



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

**Jonathan Marcelo Ramos Mera** (Universidad Central del Ecuador) y **María José Vega Gallegos** (Universidad de los Hemisferios)

**El derecho de acceso a la información pública y las lenguas indígenas en México.** pp. 24-37 Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: [desafios.juridicos@uanl.mx](mailto:desafios.juridicos@uanl.mx)

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. [desafiosjuridicos.uanl.mx](http://desafiosjuridicos.uanl.mx), [desafiosjuridicos@uanl.mx](mailto:desafiosjuridicos@uanl.mx). Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Res-

ponsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

#### DIRECTORIO INSTITUCIONAL

**RECTOR:** DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

**SECRETARIO GENERAL:** DR. JUAN PAURA GARCIA

**DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA:** MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

#### REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

**DIRECTORA:** Dra. Amalia Guillén Gaytán

**COORDINADOR:** Dr. Mario Alberto García Martínez

**COORDINADORA DEL NÚMERO:** Dra. Karina Soto Canales

**ASISTENTE EDITORIAL:** Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

**ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB:** M.A. Daniel Vázquez Azamar

**EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO:** María Alejandra Villagómez Sánchez

**REDACCIÓN:** Rosa María Elizondo Martínez

**ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA:** M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

## La categoría dogmático penal de la tipicidad, el principio de legalidad y los delitos informáticos en la legislación ecuatoriana. Ciberseguridad y criminalidad informática

The criminal dogmatic category of typicity, the principle of legality and computer crimes in Ecuadorian legislation. Cybersecurity and computer crime

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

**Por:** Jonathan Marcelo Ramos Mera\* y  
María José Vega Gallegos\*\*

\* Universidad Central del Ecuador

\*\* Universidad de los Hemisferios

**Resumen.** El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, es el instrumento vigente mediante el cual el Estado ecuatoriano ejerce hoy en día el poder punitivo. Dicho cuerpo normativo tiene su vigencia desde el año 2014 en el Ecuador, sin embargo, a pesar de su apoteósico apareamiento, ha dejado más dudas que certezas. Por ello, este trabajo académico se centra en evidenciar que la falta de tipificación de delitos informáticos, ha generado en el Ecuador, no solo inseguridad jurídica, sino impunidad de los sujetos que cometen este tipo de acciones atípicas que lesionan bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, tales como, la información, la privacidad, la propiedad, etc. La pandemia evidenció claramente que nuestro país no estaba listo para sobrellevar una situación como esta, sin embargo, nos debemos preguntar ¿Quién lo estuvo?; la respuesta es que nadie. Pero la brecha digital se vio tan marcada en este aspecto, puesto que, por un lado, los países desarrollados pudieron responder rápidamente a los embates del confinamiento y por otro, países en vías de desarrollo, a los cuales les costó y les cuesta hasta el día de hoy, vivir una verdadera sociedad de las tecnologías de la información y comunicación. Esta falta de respuesta, no solamente se ha producido desde el ámbito constitucional sino penal. El apareamiento del desarrollo y comercialización de programas computacionales para el cometimiento de delitos informáticos, ha traído consigo en estos días en el Ecuador, la problemática para el procesamiento y condena de estas actividades delictuales que se multiplicaron en la pandemia, pero que no pueden ser castigadas, puesto que, en el Ecuador, las conductas detalladas anteriormente no se encuentran tipificadas. Por ello,

\* Abg. Jonathan Marcelo Ramos Mera. Máster en Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador. Catedrático Universitario de la Universidad Central del Ecuador

\*\* Abg. María José Vega Gallegos. Candidata a Máster en Investigación en Derecho con mención en Derecho Humanos, Constitucionales y Ambientales por la Universidad de los Hemisferios

este documento se centra en evidenciar la problemática constante actualmente, generada por el desinterés de la Asamblea Nacional en cuanto a la tipificación de los delitos informáticos en el Ecuador.

**Palabras clave:** Código Penal, Delitos Informáticos, Principio de Legalidad, Tipificación, Impunidad.

**Abstract.** The ecuadorian Comprehensive Organic Penal Code is the current instrument through which the ecuadorian State exercises punitive power. This regulatory instrument has been in force since 2014 in Ecuador, however, despite its tremendous appearance, it has left more doubts than certainties. For this reason, this academic work focuses on evidencing that the lack of typification of cybercrimes has generated in Ecuador, not only legal insecurity, but also impunity of the fellows who commit this type of atypical actions that harm constitutionally protected legal rights, such as information, privacy, property, etc. The pandemic clearly showed that our country was not ready to cope with a situation like this, however, we must ask ourselves, who was? the answer is no one. But the digital gap was so marked in this aspect, since, on the one hand, developed countries were able to respond quickly to the impact of confinement and, on the other, developing countries, which had a hard time and are still having a hard time today, to live a true society of information and communication technologies. This lack of response has not only occurred from the constitutional but also from the criminal sphere. The appearance of the development and commercialization of computer programs for the commission of cybercrimes, has brought with it these days in Ecuador, the problem for the prosecution and conviction of these criminal activities that multiplied in the pandemic, but that cannot be punished, since, in Ecuador, the behaviors detailed above are not criminalized. For this reason, this document focuses on evidencing the current constant problem, generated by the disinterest of the National Assembly in relation of the definition of cybercrimes in Ecuador.

**Keywords:** Comprehensive Organic Penal Code, cybercrimes, principle of legality, typification, impunity.

## CATEGORÍA DOGMÁTICO PENAL DE LA “TIPICIDAD

La tipicidad está conectada con el principio de legalidad, dentro del cual, tal y como consta en la Constitución de la República del Ecuador “Nadie puede ser juzgado ni sanciona-

do por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, (...) ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la Ley”; en ese sentido, esta categoría dogmático penal, debe ser entendida como el primer filtro de la teoría del delito, por el cual debe pasar

el acto, la acción o la omisión, para posteriormente determinar si la misma es antijurídica, y se puede responsabilizar a una persona con una pena por dicha conducta.

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Enunciamos en el párrafo anterior el principio de legalidad y lo hacemos con miras a explicar que, en el actual estado constitucional de derechos, democrático y de justicia social en el que vivimos, es necesario e indispensable que los actos de las personas que intervienen en el poder público, se rijan estrictamente a lo determinado en la ley. Las arbitrariedades generadas cuando el accionar del poder público se torna abusivo no tiene límites, esto ha generado sin duda alguna, muchas vulneraciones tanto en el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas, es por ello que a través de la historia se ha ido fortaleciendo un principio por medio del cual el poder punitivo del Estado ha sido frenado, estableciendo límites, con el objetivo de regular de manera estricta los actos de las personas que participan en ejercicio de una potestad estatal, este principio es llamado legalidad, mismo que se transforma en uno de los elementos base, en los que se fundamenta este documento, pues se busca evitar el juzgamiento análogo de delitos informáticos por medio de delitos tradicionales.

El principio de legalidad, es uno de los mandatos de optimización estructurales más importantes del debido proceso, pues es el que garantiza y frena el poder punitivo del Estado, evitando así un exagerado e inescrupuloso ejercicio del derecho penal; el tema de la legalidad a través de la historia ha sido resisti-

do enormemente, muchas veces porque los Estados autoritarios veían en el imperio de la legalidad una disminución en el desarrollo de sus poderes. Es el abuso del poder, conjuntamente con las arbitrariedades y la violación de derechos humanos lo que da origen al nacimiento del principio de legalidad.

Este principio entendido bajo el concepto de que nadie puede ser sancionado o condenado por una acción conductual por más perjudicial que esta parezca, sino está establecida la misma de manera legal como una conducta merecedora de sanción penal; es decir ningún delito, ninguna pena sin ley previa. En ese sentido Feuerbach (1989) señala que “(...) la imposición de una pena se condiciona a la existencia de una acción conminada, por lo cual, la ley se convertiría en un vínculo entre la pena y el hecho como presupuesto jurídico necesario” (p.63). Por ello, en los delitos informáticos es necesario analizar esta categoría de la tipicidad con énfasis en el principio de legalidad, pues solamente una norma construida y clara en su tipicidad traerá como consecuencia juzgamientos legítimos y respetuosos del debido proceso.

Hay que recordar que Beling (1930) fue quien se percató de las consecuencias que traía consigo el reconocimiento y aplicación del principio de legalidad, es así que como lo destaca el mismo antes del apareamiento de este principio “el juez podía castigar toda ilicitud culpable” (p.36), ya que cualquier conducta que se presumía antijurídica y culpable de por sí debía tener como conclusión el establecimiento de una pena, es decir, era escasa y casi nula la existencia de tipos delictivos, se penaba a las personas de manera arbitraria

y desproporcional, eliminando cualquier rasgo de seguridad jurídica; en este punto y sobre el tema de la arbitrariedad es necesario hacer alusión a lo que señala el maestro Nodier Agudelo (2014) en su obra “Estudios Preliminares y Notas - Cesare Beccaria De los Delitos y de las Penas”, cuando mencionaba: “Que quien vea establecida la misma pena de muerte, por ejemplo, para quien mate un faisán, para quien asesine a un hombre o para quien falsifique un escrito importante, no distinguirá entre esos delitos, destruyéndose de ese modo los sentimientos morales” (p.189); es claramente lo que sucedía en las épocas en las que el principio de legalidad no tenía la relevancia que actualmente posee.

La legalidad ha tenido un efecto tan importante en el derecho penal, pues ha sido el elemento que impulso los procesos de construcción y creación de los llamados tipos penales, este principio fue el que motivó principalmente a los alemanes para tipificar específicamente los delitos informáticos; esto con el objetivo de evitar y prevenir que los administradores de justicia sancionen a personas por conductas que no están establecidas previamente en la norma; de esta manera la protección jurídica de las personas se refuerza cuando al “tomar el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía”. (Beling, 1930, p.26).

El Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano al desarrollar en su artículo 5 los principios procesales por los cuales se regirá el debido proceso, en su primer numeral establece por la importancia que tiene al de legalidad, señalando que “no hay infracción penal, pena, ni

proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”; evidentemente este principio limita la intervención abusiva y autoritaria de un estado en el tema punible.

El principio de legalidad fue reconocido a nivel internacional dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948, desde ese momento varios instrumentos internacionales también lo incluyeron y reconocieron expresamente en sus contenidos, dentro de esos instrumentos tenemos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la Convención Americana de Derechos, a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, y una de las últimas la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es importante acotar que el principio de legalidad dentro del sistema americano de derechos humanos aparece no de manera independiente, sino que esta enlazado con algunos artículos que se refieren a la protección de los derechos humanos, por ejemplo en el artículo 25 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el inciso primero se determina que: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”; en este mismo instrumento en el artículo 26 se ha dejado establecido el principio de inocencia, dentro del cual “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”, después de desarrollar este principio en el mismo artículo se señala que todas las personas tienen derecho a un proceso regu-

lar, en donde “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

El análisis del principio de legalidad reviste de importancia en este documento, pues nos ayudara a entender junto con las conceptualizaciones respecto a materia informática, que es necesaria la modificación del Código Orgánico Integral Penal, en el capítulo referente a los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación.

Ahora bien, tomando en cuenta el principio de legalidad, para una modificación en cuanto a los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, debe ser analizado no solo conceptualmente sino técnicamente, por lo tanto, hemos de decir en primer lugar que, toda actuación y procedimiento punitivo deberá regirse estrictamente por el imperio de la legalidad, por lo tanto, el juez deberá tener como instrumento una ley previa, expresa, general y prohibitiva de toda clase de analogía.

## PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD

Comenzando por la ley previa, diremos que esta exigencia se traduce en que una conducta será punible siempre y cuando la misma al momento de cometerse se encuentre tipificada previamente como conducta merecedora de sanción penal. Con la “lex praevia se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan

su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna pena nueva”. (Mir Puig, 2005, p. 116). Exigencia que evidentemente otorga seguridad jurídica a los ciudadanos, puesto que, en su conocimiento saben con anterioridad que conductas son merecedoras de reproche penal.

Esa prohibición de retroactividad tiene una excepción, y es la retroactividad favorable, conectada directamente con el principio de favorabilidad, en donde por poner un ejemplo un sujeto comete un determinado delito, el mismo que es sancionado con un código penal que establece una pena (x), posteriormente entra en vigencia un nuevo código penal cuyo contenido reforma la pena para ese delito, esa reforma establece que la pena del delito por el cual esa persona fue sentenciada sea menor a (x), dando como resultado que por el trascurso del tiempo cumplido, esa persona pueda favorecerse y quedar en libertad.

## LEY EXPRESA (LEX SCRIPTA)

Ley expresa o lex scripta, es decir los delitos deben estar contemplados necesariamente en la norma penal, derecho positivo, derecho escrito, dentro de la cual no cabe la imposición de sanciones en base a la costumbre; sin duda esta exigencia va conectada con el principio de publicidad, en donde toda norma es pública. Pero no solamente basta que una norma este escrita esta deberá poseer “rango de ley emanada por el poder legislativo, como representación del pueblo”. (Mir Puig, 2005, p. 116).

## LEY STRICTA

Otra de las exigencias es que la ley deberá prohibir todo tipo de analogía, ley stricta o ley estricta, es decir, que los delitos deberán estar individualizados con sus respectivas penas con absoluta precisión, con el objetivo de evitar confusiones que generen inseguridad jurídica y arbitrariedad, es decir, que “la infracción establecida en la norma legal debe ser clara.”<sup>1</sup> La finalidad que busca la prohibición de analogía, es la de “delimitar las formas de interpretación de la ley en los casos concretos” (Roxin, 1997, p.148); esta exigencia está estrechamente ligada con la *lex certa*, ley cierta, o ley general, en donde se exige que las normas penales determinen con certeza y exactitud las conductas que están prohibidas y las sanciones a las que se someten las personas que aún a sabiendas de la pena sancionatoria deciden cometer la conducta criminal. Esta exigencia también ha sido denominada como principio de taxatividad, que evidencia el concepto garantista del principio de legalidad, pues solo si el delito está determinado en la ley con certeza y precisión, podremos decir que el ciudadano está protegido de toda

amenaza de arbitrariedad ejercida por parte del estado; esto es deber del legislador pues a de definir y delimitar lo más concretamente los elementos típicos objetivos del delito con su respectiva penalidad.

Estas exigencias que acabamos de analizar garantizaran el derecho a la seguridad jurídica, que como está establecido en nuestra constitución responde al respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes.

Por lo tanto, el Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer “seguridad jurídica” al ejercer su “poder” político, jurídico y legislativo.

De esta manera observamos que el principio de legalidad es un elemento generador de garantías, una de ellas el de la seguridad jurídica; por ello el legislador debe ser cuidadoso al momento de crear una norma más aun cuando se trata de delitos en los que ha ingresado una nueva ciencia como la informática, misma que cambia constantemente por la evolución de la tecnología; hay que tener en claro que un pequeño descuido o la falta de técnica legislativa, en conjunto con el poco entendimiento de dogmática penal pueden generar normas ineficaces; por lo tanto, se debe entender que estos delitos evolucionan, en efecto igualmente el derecho debe evolucionar, los legisladores deben ir a la par, en el estudio e investigación de los posibles nacimientos de nuevas conductas delictivas con el uso de

<sup>1</sup> Sentencia de TEDH, Kokkinakis c. Grecia, 25 de mayo de 1993 “El tribunal señala en el artículo 7.1 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detrimento del acusado. Se consagra así, de manera más general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (...) y el que exige no aplicar la ley penal de manera extensiva en detrimento del acusado; especialmente por analogía; de ello se deduce que un delito debe ser claramente definido por la ley. Esta condición se cumple cuando el individuo puede conocer, a partir de la redacción del artículo aplicable y, en su caso, con la ayuda de su interpretación por los tribunales, que actos y omisiones comprometen su responsabilidad”.

la informática, con el fin de proteger efectivamente los bienes jurídicos susceptibles de transgresión y vulneración; sin olvidarnos que además, estas normas correctamente estructuradas serán los instrumentos por medio de los cuales los jueces impartan bajo el imperio de la ley, la justicia.

El Ecuador en su Código Penal no mantiene en su tipificación varios delitos informáticos, si bien es cierto como veremos más adelante en un tipo penal específicamente el de ataque a la integridad de sistemas informáticos, se ha insertado ciertos elementos del tipo objetivo de abuso de dispositivos, no es suficiente, puesto que, los demás tipos penales no han contemplado tal posibilidad, haciendo de esta falta de tipificación, un elemento generador de inseguridad jurídica y de impunidad.

La pandemia trajo consigo el aumento crítico de este tipo de acciones delictuales, en el Ecuador según datos de la Fiscalía General del Estado, desde el año 2017 al 2021 se procesaron a 104.765 personas por el cometimiento de delitos informáticos.

Sin perjuicio de aquello, cabe en este punto hacerse dos interrogantes, la primera, las personas que desarrollan y comercializan programas para el cometimiento de delitos informáticos bajo ¿qué tipo penal fueron procesadas y sentenciadas?. Y la segunda, si es que en el Ecuador no existe tal tipificación, ¿se está condenando a esas personas por analogía?

Como se manifestó en párrafos precedentes, a través de la historia, los Estados, se han visto en la necesidad de crear normas, que coadyuven como finalidad última la convivencia

social. En ese sentido, el derecho en general parte como el instrumento a través del cual se regula la convivencia de los integrantes de la sociedad, es necesario en este punto acotar, que el derecho está conformado por un sinnúmero de materias, que responden a las necesidades de los actos y consecuencias jurídicas de los hechos, que generan los ciudadanos. Sin perjuicio de aquello, los problemas que presentan muchas de las materias, en particular, derecho penal, se debe a la volatilidad y actualización de acciones atípicas que lesionan bienes jurídicos, no solamente individuales sino también colectivos, es ahí donde el monopolio que se radica en la Asamblea Nacional, debe atender los problemas generados, observando que los fenómenos sociales, o más conocidos como disfunciones sociales, una vez que han mantenido estabilidad, devenida de la falta de norma, deberán inmediatamente tomar los correctivos correspondientes a fin de que conductas que generen daños y lesionen bienes jurídicos protegidos constitucionalmente y que no puedan ser atendidos por otras materias del derecho, indefectiblemente deberán ser atendidas, a través del poder punitivo del Estado.

Este poder punitivo del Estado, recae en lo que actualmente conocemos, como derecho penal, materia a través de la cual, se legitima al Estado para que, a través de cierta coerción, logre castigar a los responsables de acciones delictuales.

El derecho penal se constituye así, en última ratio si las otras materias jurídicas no han logrado solucionar el problema jurídico, y de primera ratio para aquellas conductas que sean merecedoras de sanción penal y en efecto no



hayan podido ser resueltas por otra categoría del derecho, es por ello, que este documento desarrolla, los aspectos inherentes al principio de legalidad, mandato de optimización, que permite eliminar cualquier sesgo de arbitrariedad vulneratorio de derechos constitucionales y a su vez se transforma en un elemento contensor, que limita la coerción por parte del Estado.

En palabras de Felipe Rodríguez Moreno, para que una conducta pueda ser sancionada debe ser típica, es decir, que debe estar sancionada por la ley. (Principio de legalidad).

Respecto a este principio, la doctora Paulina Araujo ha señalado que el mismo se transforma en el elemento común de todas las ramas del derecho público, la importancia y fundamento de la reserva de ley en el área penal, surge por el acento de garantía que suministra a los individuos, precisamente por la incidencia que tiene la pena sobre la libertad personal.

Es decir que, por un lado, el principio de legalidad es el mandato por medio del cual, el Estado puede castigar a una persona bajo los presupuestos constantes en el Código Penal y por otro, que no pueda irse más allá de lo que establece la norma, en consecuencia, un juez no puede sancionar a una persona por analogía y está imposibilitado totalmente de sancionar a alguien por conductas que no se encuentren tipificadas en la norma o en el Código Penal.

Por ejemplo, podemos evidenciar que una de las falencias que mantiene el Código Orgánico Integral Penal se centra en el contenido se-

mántico del artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que tipifica el delito de acceso no consentido a sistemas informáticos, este análisis no solo se centra en el mencionado delito, sino que se lo ha realizado en contraste con todos los delitos que mantienen como bien jurídico protegido, la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, identificando una problemática, que ya avizora consecuencias lesivas no solamente al bien jurídico enunciado en anteriores líneas, sino también a la privacidad e intimidad y otros bienes jurídicos que a través de la delincuencia informática se lesionan.

Cabe aquí preguntarse, si una persona que desarrolla y comercializa, programas informáticos, para que otra acceda de manera no autorizada a un sistema de información, es penada en el Ecuador, la respuesta rotunda, es no, puesto que esta actividad primaria, previa al cometimiento del delito de acceso no consentido, no se encuentra tipificada en el código orgánico integral penal, para poner el ejemplo más claro al entendimiento de los lectores de este documento, imaginémosnos el siguiente hecho fáctico: Pedro, experto ingeniero en sistemas informáticos, ha creado un software mismo que, es capaz de infectar un sistema de información, el cual una vez creado y desarrollado lo vende, comercializa indiscriminadamente, a fin de que otra persona cualificada o no cualificada, acceda de manera no consentida a un sistema de información.

Está claro entonces que la persona que compre el software y acceda de manera no consentida al sistema informático, va a ser sancionado de acuerdo al art 234 del Código Orgánico Integral Penal, pero quien se dedica

a comercializar y desarrollar los programas para el cometimiento de ese delito, queda en la completa impunidad.

Es inaudito pensar que en el Ecuador, de acuerdo al artículo objeto de estudio, se sancione, a quien accede de manera no consentida o no autorizada a un sistema informático, y no a quien desarrolla y comercializa el programa para cometer este acto delictual, análogicamente vamos a poner un ejemplo, para su mayor entendimiento: Pepito G. se dedica al desarrollo y comercialización de pistolas de fuego calibre 9 milímetros, Rafael comercializa y vende esta arma de fuego a Lenin, Lenin utiliza el arma y asesina con la misma a su esposa Abigail, queda claro aquí, que Rafael no es el responsable del delito de asesinato o en nuestro país que se podría encuadrar en femicidio, pero si lo es por la comercialización ilegal de armas, y que también podría ser responsable por la tenencia y porta de armas, si bien es cierto, no se puede analizar los delitos tradicionales de la misma manera que los delitos informáticos, es necesario contrastarlo de manera básica y simple para el entendimiento de este documento. El primer inciso del artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, ha creído conveniente sancionar a quien acceda, es decir, el solo ingreso sin la autorización, aun cuando ese ingreso no constituya una lesión a ese bien jurídico, está penado, hay que tomar en consideración que esta clase de tipos penales, de acuerdo a las teorías dualistas, no solamente afectan bienes jurídicos individuales sino también, supra individuales, por ello es necesario entender que tal y como está tipificado el delito de acceso no consentido a un sistema informático, deja por fuera, a los desarrolladores, creadores

y comercializadores de programas, para acceder de manera no autorizada a un sistema informático, llama la atención también, en el tipo penal desarrollado, que en su segundo inciso, solamente hace alusión, a quien accede de manera no consentida y lo hace para explotar ilegítimamente el acceso, sin establecer en detalle el bien jurídico que se podría afectar de orden individual como la intimidad, privacidad o patrimonio.

En tal razón, deja en duda la eficacia de aplicación por parte de los jueces con este tipo penal, y decimos esto porque, saldrá el jurista innovador en tecnologías de información y comunicación y dirá, que ese tipo penal mantiene como bien jurídico protegido, solamente la seguridad de los activos de los sistemas informáticos, sin perjuicio de aquello, cuando se ha accedido y se ha lesionado otros bienes jurídicos evidentemente ya no solamente se trata del que acabamos de señalar anteriormente, sin alejarnos del tema central y al ser esta una crítica a dicho tipo penal, debemos mencionar que, el documento, se centra en la acción previa al acceso no autorizado a un sistema informático, es decir, que por la estructura de acciones científicas en su desenvolvimiento delictual, comportan un análisis que va más allá del simple razonamiento y equivalencia analógica a tipos penales tradicionales

Llama fuertemente la atención, que el legislador sí identificó esta problemática en el delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, puesto que estableció en el párrafo segundo de dicho tipo penal, los verbos rectores, diseñar, desarrollar, programar, adquirir, enviar, vender o distribuir programas destina-

dos a causar los efectos señalados en el primer inciso de ese tipo penal, con esto queremos identificar de manera fehaciente que ya el legislador avizoró que no solamente quien ataque a un sistema informático debe ser sancionado, sino también, quien desarrolla y comercializa programas informáticos para cometer el delito que hemos enunciado, es más, no solamente que se dio cuenta de aquello sino que estableció el mismo quantum de la pena, para quien ataque y para quien venda programas a otra persona para que realice el resultado lesivo ya señalado, si bien es cierto, el tipo penal establecido en el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal, tiene evidentemente un resultado lesivo, porque se trata de un inciso que contiene un tipo penal de resultado, el segundo inciso aun cuando no tenga un resultado, ya que no se podría imputar a una persona que desarrolla y comercializa sobre el resultado causado del tipo penal principal, el legislador ha creído conveniente tipificar en un inciso autónomo estas dos acciones que pretende implementar en el artículo 234 del Código Orgánico Integral Penal.

Hay que tomar en consideración que, de acuerdo a lo señalado por la doctrina española, entre ellas la Doctora Corcoy, se ha manifestado que, la verdadera protección de la seguridad de los activos de los sistemas de información, nace a partir de una correcta tipificación que contemple también la realidad de que a través de la lesión de este bien jurídico supra individual se afecta bienes jurídicos individuales.

Hay que ser críticos, en que no porque el legislador haya insertado en el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal varios verbos

rectores el problema haya sido atendido integralmente, pues no significa que la redacción ilimitada de verbos rectores haga eficiente la aplicación de un tipo penal, en este punto para ejemplificar lo que acabamos de señalar, diremos lo siguiente: ¿suprimir y borrar son lo mismo? La respuesta es no, sin perjuicio de aquello, al ser verbos rectores tipificados en uno de los delitos informáticos que mantiene el Código Orgánico Integral Penal, los jueces y fiscales los utilizan como sinónimos, esta actividad que realizan jueces y fiscales, es producto de la falta de preparación en derecho informático, basta con preguntar a los mismos, cuál es la diferencia entre estos dos verbos rectores y evidentemente utilizarán para encontrar una solución a esta dicotomía, el diccionario de la Real Academia Española cuyo contenido literal en este instrumento los mantendrá como sinónimos, pero ya en la realidad técnica e informática, estas dos acciones mantienen conceptos completamente diferentes. La acción de borrar significa una supresión superficial del contenido de un sistema informático, mismo que puede ser recuperado a través de una técnica forense igualmente de índole informático, en cambio, la supresión conlleva un proceso no solamente de eliminación superficial de información sino también un proceso de sobreescritura, lo que impide muchas veces recuperar la información alojada en un sistema informático.

Esto para ciertos juristas es irrelevante, pero tiene su razón de ser, preguntémonos en este punto, en cuál de los dos casos habría una mayor lesión a un bien jurídico y la respuesta evidente va a ser en el segundo caso, por cuanto dicha información que fue atacada no pudo ser recuperada como en el primer caso,

estos dos verbos rectores de acuerdo a materia informática pueden subsumirse en la acción típica de alterar pero el legislador ecuatoriano en su vanidad muchas veces devenida del desconocimiento, acumula una cantidad de verbos rectores innecesarios, por ende no es necesaria la acumulación de verbos rectores como lo contempla el inciso segundo del artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal, solo basta realizar la inserción del verbo rector, desarrollar y comercializar para combatir esta clase de delitos que en la actualidad no está tipificada en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

La inserción indiscriminada de verbos rectores, da pie para que los jueces encuadren dichas conductas atípicas en verbos rectores que ellos consideran precisos para que dichas conductas no queden en la impunidad.

En el Ecuador no se puede condenar a quien comete el delito de abuso de dispositivos, es decir, no existe tipo penal alguno que contemple los verbos rectores comercialización y desarrollo de programas computacionales para cometer delitos como el de acceso no consentido a sistemas informáticos o interceptación ilegal de datos, si bien es cierto, estos son actos preparatorios que no contemplan objetiva y directamente lesiones a bienes jurídicos individuales sí afectan la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación; la legislación chilena y la legislación boliviana, ya se han preocupado sobre dichos aspectos puesto que, han visto necesario crear un tipo penal autónomo para quienes realizan estas acciones delictuales.

Esta tipificación se vuelve una ante sala para castigar a quien vende y comercializa programas con el objetivo de que se cometan otros delitos informáticos, la inexistencia de estos elementos en el tipo objetivo, por ejemplo, del delito de acceso no consentido hacen imposible que se pueda condenar a una persona por dichas acciones, actualmente en el Ecuador, los jueces no solo que están condenando estas acciones con el delito de acceso no consentido a sistemas informáticos, vulnerando el principio de legalidad y consecuentemente el principio de inocencia de las personas, porque por más que parezca lesivas las acciones detalladas, nada podrá hacerse si es que el tipo penal no contempla dicha posibilidad.

También los operadores de justicia han buscado según ellos la solución a esta problemática, encuadrando las acciones de desarrollo y comercialización de programas computacionales para el cometimiento de delitos informáticos en general con el párrafo segundo del artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere al delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, el catálogo de delitos informáticos insertos en la norma penal ecuatoriana, se diferencia en el contenido semántico y tipológico de acuerdo a características específicas determinadas en dichos delitos, por lo que, es absurdo e ilegal pretender aplicar una pena por conductas de un tipo penal específico.

Con el análisis efectuado en párrafos precedentes, se evidencia que los delitos informáticos contemplados en el Código Orgánico Integral Penal han sido un avance en la intención de regulación específica en materia de delitos informáticos, sin embargo, la misma actual-

mente no cumple aun, parámetros técnicos y exigencias normativas internacionales que los vuelvan eficaces y sean suficientes para combatir la cibercriminalidad.

## CONCLUSIONES

La regulación vigente sin lugar a duda fue un avance en comparación a la mantenida en el anterior Código Penal Ecuatoriano, sin embargo, con el análisis realizado a la tipicidad con énfasis en el principio de legalidad, así como los elementos que integran el tipo objetivo de los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de la información y comunicación, específicamente en lo que tiene que ver con las acciones típicas, hemos evidenciado que existen ciertos vacíos legales, ciertas acciones no contempladas en cada uno de los tipos penales analizados, mismas que a la postre serán generadoras de imposibilitar al juzgador para sancionar, obligando a los mismos bajo el justificativo de no dejar en la impunidad estos actos, al uso de la analogía, lo que evidentemente recaería en la vulneración del principio de legalidad al momento de juzgar.

## TRABAJOS CITADOS

AGUDELO, Nodier. *Cesare Beccaria-De los delitos y de las penas*. Medellín-Colombia, 2014. Impreso.

ARAUJO, Paulina, *El principio de legalidad*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021. Impreso.

BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del Delito-Tipo*. Trad. De.

Sebastián Soler, de las obras originales alemanas *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed.

1930 y *Die Lehre von Tatbestand*, 1930. Buenos Aires, Palma, 1944. Impreso.

FEUERBACH, Paul Johan Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Impreso.

MIR, Santiago. *Derecho Penal Parte General, 7ma Edición*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. Impreso.

RODRÍGUEZ, Felipe, *Curso de Derecho Penal*. Ecuador: Cevallos Editora Jurídica, 2019. Impreso.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Navalcarnero (Madrid): Civitas, 1997. Impreso..



