo gran cantidad de información.

4.2.2. LA ESTAFA INFORMATICA

Teniendo en cuenta que al delito de estafa siempre lo relacionamos con engaño o fraude, es necesario pensar que la estafa informática será un

¹⁸ REYNA ALFARO. Luis M. La víctima en el delito informático. www.ied.org

engaño o fraude por medio de una computadora, un ordenador o por medio de vías como el internet o intranet de la que son sujetos las instituciones públicas, privadas y las personas.

Bajo estas premisas conviene analizar ¿De qué forma puede entrar en concurso el delito de estafa informática con otras figuras? Y hagámoslo observando varios casos:

Concurso de estafa con el delito de sabotaje: Una persona manipula los datos de un programa informático con el fin de conseguir el desplazamiento patrimonial de la cuenta bancaria de un tercero a la suya. Esta manipulación provoca que el programa de gestión bancaria deje de funcionar correctamente, por lo que queda inutilizable para realizar sus funciones.

En este caso hay dos acciones, manipular los datos del programa para obtener un desplazamiento patrimonial e inutilizar dicho programa, cada conducta constituye un delito por lo que entran en concurso real.

Concurso entre estafa informática y falsificación documental, esta situación podría darse cuando un sujeto manipula directamente los datos contables de una cuenta bancaria y obtiene con ello un beneficio económico. Entonces, ¿no estamos en el mismo caso que el anterior?.

No, puesto que en este caso el sujeto activo manipula una cuenta bancaria, que ha sido considerada por algunos autores y algunas sentencias como documento mercantil y por lo tanto susceptible de falsificación.

Sin embargo, en este caso, no podemos afirmar que exista concurso de delitos ya que el delito de estafa, ya implica la manipulación de los datos. Este concurso se daría cuando por ejemplo el sujeto hubiera obtenido fraudulentamente los datos de las cuentas bancarias de terceras persona mediante la manipulación del sistema informático que soportara y gestionara dichos datos y después los utilizara para conseguir la transferencia económica.

Estafa informática en concurso con Hacking: Aunque el hacking no esté recogido en el Código Penal como delito, sería conveniente hacer una pequeña referencia a él, ya que es la antesala, muchas veces de la comisión de un delito.

Las estafas en internet son muy comunes, pues el Internet se ha convertido en un medio muy susceptible a la comisión de estafas, debido a la escasa seguridad que todavía aporta la Red y a la pericia de muchos sujetos entendidos en el tema y que no dudan de aprovechar sus conocimientos en beneficio propio perjudicando a terceros.

Otra estafa se produce cuando en un sitio de contenido para adultos te ofrecen visualizar las imágenes gratis tras descargar un programa necesario para ello. Este es el caso del sitio sexygirls.com, cuyos usuarios se descargaron un visor de imágenes que en realidad era un Caballo de Troya, que silenciaba el módem del usuario y lo desconectaba de su proveedor de acceso a Internet y lo conectaba a un número de teléfono de Moldavia (antigua Unión Soviética), desde donde se redirigía la llamada a Norteamérica, donde se encontraban las imágenes solicitadas por el internauta. La factura telefónica alcanzaba cifras astronómicas ya que, aunque el sujeto abandonara el sitio, continuaba conectado a Moldavia”¹⁹.

Una de las cosas que proporciona la informática es poder realizar muchas tareas sin moverse de casa o la oficina. Esto supone que ya no existe un contacto directo entre las personas para acometer determinadas faenas. Como consecuencia de ello se ha producido un gran cambio en el mundo empresarial y de negocios, y, entre otras cosas, se han abierto nuevas perspectivas de consumo mediante el uso de Internet.

Todos los que navegamos por Internet, conocemos que se venden cientos de productos, de diferentes marcas y modelos a través de la red, el ciberespacio se ha convertido en un nuevo sector a tener en cuenta

¹⁹ www.delitosinformaticos.com

para las empresas; lo cual es muy lógico, pues se ahorran muchos costos y amplían su potencial de mercado, por ejemplo, imagínese los costos que una empresa puede tener para establecer una sucursal en otra provincia, y al mismo tiempo imagine los costos si crea su propia página web y se evita de crear sucursales.

En definitiva, con la ayuda de las nuevas tecnologías, aparecen nuevos delitos y nuevas formas de comisión de delitos. Ante esto el legislador no se puede quedar de brazos cruzados y no regular este aspecto de la informática, por eso mi propuesta de que se criminalice y penalice la estafa informática en el Código Penal.

Obviamente como en cualquier otra estafa ha de haber un ánimo de lucro, la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, y el perjuicio de un tercero.

“El ánimo de lucro ha de ser entendido como la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial correlativo al perjuicio ocasionado. Este ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo, y su ausencia hace que la conducta realizada sea atípica, y por tanto impune.

Para que se dé la estafa ha de haber una transferencia no consentida de un activo patrimonial, en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa,

derecho o servicio.

Por último, ha de existir un perjuicio para un tercero, que es la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro y lo que se recibe (si es que se recibe): si la contraprestación es de igual valor que la prestación otorgada, no hay delito, aunque pueda haber un perjuicio indemnizable por la vía civil; y si la contraprestación es de menor valor, puede haber un delito de estafa, aunque no haya civilmente perjuicio alguno.

El concepto "manipulación informática" es una alteración o modificación de datos, ya sea suprimiéndolos, introduciendo datos nuevos y falsos, colocar datos en distinto momento o lugar, variar las instrucciones de elaboración, etc.

Con todo lo anterior podemos definir la estafa informática como la manipulación o alteración del proceso de elaboración electrónica de cualquier clase y en cualquier momento de éste, realizada con ánimo de lucro y causando un perjuicio económico a un tercero²⁰.

²⁰ www.delitosinformaticos.com

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. EL DELITO INFORMÁTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La metodología de la investigación en la Universidad Nacional de Loja ha previsto que en el marco jurídico se debe incorporar las disposiciones constitucionales que tengan relación con la problemática, no obstante, es obvio que sobre delitos no se va a encontrar ninguna norma constitucional, pero si podemos demostrar los derechos que se vulneran al no tipificar como delito independiente la estafa informática.

Así tenemos, que el bien jurídico protegido al tipificar y penalizar la estafa informática como delito autónomo, es la propiedad, y la Constitución se refiere al derecho a la propiedad en la siguiente norma:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas...”²¹

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Art. 66.

Al estar el derecho a la propiedad constitucionalmente establecido debe necesariamente desarrollarse este principio constitucional en las leyes secundarias, de tal modo que se garantice en forma efectiva y una de esas formas es justamente la tipificación y penalización de nuevas figuras delictivas que atentan contra el derecho a la propiedad.

Por otro lado en el Art. 321 de la Constitución, se manda que “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”²².

Amplía este derecho en su Art. 324, al estipular: “El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal”.

En la estafa informática aparecen como afectados las personas en general sin distinguir entre hombres y mujeres, situación que se prevé en esta norma constitucional cuando se advierte que agrupa a las mujeres y hombres en forma indistinta.

Merece especial atención el mandato constitucional contenido en el Art.

²² Ibídem. Art. 321

393, del cual se establece la obligatoriedad del Estado cuando consagra: “garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno”²³.

De esta forma dejo indicado los componentes constitucionales que garantizan el derecho a la propiedad, derecho que insisto debe ser protegido a través de la reforma al Código Penal para que criminalice la estafa por medio de medios informáticos, pero de manera autónoma y no en forma general como lo hace en la actualidad.

4.3.2. LA ESTAFA INFORMÁTICA EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO

El Código Penal ecuatoriano en su capítulo quinto, del título décimo del Libro Segundo, hace referencia a los delitos contra la propiedad dentro del cual se criminaliza las conductas previstas como estafas y otras defraudaciones y que creo conveniente mencionarlas para tener mayores elementos de juicio.

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Art. 393.

El Art. 560, fue reformado por el Art. 156 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002 y prevé que “El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América”²⁴.

Así también el Art. 561 del mismo cuerpo legal, fue reformado por el Art. 157 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002, quedando en forma definida de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de tres meses a cinco años y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que hubiere abusado de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor, para hacerle suscribir, en su perjuicio, obligaciones, finiquitos, descargos, libranzas, o cualesquiera otros documentos obligatorios, cualquiera que sea la forma en que esta negociación haya sido hecha o disfrazada”²⁵.

El Art. 562 reformado por la indicada ley, estipula que: “El que después de haber producido en juicio algún título, pieza o memorial, lo hubiere

²⁴ CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Art. 560

²⁵ CÓDIGO PENAL ECUATORIANO. Art. 561

sustraído dolosamente, de cualquier manera que sea, será reprimido con multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América”²⁶.

Y el Art. 563 del Código Penal que hace referencia a la estafa expresa y que mediante las reformas del Art. 63 de la Ley 2002-67, publicada en el Registro Oficial Nro 557-S del 17-IV-2002 y posteriormente por el Art. 159 de la Ley 2002-75, publicada en el Registro Oficial Nro. 635 de fecha 7-VIII-2002; y, finalmente por el Art. 3 de la Ley 2002-91 publicada en el Registro Oficial Nro. 716 de fecha 2-XII-2002 incorporó la conducta del agente delictivo mediante la utilización de medios informáticos, pero en la práctica no se puede sancionar a las personas que realizan este tipo de acciones por cuanto la norma es muy general y no ha previsto en la forma particular que debiera hacerlo, por eso el interés en que se reforme el Código Penal criminalizando la conducta de estos delincuentes en forma expresa y autónoma como se lo ha hecho en otros países.

El texto del Art. 563 es como sigue: “El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso,

²⁶ Ibídem. Art 562

accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América.

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

La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales²⁷.

En el análisis de este artículo se puede considerar varios aspectos:

- El que, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro...

En primer lugar se debe tener en cuenta que debe existir el ánimo de apropiarse de una cosa que pertenece a otra persona.

- ...se hubiere hecho entregar fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos...

²⁷ CÓDIGO PENAL ECUATORIANO. Art. 563.

Debe existir, finalmente la “entrega”; es decir, consiguió apropiarse de los fondos, muebles, obligaciones y finiquitos que señala la Ley.

- ... ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico,

Señala la norma penal que no se debe hacer el uso de nombres o calidades falsas, con el ánimo de hacer creer a las personas que existen los nombres o calidades como intervienen.

- ...o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad...,

También señala el Código Penal que se puede utilizar estos medios para abusar de la confianza y de la credibilidad que tiene una persona en otra.

- será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América....

Finalmente se establece la sanción.

- 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 Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos.

En este inciso, la norma legal penaliza a quienes hubieren cometido las acciones previstas utilizando medios electrónicos o telemáticos.

Según la redacción del delito de estafa general, se debe justificar que haya habido la apropiación mediante la entrega, y en los actos informáticos, muchas veces no se puede justificar dicha entrega porque se lo hace por medios informáticos, por lo que merece especial atención y se debe tipificar y penalizar la conducta considerando la naturaleza de la acción informática y se lo debe hacer con mayor precisión, para conseguir la sanción a los responsables, evitar la impunidad y garantizar el derecho a la seguridad jurídica.

- ...La pena será de reclusión menor ordinaria de tres a seis años, si la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales...

Finalmente se penaliza también si la defraudación se comete en los casos de los migrantes, es decir, cuando se les estafa haciéndoles creer que van a viajar a los Estados Unidos u otros países.

4.3.3. EL DELITO INFORMATICO EN EL DERECHO COMPARADO

Todas las legislaciones a nivel mundial han iniciado con velocidad las reformas penales respectivas para tipificar y sancionar esta clase de delitos que avanzan de manera inusitada. En la página web de la Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, en la parte conclusiva de un estudio realizado sobre delitos informáticos, al comparar varias legislaciones europeas, se anota:

En Francia la Ley Nro 88-19, relativa al Fraude Informático de 1992, introdujo el Capítulo II al libro II del Título II del Código Penal, bajo la denominación “De ciertas infracciones en materia informática” Esta Ley fue modificada por la Ley 92-683 de 1992, que traslado las disposiciones informáticas al Libro II, Título II Capítulo III. De los atentados contra los sistemas de tratamiento automatizado de datos.

El legislador francés utilizó la técnica legislativa especial, esto es, la

conducta la criminalizó por medio de una disposición penal, o juego de disposiciones de la misma clase, castigando las especialidades de un particular uso indebido, o abuso informático. Así, ha introducido los llamados delitos informáticos, mediante la tipificación, artículo por artículo, de determinadas acciones que ha sido objeto de sanción penal; la supresión, modificación y alteración de los datos contenidos en un sistema informático, trabar o falsear el funcionamiento del sistema; suprimir o modificar el modo de tratamiento o de la transmisión de los datos, falsificación de documentos informáticos. Sin embargo, las defraudaciones patrimoniales por medios informáticos quedan sin una específica regulación, siendo cubiertas por un articulado que amplió el concepto de documentos incluyendo el electrónico, cuidando eso sí, de que no se lesione derechos fundamentales como el de la legalidad, y eso subraya Muñoz de Alba, al indicar que es evidente que las tecnologías de información, junto con la telemática, le da al derecho de información una proyección ilimitada. De ahí la importancia de que los avances científicos y tecnológicos, así como las figuras jurídicas que los regulen, estén destinados a servir al ciudadano y no a atentar contra la identidad humana, ni contra los derechos del hombre, ni contra la vida privada, ni contra las libertades individuales y públicas (Estos son los artículos consagrados en el Artículo 1ro de la Ley francesa Nro. 78-17 del 6 de Enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y libertades).- Y encontramos un buen argumento en el pensamiento de Ferrajoli: en el

primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la reserva relativa de ley, entendiendo “ley” en el sentido formal de acto o mandato legislativo, y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo ley, en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley.

Según los autores investigados, probablemente ha sido Alemania, el país donde se ha ponderado con especial cuidado la conveniencia político-criminal de penalizar determinadas conductas relativas a la informática, queriendo colmar una laguna legal inaplazable, según había denunciado la doctrina alemana. Las modificaciones efectuadas por la Segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica, de 1986, en el Código Penal previendo las conductas delictuales relacionadas con los medios informáticos, no sólo consistieron en la modificación de algún precepto ya existente, en los que se agregaron las palabras datos, registros o almacenamiento, sino que introdujeron una serie de nuevos tipos penales relativos a la delincuencia informática: el espionaje de datos, estafa

mediante ordenador o fraude informático, falsificación de datos probatorios.

En Italia.- El legislador estableció las disposiciones sobre delito informático en el Código Penal, usando la técnica legislativa de la extensión esto es, elaboró una figura especial, paralela e inspirada en otras existentes, pero con relación a bienes nuevos como los sistemas informáticos, los datos y el software, y con nueva formulación de actos o acciones que proceden o son propios del ámbito informático. Se cubre el nuevo modus operandi a través de actos delictivos tradicionales.

Argentina.- Dispone un anteproyecto completo de delitos informáticos considerando que la información, como valor a proteger, ha sido tenida en consecuencia por el Derecho Penal en otras ocasiones. Sin embargo, se lo ha hecho desde la óptica de la confidencialidad, pero no como un nuevo bien jurídico tutelado abarcativo de varios intereses dignos de protección penal. Según estudios, la respuesta es que el Código Penal argentino (con 77 años de vida) no tiene reglas específicas sobre delitos cometidos a través de computadoras. Esto es así porque cuando se sancionaron las leyes no existía la tecnología actual y por tanto no fueron previstos los ataques actuales.

Carlos Parma, en el Código Penal de la Nación Argentina comentado, nos

trae jurisprudencia de Virus Informático en el que básicamente se resalta a un ataque a través de mensajes electrónicos infectados con virus efectivamente puede haber sido afectada una empresa, logrando interrumpirla su línea de producción, lo que sin duda causa pérdida de tiempo y un consecuente perjuicio económico pero que de ninguna manera se verifica un daño de tipo tutelado y la reparación de aquel debe ser resultado mediante la vía civil, ajena al Derecho Penal.

Chile tiene una ley relativa a los delitos informáticos que la van renovando de manera constante; y, el delito informático, es considerado como aquella acción típica, antijurídica y culpable realizada por medios informáticos o cuya acción busque modificar los datos de un dispositivo informático, concepto que trata de englobar la perspectiva informática; implicando el concepto generalizado de delito e incluyendo el uso del medio informático o su modificación, de esta manera, engloba las dos acciones que se ejecutan al cometer este tipo de delitos; se utiliza el medio o se busca modificar (entendiendo modificar como transformar o cambiar algo, de esta manera, este verbo engloba cualquier aspecto de alteración, daño etc., que ocurra en el dispositivo informático).

Perú cuenta también con una ley de delitos informáticos, y Colombia, en el mes de enero celebró dos años de entrada en vigencia de la Ley de delitos Informáticos, aunque a criterio de Díaz García, se excluyeron tipos

tan importantes como la falsedad informática, el spam, y le modificaron el epígrafe a la estafa informática por transferencia no consentida de activos.

En Costa Rica, crecen día a día los delitos de este tipo. Este país creó la Unidad de Delitos Informáticos de Organismos de Investigación Judicial en el año 1996, fecha a partir del cual y hasta el año 2001, habían recibido alrededor de 300 casos, un promedio de 60 casos cada año, según se informa en varios artículos publicados en la prensa nacional.

En el Salvador se ven limitado los procesos de investigación de delitos informáticos, porque no cuenta con suficiente personal capacitado en el uso de evidencia digital, según Portillo, La Fiscalía General de la República y la Corte Suprema de Justicia presentan debilidades, ya que no tienen leyes en las cuales se puedan amparar para juzgar a individuos detenidos y procesados para cometer delitos informáticos. Además, las instituciones encargadas de preparar profesionales en informática no han abordado el tema de la informática forense, debido a la falta de personal capacitado para impartir conocimientos sobre dicha temática.

Existen países que disponen de equipos especializados y que han acumulado amplia experiencia en seguir las pistas de los delincuentes informáticos y cibernéticos. Uno de los más antiguos, a criterio de Cristina Vallejo es la Oficina de Investigaciones Especiales de la Fuerza Aérea de

Estados Unidos creada en 1978. Otro es el Centro de Investigadores de la Internet de Australia, integrado por oficiales de la Ley y Peritos con avanzados conocimientos de informática, grupo Australiano que recoge pruebas y las pasa a las agencias gubernamentales de represión pertinentes en el Ecuador donde se originó el delito.

En España se dispone de un marco legal regulado para los ámbitos penal, civil, y laboral. El código Penal español (modificado por LO 15/2003: Efectos 1-10-2004, citado por Cifuentes Mateos, menciona que pese a no existir un título específico sobre “Delitos Informáticos” en las categorías de tipos penales se ubican la utilización de medios informáticos y contra medios informáticos y describe los delitos contra:

- La confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. (hacking)
- Delitos Informáticos (Falsificación y fraudes)
- Delitos relacionados con el contenido (pedofilia, amenazas, racismo...)
- Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y derechos ajenos.

La protección de datos personales sin duda, constituye una prioridad

jurídica estructurada inicialmente bajo la conceptualización de un derecho fundamental denominado Hábeas Data, que funciona para que no se comparta la información íntima y para que esta información pueda corregirse, actualizarse o modificarse en todo momento, acción que se puede, intentar solamente por su titular argumenta Hernández Delgado, resumiendo que se requiere intensificar la protección jurídica en torno a los datos personales, bajo mecanismos que van desde la protección legal en los procesos de capacitación, almacenamiento, sistematización y modos de compartirla, hasta los mecanismos legales para conocer datos propios y modificarlos cuando son imprecisos o erróneos. Expone que algunos aspectos normativos actuales se relacionan con la intimidad y complementan su noción protectora, entre ellos destacan la inviolabilidad domiciliaria, la inviolabilidad de comunicaciones y el derecho a la propia imagen, cada uno de ellos estructura sus propios bienes jurídicos tutelados y la forma de ejercitarlos. Que las nuevas tecnologías de la información también inciden en el tema de producción segura la información personal sistematizada y que ello ha obligado al avance normativo en torno a materias como contratos informáticos o electrónicos, flujo de datos transfronterizos, comercio electrónico, gobierno electrónico y delitos informáticos, por lo que resulta innecesario implementar un mecanismo de protección jurídica en torno a los datos personales, bajo un procedimiento que asegure su ejercicio y que permita acceder a la información personal de la que cada individuo es titular y que además

asegure la forma jurídica para cambiarla cuando así se requiera.

Una de las novedades más significativas del Código Penal Español a criterio de Borrillo, fue lo incluido en el ya por sí novedoso y confuso capítulo Primero “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” este precepto castiga con las mismas penas que establece el número Uno, esto es, prisión de uno a cuatro años..., en primera instancia, el apoderamiento, la utilización o la modificación, sin estar autorizado y en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de fichero o registro público o privado.

Para el Mexicano Trellez, el Derecho Informático es el conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la informática y que presentan características propias:

- Son conductas criminales de cuellos blanco (White collar crimen), en tanto que sólo un determinado número de personas con ciertos conocimientos (en este caso, técnicos) pueden llegar a cometerlas.
- Son acciones ocupacionales, en cuanto a que muchas veces se realizan cuando el sujeto se halla trabajando.

- Son acciones de oportunidad, ya que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- Provocan serias pérdidas económicas, ya que casi siempre producen “beneficios” de más de cinco cifras a aquellos que las realizan.
- Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.
- Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo aquello debido a la misma falta de regulación por parte del Derecho.
- Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.
- Presentan grandes dificultades para su comprobación, esto por su mismo carácter técnico; y,
- Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación. Por el momento siguen siendo ilícitos impunes de manera manifiesta ante la ley.

Lamentablemente en el derecho mexicano aparece una serie de cuestionamientos de las reglas existentes para poder determinar si sería

posible su aplicación análoga frente al problema, o si hace falta una necesaria ampliación en cuanto a su cobertura, aspecto al que se suma la paciencia de un proceso de evolución jurídica, dada la creciente presentación de casos de diversa índole entre los órganos jurisdiccionales en los que se fijan las pautas resolutorias.

En el caso de los delitos de cuello blanco, pueden éstos ser definidos como delitos cometidos por una persona de respetabilidad u status social alto en el curso de su ocupación. Consecuentemente, excluye muchos delitos de la clase social alta, como la mayoría de sus asesinatos, adulterio, intoxicación, etc., ya que éstos no son generalmente parte de sus procedimientos ocupacionales. También excluye abusos de confianza de miembros ricos del bajo mundo, ya que no son personas de respetabilidad y alto status social, señala Sutherland, quien explica que lo significativo del delito de “cuello blanco” es que no está asociado con la pobreza, o con patologías sociales y personales que acompañan a la pobreza. Si se puede mostrar que los delitos de “cuello blanco” son frecuentes, profundiza, se considerará inválida una teoría general que muestre más, el delito se debe a la pobreza y a sus patologías relacionadas. Es más, el delito de “cuello blanco” puede ayudar a localizar aquellos factores que siendo comunes a los delitos de los ricos y de los pobres, son más significativos para una teoría general de la conducta delictiva.

Zambrano Pasquel, al analizar el tema manifiesta que uno de los delitos típicos en el Ecuador y que se encuentran dentro de los delitos de cuello blanco, son los “socioeconómicos” debido a la actitud que asumen determinados grupos empresariales que soslayan el pago de utilidades adquiridas por los trabajadores y obreros, mediante un hábil manejo contable presentando un saldo de los negocios en rojo. Fraudulentamente, se ocultan las ganancias para producir un doble perjuicio, tanto al fisco que deja de percibir impuestos, lo que debe ser tipificado como delito tributario y al obrero o trabajador a quienes no se paga el porcentaje de utilidades que está legalmente normado. La actitud extrema del sector empresarial llega a quiebras dolosas en perjuicio de los trabajadores y de la masa de acreedores, cuando unilateralmente se decide el cierre con el argumento artificioso de que la empresa no puede seguir trabajando a pérdida. Al paso de poco tiempo las cabezas visibles del grupo de inversionistas de la empresa liquidada, habrá creado otra compañía para continuar trabajando sin que al Estado le preocupe el perjuicio irrogado a los trabajadores, ni aplique una política de prevención que asegure el pago de los haberes por los años de servicio.

e. MATERIALES Y MÉTODOS

Es preciso indicar que para la realización del presente trabajo de Tesis, me serví de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, o sea, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, el método científico es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, es por ello que en este trabajo investigativo me apoyé en el método científico, como el método general del conocimiento, así como también en los siguientes:

INDUCTIVO y DEDUCTIVO.- Estos métodos me permitieron, primero conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular hasta llegar a lo general, en algunos casos, y segundo partiendo de lo general para arribar a lo particular y singular del problema, en otros casos.

MATERIALISTA HISTORICO.- Me permitió conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.-

DESCRIPTIVO.- Este método me comprometió a realizar una descripción

objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad.

ANALITICO.- Me permitió estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos.

La investigación realizada es de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativamente para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica apliqué también la hermenéutica dialéctica en la interpretación de los textos que fueron necesarios.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas de transcripción y mnemotécnicas de comentario, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, así mismo mantuve una agenda de campo para anotar todos los aspectos relevantes que se pudieron establecer durante la investigación y en la recolección de la información o a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y entrevista.

La encuesta fue aplicada en un número de treinta a los Abogados en libre

ejercicio profesional, por tratarse de reformas legales; y en mi ciudad de Lago Agrio, para conocer su criterio y para que me den a conocer su perspectiva sobre la temática a investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad este trabajo y la entrevista a profesionales de solvencia académica.

Finalmente los resultados de la investigación que fueron recopilados durante su desarrollo son expuestos en el informe final el cual contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que fueron expresados mediante cuadros estadísticos; y, culminando este trabajo, realizando la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, para finalizar con las conclusiones, recomendaciones y posteriormente con la elaboración del proyecto de reformas para criminalizar y penalizar el delito de estafa informática en el Código Penal.

f. RESULTADOS

6.1. PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENCUESTA.

Con la finalidad de tener un conocimiento real del problema de investigación, y para dar cumplimiento a los requerimientos metodológicos establecidos en la Carrera de Derecho, en la Modalidad de Estudios a Distancia, procedí a la realización de un trabajo investigativo de campo a través de la aplicación de la técnica de la encuesta, instrumento que fue aplicado a treinta Abogados en libre ejercicio profesional y que fue diseñada en base al problema, los objetivos y la hipótesis constantes en el proyecto de Tesis, por lo que he considerado didáctico presentar la información obtenida utilizando cuadros estadísticos y gráficos que permiten visualizar de mejor forma los resultados obtenidos, para luego analizarlos e interpretarlos.

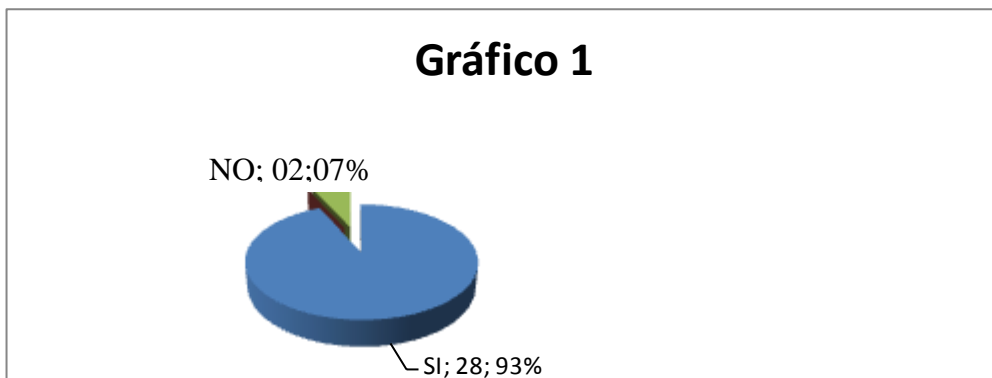
PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted sobre el régimen legal que criminaliza y penaliza los delitos contra la propiedad?

INDICADORES	Frecuencia	%
SI	28	93%
NO	02	07%
TOTAL	30	100%

Autor: Ing. Mauricio Landazuri Cevallos
Fuente: Población investigada

Gráfico 1



Al ser la población investigada profesionales en Derecho, la respuesta a esta pregunta es evidente que resultaría positiva, pues aunque el principio de conocimiento de la ley nos involucra a todos, los profesionales de Derecho por ejercer su profesión están obligados al conocimiento de la misma, por ello, el 93% de la población investigada, tienen conocimiento sobre el régimen legal que criminaliza y penaliza los delitos contra la propiedad, no obstante, el 7% de dicha población no poseen dicho conocimiento.

El conocimiento de los Abogados sobre el régimen legal de los delitos contra la propiedad garantiza la confiabilidad de los datos que brinda la investigación, pues, es necesario aclarar que al encuestar a los Abogados fue muy difícil mi trabajo, ya que recolecté la información de profesionales destacados y con mucha experiencia lo que garantiza el nivel de mi investigación.

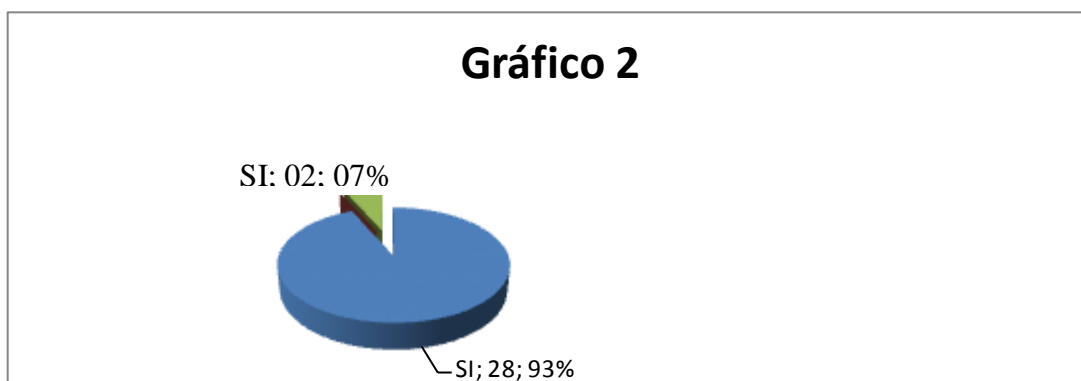
Muchos Abogados, manifestaron que pese a conocer sobre el derecho penal, lastimosamente en la actualidad no se contemplan delitos de tecnología y de otra naturaleza en el Ecuador.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Cree que se encuentra debidamente criminalizada y penalizada la estafa informática dentro del Código Penal ecuatoriano?

INDICADORES	Frecuencia	%
SI	28	93%
NO	02	07%
TOTAL	30	100%

Autor: Ing. Mauricio Landazuri Cevallos
Fuente: Población investigada



La población investigada en su mayoría (93%) cree que la estafa informática no se encuentra prevista como delito en el Código Penal, alcanzando una relación estrecha con la primera pregunta pues el conocimiento de mis investigados es absoluto en el área del Derecho

Penal y en este caso en forma específica sobre el delito de la estafa informática. Y esto es lógico por cuanto mis investigados tienen que conocerlo porque a diario están relacionados con la defensa de sus juicios en esta materia.

Los investigados afirman su respuesta en criterios como los siguientes: que no se encuentran debidamente tipificados, que no existe normatividad de manera clara para sancionar esta nueva modalidad delictiva; que no se encuentra tipificada específicamente pero si se encuentra a manera general en el último inciso del Art. 563 del Código Penal; que el Código Penal no ha incorporado nuevas conductas o tipologías; que el avance vertiginoso de la tecnología no ha ido a la par con las reformas penales al punto que no se tipifican estas nuevas conductas delictivas; que falta profundizar e individualizar en qué consiste dicho delito así el tipo Penal; que debería tratarse como un delito independiente y con sanciones graves; que el tema es muy amplio y falta fundamentar la tipificación de las personas según el grado de participación en el comedimiento de esta infracción penal, ya que es un delito relativamente nuevo y no se encuentra debidamente tipificado; que no se encuentra tipificado de forma exclusiva, la estafa informática como delito pero se la puede incluir en los demás delitos informáticos; que es un delito que no se encuentra debidamente tipificado; como estafa no, pero como apropiación ilícita sí; que no se ha especificado como un tipo penal y coinciden en afirmar que

falta la creación de una ley para aplicar.

Quienes contestan positivamente, es decir que sí está contemplada la estafa informática como delito independiente (7%) sostienen que en las transacciones ninguna o en casos que no se realiza dicha estafa y que en el Art. 553.1 del Código Penal se encuentra como apropiación ilícita.

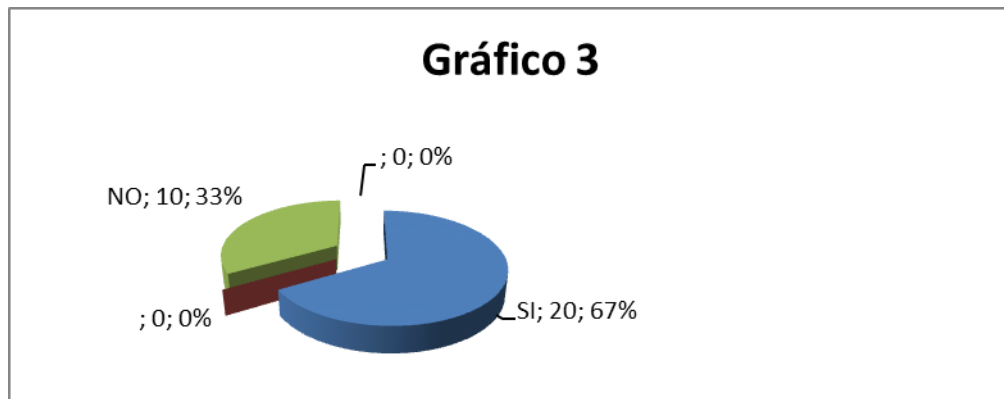
Soy muy respetuoso de los criterios de las demás personas, más cuando son mis investigados, pero no puedo dejar de exponer mi apreciación por la confusión de mis investigados, ya que la estafa informática no es únicamente la transacción monetaria ni tampoco la apropiación ilícita a la que se refieren mis investigados, pues como lo indiqué y estudié en los capítulos teóricos la estafa informática merece un tratamiento especial en nuestro Código y debe estar criminalizada y penalizada en forma adecuada.

TERCERA PREGUNTA

¿Estima usted que al no criminalizar y penalizar como delito independiente, la Estafa informática en el Código Penal se genera inseguridad jurídica?

INDICADORES	Frecuencia	%
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

Autor: Mauricio Landazuri Cevallos
Fuente: Población investigada



Se puede apreciar con claridad que la mayoría de la población investigada, es decir, el 67%, opinan que al no criminalizar y penalizar como delito independiente la estafa informática se genera inseguridad jurídica; y el otro complemento de la población investigada, el 33% en cambio, considera que no se genera inseguridad jurídica.

Quienes contestan afirmativamente, lo hacen fundamentados en criterios como los siguientes: que debido a que si no existe tipificación expresa no hay pena que cumplir, que existen delitos que todavía no se conocen y no se encuentra tipificado por modalidades, que no existe algo que regule y se genera más inseguridad, que este delito como tal debe ser criminalizado específicamente, porque las personas no confían en la justicia y no se podría acceder a los medios informáticos, que tales delitos quedan en la impunidad, que existen delitos que todavía no se encuentran tipificados porque no constituyen sanción que le corresponda al sujeto activo de la infracción y que no existen leyes y normas concretas

claras.

Los criterios de los distinguidos Abogados que opinaron positivamente, son respetables y evidencia su conocimiento crítico del Derecho y específicamente del Derecho Penal.

Las personas que conforman la minoría en esta pregunta, es decir, quienes contestan negativamente, lo hacen fundamentando su respuesta en razones como las siguientes:

Que no creen por cuanto esta sería suplida por la Estafa del Art. 563 del Código Penal de manera general para la aplicación y sanción de la infracción y así evitar la impunidad, que la norma establecida sanciona a los sujetos activos, que el delito tipo se encuentra en la asociación ilícita, que quedan en la impunidad y que los fiscales perseguirán los delitos informáticos señalados en el Art. 563 del Código Penal.

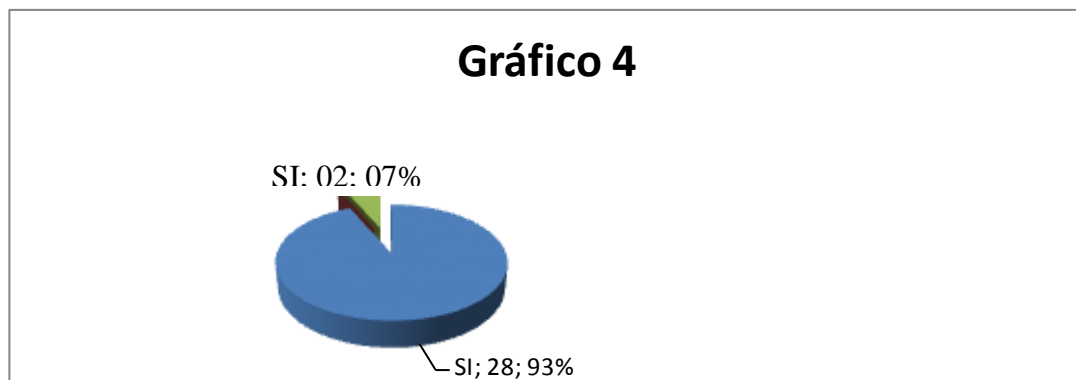
Los criterios son del todo respetables pero contradictorios entre sí, pues se afirma que se quedan en la impunidad y lo que es más grave manifiestan que se podría suplir con lo tipificado en el Art. 563 del Código Penal, cuando todos los que hemos estudiado Derecho sabemos que se aplica el principio de legalidad, es decir, que nadie puede ser condenado por un delito que no esté tipificado previamente como tal en el Código Penal y sobre todo que al tratarse de normas de derecho público se debe

estar al contenido expreso y tenor literal de la ley y no se puede aplicar por analogía.

CUARTA PREGUNTA
¿Cree conveniente que debería criminalizarse y penalizarse la estafa informática en el Código Penal ecuatoriano?

INDICADORES	Frecuencia	%
SI	28	93%
NO	02	07%
TOTAL	30	100%

Autor: Ing. Mauricio Landazuri Cevallos
Fuente: Población investigada



Se puede evidenciar con claridad que la mayoría de la población investigada, es decir, el 93%, opinan que se debe criminalizar y penalizar la estafa informática como delito en el Código Penal ecuatoriano, mientras que el 7% en cambio, opina todo lo contrario, es decir que no se debe criminalizar ni penalizar el delito de estafa informática en el Código Penal ecuatoriano.

Las personas que responden afirmativamente a esta pregunta, lo hacen basando su criterio en:

Que es un delito y que en la actualidad existe obscuridad en la norma legal, con ello se evitaría de que ciertos delincuentes no sean dejados sin sanción penal y por necesidad de tipo penal consciente y específico, porque estaríamos cruzando conforme la tecnología y estaríamos un paso adelante a la delincuencia, ya que es un delito que se da con frecuencia y no existen sanciones específicas y que es necesario en este siglo XXI cuidando los intereses de la sociedad a los beneficiarios de las informáticas. También sostienen que por tratarse de una nueva conducta penal que afectan bienes jurídicos de las personas, en el Código Penal actualmente no existe específicamente este delito, pero es suplido por la estafa del Art.563 del Código Penal; pero si debería tipificarse como una norma específica y que todo delito requiere una decisión, para ello es necesario tipificar con claridad esta infracción a fin de que el juzgador no tenga duda alguna al momento de resolver, así también debe esclarecerse la sanción de mejor forma para brindar mayor seguridad jurídica y por más seguridad para cada persona.

Ocurre en cambio que los que contestan negativamente la pregunta, lo hacen manifestando que se encuentra tipificado en el Código Penal la apropiación ilícita.

Respeto mucho el criterio de los Abogados que contestaron negativamente, pero no concuerdan sus criterios con su respuesta, siguen contradiciéndose al manifestar que ya se encuentra tipificado en el Código Penal cuando he demostrado a lo largo de la investigación e inclusive con la mayoría de los encuestados que debe estipularse en forma clara la estafa informática como delito autónomo.

QUINTA PREGUNTA

¿Cuál sería su propuesta para criminalizar y penalizar la estafa informática dentro del Código Penal?

Se puede evidenciar con claridad que la mayoría de la población investigada, propuso interesantes penalizaciones que serán consideradas en mi propuesta final.

En todo caso las propuestas formuladas por mis investigados las puedo resumir en los siguientes aspectos:

- Qué se dé un articulado que prevea estos delitos.
- Estableciendo una definición mejor de la persona que ejecuta la estafa y el estafado.
- Que se realice un proyecto de ley en el que se tome en cuenta este aspecto.
- Primeramente identificar las modalidades de aprobación y luego penalizar.
- Realizar un estudio sobre las estafas y sus modalidades

sobre el sistema informático para poder codificarlos.

- Presentar una reforma legal que tipifique de forma expresa la disposición penal de la estafa informática.
- Que en forma muy puntual se disponga las circunstancias, grados y responsabilidades de los actores, cómplices y encubridores de este delito.
- Que se debe especificar el tipo penal.
- Determinar medios y circunstancias de tipicidad.
- Se puede subsanar o ampliar y reformar el Art.563 del Código Penal
- Puede incorporarse como un delito informático.
- Enviar un proyecto de ley al Consejo Nacional de la Judicatura, y éste a su vez envíe al órgano legislativo; así como también, el Colegio de Abogados debería realizar propuestas sobre esta nueva temática.
- Crear nuevos tipos penales que contengan una variedad de formas de actuar delictivas.
- Identificar los tipos de estafa informática.
- Incluir en forma clara y precisa al delito informático en el Código Penal.
- Realizar un análisis sobre las etapas del sistema informático.

6.2. PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS MEDIANTE LA ENTREVISTA.

ENTREVISTA A JUEZ DE TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DE

IMBABURA

DR. FARITH MANOSALVAS

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

Haber, yo creo que se debe comenzar por contrarrestar que es lo que le caracteriza a la estafa y la estafa como nosotros sabemos está en el Art. 563 del Código Penal, no cierto y se establece la pena correspondiente respecto de este tipo de delito, pero debemos estar claros que el avance tecnológico y científico de los últimos tiempos ha permitido también un cambio en la realización y ejecución de ciertos tipos penales que consecuentemente conlleva que no solo el legislador por su parte advierta la necesidad social de ir tipificando cierto tipos de conductas ¿Por qué?. Porque ha ido cambiando todo, y hoy cuando hablamos nosotros de una estafa por medios informáticos, conlleva también la posibilidad que este tipo de delitos se haga, ya no con una intervención directa o utilizando la persona su propio acto sino valiéndose de ciertos instrumentos o ciertos instrumentos medios de carácter tecnológico

electrónico para cometer ciertos tipos de estafa, nosotros vamos a advertir que en nuestro medio a veces nos encontramos por ejemplo con que A o B persona ha ingresado a un sistema de información a un sistema bancario etc. Y en el momento que se vulneran ciertos tipos de seguridades, al vulnerar ciertos tipos de seguridades electrónicas se puede perjudicar, ah, para poner un ejemplo a ciertas personas esto para poder ejemplificar el caso pero este delito también puede ampliarse a otros espectros o espacios que en definitivas cuentas afecta o puede llegar a afectar a un amplio conglomerado de la sociedad nosotros vamos a escuchar diariamente por ejemplo en el medio en la ciudad o a nivel al que ya se produce ciertos tipos de estafa vía electrónica y entonces aquí viene la tarea del legislador o lo que hoy se denomina asambleísta a fin de que perciban una necesidad social del cometimiento de ciertos tipos de delitos en infracciones para que en un momento determinado se vaya regulando y ciertos tipos de conductas no queden en la impunidad pero eso requiere no, en lo particular yo siempre mantengo el criterio que el nacimiento o nacimiento de tipo penal no debe ser el fruto de la sinrazón sino que debe ser una consecuencia de un análisis técnico jurídico y también de carácter social de que una infracción comporta esa conducta social para que de manera objetiva y clara se pueda dar a luz o permitir el nacimiento de la nueva norma jurídica que penalice este tipo de infracciones a la cual se está refiriendo en este momento.

El entrevistado con su valioso criterio está de acuerdo con mi propuesta de reforma, inclusive ha clarificado la temática con ejemplos y concluye en que se debe dar una nueva norma jurídica que penalice la estafa informática.

ENTREVISTA A JUEZ DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DE
LA PROVINCIA DE IMBABURA
DR. IGNACIO CRUZ ARBOLEDA

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

Gracias por la entrevista Estimo de que el delito informático como tal está estructurado y contemplado ya en el Código Penal, pero más allá de esto sobre el punto al referirse a la estafa en los delitos informáticos prácticamente tiene también que tipificarse porque es una de las circunstancias más predominantes dentro de estos delitos esto puede darse siempre con las entidades financieras que en forma muy usual utilizan el manejo de este sistema informático esta clase de servicios permite que produzcan una serie de estafas sacadas de dinero o generalmente sacadas de dinero dentro de los usuarios de ese tipo de instituciones financieras, por tanto importantísimo que se incremente como delito y se tipifique dentro del nuevo Código Penal Integral

ecuatoriano para el bien de la sociedad y para que los jueces igual podamos actuar en base a principios legales debidamente tipificados en la Ley penal, eso prácticamente daría resultados satisfactorios para que prácticamente la sociedad se mantenga totalmente segura de que su utilización del sistema informático sea pues prácticamente personal y no sea utilizada por terceras personas esto lo que prácticamente daría el criterio más fundamental de lo que se piensa estaría en el Código Penal Integral Ecuatoriano para estas próximas que creo esta ya por últimos debates para que esto sea Ley general de la República esto es lo que puedo responder sobre lo que Ud. Me pregunta.-

El entrevistado inicia manifestando que la estafa ya está contemplada y luego sostiene que sería necesario que se contemple, es decir, hay una aparente contradicción, sin embargo luego lo desarrolla y deja conocer su criterio en torno a que mi propuesta sería factible.

ENTREVISTA A JUEZ CUARTO DE GARANTIAS PENALES DE
IMBABURA
MIGEL ANGEL ALMEIDA

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

Gracias, eh, evidentemente las condiciones y características delincuenciales en la actualidad han tomado diversos tópicos que en todo caso muchos aspectos nuevos que se han establecidos como medios o mecanismos para delinquir no se encuentran precisamente incluidos en el actual Código Penal esto debido al avance tecnológico y obviamente estas circunstancias hacen que todo aquello que estaba establecido como delito en nuestro actual Código Penal no haya previsto ciertos tipos delictivos contemporáneos que no están incluidos, esto hace evidentemente necesario que en el Nuevo Proyecto del Código Orgánico se establezcan nuevas formas delictivas que es necesario tipificarlas y obviamente establecer una pena para estos nuevos tipos de delito especialmente en materia informática en donde la tecnología en los últimos años ha alcanzado niveles sumamente novedosos y en base a los cuales han sido o se han dado más bien dicho varios actos que han causado perjuicio mediante la utilización de la tecnología. Ahora bien de acuerdo con la pregunta se dice que sería factible penalizar la estafa informática, habría que partir desde el punto de vista que se entiende como estafa o que tipifica el art 563 del Código Penal, partiendo desde ese punto de vista si hablamos de una estafa informática habría que establecer o los medios y mecanismos claramente determinados para una tipificación de esta clase de delitos porque como es obvio la informática eh, se basa en mecanismos científicos y técnicos de utilización de personas y obviamente esto implica determinación muy

clara hasta donde un acto puedes ser constituido o tipificado como delito porque la utilización de la informática conlleva conocimientos del sujeto activo de la infracción y eso obviamente determinaría las circunstancias del hecho a determinarse como delito siendo así como decía antes en base a esto obviamente que se han cometido actos que han perjudicado que en base a estos se causen delitos con perjuicio a terceros es indudable necesario tipificar este tipo de delitos y establecer una pena dependiendo de la gravedad y las circunstancias de que el acto se cometa y el perjuicio que se cause a terceros.-

El entrevistado al igual que mis otros entrevistados, sostiene que es “indudable” y necesario tipificar este tipo de delitos con perjuicio a terceros con lo cual justifico mucho más, mi propuesta de criminalizar dicho delito.

ENTREVISTA AL FISCAL DE ADOLESCENTES INFRACTORES DE LA
PROVINCIA DE IMBABURA
DR. JOSE ELARIO CORAL

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

El avance tecnológico de la sociedad ha derivado en una mayor complejidad y conflictividad hoy es muy común a través de medios

informáticos, telemáticos buscar víctimas y realizar estafas hace pocos días precisamente yo aquí en la fiscalía recibí yo una denuncia que a través de sistemas informáticos extorsionaban a una persona le exigían una cantidad de dinero también es común a través de medios informáticos ofertar la venta de bienes o servicios para hacerse entregar dinero y no cumplir con la oferta de esa venta de bienes o de servicios o estamos frente a una nueva tipología de delitos precisamente por este avance tecnológico de la sociedad, el problema es que nuestro código penal que es muy antiguo y todo el mundo ahora lo cuestiona data desde 1938 no ha incorporado esta nueva tipología de delitos, la sociedad va creando una nueva estructura los antropólogos y sociólogos dicen hay una nueva arquitectura de violencia de la sociedad pero es necesario que todo eso este contenido en un Código Penal, ahora mismo la Asamblea Nacional está haciendo una reforma integral de ese código penal y hay algunos tipos penales ya precisamente respecto del cometimiento de delitos a través medios informáticos no solamente la estafa hemos conocido por ejemplo de injurias a través de mensajes o amenazas contra la vida la integridad física, es decir estos mecanismos son precisos para el cometimiento de delitos ahora.

El entrevistado demuestra ser conocedor del Derecho Penal por su forma de analizar el delito de estafa e inclusive hacer referencia histórica del

Código Penal y éste también sostiene la necesidad de que mi propuesta sea una realidad.

ENTREVISTA AL FISCAL DE LA UNIDAD DOS DE DELITOS CONTRA
LAS PERSONAS, VIOLENCIA SEXUAL E INTRAFAMILIAR DE
IMBABURA

Dr. ANDRES PONCE

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

Buenos días, gracias por la oportunidad de dar mi criterio al respecto, haber sobre este asunto vengo hacer la siguiente aclaratoria el Art. innumerado 553.1 del Código Penal hace referencia a la apropiación ilícita y entonces aquí ya hace referencia a la estafa, la estafa consta en el Art 563 de nuestro Código Penal y en resumen dice que será sancionada a una persona que mediante engaños se apropie de bienes ajenos el Art. 553 ya hace referencia a la apropiación ilícita pero muy amplia si es que dese el punto de vista penal ustedes quieren crear un delito tipo que haga solamente referencia a la estafa mediante delitos informáticos me parece es algo muy bueno. Hay que aclarar y no dejar muy amplio el esquema de investigación sino especificar a qué se hace si es que ustedes tienen como proyecto de ley como proyecto de tesis se me debe indicar de que

se debe poner como delito de estafa cuando se hace a través de un medio, como les explicaba ya está pero lo deja muy amplio, si ustedes quieren poner específicamente ciertos delitos como por ejemplo recibir dinero a través de transferencias informáticas y no se recibe el bien, cabe en este consta ampliamente nuevamente y vuelvo a repetir consta aquello pero deja abierta la posibilidad de que usted tenga un banco de datos de clientes suyos y yo vaya a su computadora con una memoria o flash saque esa información y me lo utilice para mi yo convierta a sus clientes en clientes míos no hay ninguna por ejemplo un robo de dineros o sustracción de dinero o hurto de dinero mediante vía informática pero se estaría cometiendo un delito entonces si ustedes quieren hacerse referencia de estafa sería simplemente cuando se haga un ofrecimiento de algo a cambio de algo pero después de hecho la transacción no se cumpla puede ser algo muy provechoso para la justicia del Ecuador, eso es lo que yo creo.

El entrevistado mantiene el criterio de que consta en el Código Penal el delito de estafa pero que está muy amplio, entonces que sí valdría especificar la estafa informática, con lo cual concluye con apoyar mi propuesta, materia de esta investigación.

ENTREVISTA AL DELEGADO DE GESTION PROCESAL DE LA PROVINCIA
DE IMBABURA
DR. NIDER CHAMBA

¿Qué piensa usted de la necesidad de criminalizar y penalizar como delito en el Código Penal la Estafa Informática?

Bueno referente a este punto yo podría comentar que la estafa informática si sería necesaria que este tipificada y conste en nuestra legislación penal debido a que hay una amplitud en el tema de apropiación ilícita en donde esta abarcada ya en sí pero no está establecida como estafa informática yo creo que el tema en mención es de bastante notoriedad o relevancia ahora que se está dando nueva tecnología y que estamos viviendo globalizados donde está existiendo nuevos delitos necesita nuestra legislación ir acorde ir evolucionando en el mundo en el cual vivimos estoy muy contento que se estén tratando estos temas muy importantes y novedosos y le deseo éxitos al compañero que está realizando esta investigación.

Mi último entrevistado también está de acuerdo con mi criterio y sostiene que debe tipificarse el delito de estafa informática.

En fin, todos los investigados, connotados operadores de justicia, han coincidido en que se debe criminalizar la estafa informática como delito autónomo, pues inclusive los que piensan que el delito ya está

contemplado, después proponen que sea un delito específico este tipo de infracciones que por el avance de la tecnología se está generando.

g. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS E HIPÓTESIS.

Al desarrollar el presente subcapítulo debo indicar que he culminado con satisfacción mi investigación doctrinaria, jurídica y empírica, por lo que puedo manifestar que pude verificar positivamente los objetivos planteados al inicio de la presente tesis.

Cabe mencionar que el objetivo general fue redactado de la siguiente manera:

- Realizar un estudio crítico, jurídico, doctrinario y reflexivo sobre los delitos contra la propiedad en el Código Penal.

El estudio jurídico lo realicé al desarrollar el análisis bibliográfico en todos sus parámetros, ya que analizando jurídicamente el régimen legal que regula el delito, sus elementos, la antijuridicidad, la tipicidad, el delito informático, la estafa y la estafa informática, y en fin de todas las normas jurídicas conexas que se pueden constatar en los numerales constantes en el acápite de la revisión de literatura.

Por lo tanto este objetivo ha sido plenamente verificado tanto por el

desarrollo de la revisión de la literatura presentado como por los comentarios que a lo largo del trabajo he ido formulando.

En lo que respecta a los objetivos específicos, considero adecuado verificar cada uno de ellos, por lo tanto los transcribiré en su orden respectivamente:

- Efectuar un análisis sobre el delito de Estafa Informática.

Para la verificación de este objetivo realicé el estudio constante en el marco jurídico, cuando me refiero al ítem del mismo nombre, es decir, la estafa informática.

Por todo lo enunciado anteriormente y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico.

- Determinar que en el Código Penal no se criminaliza ni penaliza como delito la Estafa Informática.

Para la verificación de este segundo objetivo específico planteado, luego de la aplicación de las encuestas y entrevistas, se pudo determinar de mejor manera dicho parámetro, pues todos los encuestados manifestaron

que no se criminaliza ni penaliza la estafa informática en el Código Penal ecuatoriano.

Por todas las versiones vertidas como autor y obtenidas tanto por el estudio realizado, así como por el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este segundo objetivo planteado en la presente investigación

- Proponer un proyecto de reforma al Código Penal para criminalizar y penalizar como delito la Estafa informática.

Por todo lo enunciado anteriormente, y en base a las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico, además a este objetivo se lo pudo comprobar finalmente y de forma categórica, verificarlo aún más, con la aplicación de las encuestas y entrevistas, cuyo análisis me permitió formular de mejor manera la propuesta que la incluiré en el punto respectivo. Es por ello que con todo lo estipulado y analizado oportunamente me ha sido posible la verificación de último objetivo específico.

Terminada la comprobación de los objetivos, me corresponde efectuar lo mismo con la hipótesis planteada la cual quedó estipulada de la siguiente

manera:

- LA FALTA DE REFORMA EN EL CÓDIGO PENAL RESPECTO DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO DELITO LA ESTAFA INFORMÁTICA GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA CON LA NORMA SUPREMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y EL CÓDIGO PENAL.

En lo que concierne con la hipótesis planteada, a medida que he desarrollado la presente tesis, he podido comprobarla, ya que con el estudio estipulado dentro de la revisión de literatura, y a través de los objetivos tanto el general, como los específicos, relacionados con el trabajo de campo, se logró evidenciar que la falta de criminalización y penalización de la estafa informática como delito autónomo en el Código Penal genera inseguridad jurídica y por lo tanto vulnera dicho derecho estipulado en la Constitución de la República del Ecuador.

7.2. FUNDAMENTOS JURIDICOS, DOCTRINARIOS Y EMPIRICOS QUE SUSTENTAN LA PROPUESTA DE REFORMA

La utilización de la nominación de fraudes informáticos no resulta del todo irrelevante, pues denota grave alarma por la peligrosidad que implica, habiéndose reproducido respecto a la misma la polémica surgida en torno de la criminalidad informática en general. Se refiere que “por una parte, fraude informático es una expresión de gran raigambre social en el mundo no jurídico, que casi intuitivamente se conoce e identifica sin dificultad. Al igual que al ya referido delito informático, que se caracteriza por su gran plasticidad y su relativa sencillez.

Su primacía respecto de otras nomenclaturas también se detecta en la doctrina penal extranjera, que acude con asiduidad a la versión inglesa o francesa de esta fórmula, sin mostrar ningún tipo de recelo. Y en foros internacionales como la reunión de expertos de la OCDE (Paris, 1983), se le dio carta de naturaleza. Adicionalmente en algunos ordenamientos penales se han producido su expresa consagración positiva, con lo cual es seguro que no estamos ante una categoría desconocida”²⁸.

²⁸ ROMERO, Gladys. Los elementos del tipo de estafa. Pág. 164.

Ante la ausencia en derecho sustantivo ecuatoriano de una regulación específica para este tipo penal, nos vemos obligados a efectuar su tratamiento a lege data como a lege ferenda, no obstante que, en otras legislaciones, se ha llevado a cabo un notable esfuerzo, sobre todo aquellos lugares que cuentan con mayor experiencia en este tipo de criminalidad, pues no es suficiente que en el Art. 563 del Código Penal se haya establecido sanciones diferentes a los que cometen el delito de estafa utilizando medios electrónicos o telemáticos, pues a nivel de otros países el delito de estafa informática es independiente de la estafa común, por lo tanto, las reformas introducidas en nuestro Código se quedan ambiguas frente a la tipificación y penalización expresa del delito de estafa informática.

Además sobre el tema que una de las cuestiones que guarda relación con el error en la estafa, es la referente a la comisión del delito por medio de aparatos automáticos. Se entiende que en los supuestos de manipulación de una maquina automática introduciendo monedas falsas u objetos similares para obtener un artículo, no puede decirse que dicha manipulación constituya estafa, porque de esa manera no puede lograrse un sujeto pasivo engañado. En tales supuestos no habrá estafa, sino hurto.

Para Quintano Ripollés, “la razón reside en que a las maquinas no se las puede engañar y en que la sustracción se lleva a cabo de una manera subrepticia, aunque astuta, de efectivo contrectatio, sin previa entrega ni voluntad humana directamente operante por parte del engañado no presente”²⁹.

En igual sentido, José Antón Oneca sostiene que la utilización de una ficha falsa de un teléfono o de otro aparato, del que se obtenga por procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa, porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga por este procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa, porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga sea una cosa, se habrá cometido un hurto. En igual sentido, piensan otros autores.

Entonces aclaro que mi pretensión es adecuar la legislación penal ecuatoriana en el sentido que se tipifique y penalice la estafa informática que es distinto según lo he explicado con citas de penalistas reconocidos a nivel internacional en el sentido de que una cosa es utilizar medios electrónicos y telemáticos y otra muy diferente sería contar con el delito de estafa informática en forma independiente, en la que se manipulan equipos u objetos mediante la utilización de software, es decir, se hace

²⁹ QUINTANO, Ripollés. Tratado de la parte especial del derecho penal. Pág. 598.

muy difícil la comprobación porque se debe distinguir que una cosa es probar la utilización de un equipo y otra muy diferente es comprobar que se ha utilizado un software o programa para estafar a las personas, esto obviamente, debe castigarse con mayor sanción que la estafa común.

No obstante también presento tratadistas que tienen otro criterio y que es preciso citar, obsérvese:

Conrado Finzi, entiende que “en estos supuestos sí existe estafa porque el aparato proporciona un bien a cambio de un precio; por lo tanto, el que simula el pago del precio y en realidad da una cosa de ningún valor, engaña al propietario del aparato”³⁰. Lo equivocado de este razonamiento es que en rigor no se engaña al propietario de la máquina, sino que se lo perjudica.

Cabe reseñar que el concepto tradicional de estafa, desde el recordado trabajo de Antón Oneca, se define como la “conducta engañosa con ánimo de lucro, propio o ajeno, que determinando a un error a una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual resulta un perjuicio en su patrimonio, o en el de un tercero”³¹.

³⁰ FINZI, Conrado. Las estafas y otros fraudes, Pág. 67.

³¹ ANTÓN ONECA, José “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la Jurisprudencia”. Pág. 313.

De esa definición se deducen los distintos elementos del tipo objetivo de la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Entre el perjuicio y el engaño debe mediar una relación de causalidad, de manera tal que este sea motivo o causa del perjuicio. Si falta esa relación, no existe estafa.

La conducta engañosa debe ser bastante para producir el error en otra persona, causando una suposición falsa. En otras palabras, la acción engañosa a de ser causa del error, debe pues, existir entre ambos una relación de causalidad. Ello implica que la estafa requiere una doble relación de causalidad, en la que el engaño debe haber provocado el error y este, a su vez, la disposición patrimonial. Así, el error juega un papel central, al tener una posición intermedia entre el engaño y la disposición patrimonial. De no existir esa relación, no hay estafa.

De ahí la necesidad de modificar el tipo de injusto del Art.563 del Código Penal del Ecuador, para adecuarlo a estas modernas situaciones.

Queralt Jiménez sostiene que “el determinar si las máquinas pueden ser susceptibles de engaño o no genera una problemática especial. Para él la respuesta era negativa y ello planteaba ciertos problemas en el orden práctico. Y desde que se han introducido las máquinas electrónicas y

especialmente la informática, en la que se puede mediante manipulación de los programas, apoderarse de bienes y servicios.”³²

En el caso, la acción del sujeto activo, ha de consistir en la transferencia de un activo patrimonial, mediante manipulación informática, que pasa así a ser el medio comisivo; en tanto que el objeto del delito ha de consistir en la transferencia de activos, no necesariamente dinero, ya que la informática lo que hace es transformar los billetes en impulsos electrónicos que alguien puede recoger al final de la red desde su terminal; lo que lleva al cabo un sistema informático son anotaciones que a su vez, el sujeto activo puede materializar; así desde transferencias bancarias, anotaciones en cuentas de valores, etc.

Vives Antón y González Cussac , sostienen: “aceptando la tesis de que aquí no hay engaño ni error, sencillamente porque no se puede inducir a error a una computadora, entienden que la estructura típica es la misma que la de la estafa (Art. 248.1), en cuanto subsiste la llamada relación de casualidad, así bien en esta modalidad en lugar de engaño o error la mecánica comisiva consiste en valerse de alguna manipulación informativa o artificio semejante, dándose también el ánimo de lucro y el

³² QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español. Parte especial. 3ra. Edición. Pág. 372.

acto de disposición, centrado en la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, con el consiguiente perjuicio”³³.

La profesora salmantina Gutierrez Francés formula reservas en torno al verdadero alcance de este tipo, pues para ella, su virtualidad respecto de los fraudes informáticos es bastante limitada:

“a.- Porque en el mejor de los casos, sólo sirve para combatir una parcela de fraudes informáticos: aquéllos que supongan un ataque al patrimonio como bien jurídico individual microsocioal. Al contemplarse como una modalidad de estafa, sin otro particular que lo concerniente a la mecánica de manipular, se verá según ella afectada lógicamente de las mismas limitaciones por razón del objeto jurídico que este delito. Y ello sin olvidar que la estafa se configura como un delito contra el patrimonio individual, que ya ha revelado su idoneidad frente a otros ataques a los bienes jurídicos colectivos de naturaleza socioeconómica, tales como el sistema de cotizaciones bursátiles y la Hacienda Pública.

b.- Porque ya los fraudes informáticos habían tenido cabida en el Art. 528 del Código anterior y, por lo tanto, considera que su papel se circunscribe a servir de cauce para resolver, por la vía de la manipulación que venía

³³ VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ GOUDSAC. Comentarios al Código Penal de 1995. Tomo II. Pág. 1237.

planteando el tipo de estafa con las “estafas mediante manipulación informática”³⁴

Por ello, la propuesta que se formula para el derecho penal ecuatoriano integra un marco más amplio, que consiste en asumir la nueva realidad tecnológica, con los valores que ella ha originado y con los nuevos instrumentos que están potenciando, de forma inusitada, las posibilidades de delinquir.

El Código Penal del Ecuador ni siquiera cuenta con el denominado “abuso de aparatos mecánicos” del derecho alemán y no considero que la solución pase por ampliar el tipo del Art. 560 y siguientes del Código Penal.

Tampoco soy de la idea de ampliar el tipo clásico de estafa, ya que en el derecho penal ecuatoriano no ha sido abordada esta cuestión, una solución sería criminalizar y penalizar el delito de estafa informática.

Creo que corresponderá como fruto de esta tesis de grado diseñar una fórmula para el ordenamiento sustantivo, no mediante remiendos, sino con un nuevo texto, moderno y coherente, adecuado a la realidad presente en materia informática. Tal vez las actuales circunstancias

³⁴ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. “Infomática y derecho penal” Pág. 149.

puedan ser las idóneas para abordar, con perspectiva de futuro, la modernización del Código que ya ha cumplido su ciclo histórico y con innumerables parches, la mayoría de las veces desacertados. Ello sin mencionar la metodología de su parte especial, a semejanza del Código Fascista de Rocco, que está adecuada a las modernas tendencias en la materia.

h. CONCLUSIONES

Luego de culminar la presente tesis, sobre la problemática planteada, he podido llegar a determinar las más relevantes conclusiones:

- La seguridad jurídica es un derecho de las personas y así se protege constitucionalmente.
- El Código Penal en el Ecuador no ha criminalizado ni penalizado la estafa informática.
- La mayoría de las personas investigadas a través de la encuesta estima necesario que se criminalice y penalice la estafa informática.
- Que lamentablemente entre los delitos informáticos previstos en el Código Penal ecuatoriano no se establece la estafa informática como delito autónomo.

i. RECOMENDACIONES

Las principales recomendaciones que se puede hacer en relación con la problemática investigada son las siguientes:

- Que, los miembros de la Asamblea Nacional, procedan a la revisión de las disposiciones incluidas en el Código Penal, referentes a criminalizar y penalizar la estafa informática como delito autónomo.
- Que, la Federación Nacional de Abogados a nivel nacional, y cada Colegio de Abogados organicen seminarios y talleres de capacitación dirigidos a sus socios, cuyas temáticas versarán sobre los delitos informáticos y la estafa informática.
- Que las autoridades de las Universidades y Escuelas Politécnicas de todo el país que integran en sus estudios el Derecho como ciencia y la Abogacía como profesión, realicen la apertura y creación de diplomados, especialidades y maestrías relacionadas a la formación de Abogados en el campo del Derecho Penal y el Derecho Informático.

- Que se expidan reformas al Código Penal para que se criminalice y penalice la estafa informática como delito independiente.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA.

Con todos los elementos adquiridos mediante la presente investigación puedo realizar la siguiente propuesta de reformas:

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que es deber primordial del Estado garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad jurídica.

Que los operadores de justicia no pueden sancionar a los agentes activos del delito de estafa informática por cuanto no está dentro de los delitos informáticos que tipifica el Código Penal.

En ejercicio de sus atribuciones:

Resuelve:

EXPEDIR LA SIGUIENTE LEY REFORMATARIA AL CÓDIGO PENAL

Artículo 1.- Agréguese en la parte final del Art. 563 el siguiente inciso:

“También se consideran reos de estafa: Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

La manipulación informática es una alteración o modificación de datos, ya sea suprimiéndolos, introduciendo datos nuevos y falsos, colocar datos en distinto momento o lugar, variar las instrucciones de elaboración”.

Artículo 2.- Agréguese el siguiente artículo:

Art. ... “Los reos de estafa informática serán castigados con la pena de reclusión menor de tres a seis años, si la cuantía de lo defraudado excediere de quinientos dólares. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”.

Artículo 3.- Deróguense todas las normas legales que se opongan a la presente reforma.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, en Quito, Distrito Metropolitano, a los dos días del mes de octubre del año dos mil doce.

f.)PRESIDENTE.

f.) SECRETARIO

j. BIBLIOGRAFIA

- ANTÓN ONECA, José “Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la Jurisprudencia”. Editorial Jurídica. Buenos Aires. Argentina. 2009.
- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Noviembre 2008.
- CODIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2005.
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Heliasta. 1997.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2011.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. BOSH. Casa Editorial S.A. Barcelona. España.

- DIAZ, Ruy. DICCIONARIO JURIDICO, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, Océano Uno, Editorial Océano, Año 2004.
- ESPASA. Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe S.A. Madrid – España. 2001.
- FINZI, Conrado. Las estafas y otros fraudes. Disponible en www.oas.org
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. “Informática y derecho penal”. Editora Nacional. México - Distrito Federal. 2001.
- MASCAREÑAS, Carlos. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII. Editor Francisco Seix, Barcelona. 1995.
- PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. Artículos doctrinales de Derecho Procesal Penal publicado en la red internet.
- QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español. Parte especial. 3ra.

Edición.

- QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado de la parte especial del derecho penal. Bosch, Editora Barcelona, 1977.
- RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Tomo I, Parte General. Editorial TEMIS. Bogotá. Colombia. 1975.
- REYNA ALFARO. Luis M. La víctima en el delito informático. www.ied.org
- ROMERO G.N. Los elementos del tipo de estafa. DIN editores, Buenos Aires. 1985.
- SALINAS ORDÓÑEZ, Manuel. Guía Práctica de Investigación Jurídica. Loja, Ecuador, Segunda Edición. 2008.
- SALAMEA CARPIO. Diego. El Delito Informático y la Prueba Pericial informática. Editorial Jurídica del Ecuador
- VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ GOUDSAC. Comentarios al Código Penal de 1995. Tomo II.
- www.noticias.jurídicas.com

- www.amazon.com
- www.delitosinformaticos.com

k. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA :

“NECESIDAD DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO
DELITO EN EL CÓDIGO PENAL LA ESTAFA INFORMÁTICA”

PROYECTO DE TESIS
PREVIO A OPTAR POR
EL GRADO DE
ABOGADO

AUTOR :

MAURICIO DAVID LANDÁZURI CEVALLOS

LOJA – ECUADOR

2012

a. TEMA

“NECESIDAD DE CRIMINALIZAR Y PENALIZAR COMO DELITO EN EL
CÓDIGO PENAL, LA ESTAFA INFORMÁTICA”.

b. PROBLEMÁTICA

En el Art. 560 que tipifica y penaliza la estafa en nuestra legislación, estipula sanción para quienes utilicen medios electrónicos o telemáticos, no se tipifica ni penaliza la estafa informática como delito autónomo como sí se lo ha hecho en otros países.

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El Código Penal en la actualidad ha quedado obsoleto en cuanto a la tipificación de nuevas figuras delictivas que se presentan por los diferentes avances tecnológicos, por tanto, es necesario que se reforme el Código Penal a partir del Art. 563 para adecuarlo a muchas modernas situaciones tales como la utilización de software para generar error en el funcionamiento de medidores de energía eléctrica o en débitos en cuentas de ahorros y corrientes de ínfimas cantidades que depositadas en una sola cuenta asciende a una gran cantidad de dinero, esto no se puede comprobar desde dónde se produjeron los débitos ya que se utiliza software informático especializado, a tal punto que si el ahorrista lo descubre, al único que sancionan es al cajero, pero de manera injusta y

no se investiga penalmente la estafa informática de la que fue objeto tanto la institución financiera como el afectado.

Varias son las formas por las que se podría perjudicar a las personas mediante medios informáticos, pero en nuestra legislación penal no se ha tipificado tal infracción, por lo que tales delitos quedarían en la impunidad.

c. JUSTIFICACIÓN

Al momento de redactarse el Código Penal ecuatoriano no existían en la mente del ser humano las nuevas figuras delictivas que se han presentado a partir de la década de los años noventa, por ello, se justifica plenamente que realice mi tesis de grado, proponiendo criminalizar y penalizar el delito de estafa informática.

Lo antes dicho involucra que el Estado, tiene que asegurar y garantizar contemplando dentro de la legislación penal, las nuevas figuras delictivas para que no se queden en la impunidad y que luego del debido proceso las personas intelectuales que cometen este tipo de delitos sean sancionadas por el delito cometido.

El presente trabajo que nutrido de una serie de conocimientos obtenidos en todo el proceso de la investigación, será enteramente práctico, pues en el cantón de mi residencia Ibarra, provincia de Imbabura, la problemática denota interés, con ello se contribuirá a mejorar la normativa jurídica ecuatoriana.

La presente investigación se puede justificar por varias razones entre las cuales me permito señalar las siguientes:

- Por ser un problema actual y latente que nuestra sociedad está atravesando.

- Por ser factible su estudio, en vista de que el problema en sí de la investigación, es muy vasto y se puede contar con todas las fuentes bibliográficas, y así mismo con la disponibilidad y el empeño de realizar los correspondientes estudios de campo que de esta manera me permitan abordar el problema materia de la presente investigación.

- Por cuanto cumple con el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

d. OBJETIVOS

4.1.- OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio crítico, jurídico, doctrinario y reflexivo sobre los delitos contra la propiedad en el Código Penal.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

Efectuar un análisis sobre el delito de Estafa Informática.

Determinar que en el Código Penal no se criminaliza ni penaliza como delito la Estafa Informática.

Proponer un proyecto de reforma al Código Penal para criminalizar y penalizar como delito la Estafa Informática.

e. MARCO TEÓRICO

La utilización de la nominación de fraudes informáticos no resulta del todo irrelevante, pues denota grave alarma por la peligrosidad que implica, habiéndose reproducido respecto a la misma la polémica surgida en torno de la criminalidad informática en general. Se refiere que “por una parte, fraude informático es una expresión de gran raigambre social en el mundo no jurídico, que casi intuitivamente se conoce e identifica sin dificultad. Al igual que al ya referido delito informático, se caracteriza por su gran plasticidad y su relativa sencillez.

Su primacía respecto de otras nomenclaturas también se detecta en la doctrina penal extranjera, que acude con asiduidad a la versión inglesa o francesa de esta formula, sin mostrar ningún tipo de recelo. Y en foros internacionales como la reunión de expertos de la OCDE (Paris, 1983), se le dio carta de naturaleza. Adicionalmente en algunos ordenamientos penales se han producido su expresa consagración positiva, con lo cual es seguro que no estamos ante una categoría desconocida”³⁵.

Ante la ausencia en derecho sustantivo ecuatoriano de una regulación específica para este tipo penal, nos vemos obligados a efectuar su tratamiento a legue data como a legue ferenda, no obstante que, en otras

³⁵ ROMERO, Gladys. Los elementos del tipo de estafa. Pág. 164.

legislaciones, se ha llevado a cabo un notable esfuerzo, sobre todo aquellos lugares que cuentan con mayor experiencia en este tipo de criminalidad, pues no es suficiente que en el Art. 563 del Código Penal se haya establecido sanciones diferentes a los que cometen el delito de estafa utilizando medios electrónicos o telemáticos, pues a nivel de otros países el delito de estafa informática es independiente de la estafa común, por lo tanto, las reformas introducidas en nuestro Código se quedan ambiguas frente a la tipificación y penalización expresa del delito de estafa informática.

Además sobre el tema que una de las cuestiones que guarda relación con el error en la estafa, es la referente a la comisión del delito por medio de aparatos automáticos. Se entiende que en los supuestos de manipulación de una maquina automática introduciendo monedas falsas u objetos similares para obtener un artículo, no puede decirse que dicha manipulación constituya estafa, porque de esa manera no puede lograrse un sujeto pasivo engañado. En tales supuestos no habrá estafa, sino hurto.

Para Quintano Ripollés, “la razón reside en que a las maquinas no se las puede engañar y en que la sustracción se lleva a cabo de una manera subrepticia, aunque astuta, de efectivo contrectatio, sin previa entrega ni

voluntad humana directamente operante por parte del engañado no presente”³⁶.

En igual sentido, José Antón Oneca sostiene que la utilización de una ficha falsa de un teléfono o de otro aparato, del que se obtenga por procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa, porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga por este procedimiento alguna cosa o servicio, será también incompatible con la estafa, porque el aparato no puede ser engañado. Cuando lo que se obtenga sea una cosa, se habrá cometido un hurto. En igual sentido, piensan otros autores.

Entonces aclaro que mi pretensión es adecuar la legislación penal ecuatoriana en el sentido que se tipifique y penalice la estafa informática que es distinto según lo he explicado con citas de penalistas reconocidos a nivel internacional en el sentido que una cosa es utilizar medios electrónicos y telemáticos y otra muy diferente sería contar con el delito de estafa informática en forma independiente, en la que se manipulan equipos u objetos mediante la utilización de software, es decir, se hace muy difícil la comprobación porque se debe distinguir que una cosa es probar la utilización de un equipo y otra muy diferente es comprobar que

³⁶ QUINTANO, Ripollés. Tratado de la parte especial del derecho penal. Pág. 598.

se ha utilizado un software o programa para estafar a las personas, esto obviamente, debe sancionarse con mayor sanción que la estafa común.

No obstante también presento tratadistas que tienen otro criterio y que es preciso citar, obsérvese:

Conrado Finzil, entiende que “en estos supuestos sí existe estafa porque el aparato proporciona un bien a cambio de un precio; por lo tanto, el que simula el pago del precio y en realidad da una cosa de ningún valor, engaña al propietario del aparato”³⁷. Lo equivocado de este razonamiento es que en rigor no se engaña al propietario de la maquina, sino que se lo perjudica.

Cabe reseñar que el concepto tradicional de estafa, desde el recordado trabajo de Antón Oneca, se define como la “conducta engañosa con animo de lucro, propio o ajeno, que determinando a un error a una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición, a consecuencia del cual resulta un perjuicio en su patrimonio, o en el de un tercero”³⁸.

³⁷ FINZI, Conrado. Las estafas y otros fraudes, Pág. 67.

³⁸ ANTÓN ONECA, José Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la Jurisprudencia”. Pág. 313.

De esa definición se deducen los distintos elementos del tipo objetivo de la estafa: engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio. Entre el perjuicio y el engaño debe mediar una relación de causalidad, de manera tal que este sea motivo o causa del perjuicio. Si falta esa relación, no existe estafa.

La conducta engañosa debe ser bastante para producir el error en otra persona, causando una suposición falsa. En otras palabras, la acción engañosa a de ser causa del error, debe pues, existir entre ambos una relación de causalidad. Ello implica que la estafa requiere una doble relación de causalidad, en la que engaño debe haber provocado el error y este, a su vez, la disposición patrimonial. Así, el error juega un papel central, al tener una posición intermedia entre el engaño y la disposición patrimonial. De no existir esa relación, no hay estafa.

Una de las cuestiones que guarda relación con el error es la estafa mediante aparatos mecánicos y medios informáticos. Asiste razón a Gladys Romero a quien cité anteriormente, cuando refiere en los supuestos de manipulación de una maquina automática introduciendo monedas falsas u objetos similares para obtener un articulo, no puede decirse que tal maniobra configura una estafa, sino lo que se verifica es un hurto.

Sin embargo, en los casos de adulteración de medidores de energía eléctrica y de gas, corresponde adoptar otro criterio, en razón de que estos servicios se rigen por un medidor y las maniobras que sobre él se realice, tienden a determinar un error en quien los lee, a fin de que al emitir las facturas, éstas sean erróneas. Distinto sería si la referida lectura no fuera manual, sino llevada al cabo por un ordenador, programado para así facturar, con lo que no cabría la estafa.

En el derecho alemán la cuestión ha sido resuelta con la denominada “obtención fraudulenta de prestaciones”. El parágrafo 265. a prevé las hipótesis de cuando con la intención de no pagar el precio, se obtiene de forma fraudulenta la presentación de un servicio de aparato automático, como en los casos de utilización de teléfonos, máquinas expendedoras automáticas, molinillos de subterráneos, etc.; y ello fue así, porque en dichos supuestos resulta difícil demostrar, con seguridad, las características de la estafa.

La falta de tipificación de estas conductas en el ordenamiento ecuatoriano puede llevarle a la jurisprudencia a distintas soluciones, en particular, cuando ellas no son efectuadas mediante ordenadores, en que se puede dar los supuestos en que el lector resulte engañado, en cuyo caso hay estafa; o que la alteración pueda o permita apoderarse del dinero, que será un supuesto de hurto.

De ahí la necesidad de modificar el tipo de injusto del Art.563 del Código Penal del Ecuador, para adecuarlo a estas modernas situaciones.

Queralt Jiménez sostiene que “el determinar si las maquinas pueden ser susceptibles de engaño o no genera una problemática especial. Para el la respuesta era negativa y ello planteaba ciertos problemas en el orden práctico; luego de la reforma de 1995, la cuestión esta legalmente resuelta por el Art.248.2, a lo que el llama estafa impropia o fraude informático. Y desde que se han introducido las maquinas electrónicas y especialmente la informática, en la que se puede mediante manipulación de los programas, apoderarse de bienes y servicios, había nacido en España una laguna intolerable, que el legislador a intentado cubrir, al menos en parte.

En tales casos considera sujeto pasivo a la persona titular de los activos, que será victima, si conserva la titularidad de los mismos; ahora bien tratándose de anotaciones en cuenta, hay que considerar que se ha producido una ficta traditio en favor del usuario de la red y administrador del sistema”³⁹.

En el caso, la acción del sujeto activo, ha de consistir en la transferencia de un activo patrimonial, mediante manipulación informática, que pasa

³⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal español. Parte especial. 3ra. Edición. Pág. 372.

así a ser el medio comisivo; en tanto que el objeto del delito ha de consistir en la transferencia de activos, no necesariamente dinero, ya que la informática lo que hace es transformar los billetes en impulsos electrónicos que alguien puede recoger al final de la red desde su terminal; lo que lleva al cabo un sistema informático son anotaciones que a su vez, el sujeto activo puede materializar; así desde transferencias bancarias, anotaciones en cuentas de valores, etc.

La problemática que se plantea con el agregado del apartado 2 del Art.248 del Código Penal español (1995), que describe la hipótesis típica de los llamados fraudes informáticos, es que aquí no hay engaño. En definitiva, no se configura una estafa propia, sino que o es por asimilación, al no darse en ella, todos los elementos del tipo objetivo.

Vives Antón y González Cussac , sostienen: “aceptando la tesis de que aquí no hay engaño ni error, sencillamente porque no se puede inducir a error a una computadora, entienden que la estructura típica es la misma que la de la estafa (Art. 248.1), en cuanto subsiste la llamada relación de casualidad, así bien en esta modalidad – en lugar de engaño o error - la mecánica comisiva consiste en valerse de alguna manipulación informativa o artificio semejante, dándose también el ánimo de lucro y el

acto de disposición, centrado en la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, con el consiguiente perjuicio”⁴⁰.

Debe recordarse que las técnicas utilizadas por los estafadores son siempre nuevas y cambiantes, por lo que en España se añadió al Art.248 del Código Penal un nuevo número, en el que se incluye entre los engaños de estafa, cualquier manipulación informática o artificio semejante que consigna la transferencia no consentida de un activo patrimonial en perjuicio de un tercero.

Este tipifica la estafa informática, en lo cual el legislador ha sustituido la palabra “manipulación informática o artificio semejante”. Esto no ha de ser confundido con la utilización ilegítima de tarjetas que permitan extraer el dinero de cajeros automáticos o hacer pagos.

También se puede reprimir, en España, cualquier modalidad de manipulación informática en el input, en el output, en los programas y en la transmisión electrónica de datos, conocida o por conocer, tal como se induce de la expresión “o artificio semejante”, con la que se provoque una transferencia patrimonial ilícita, de carácter doloso y con ánimo de lucro.

⁴⁰ VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ GOUDSAC. Comentarios al Código Penal de 1995. Tomo II. Pág. 1237.

Por lo demás, la inexistencia de limitaciones respecto al sujeto activo permitirá tipificar este tipo de conductas incluso cuando se realicen a distancia por terceros ajenos al sistema informático.

Sin embargo, la profesora salmantina Gutierrez Francés formula reservas en torno al verdadero alcance de este tipo, pues para ella, su virtualidad respecto de los fraudes informáticos es bastante limitada:

a.- Porque en el mejor de los casos, sólo sirve para combatir una parcela de fraudes informáticos: aquéllos que supongan un ataque al patrimonio como bien jurídico individual microsocioal. Al contemplarse como una modalidad de estafa, sin otro particular que lo concerniente a la mecánica de manipular, se verá –según ella- afectada lógicamente de las mismas limitaciones por razón del objeto jurídico que este delito. Y ello sin olvidar que la estafa se configura como un delito contra el patrimonio individual, que ya ha revelado su idoneidad frente a otros ataques a los bienes jurídicos colectivos de naturaleza socioeconómica, tales como el sistema de cotizaciones bursátiles y la Hacienda Pública.

b.- Porque ya los fraudes informáticos habían tenido cabida en el Art. 528 del Código anterior y, por lo tanto, considera que su papel se circunscribe a servir de cauce para resolver, por la vía de la manipulación que venía

planteando el tipo de estafa con las “estafas mediante manipulación informática”⁴¹

Por ello, la propuesta que se formula para el derecho penal ecuatoriano integra un marco más amplio, que consiste en asumir la nueva realidad tecnológica, con los valores que ella ha originado y con los nuevos instrumentos que están potenciando, de forma inusitada, las posibilidades de delinquir.

El Código Penal del Ecuador ni siquiera cuenta con el denominado “abuso de aparatos mecánicos” del derecho alemán y no considero que la solución pase por ampliar el tipo del Art. 560 y siguientes del Código Penal.

Tampoco soy de la idea de ampliar el tipo clásico de estafa, por lo que una solución sería –ya que en el derecho penal ecuatoriano no ha sido abordada esta cuestión – que la fórmula del tipo de estafa debería ser semejante a la fórmula alemana de la “Segunda ley de lucha contra la criminalidad económica”, la española de 1995, las que hoy recogen el Código Penal para la República de Nicaragua (2007) y en el Anteproyecto de Código Penal de Bolivia (2008).

⁴¹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. “Infomática y derecho penal” Pág. 149.

Creo que corresponderá como fruto de esta tesis de grado diseñar una fórmula para el ordenamiento sustantivo, no mediante remiendos, sino con un nuevo texto, moderno y coherente, adecuado a la realidad presente en materia informática. Tal vez las actuales circunstancias puedan ser las idóneas para abordar, con perspectiva de futuro, la modernización del Código que ya ha cumplido su ciclo histórico y con innumerables parches, la mayoría de las veces desacertados. Ello sin mencionar la metodología de su parte especial, a semejanza del Código Fascista de Rocco, que está adecuada a las modernas tendencias en la materia.

f.- METODOLOGIA

7.1. MÉTODOS

En el desarrollo del trabajo de investigación para la realización de la tesis de grado emplearé el método científico y sus derivados consecuentes: Analítico-Sintético, Inductivo-Deductivo.

Método del muestreo.- Será indispensable la aplicación de este método, porque es necesario seleccionar una parte del todo a fin de realizar distintas encuestas que servirán para recoger información sobre el pensamiento de la población sobre la problemática abordada. Con la selección de este método, se justifica plenamente los métodos de apoyo al muestreo, estos son:

Método Analítico.- Es el proceso de desarticulación mental que consiste en ir de las partes para formar el todo. Este método nos permitirá examinar en forma conjunta los diferentes cambios que ha experimentado el problema.

Método Sintético.- Es el proceso de desarticulación mental que consiste en ir del todo a las partes. Es así, que se podrán realizar estudios específicos de los efectos jurídicos y sociales generados por la ausencia de la tipificación del delito de estafa informática.

Método Inductivo-Deductivo.- Este método parte de conocimientos y hechos particulares, para llegar a determinar leyes o conocimientos generales que rigen los fenómenos o viceversa

7.2. TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS

Consecuentemente aplicaré las técnicas relativas al tipo de investigación como la elaboración de fichas bibliográficas, documentales y mnemotécnicas, las mismas que servirán para hacer el acopio teórico en torno a los contenidos temáticos para su desarrollo y conocimiento.

Fichas Mnemotécnicas.- Son necesarias para seleccionar los extractos más importantes y notables del tema a investigarse, ya que existen dentro de la bibliografía propuesta una gran cantidad de autores nacionales y extranjeros.

Fichas Bibliográficas.- Servirán para recopilar los datos que identifican la fuente de las obras bibliográficas consultadas. Esto servirá para que el lector se encuentre interesado en ampliar los conocimientos sobre el tema y recurra sin dificultad a las obras citadas.

La investigación será de tipo bibliográfica, documental, de campo, histórico y descriptivo, que me permitirá recolectar y analizar datos e información valiosa sobre el problema planteado y poder determinar las posibles soluciones al mismo.

Aplicaré treinta encuestas a destacados Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Ibarra, para lo cual elaboraré el instrumento correspondiente y cinco entrevistas a funcionarios de la Corte de Justicia, es decir, Jueces de Garantías Penales, Jueces Provinciales y Fiscales Distritales.

Los datos así obtenidos serán debidamente sintetizados, ordenados y tabulados para proceder a su análisis y redacción del borrador del informe final, luego de lo cual realizaré el trabajo de selección y síntesis para construir el informe final de mi investigación.

Se procederá luego a efectuar el análisis de los referentes doctrinarios, jurisprudencia y de opinión, los mismos que posibilitarán el conocimiento de la problemática utilizada para nuestro objeto de estudio.

Finalmente el conocimiento logrado se reflejará en el aporte que se dará con las sugerencias encaminadas al proyecto de reformas al Código Penal.

El informe final de la investigación jurídica propuesta, seguirá el esquema previsto en los Reglamentos de la Universidad y los requerimientos de la Directora o Director de Tesis.

g. CRONOGRAMA DE TRABAJO

AÑO 2012

TIEMPO EN MESES	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
TIEMPI EN SEMANAS	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4	1 2 3 4
1. Selección Objeto de estudio y elaboración del proyecto	* * * *	* *				
2. Recolección de información		**				
3. Redacción del borrador		**				
4. Elaboración del marco teórico			* ***			
5. Aplicación de encuestas y entrevistas			****	**		
6. Análisis de casos				**		
7. Análisis de resultados				**		
8. Redacción del informe				**		
9. Corrección del informe					**	
10. Presentación del informe					**	
11. Disertación de la tesis						**

h. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS HUMANOS.

- Postulante: Mauricio David Landázuri Cevallos

- Director de tesis: Por designarse.

-9.2 RECURSOS MATERIALES.

COSTOS

- Elaboración del proyecto	\$	800.
- Materiales de escritorio	\$	60.
- Bibliografía especializada	\$	60.
- Elaboración del primer informe	\$	200.
- Reproducción de cinco ejemplares de borrador	\$	50.
- Elaboración y reproducción de tesis de grado	\$	150.
- Imprevistos	\$	300.
TOTAL	\$	1620.

9.3. FINANCIAMIENTO

Los gastos de la investigación serán financiados en su totalidad con mis propios recursos.

i- BIBLIOGRAFIA.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones. Editorial GAB. Impresión EDIMPRESS. S.A. Quito-Ecuador. Año 2008.
- CÓDIGO PENAL. Ediciones Legales. 2011.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ediciones Legales. 2011.
- DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Editorial Espasa Calpe. S. A. Madrid.2001.
- DIAZ, Ruy. DICCIONARIO JURIDICO, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado de la parte especial del derecho penal. Bosch, Editora Barcelona, 1977.
- ROMERO G.N. Los elementos del tipo de estafa. DIN editores, Buenos Aires. 1985.
- SALINAS ORDÓÑEZ, Manuel. Guía Práctica de Investigación Jurídica. Loja, Ecuador, Segunda Edición. 2008.
- PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NETO, Juan Miguel. Artículos doctrinales de Derecho Procesal Penal publicado en la red internet. www.noticias.jurídicas.com

MAURICIO DAVID LANDÀZURI CEVALLOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor Abogado:

Me encuentro desarrollando mi tesis de grado para optar por el título de Abogado, por lo tanto, acudo a usted para que me brinde su valioso contingente contestando al siguiente cuestionario de encuesta:

1.- ¿Conoce usted sobre el régimen legal que criminaliza y penaliza los delitos contra la propiedad?

SI -----

NO -----

2.- ¿Cree que se encuentra debidamente criminalizada y penalizada la estafa informática dentro del Código Penal ecuatoriano?

SI -----

NO -----

¿Por qué?

.....
.....
.....

3.- ¿Estima usted que al no criminalizar y penalizar como delito independiente, la Estafa Informática en el Código Penal se genera inseguridad jurídica?

SI -----

NO -----

¿Por qué?

.....
.....
.....

4.- ¿Cree conveniente que debería criminalizarse y penalizarse la estafa informática en el Código Penal ecuatoriano?

SI -----

NO -----

¿Por qué?

.....
.....
.....

5. ¿Cuál sería su propuesta para criminalizar y penalizar la Estafa Informática en el Código Penal?

.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

Portada.....	i
Certificación.....	ii
Autoría.....	iii
Dedicatoria.....	iv
Agradecimiento.....	v
a. TÍTULO.....	1
b. RESUMEN.....	2
c. INTRODUCCIÓN.....	6
d. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	9
4.1.1. EL DELITO.....	9
4.1.1.1. CONCEPTO Y CLASES.....	10
4.1.2. ELEMENTOS DEL DELITO.....	25
4.1.3. LA ANTIJURICIDAD Y LA TIPICIDAD.....	27
4.1.4. LA ESTAFA.....	32
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	37
4.2.1 EL DELITO INFORMÁTICO.....	37
4.2.2. LA ESTAFA INFORMÁTICA.....	58
4.3. MARCO JURIDICO.....	64
4.3.1. EL DELITO INFORMATICO EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.....	64

4.3.2. LA ESTAFA INFORMATICA EN EL CÓDIGO PENAL	
ECUATORIANO	66
4.3.3. EL DELITO INFORMATICO EN EL DERECHO	
COMPARADO	72
e. MATERIALES Y METODOS	84
f. RESULTADOS	87
g. DISCUSIÓN	109
h. CONCLUSIONES	122
i. RECOMENDACIONES	123
9.1. PROPUESTA JURIDICA	125
j. BIBLIOGRAFÍA	128
k. ANEXOS	132
ÍNDICE	161