

ESPECIALIZACION SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

Y

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

MONOGRAFIA FINAL:

TEMA: EL DERECHO INFORMATICO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

SUPERVISOR: DR. JUAN PEÑA AGUIRRE

AUTOR: DR. FERNANDO MAURICIO LARRIVA GONZALEZ

CUENCA-OCTUBRE-2006

ABSTRACT.-

THE INFORMATICS RIGHTS IN THE ECUADORIAN LEGISLATION.-

The final monograph objective is elaborate a trial who pretends establish to where and when the informatics rights has been legislating in the country. Determine which norms of the informatics rights have been legislated.

For that is necessarily proem the rights, the informatics, the informatics rights like that, the juridical informatics, and the rights of the informatics; and analyse the norms that forms the right of the informatics and the juridical informatics, to finish establishing the norms introduced in the Ecuadorian legislation, like the electronic commerce laugh, the electronic sings, datum messages and more legal dispositions.

It must focus the informatics crimes contend in the reforms of the penal code.

The right of the good process in the judgement of these crimes. The datum protection. The intimidate right and the freedoms, that are the antecedent of the datum protection.

RESUMEN.-

El objetivo de la monografía final es elaborar un ensayo en donde se pretende establecer hasta donde y cuanto el Derecho Informático se encuentra legislado en el país. Determinar qué normas del Derecho Informático se hallan legisladas.

Para ello es necesario conceptuar el Derecho, la Informática, el Derecho Informático como tal, la Informática Jurídica, y el Derecho de la Informática; y analizar las normas que componen el Derecho de la Informática y la Informática Jurídica, para terminar estableciendo las normas introducidas en la Legislación Ecuatoriana, tales como, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y

Mensajes de Datos, Ley Especial de Telecomunicaciones y más disposiciones legales.

Se deberá enfocar los Delitos resumen Informáticos contenidos en las reformas al Código Penal. El Derecho al Debido Proceso en el juzgamiento de tales delitos. La Protección de Datos. El Derecho a la Intimidad y las Libertades, que son el antecedente de la Protección de Datos.

INDICE

EL DERECHO INFORMATICO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

CAPITULO I

- 1.1. INTRODUCCION
- 1.2. DERECHO.- CONCEPTO
- 1.3. INFORMATICA.- CONCEPTO
- 1.4. EL DERECHO INFORMATICO COMO TAL.- ¿QUE ES EL DERECHO INFORMATICO?
- 1.5. CLASIFICACION DEL DERECHO INFORMATICO
- 1.6. INFORMATICA JURIDICA
- 1.7. DERECHO DE LA INFORMATICA.- BREVE REFERENCIA DE LAS RAMAS DE LA INFORMATICA JURIDICA Y DEL DERECHO DE LA INFORMATICA

CAPITULO II

- 2.1. ANALISIS DE LAS RAMAS QUE COMPONEN EL DERECHO DE LA INFORMATICA Y LA INFORMATICA JURIDICA

CAPITULO III

- 1.2. LEGISLACION INFORMATICA ECUATORIANA
- 1.3. LA LEY DE COMERCIO ELECTRONICO Y MAS DISPOSICIONES LEGALES REFERENTES AL DERECHO DE LA INFORMATICA EN EL ECUADOR

CAPITULO I

1.1. INTRODUCCION.-

El Derecho Informático, dados los avances tecnológicos que se están produciendo en la sociedad globalizada actual; día a día, cada vez más, va adquiriendo un alto grado de importancia dentro de las legislaciones nacionales y también en el ámbito de las relaciones de internacionales, hasta el punto de hablar de un Derecho Informático Internacional.

El desarrollo de nuevas tecnologías viene produciéndose de un modo y a ritmo extraordinario. Es indispensable que el Ecuador se ponga a tono con la globalidad, con la aldea global, para evitar el eterno estancamiento. De allí que - como veremos en el capítulo pertinente – es indispensable estar a ese ritmo, y por lo mismo el interés por el Comercio Electrónico en nuestro país va en aumento. Es indispensable, porque el comercio actual y el del futuro, se basa y se basará más en las nuevas tecnologías que incrementen los negocios virtuales.

Al mismo tiempo es necesario un ambiente de seguridad jurídica para evitar conflictos y fraudes, que solo se podrá dar con la protección de los datos y la seguridad de las transacciones. Ese es el objeto del negocio electrónico protegido por la legislación.

Últimamente y por primera vez, en nuestro país se han implementado normas de Derecho Informático, tales como las normas introducidas en la Constitución Política de la República, los Convenios Internacionales, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; el Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico; las Reformas al Código Penal sobre Delitos Electrónicos, las de la Ley Especial de Telecomunicaciones, entre otras, cuestión esta que siendo completamente nueva en la legislación ecuatoriana, requiere de mayor estudio y difusión, para el conocimiento de estos temas. Empero estas normas, leyes y reformas generalmente no se las conoce, han pasado por desapercibidas.

Las disposiciones constitucionales y legales, tales como la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, al no ser conocidas no se las aplica. En dicha Ley y Reglamento se establecen ciertos organismos de administración y control del Comercio Electrónico; prestación de servicios de Registro Electrónico de Datos; de certificación y registro de firma electrónica; y de certificación de información electrónica; ni siquiera se han implementado; por lo mismo, se hace necesario su conocimiento, difusión e implementación, lo que se busca en parte con la elaboración de este trabajo.

El objetivo de la monografía final es elaborar un ensayo en donde se pretende establecer hasta donde y cuanto el Derecho Informático se encuentra legislado en el país. Determinar qué normas del Derecho Informático se hallan legisladas.

Para ello es necesario conceptuar el Derecho, la Informática, el Derecho Informático como tal, la Informática Jurídica, y el Derecho de la Informática; y analizar las normas que componen el Derecho de la Informática y la Informática Jurídica, para terminar estableciendo las normas introducidas en la Legislación Ecuatoriana, tales como, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Ley Especial de Telecomunicaciones y más disposiciones legales.

Se deberá enfocar los Delitos Informáticos contenidos en las reformas al Código Penal. La Protección de Datos. El Derecho a la Intimidad y las Libertades, que son el antecedente de la Protección de Datos.

1.4. DERECHO.- CONCEPTO.-

Los juristas no se han puesto de acuerdo en dar un concepto definido de derecho ni en la diferencia específica del concepto. Dada la amplitud de lo que el término abarca no es posible definir el derecho, sin categorizarlo y subdividirlo.

Jhering, mantiene que, al contraste externo corresponde otro interno; que hay materias que, de acuerdo con su fin, pertenecen al derecho, y otras que, por igual razón,

corresponden a los convencionalismos, lo que no excluye la posibilidad de que, históricamente, adopte aquel la forma de estos, o los segundos de los primeros.

Mas, si queremos aproximarnos a un concepto de Derecho, veremos que según Kant, es la necesidad de una acción por respeto a la ley. Emplea el término ley como sinónimo de norma, necesidad como una acción por respeto al deber es simplemente el carácter obligatorio de las exigencias morales.

Para Leon Petrasizky, los preceptos del derecho son normas impero-atributivas, ya que imponen deberes y conceden facultades; las de la moral son puramente imperativas, ya que solo imponen deberes.

Giorgio del Vecchio, sostiene que la actividad humana puede hallarse sujeta a obligaciones que unas veces tienen una índole típicamente moral (siempre unilaterales) y otras asumen carácter jurídico (estructura bilateral), no es posible admitir la existencia de una regla de conducta que no pertenezca a alguna de las dos categorías. Para este solo existen dos tipos de normas, las morales y las jurídicas.

Por lo que vemos, en lo que más o menos todos estamos de acuerdo, es en conceptualizar al derecho como un conjunto de normas. La palabra norma suele usarse en dos sentidos el amplio y el estricto.

Según el sentido amplio, norma es toda regla de comportamiento obligatoria o no obligatoria.

En el sentido estricto, norma jurídica viene a ser la que impone deberes y concede derechos.

Nos aventuramos a decir que Derecho en el sentido jurídico de la palabra, es el conjunto de leyes, normas, principios y reglas a los que están sometidos todos los miembros de una sociedad, con la finalidad de convivir bajo los principios de justicia, equidad y paz, al cual deben observancia, y al que pueden ser compelidos por la fuerza.

1.5. INFORMATICA.- CONCEPTO.-

Según el criterio básico del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Informática es el "conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores (computadoras)".

La definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) es más completa y se refiere a la Informática como: “ la ciencia que tiene que ver con los sistemas de procesamiento de información y sus implicaciones económicas, políticas y socioculturales”.

La información es todo aquello que está presente en un mensaje o señal cuando se establece un proceso de comunicación entre un emisor y un receptor. La información puede encontrarse y enviarse en muchas formas, a condición de que quien la reciba pueda interpretarla. El procesamiento de información es el almacenamiento, la organización, y la posterior transmisión de la misma. En otras palabras es la comunicación.

Para que exista la Informática son necesarias varias tecnologías, siendo las básicas: la computación (almacenamiento y organización) y la comunicación (transmisión de la información).

De allí que se puede conceptuar a la Informática como el producto del encuentro de dos líneas tecnológicas: el de las máquinas de comunicar y el de las computadoras.

Se debe anotar, que la Informática no es sino el resultado de un proceso, tan antiguo como la humanidad, intrínseco al hombre, de su propio ser y desarrollado a partir de su propia naturaleza biológica. No otra cosa es el cerebro humano que almacena y organiza datos, y que luego los transmite, los hace conocer a los otros hombres en su condición de sociable por naturaleza. Este criterio básico a lo largo de la existencia de la humanidad, se ha valido de herramientas, ha ido desarrollando técnicas, hasta desembocar en la Informática, que siendo reciente - su concepto aparece a mediados del Siglo XX - no es sino el resultado de este antiguo y humano proceso.

A la Informática, se la asimila con la Computación, hasta el punto de que estos dos términos son sinónimos. El término procede del francés "informatique" formado a su vez por la conjunción de las palabras "information" y "automatique". No obstante en América, se suele utilizar más la palabra Computación, más cercana a la expresión anglosajona de "Computer Sciences" (CS) o ciencias de la computación.

La Informática estudia lo que los programas pueden o no hacer (teoría de la computabilidad), de la eficiencia de los algoritmos que emplean (complejidad algorítmica, como han de organizar y almacenar los datos (estructuras tipos de datos) y de la comunicación entre programas y humanos (interfaces de usuario y lenguajes de programación).

Dando una definición de Informática, se puede decir que es la ciencia que estudia el tratamiento automático o automatizado de la información primordialmente mediante las computadoras. De allí que la palabra Informática está compuesta por dos términos información y automática, como hemos visto.

La Ciencia Informática se ha venido relacionando con el Derecho por medio de la Informática Jurídica y del Derecho de la informática.

En el ámbito jurídico, la Informática son los equipos de oficina computarizados puestos al servicio de los profesionales del Derecho. Un procesador de textos ahorra mucho tiempo a todo profesional, por esta razón pertenecerá a la Informática Jurídica, cuando se diseñe específicamente para éste sector. Ejemplo un programa de seguimiento de un proceso judicial. Los demás programas como Word, Excell, etc., si bien sirven de mucho a los profesionales del Derecho, pero no forman parte de la Informática Jurídica. A esta se la denomina Informática Jurídica de Gestión, ya que se aplica a la Gestión del Derecho.

La relación informática-derecho ha traído consigo la interrelación con otras disciplinas necesarias para el trabajo del abogado como son la lingüística, la documentalística, la estadística, la sociología y la pedagogía, además es importante resaltar a la lógica jurídica y la argumentación jurídica. Todo ello con la finalidad de llegar al correcto tratamiento de la información jurídica.

1.5 EL DERECHO INFORMATICO COMO TAL.- ¿QUÉ ES EL DERECHO INFORMATICO?.

Al Derecho Informático se lo ha catalogado como una rama autónoma del Derecho, que abarca el estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia relativas al control y regulación de la Informática; en cuanto al medio informático en su expansión y desarrollo y a la aplicación idónea de los instrumentos informáticos

Para Emilio Suñé Linás, “Derecho de la Informática es el conjunto de normas reguladoras del objeto informática o de problemas directamente relacionados con la misma...el Derecho Informático, al que la mayoría de los autores asimilan sin más con el Derecho de la Informática, es la disciplina que engloba, a la Informática Jurídica y al propio Derecho de la Informática”.

“El Derecho de la Informática, de acuerdo con la definición que se acaba de dar, en ocasiones consiste en la regulación jurídica de una materia directamente informática, o teleinformática - para ser más exactos -, como puede ser el caso de la protección jurídica de los programas de ordenador – software -, o un contrato de mantenimiento de un sistema informático, entre otros muchos supuestos; pero en otras ocasiones cabe también que el derecho regule determinadas materias sociales que, aun no siendo propiamente informáticas, están decisivamente condicionadas por la presencia de tecnologías de este tipo. El supuesto paradigmático es el del derecho a la intimidad que, debido a la facilidad y a la intensidad de las vulneraciones del mismo que pueden producirse por medio de la tecnología informática, adquiere una nueva dimensión, que se refleja en la existencia de una legislación protectora de los datos personales, frente a todo tipo de tratamientos y especialmente cuando se trata de tratamientos automatizados”.¹

¹ **Suñé Llinás, Emilio:** Tratado de Derecho Informático, Volumen I; Universidad Complutense de Madrid, Instituto Español de Informática y Derecho, Madrid, 2002. Págs. 1 y 2.

Al Derecho Informático se lo define como un conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el Derecho y la Informática. Pero además hay otras que lo clasifican como una rama del derecho especializado en el tema de la Informática, sus usos y aplicaciones, y sus implicaciones legales.

Además, esta nueva rama del Derecho, se lo considera como un “punto de inflexión” del mismo, puesto que todas las áreas del derecho se han visto afectadas por la aparición de la Sociedad de Información, lo que ha alterado profundamente los procesos sociales, políticos y jurídicos. Es decir, el Derecho Informático aparece, no como una rama del derecho sino como un cambio, una mutación.

El Derecho Informático engloba a la Informática Jurídica y al Derecho de la Informática, esta disciplina va más allá del Derecho, regulador del fenómeno informático o del Derecho de la Informática.

1.6. CLASIFICACION DEL DERECHO INFORMATICO.-

El Derecho Informático se divide en: Informática Jurídica y el Derecho de la Informática.

Suñé Linás sostiene: “Derecho de la Informática e Informática Jurídica, son dos disciplinas que pese a tratar de problemas distintos y aun diversas, han ido tradicionalmente de la mano, por razones diversas”, siendo la principal “que una adecuada comprensión del Derecho de la Informática, requiere que en jurista tenga una razonable formación informática, lo cual en nuestro contexto y debido a nuestras específicas preocupaciones, suele conllevar el estudio de la Informática Jurídica y la utilización de los correspondientes sistemas. Por decirlo con otras palabras, la informática natural para el jurista, es la Informática Jurídica”. Concluye que, “el tratamiento conjunto de realidades a fin de cuentas dispares, como son la Informática

Jurídica y el Derecho de la Informática implica la necesidad de nominar la cuestión global...”.¹

1.7. INFORMATICA JURIDICA.-

Para varios autores “Informática Jurídica es la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación”.²

La Informática Jurídica es la aplicación de la Informática, es decir de los ordenadores, computadores o PC, a la resolución de los problemas específicos de los profesionales del Derecho. Es la aplicación de la Informática al Derecho. En definitiva es una gran herramienta de apoyo a las actividades en el ámbito del ejercicio de la abogacía y en todos sus campos.

1.8 DERECHO DE LA INFORMATICA.- BREVE REFERENCIA DE LAS RAMAS DE LA INFORMATICA JURIDICA Y DEL DERECHO DE LA INFORMATICA.-

Si bien por una parte está la computadora, por otra su utilización plantea una serie de problemas que deben ser regulados por la ley.

Por lo tanto, el Derecho de la Informática es un conjunto de normas reguladoras del objeto informático o de problemas relacionados directamente con la misma. De allí que, en contrario con la Informática Jurídica el Derecho de la Informática es la aplicación del Derecho a la Informática y no de la Informática al Derecho.

¹ **Suñé Llinás, Emilio:** Tratado de Derecho Informático, Volumen I; Universidad Complutense de Madrid, Instituto Español de Informática y Derecho, Madrid, 2002. Pág. 4.

² **Téllez, Julio:** Derecho Informático, México, Mc Graw-Hill, 2003. Pág. 26.

La información automatizada conjugada con el derecho da lugar a un principio jurídico, normativo y regulador del uso y transmisión de datos mediante una computadora.

La Informática Jurídica se subclasifica en Informática Jurídica Documental, Informática Jurídica de Control, Gestión y Administración, y en Informática Jurídica de ayuda a la Decisión (Metadocumental o Metadecisional). En sentido estricto se clasifica en: Bases de Datos, Ofimática, Informática Jurídica Decisional o Modelística Jurídica, y la Iuscibernética o Jurimetría.

En tanto el Derecho de la Informática protege: La Contratación Informática, el Derecho de la Intimidad y Libertades, los Flujos Transnacionales de Datos, la Propiedad Intelectual del Software, los Delitos Electrónicos, la Contratación Electrónica, la Firma Electrónica, y el Comercio Electrónico.

CAPITULO II

2.1. ANALISIS DE LAS RAMAS QUE COMPONEN EL DERECHO DE LA INFORMATICA Y LA INFORMATICA JURIDICA.-

Como había manifestado la Informática Jurídica se clasifica en:

INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL.-

Es la que da origen al análisis de la información contenida en documentos jurídicos con los cuales se procede a la elaboración de los Bancos de Datos Documentales.

“Como rama de la informática jurídica, se ha dicho que es la aplicación de las técnicas informáticas a la documentación jurídica en los aspectos sobre el análisis, archivo y

recuperación de información contenida en la legislación, jurisprudencia, doctrina o cualquier otro documento con contenido jurídico relevante”.¹

INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTIÓN.-

Tiene como finalidad el organizar y controlar la información jurídica de documentos, expedientes, y más, por medio de la aplicación de programas de administración para identificar y clasificar esa información.

INFORMÁTICA JURÍDICA DE AYUDA A LA DECISIÓN.-

Se caracteriza por conformarse con ramas del conocimiento jurídico. Con ella se pretende mediante la aplicación de la informática al derecho “que la máquina resuelva por sí misma problemas jurídicos, o al menos auxilie a hacerlo, y contribuya al avance de la teoría jurídica”.²

Así también a la Informática Jurídica se la ha subdividido en:

BASES DE DATOS.-

Las Bases de Datos son una aglomeración de información y se dividen en bases de datos jurisprudenciales y normativas. En las normativas existen dos clases de documentos, el documento norma que contiene los datos generales de la Ley, Decreto, etc., y el documento artículo que contiene el texto completo de este.

Las Bases de Datos Jurídicas, contienen documentos propiamente jurídicos, como las normas y la jurisprudencia, sabiendo que la jurisprudencia es la fuente principal en el Common Law y no solo ahí tiene importancia, sino en otras legislaciones donde es complementaria al ordenamiento jurídico.

¹ **Guerrero M., María Fernanda:** La inteligencia artificial aplicada al derecho, Revista Uno y Cero, Milán.

² **Fix Fierro, Héctor:** Informática y Documentación Jurídica, Pág. 57.

Existen autores que sostienen que deben incluirse dentro de las bases de datos jurídicas las que recogen el contenido de las resoluciones del Parlamento y las bases de datos que contienen bibliografía jurídica.

Las resoluciones del Parlamento más bien pertenecen a la Ciencia Política y las que contienen bibliografía jurídica, no, porque estas se estructuran igual que cualquier otra base de datos (literatura, gastronomía).

Ejemplo de bases de datos: Silex, Ecuador, Marc en EEUU (Congreso), Ibermarc, la Ley, Aranzadi, (españolas).

Las bases de datos están compuestas por Tesoros, que son un conjunto de descriptores (es decir palabras esenciales de un documento que sirven de argumento de búsqueda) que están ordenados alfabéticamente.

Los tesauros están inspirados en el sentido común, para realizar las búsquedas y para esto usan los denominados operadores booleanos, que se basan en el Algebra de Boole.

Operadores Boleanos:

- .Y Intersección
- .O Unión
- .No Diferencia
- .P Unión de párrafo, etc

OFIMATICA.-

Son los equipos de oficina informáticos puestos al servicio de los profesionales del Derecho. Un procesador de textos ahorra mucho tiempo a todo profesional, por esta razón pertenecerá a la Informática Jurídica, cuando se diseñe específicamente para éste sector. Ejemplo un programa de seguimiento de un proceso judicial. Los demás programas como Word, Excell, etc., si bien sirven de mucho a los profesionales del Derecho, pero no forman parte de la Informática Jurídica.

A esta se la denomina Informática Jurídica de Gestión, ya que se aplica a la Gestión del Derecho.

En sentido amplio forma parte de la Informática Jurídica :

INFORMATICA JURIDICA DECISIONAL O MODELISTICA JURIDICA.-

Se trata de desarrollar modelos lógicos matemáticos del Derecho, orientados a que máquinas sustituyan al hombre en la decisión de un caso concreto.

Aún cuando llegue a construirse máquinas inteligentes, las mismas situaciones de la vida y el sentido de la justicia, es algo que se escapa de una computadora. La buena fe, la fuerza mayor, la sana crítica donde quedarían?

Para construir estas máquinas inteligentes se usa la denominada Inteligencia Artificial, que nace en 1956 como rama de la Informática, por tanto su desarrollo es paralelo a la misma. Esta se crea para facilitar el trabajo de los hombres y sus ramas son: Robótica, Programación, Visión Artificial, entre otras.

La inteligencia artificial se aplica a los Sistemas Expertos que son sistemas basados en conocimientos y que se dedican a una tarea específica. Entonces a través de estos se pretende suplantar al hombre.

Estas máquinas inteligentes deben considerarse como un aporte, un instrumento de ayuda para el Juez, al momento de realizar su labor, pero no se puede considerar nunca la posibilidad de que éstas tomen decisiones propias. Ejemplo: Taxman II, que se aplica para los impuestos en los EEUU, el mismo que sustituyó al Taxman I, creado en 1972, este realiza razonamientos en base a la Ley de impuestos norteamericana.

IUSCIBERNETICA O JURIMETRIA.-

Losano (Iuscibernética) y Wiemer (Jurimetría), indican que ésta forma parte de la Informática Jurídica, ya que para ellos hay una relación entre las Cibernética, las Matemáticas, el Derecho y la Informática, pero de entrada hay que decir que la Informática pertenece a la Cibernética y las Matemáticas no son de interés de la

Informática Jurídica, existiendo entonces relación solamente entre el Derecho, la Informática y la Lógica, por tanto, esta rama apoyada por Losano y Wiemer no es lo suficiente mente clara, y no tiene un concepto objetivo, ya que bien podría encontrarse dentro de la Informática Jurídica como dentro del Derecho de la Informática.¹

DERECHO DE LA INFORMATICA.-

Como se había expuesto, el Derecho de la Informática protege principalmente:

LA CONTRATACIÓN INFORMATICA.-

Carlos Ghersi define a los contratos informáticos como “aquellos que establecen relaciones jurídicas respecto de prestaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso y goce de bienes, o prestar servicios, ambos informáticos”.²

Tellez indica que “el contrato informático es como todo acuerdo de partes en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas a los sistemas, subsistemas o elementos destinados al tratamiento sistematizado de la información”.³

Comprende los contratos celebrados sobre objetos informáticos (Hardware y Software) y los servicios que se prestan por medios informáticos. Entonces se basan en contratos de compra – venta y de arrendamiento.

El objeto del contrato es la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen obligaciones sobre bienes y servicios informáticos.

Se diferencia de la Contratación Electrónica que es aquella que se realiza por medios electrónicos, pudiendo su objeto ser o no informático.

¹ Apuntes del profesor **Dr. Juan Peña Aguirre**.

² **Ghersi, Carlos Alberto**: Contratos civiles y comerciales, 2ª. Ed. Buenos Aires, Depalma, 1992. Tomo II, Pág. 306.

³ **Tellez, Julio**: Contratos informáticos, México, UNAM, 1989, Pág. 17

DERECHO DE LA INTIMIDAD Y LIBERTADES.-

“El derecho a la intimidad se constituye a partir de la noción de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privé* y se encamina, fundamentalmente, a dotar a las personas de cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales. Es pues, como señala Pablo Lucas Murillo, una respuesta ligada a exigencias concretas propias de la forma en que se desenvuelve la convivencia en nuestros días”.¹

“En el sistema anglosajón, se considera que la *privacy* configura una esfera de libertad, en la cual la persona ostenta unas facultades de exclusión para preservar sus posibilidades de autorrealización en todos los órdenes de la intimidad; asume el significado de garantía dirigido a preservar el ejercicio virtual de las libertades”.²

Estos derechos están, como veremos en el capítulo correspondiente, consagrados constitucionalmente, sin embargo, considero necesario hacer las siguientes consideraciones.

Debido al desarrollo tecnológico y el uso de las denominadas nuevas tecnologías, en el que han aparecido espías informáticos, robo, alteración de la información, etc. Se ha producido la intromisión en la vida íntima, en la privacidad ya no solo de los archivos, sino de los datos que atañen a las personas. Se ha hecho necesario desarrollar nuevos sistemas informáticos para archivar con seguridad la información; y, al mismo tiempo, crear normas jurídicas que impidan que la información personal y asuntos personales sean divulgados por medios informáticos.

En este campo existe gran tensión entre la “Libertad de Información” y la “Protección a la Intimidad”, ya que en la actualidad gracias a los sistemas informáticos, dentro de la red se encuentran muchos datos de las personas, que son enviados de un lado a otro. (interconexión de ficheros).

¹ **Lucas Murillo, Pablo:** El derecho a la automatización informática, Madrid, Tecnos, 1990, Pág. 25.

² **González Salas, Raul:** El bien jurídico: intimidad, Pág. 70.

Nuestra legislación nos garantiza el derecho a acceder a registros públicos y privados que contengan nuestra información personal, y enterarnos de sus contenidos, corregir la información inexacta, completar la insuficiente o cancelar la que no debe figurar en los mismos. Se da la protección de la información personal por dos vías, la administrativa y la personal.

FLUJOS TRANSNACIONALES DE DATOS.-

Todavía este tema es muy poco desarrollado, siendo el principal problema de la no existencia de fronteras para el envío y recepción de datos, la protección a la intimidad y demás derechos y libertades.

PROPIEDAD INTELECTUAL DEL SOFTWARE.-

La Propiedad Intelectual nace para regular fenómenos distintos al software, es por ello que la regulación del mismo a través de la Propiedad Intelectual, generó en muchas legislaciones un problema de monopolio que atenta contra el Derecho de Competencia. Ejem: Caso Microsoft que es el dueño del software base de las computadoras.

Básicamente se lo protege con Derechos de Autor, pero no se debe partir de que el software es similar a un libro o a una obra de arte, porque en el software existen estándares y compatibilidad, los mismos que no existen en las obras de arte y en los libros.

El problema en la legislación internacional relativa a la Propiedad Intelectual, es que, se regula siempre a favor de las empresas, ya que la OMPI, está integrada por abogados de las empresas.

DERECHO PENAL DE LA INFORMATICA.-

Se enfrenta aquí al delito informático, para lo cual son inadecuados los viejos códigos, aquí se corre el riesgo de que la conducta antisocial vaya por delante de la tipicidad de los códigos. Así también, otro problema es el valor probatorio de los datos contenidos en soportes de información, distintos al papel.

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.-

Es aquella que se realiza por medios electrónicos, que no necesariamente es una computadora, su objeto puede ser cualquiera incluso el informático.

FIRMA ELECTRONICA.-

Tiene la misma validez y efectos jurídicos que la firma manuscrita y será admitida como prueba en juicio. (14 Ley).

Hoy en la denominada sociedad de la información el lenguaje escrito se plasma en diversos soportes que luego lo lee la computadora que es electrónica, por eso se llaman documentos electrónicos y a la firma también se la denomina firma electrónica, pero esto no es lo adecuado, pues se la debe denominar firma digital, porque está formada por una secuencia de números que son 0 y 1.

La Firma Electrónica es un conjunto de datos digitales que se encuentran anexos a otros datos digitales y que se utilizan para identificar al autor del documento.

COMERCIO ELECTRONICO.-

Es la transmisión de información digital a través de la red, para contratar bienes y servicios. No se aplica a los sistemas analógicos (TV, Teléfono) y tampoco a la Administración Pública y al Teletrabajo.¹

CAPITULO III

1.6.LEGISLACION INFORMATICA ECUATORIANA

¹ Apuntes del profesor **Dr. Juan Peña Aguirre.**

Nuestra legislación informática es incipiente. Dada la situación que se considera en la Introducción de este trabajo, la difusión de los sistemas y programas informáticos; la globalización de los mismos, recientemente se han promulgado normas de Derecho Informático.

Así tenemos la Constitución Política de la República; los Convenios Internacionales; la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; el Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico; las Reformas al Código Penal sobre Delitos Electrónicos, la Ley Especial de Telecomunicaciones, entre otras, cuestión esta que siendo completamente nueva en la legislación ecuatoriana, requiere de mayor estudio y difusión, para el conocimiento de estos temas. Empero estas normas, leyes y reformas generalmente no se las conoce, han pasado por desapercibidas.

1.7. LA LEY DE COMERCIO ELECTRONICO Y MAS DISPISICIONES LEGALES REFERENTES AL DERECHO DE LA INFORMATICA EN EL ECUADOR.-

LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS.-

El Congreso Nacional en el Considerando de la Ley de Comercio Electrónico, a tono con lo que se ha expuesto en este trabajo, manifiesta: “Que el uso de sistemas de información y de redes electrónicas, incluida la Internet ha adquirido importancia para el desarrollo del comercio y la producción, permitiendo la realización y concreción de múltiples negocios de trascendental importancia, tanto para el sector público como para el sector privado”. Que así mismo “es necesario impulsar el acceso de la población a los servicios electrónicos que se generan por y a través de diferentes medios electrónicos”. “Que se debe generalizar la utilización de servicios de redes de información e Internet, de modo que éstos se conviertan en un medio para el desarrollo del comercio, la educación y la cultura; Que a través del servicio de redes electrónicas, incluida la Internet se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y

controlarlos, mediante la expedición de una Ley especializada sobre la materia; Que es indispensable que el Estado Ecuatoriano cuente con herramientas jurídicas que le permitan el uso de los servicios electrónicos, incluido el comercio electrónico y acceder con mayor facilidad a la cada vez más compleja red de los negocios internacionales”.

En este punto, dado lo novísimo de este tema jurídico en el Ecuador, he basado mi exposición en el trabajo publicado en Internet del especialista José Luis Barzallo denominado: El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo, que considero será de mucha utilidad para el conocimiento del mismo:

Así tenemos que con la finalidad de impulsar el proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensaje de Datos, se funda la Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico CORPECE.

“Para la elaboración y estructuración de este proyecto, se invitó a una amplia base de sectores involucrados y se contó con la participación de importantes empresas del medio. Se partió de la legislación ecuatoriana y se apoyó en proyectos de leyes como la Ley modelo UNCITRAL, diversas propuestas de la Organización de la Naciones Unidas; Directivas Europeas sobre comercio electrónico y firma digital, proyectos y anteproyectos de leyes de países europeos como Italia, España, Alemania, Luxemburgo; El acta de UTAH, de los Estados Unidos de Norteamérica; Estudios y proyectos latinoamericanos de Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú; Investigaciones y publicaciones sobre el derecho de las nuevas tecnologías, principalmente de universidades, entre otros, así como la opinión de importantes tratadistas del tema. Más que la enumeración misma, quiero resaltar el hecho de que el comercio electrónico no es exclusivo de unos pocos países, sino por el contrario, su necesidad es imperiosa para aquellos países que necesitan ampliar sus fronteras comerciales”.

Dice Barzallo, que “el sentido jurídico que tomó dicho proyecto, fue el incluir dentro del comercio electrónico las diversas relaciones que se pueden dar en un mundo de tecnología, sea en los negocios como en la vida diaria, con el propósito de enmarcar las

diversas actividades jurídico-tecnológicas en los conceptos técnicos que se exponen y así proteger tanto al empresario como al usuario de estos servicios”.¹

La Ley de Comercio Electrónico, está compuesta de tres títulos, subdivididos en varios capítulos y artículos.

El título preliminar es un glosario de términos “que sirve de introducción al tema, en un campo nuevo como es el Comercio Electrónico, resulta necesario y hasta imprescindible que tanto el legislador como el jurista y el empresario, en su momento, conozcan sobre los términos que rigen sus relaciones de negocios en la aldea global. Aquí se encuentran definidos entre otros el Mensaje de Datos, como toda información generada por medios electrónicos, digitales o similares que puede ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, y sigue con una enumeración de lo que se puede considerar como mensajes de datos, entre los que contamos a los siguientes: Documentos Electrónicos, Correo electrónico, páginas web, telegrama, telex, fax, facsímile e Intercambio electrónico de datos. Al documento electrónico lo define como el “Documento en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio”. Como señalé antes, el Comercio Electrónico en la búsqueda por generalizar sus actividades civiles y mercantiles se define como “toda transacción o intercambio de información civil, comercial o financiera, contractual o no...”, englobando variados conceptos necesarios al momento de regular una materia tan universal. Termina señalando que el comercio electrónico se debe efectuar a través de la transmisión de mensajes de datos o medios similares. Sobre la firma electrónica, en previsión de cercanos cambios tecnológicos se la definió de la forma más general posible como el “Dato en formato electrónico asignado a un documento electrónico o mensaje de datos por el autor del mismo, su representante o mecanismo autorizado por él...”, con esto se tienen los elementos del dato, que puede constar en un bloque de algoritmos o como la tecnología lo conciba y termina con los principios de integridad y autenticidad básicos en el comercio electrónico. Para que estos medios electrónicos tengan validez y constituyan elementos con relevancia jurídica, deben reunir requisitos criptográficos que aseguren técnicamente su inalterabilidad e identidad. También

¹ **Barzallo, José Luis:** El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo. Artículo Internet.

introduce la figura del certificado electrónico de identidad y el proveedor de servicios de certificación, que ejercen la función de verificar la identidad electrónica y la capacidad jurídica de los transmisores de mensajes de datos”.¹

“Pasando al siguiente Título, éste contiene los principios jurídicos que regirán las transmisiones de los mensajes de datos. Se le concede pleno valor y eficacia jurídica a los mensajes de datos, tanto a su información como a su contenido general; la interpretación de la Ley y el ejercicio de la Propiedad Intelectual se rigen por la legislación nacional y por los tratados internacionales incorporados al cuerpo legal ecuatoriano. Se protege la confidencialidad de los mensajes de datos en sus diversas formas, señalando lo que se entenderá por tal concepto y su violación. Se equipara el documento escrito con el documento electrónico para el caso en que se requiera la presentación de un documento escrito, procediendo de igual manera con el documento original y la información contenida en él, siempre y cuando exista garantía de su conservación inalterable. Como punto importante se establece que la firma electrónica tendrá validez cuando conste como un requisito de legalidad documental. Finaliza este capítulo protegiendo las bases de datos creadas u obtenidas por transmisión electrónica de un mensaje de datos, concediendo al titular de dichos datos el poder para autorizar la disposición de su información, sea que dichos datos fueron obtenidos como usuario de un servicio o sea que fueron obtenidos en el intercambio de mensajes de datos. Se ratifica su defensa legal mediante el Derecho Constitucional de Habeas Data”.

“Luego encontramos el capítulo referente a la firma electrónica, en él se determina que los efectos jurídicos de la firma electrónica serán los mismos que ostenta la firma manuscrita y debe reunir los requisitos determinados en la Ley y ser concordantes con el cuerpo legal ecuatoriano. Para que la firma electrónica tenga validez reunirá como mínimo los siguientes requisitos: “a).- Ser individual, única o vinculada exclusivamente a su titular, y capaz de ser mantenida bajo el estricto control de la persona a quien pertenece y usa. b).Disponer de las seguridades necesarias que garanticen su integridad. c).- Ser verificable inequívocamente mediante mecanismos técnicos de comprobación, establecidos por la Ley, los Reglamentos o el acuerdo de las partes”. Determina que cumplidos los requisitos señalados, la firma se presume íntegra y que implica el acuerdo

¹ **Barzallo, José Luis:** El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo. Artículo Internet.

de voluntad del suscriptor. La firma generaría obligaciones para quien la suscribe y tendría un efecto vinculante frente a terceros de buena fe. El titular de la firma también tiene obligaciones que cumplir, entre estas se encuentra fundamentalmente el cuidar de su firma electrónica, resguardando sus claves fuera de manipulación externa, tener un uso personal y directo y siendo responsable frente al incumplimiento de sus obligaciones. Se propone que la firma tenga una duración indefinida pudiendo ser revocada por su titular. Por otro lado y como alternativa para el caso de irregularidades, el procedimiento establecido sería la cancelación del certificado por parte del proveedor del servicio de certificación, en cuyo caso el proveedor del servicio de certificación está en la obligación de notificar la cancelación mediante una publicación determinada en la Ley”.

“Sobre los certificados de firma electrónica, se establece que, tienen como función el dar mayor seguridad en los negocios, respecto a la identidad y veracidad de los datos refrendados con la firma electrónica. Estos certificados cumplirían ciertos requisitos de identificación, tanto del certificado, del certificador y sobre quien certifican. Tienen también el objetivo de unificar los requisitos de los certificados mediante tratados o acuerdos internacionales. Este es el espíritu jurídico que debe imperar dentro del comercio electrónico, que unifique normativas y relaciones países basándose en negocios que no conocen fronteras. Sobre los responsables de emitir los certificados de firma electrónica, los Proveedores de Servicios de Certificación, se determina que estarán bajo el control de la Superintendencia de Telecomunicaciones, la que ejercerá funciones de auditoría informática sobre el cumplimiento de los exigentes requisitos que se les impone, resaltando requisitos técnicos, económicos, morales y legales que se determinan y que se irán actualizando mediante reglamentaciones. Deben garantizar la seguridad de los certificados y de la información contenida en ellos, ya que en caso de detectarse irregularidades son responsables de indemnizaciones por daños y perjuicios. Punto importante es el limitante de utilizar los datos que se recopilan, para funciones distintas a las de un certificador. Para poder ceder, vender o transferir de cualquier forma esos datos se necesitará de la autorización expresa de su titular, en caso contrario será objeto de sanciones como la pérdida del ejercicio de las funciones de certificador e indemnizaciones por daños y perjuicios, entre otras”.

“En el Título segundo se trata de los contratos electrónicos, su formación, perfeccionamiento y condiciones de aceptación, recepción y envío. Empieza determinando que la formación de los contratos hasta su mutua declaración de voluntad, se puede realizar mediante la transferencia de mensajes de datos y, que éstos tendrán completa eficacia jurídica con todos sus efectos legales. De esta manera se les otorga completa validez en el ordenamiento jurídico, considerándolos como manifestaciones de voluntad exteriorizadas por otro medio que no es el escrito, pero que por sus características tienen fuerza jurídica. Se hace referencia a los contratos de adhesión en los cuales debe existir la declaración de voluntad del aceptante, la misma que deberá expresarse siguiendo las instrucciones del contrato exhibido en el mensaje de datos o la página web. Considero personalmente que para perfeccionarse completamente la declaración de voluntad del contratante, comprador o usuario, el oferente debe ubicar al final del contrato un botón en el que se indique que al marcarlo con el mecanismo del que disponga el contratante, actualmente el cursor, se entenderán aceptadas todas las cláusulas del contrato. De igual forma el contratante debe tener la opción de revisar de acuerdo a su necesidad el documento que va a suscribir electrónicamente mediante un ¡click!”.

“El perfeccionamiento del contrato se completa cuando la declaración del aceptante llegue a conocimiento del oferente. El lugar del perfeccionamiento será por acuerdo contractual de las partes y en caso de no manifestarse nada al respecto será el lugar de aceptación del mensaje de datos. Esta complicada situación, en la cual la supuesta parte débil puede abusar de su posición para causar un perjuicio nos lleva a pensar que se tiene que adelantar en la definición de los mecanismos internacionales de resolución de controversias en el comercio electrónico. Se establece que en caso de requerirse la aceptación expresa, será absolutamente necesaria la misma para su validez. Tanto la recepción como la aceptación pueden ser expresa o tácita, en caso de no haber acuerdo previo, se deberán cumplir ciertos requisitos: Como la actuación del emisor o receptor respecto de las obligaciones generadas en un mensaje de datos, así como la obligación de verificar su identidad e integridad. En muchos casos, la confirmación de recepción producirá efectos técnicos respecto de su llegada, más no de su contenido. El mensaje de datos tendrá un periodo de validez basado en el acuerdo de las partes, en caso contrario será de cinco días, luego de los cuales se deberá reenviar la propuesta demorada”.

“El momento de envío del mensaje de datos se considera expedido cuando entra en un sistema fuera del control del emisor y el momento de recepción será cuando ingrese al sistema del destinatario, en caso de existir acuerdo para enviarlo a otro sistema diferente, será cuando se recupere el mensaje de datos. El lugar de envío y recepción se entenderá el acordado por las partes o el que conste en el certificado de emisor o destinatario y en caso de imposibilidad de establecer el lugar, será en el lugar de trabajo, donde se encuentre el giro principal del negocio o del negocio relacionado con dicho mensaje”.

“Cada mensaje se presume diferente, en caso de existir dos mensajes idénticos, salvo pacto en contrario solo generará obligaciones uno de los dos. Las partes, podrán por acuerdo contractual modificar las condiciones estipuladas en este capítulo y adaptarlo a sus propias necesidades de negocios, se deberá tener en cuenta que los acuerdos que alcancen, deberán cumplir los principios establecidos en esta Ley y en otras relacionadas”.

“En la búsqueda por aclarar y mejorar los negocios por vía electrónica o telemática se protege al usuario, garantizándole una protección cuando realice el intercambio de mensajes de datos de cualquier tipo. Se obliga al oferente que tiene sus productos en Internet, que informe de forma “objetiva, oportuna, veraz y en detalle” lo que adquiere el usuario. En caso de no cumplir con estos requisitos básicos de la oferta, el vendedor correría riesgos al momento de exigir que se cumpla una obligación por un producto irregular. Unica y exclusivamente en este tipo de contratos, el usuario tendrá la posibilidad de rescindir el contrato hasta veinticuatro horas después de suscrito dicho documento, debiendo reponer los gastos que hubiere ocasionado al oferente. Respecto de la privacidad del usuario, persona natural o jurídica, se equipara como sinónimo este concepto con la intimidad, consagrada en la Constitución Ecuatoriana. Se restringe el envío de mensajes de datos no autorizados y se confirma el derecho del usuario para solicitar en cualquier momento su exclusión de cadenas o bases de datos en las cuales conste registrado. El usuario también tendrá el derecho a suspender el envío de las ofertas que no le interesen, lo cual deberá ser respetado por el oferente, en caso contrario habrá una sanción por daños y perjuicios”.

“Al tratar sobre los instrumentos Públicos, entran en el contexto legal los Notarios y sus actuaciones de acuerdo con la Ley Ecuatoriana. Me refiero a que, los documentos que sean codificados, transformados o enviados en presencia de un Notario se entenderán gozar de los mismos efectos jurídicos que los documentos escritos sometidos a sus facultades legales y por ende Instrumentos Públicos, acreditándose el hecho, el lugar y la fecha, siempre que cumplieran con los requisitos técnicos y legales establecidos. Para que los Notarios puedan cumplir con las funciones de certificación, se deben sujetar a los requisitos técnicos impuestos a los Proveedores de Servicios de Certificación. Concluye con la equiparación de la firma manuscrita de los Notarios con su firma electrónica”.

“La delegación de firmas no podrá ser voluntaria, deberá cumplir con los requisitos de formalidad que exige la legislación ecuatoriana sobre el mandato, con esto se evita que se pueda utilizar fraudulentamente la firma de terceros”.

“Sobre la jurisdicción y la competencia, las partes la pueden acordar libremente el lugar de resolución de sus diferencias, en caso de no hacerlo, se aplicará lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil para el caso de los contratos internacionales. Se determina el uso de los medios tecnológicos disponibles para la correcta aplicación de las normas procesales. Se busca que especialmente en los negocios relacionados con el comercio electrónico las notificaciones sean por medio de correo electrónico, estableciéndose obligatoriedad de notificar por éste medio y por el tradicional para el caso de resoluciones sometidas a Tribunales de Arbitraje. El documento electrónico será considerado como medio de prueba con todos sus efectos legales. Para que existan presunciones legales sobre la veracidad de un documento, éste deberá cumplir los principios de integridad e identidad, para justificar la voluntad contractual de obligarse por dicho documento. Aquella parte que niegue la validez de un documento electrónico deberá probar que este no cumple con los requisitos técnicos mencionados anteriormente. Se establecen varios requisitos para la correcta aplicación de la prueba en estos casos, entre ellos señalamos: a) la presentación de los soportes necesarios en papel del documento electrónico y los mecanismos necesarios para la lectura y verificación de la firma. b) la presentación del certificado validado por un proveedor de servicios de certificación. c) Los demás mensajes de datos deberán guardar especial atención con la integridad de su contenido. Las pruebas serán juzgadas y valoradas de acuerdo con “la

seguridad y fiabilidad con la cual se la verificó, envió, archivó y recibió”. Para una mejor apreciación de la prueba el juzgador contará con el asesoramiento de un perito en la materia”.

“Respecto de las nuevas formas del delito, éstas son incluidas como reformas al Código Penal, a fin de tipificarse puntualmente estos delitos y actualizar al Código Penal respecto de estas nuevas formas de delinquir. Los nuevos delitos son: a). Fraude informático; b). Delito de daños informáticos; c). Falsificación electrónica; d). Intromisión indebida a los sistemas de información o telemáticos; e). Recopilación de información por medios fraudulentos. f). Violación al derecho a la privacidad en los términos de la misma ley”.

“Finalmente se dispone que el Estado vele por que se incentive, se difundan las posibilidades y conocimientos sobre el comercio electrónico y se protejan los derechos de las empresas que intervienen en el mercado de la informática y las telecomunicaciones, ramas indispensables para la ejecución del Comercio Electrónico. Por mandato se señala que la Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.¹

La ley de Comercio Electrónico fue promulgada por el Congreso Nacional el diez de abril del año dos mil dos.

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA.-

Como se había enfocado someramente, habíamos visto que el Derecho Informático guarda una estrecha relación con el Derecho Constitucional. Esto se da, “ por cuanto la forma y manejo de la estructura y órganos fundamentales del Estado, es materia constitucional. De allí, que actualmente se debe resaltar que dicho manejo y forma de controlar la estructura y organización de los órganos del Estado, se lleva a cabo por medio de la Informática, colocando al Derecho Informático en el tapete, porque con el debido uso que se le den a estos instrumentos informáticos, se llevará una idónea,

¹ **Barzallo, José Luis:** El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo. Artículo Internet.

eficaz y eficiente organización y control de estos entes. De lo que se puede desprender una serie de relaciones conexas con otras materias como sería el caso del Derecho Tributario y el Derecho Procesal”.¹

Nuestra Constitución Política contempla la libertad informática a la que se le da rango constitucional.

El Art. 23.8 de la Constitución Política garantiza: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona”.

El mecanismo de la llamada libertad informática es el Habeas Data, recurso que EL Art. 94 de la Constitución lo conceptúa en los siguientes términos: “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional”.

El procedimiento para el trámite del Habeas Data, está determinado en la Ley de Control Constitucional:

Art. 34.- Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre si mismas o sus bienes están en poder de entidades públicas, de personas naturales o jurídicas privadas, así como conocer el uso y finalidad que se les haya dado o se les esté por dar, podrán interponer el recurso de hábeas data para requerir las respuestas y exigir el

¹ **Peñaranda Quintero, Hector:** Naturaleza Jurídica del Derecho Informático. Artículo.

cumplimiento de las medidas tutelares prescritas en esta Ley, por parte de las personas que posean tales datos o informaciones.

Art. 35.- El hábeas data tendrá por objeto:

a) Obtener del poseedor de la información que éste la proporcione al recurrente, en forma completa, clara y verídica,

b) Obtener el acceso directo a la información;

c) Obtener de la persona que posee la información que la rectifique, elimine o no la divulgue a terceros; y,

d) Obtener certificaciones o verificaciones sobre que la persona poseedora de la información la ha rectificado, eliminado, o no la ha divulgado.

Art. 36.- No es aplicable el hábeas data cuando afecte al sigilo profesional; o cuando pueda obstruir la acción de la justicia; o cuando los documentos que se soliciten tengan el carácter de reservados por razones de Seguridad Nacional.

No podrá solicitarse la eliminación de datos o informaciones cuando por disposición de la Ley deben mantenerse en archivo o registros públicos o privados.

Art. 37.- La acción de hábeas data deberá interponerse ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos. Los jueces o magistrados, evocarán conocimiento de inmediato, sin que exista causa alguna que justifique su inhibición, salvo cuando entre estos y el peticionario existan incompatibilidades de parentesco u otros señalados en la Ley.

Art. 38.- El juez o tribunal en el día hábil siguiente al de la presentación de la demanda convocará a las partes a audiencia, que se realizará dentro de un plazo, de ocho días, diligencia de la cual se dejará constancia escrita.

La respectiva resolución deberá dictarse en el término máximo de dos días, contados desde la fecha en que tuvo lugar la audiencia, aún si el demandado no asistiere a ella.

Art. 39.- Declarado con lugar el recurso, las entidades o personas requeridas entregarán, dentro del plazo de ocho días toda la información y, bajo juramento, una explicación detallada que incluya por lo menos, lo siguiente:

- a) Las razones y fundamentos legales que amparen la información recopilada;
- b) La fecha desde la cual tienen esa información;
- c) El uso dado y el que se pretenderá dar a ella,
- d) Las personas o entidades a quienes se les haya suministrado los referidos datos, la fecha del suministro y las razones para hacerlo;
- e) El tipo de tecnología que se utiliza para almacenar la información; y,
- f) Las medidas de seguridad aplicadas para precautelar dicha información.

Art. 40.- De considerarse insuficiente la respuesta, podrá solicitarse al juez que disponga la verificación directa, para la cual, se facilitara el acceso del interesado a las fuentes de información, proveyéndose el asesoramiento de peritos si así se solicitare.

Art. 41.- Si de la información obtenida el interesado considera que uno o más datos deben ser eliminados, rectificados, o no darse a conocer a terceros, pedirá al juez que ordene al poseedor de la información que así proceda.

El juez ordenará tales medidas, salvo cuando claramente se establezca que la información no puede afectar el honor, la buena reputación, la intimidad o irrogar daño moral al solicitante.

El depositario de la información dará estricto cumplimiento a lo ordenado por el juez, lo cual certificará bajo juramento, sin perjuicio de que ello se verifique por parte del propio interesado, solo o acompañado de peritos, previa autorización del juez del trámite.

La resolución que niegue el hábeas data, será susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional, en el término de ocho días a partir de la notificación de la misma.

Art. 42.- Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado o las naturales que incumplieren las resoluciones expedidas por jueces o Tribunales que concedan el hábeas data, no podrán ejercer ni directa ni indirectamente, las actividades que venían desarrollando y que dieron lugar al hábeas data, por el lapso de un año.

Esta disposición será comunicada a los órganos de control y demás entidades públicas y privadas que sean del caso.

Art. 43.- Los funcionarios públicos de libre remoción que se nieguen a cumplir con las resoluciones que expidan los jueces o tribunales dentro del procedimiento de hábeas data serán destituidos inmediatamente de su cargo o empleo, sin más trámite, por el respectivo juez o tribunal, salvo cuando se trate de los funcionarios elegidos por el Congreso Nacional, quienes deberán ser destituidos por éste, a pedido fundamentado del juez o tribunal y previo el correspondiente juicio político.

La sanción de destitución se comunicará inmediatamente a la Contraloría General del Estado y a la autoridad nominadora correspondiente.

Art. 44.- Las sanciones antes señaladas se impondrán sin perjuicio de las respectivas responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Art. 45.- Están legitimados para iniciar y continuar los procedimientos previstos en esta sección, no solo las personas naturales o jurídicas que consideren tener derecho a ello, sino también los padres, tutores y curadores en nombre de sus representados.

DERECHO PENAL INFORMÁTICO.-

El Derecho Informático se relaciona con el Derecho Penal en cuanto a que en el mismo, se han introducido y tipificado últimamente ciertos actos punibles que constituyen

violación de las normas del Derecho Informático. Surgen los Delitos Informáticos o también conocidos como Delitos Cibernéticos o Electrónicos, y de ello nace el Derecho Penal Informático.

Existe una gran variedad de delitos electrónicos ya que cada vez es mayor, su difusión en nuestro país mediante la utilización de herramientas informáticas. Entre los principales o que más se detectan tenemos las estafas, mediante subastas online, utilización de sitios web falsos o por correo electrónico. Pornografía, especialmente la infantil, es decir la corrupción de menores con la finalidad de difundir imágenes y grabaciones mediante estos medios. Inclusive en algunos países se han producido homicidios, secuestros y violaciones utilizando como herramienta el Internet. También existe otra categoría de espionaje, hackeo y robo industrial y político; y los de introducción de programas (virus) que producen graves daños en los programas informáticos.

En nuestro Código Penal últimamente se han introducido delitos informáticos:

Así tenemos el ... (1).- (Agregado por el Art. 61 de la Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002).- “Daños informáticos.- El que dolosamente, de cualquier modo o utilizando cualquier método, destruya, altere, inutilice, suprima o dañe, de forma temporal o definitiva, los programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, será reprimido con prisión de seis meses a tres años y multa de sesenta a ciento cincuenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

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

El (2) Agregado por el Art. 62 de la Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002, tipifica: “Apropiación ilícita.- Serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, los que utilizaren fraudulentamente sistemas de información o redes electrónicas, para facilitar la

apropiación de un bien ajeno, o los que procuren la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos de una persona, en perjuicio de ésta o de un tercero, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas informáticos, sistemas informáticos, telemáticos o mensajes de datos”.

Art. 262.- (Sustituido por el Art. 59 de la Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002).- “Serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor, todo empleado público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere maliciosa y fraudulentamente, destruido o suprimido documentos, títulos, programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de datos contenido en un sistema de información o red electrónica, de que fueren depositarios, en su calidad de tales, o que les hubieren sido encomendados en razón de su cargo”.

El Art. 563, Inciso 2o. agregado por el Art. 63 de la Ley 2002-67, R.O. 557-S, 17-IV-2002, reformado por el Art. 159 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002 y el último inciso agregado por el Art. 3 de la Ley 2002-91, R.O. 716, 2-XII-2002): “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”.

Los delitos contra las comunicaciones están contemplados en:

Art. 422.- (Agregados los tres últimos incisos por el Art. 1 de la Ley 99-38, R.O. 253, 12-VIII-99).- Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que interrumpiere la comunicación postal, telegráfica, telefónica, radiofónica o de otro sistema, o resistiere violentamente al restablecimiento de la comunicación interrumpida.

Si el acto se realizare en reunión o en pandilla, o la interrupción fuere por medios violentos, vías de hecho o amenazas, la pena será de prisión de tres a cinco años.

Quienes ofrezcan, presten o comercialicen servicios de telecomunicaciones, sin estar legalmente facultados, mediante concesión, autorización, licencia, permiso, convenios o cualquier otra forma de la contratación administrativa, salvo la utilización de servicios de Internet, serán reprimidos con prisión de dos a cinco años.

Estarán comprendidos en esta disposición, quienes se encuentren en posesión clandestina de instalaciones que, por su configuración y demás datos técnicos, hagan presumir que entre sus finalidades está la de destinarlos a ofrecer los servicios señalados en el inciso anterior, aún cuando no estén siendo utilizados.

Las sanciones indicadas en este artículo, se aplicarán sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones y sus Reglamentos.

LEY ESPECIAL DE TELECOMUNICACIONES.-

Dado el avance de las telecomunicaciones se han desarrollado una serie de normas legales que regulan la utilización, la transmisión, y la contratación de datos.

Tenemos que el Art. 1 de la Ley Especial de Telecomunicaciones determina: “Ámbito de la Ley.- La presente Ley Especial de Telecomunicaciones tiene por objeto normar en el territorio nacional la instalación, operación, utilización y desarrollo de todas transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, sonidos e información de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”.

El Art. 14.- “Derecho al secreto de las telecomunicaciones.- El estado garantiza el derecho al secreto y a la privacidad de las telecomunicaciones. Es prohibido a terceras personas interceptar, interferir, publicar o divulgar sin consentimiento de las partes la información cursada mediante los servicios de telecomunicaciones”.

Manda el Art. 27 de la Ley: Delitos contra las telecomunicaciones.- Los delitos contra los medios y servicios de telecomunicaciones serán tipificados en el Código Penal y serán sancionados de conformidad con lo dispuesto en dicho Código”.

Las sanciones a las infracciones a la Ley, las contempla el Art. 28.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DATOS.-

En Europa Occidental, EEUU, Japón, Canadá, Argentina, Chile, entre otros existe una legislación de protección de datos. En España por ejemplo en 1992 entró en vigencia la LORTAD (Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos), la misma que fue sustituida por la LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos), que no excluye a los ficheros no automatizados. Cabe destacar también, que la Protección de Datos en España es considerada como un Derecho Fundamental desde el año 2000, gracias a la Sentencia número 292, del Tribunal Constitucional, dictada el 30 de noviembre de ese año.¹

CONVENIOS INTERNACIONALES.-

El Ecuador es suscriptor de varios convenios internacionales de protección de datos así tenemos: Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones; Acuerdo Relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite INTELSAT; Convenio de Acción de Sistemas Informáticos Nacionales; y Acuerdo Relativo a la Organización Andina de Telecomunicaciones por Satélite OATS.

¹ Apuntes del profesor **Dr. Juan Peña Aguirre**.

BIBLIOGRAFIA.

Suñé Llinás, Emilio: Tratado de Derecho Informático, Volumen I; Universidad Complutense de Madrid, Instituto Español de Informática y Derecho, Madrid, 2002.

Téllez Valdés, Julio: Derecho Informático, Edición 3ª, Mc Graw – Hill Interamericana, México 2003.

Guerrero M., María Fernanda: La inteligencia artificial aplicada al derecho, Revista Uno y Cero, Milán.

Fix Fierro, Héctor: Informática y Documentación Jurídica.

Gherzi, Carlos Alberto: Contratos civiles y comerciales, 2ª. Ed. Buenos Aires, Depalma, 1992. Tomo II.

Lucas Murillo, Pablo: El derecho a la automatización informática, Madrid, Tecnos, 1990.

González Salas, Raúl: El bien jurídico: intimidad. Artículo.

Barzallo, José Luis: El Comercio Electrónico en el Ecuador, Desafío frente al Nuevo Siglo. Artículo.

Peñaranda Quintero, Hector: Naturaleza Jurídica del Derecho Informático. Artículo.

Apuntes del profesor **Dr. JUAN PEÑA AGUIRRE.**

Constitución Política de la República del Ecuador.

Ley de Control Constitucional.

Ley de Comercio Electrónico, Frimas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Frimas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Ley Especial de Telecomunicaciones.

Código Penal.

Dr. Fernando Mauricio Larriva González