



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA  
ESPECIALISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL**

**“La prueba y las tecnologías de la información y comunicación en el proceso penal en  
Austria”**

**Tesina**

**AUTOR:**

**Terán Ortega, Wilfrido Edison**

**DIRECTORA:**

**Burneo Guerrero, Augusta Lucía, Dra.**

**CENTRO UNIVERSITARIO TULCÁN  
2013**

## Certificación

Doctora

Augusta Lucía Burneo Guerrero

DIRECTORA DEL TRABAJO DE FIN DE CARRERA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo, denominado: **“La prueba y las tecnologías de la información y comunicación en el proceso penal en Austria”** realizado por el profesional en formación: Wilfrido Edison Terán Ortega; cumple con los requisitos establecidos en las normas generales para la Graduación en la Universidad Técnica Particular de Loja, tanto en el aspecto de forma como de contenido, por lo cual me permito autorizar su presentación para los fines pertinentes.

Loja, junio de 2013

f).....

## **Declaración de autoría y cesión de derechos**

“Yo Wilfrido Edison Terán Ortega declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.....

Autor: Wilfrido Edison Terán Ortega

Cédula: 0400687547

## **DEDICATORIA**

A Samuelito, con todo el cariño habido y por haber.

**Wilfrido Edison Terán Ortega**

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento imperecedero a la Universidad Técnica Particular de Loja, por brindarnos la oportunidad de actualizar e innovar nuestros conocimientos en áreas fundamentales de nuestro ámbito profesional.

Wilfrido Edison Terán Ortega.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción
2. Transcripción del Proyecto de Investigación Jurídica
3. Cuerpo

### CAPÍTULO I: EL USO DE LAS TIC's EN EL DERECHO

- 1.1 Consideraciones generales
- 1.2. Historia
- 1.3. La sociedad y la tecnología
  - 1.3.1 Derecho Informático
  - 1.3.2 Informática jurídica
    - 1.3.2.1 Informática jurídica documentaria
    - 1.3.2.2 Informática jurídica de gestión
    - 1.3.2.3 Informática jurídica de decisión
- 1.4 Aportes de la informática
- 1.5 Documentos no literales y cuestiones de la informática
  - 1.5.1 Determinación de fotos trucadas por computadora
  - 1.5.2 Modelos y simulaciones
  - 1.5.3 Registros y controles
  - 1.5.4 La ayuda de la informática en la formación y ordenación de los datos probatorios

## **CAPÍTULO II: LAS TIC's COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR**

### 2.1 La nueva frontera del Derecho Probatorio

#### 2.1.1 El documento electrónico

##### 2.1.1.1 Noción de documento electrónico

##### 2.1.1.2 Analogías entre los documentos escritos y los documentos electrónicos

##### 2.1.1.3 Diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico

#### 2.1.2 El cambio de soporte y las relaciones jurídicas

#### 2.1.3 Elementos del documento electrónico

### 2.2 La videoconferencia como instrumento probatorio

## **CAPÍTULO III: Austria**

### 3.1 Los delitos informáticos

#### 3.1.1 Determinaciones doctrinales y particularidades de la criminalidad informática

#### 3.1.2 Sujeto activo de los delitos informáticos

#### 3.1.3 Sujeto pasivo de los delitos informáticos

### 3.2 Austria

#### 3.2.1 Interrogatorio audiovisual

## **CAPÍTULO IV: INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

4.1 Análisis e interpretación de resultados

## **CAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY, INCORPORANDO A LAS TICS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR**

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN EJECUTIVO

Las TIC's están generalizándose, llegando a la casi totalidad de la población, ocupan la mayor parte de espacio en la vida del ser humano, no existen impedimentos que detengan su alcance vertiginoso; el Derecho va a la zaga, debido a la rapidez con que ellas se desarrollan, o por lo complicado que resulta para los juristas reglamentar las nuevas relaciones sociales surgidas a partir de ellas. Sin embargo el Derecho ocupa un sitio fundamental, ya que posibilita que los cambios no generen efectos contrarios, que se conviertan en garantía de paz, en guardianes del orden social.

Las TIC's obligan a que se reformulen determinados conceptos en el ámbito del Derecho, como el de prueba documental, para considerar nuevos signos diferentes a la escritura, induce a perfeccionar el régimen jurídico de la prueba electrónica, en relación a su obtención y aportación al proceso, su permanencia en el tiempo, su verificación, su práctica y su eficacia probatoria.

## **ABSTRACT**

The technologies of information and communication are generalized, reaching almost all of the population, occupy most space in human life, there are no impediments to stop their dizzying scope, the law lags behind due to the speed with which they develop, or how complicated it is for lawyers regulate new social relations arising from them. However, the law occupies a crucial, since it allows changes for effects contrary, they become a guarantee of peace, the guardians of the social order.

The technologies of information and communication require to reformulate certain concepts in the field of law, such as documentary evidence, to consider new signs different to writing, leads to perfect the legal system of electronic evidence in relation to your collection and input to the process, its persistence over time, verification, its practice and probative.

## **Introducción**

La Tecnología de la Información y de la Comunicación posibilita a los seres humanos adquirir, elaborar, fabricar, almacenar, registrar, presentar la información a través de la voz, de imágenes, que se pueden transmitir de un punto geográfico a otro, de una persona a otra, o a un grupo o comunidad.

Las TIC's cambiaron la manera de producir, almacenar, transportar la difusión y el acceso a cualquier forma de información, constituyéndose en herramientas que inciden en la casi totalidad de nuestras actividades. Permiten comunicarnos inmediata y directamente con otras personas que se encuentran separadas por la distancia.

La tecnología domina en cierta manera una parte de nuestras vidas, ella está presente en nuestra cotidianidad. El Derecho frente a la tecnología, resulta ser en esta área un receptor tardío de estos conocimientos. El Derecho se relaciona con la informática de diversas maneras. Hay dos divisiones: la informática jurídica y del Derecho Informático. La informática jurídica es el apoyo del operador jurídico, procesa la información a través de medios electrónicos; el Derecho Informático comprende el conjunto de fuentes del Derecho, que regulan las relaciones informáticas en los distintos ámbitos del Derecho.

Esta investigación está conformada por cinco capítulos, a saber:

En el capítulo primero se efectúa un bosquejo de lo que se debe entender por Tecnología de la Información y de la Comunicación, su evolución a través del tiempo, su influencia y dominio en nuestra sociedad; la relación existente entre la ciencia y la tecnología; los aportes de la informática, principalmente en el ámbito del Derecho.

El capítulo segundo hace referencia a las TIC's como medio de prueba en el Ecuador, se hace alusión a la circunstancia de que las TIC's han hecho surgir nuevas fuentes de prueba, se hace referencia principalmente al documento electrónico, y a la videoconferencia como instrumento probatorio.

El capítulo tercero se refiere a Austria, a los delitos informáticos, a su clasificación, a los sujetos que intervienen en él.

El capítulo cuarto está destinado a la investigación de campo, se analizan los diferentes resultados de las encuestas formuladas, en los que se puede observar claramente la influencia de las TIC's en el desarrollo de las actividades profesionales de los encuestados.

En el capítulo quinto se plantea el proyecto de ley, incorporando a las TIC's como medio de prueba en el Ecuador.

## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

### 1. TEMA: LA PRUEBA Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN EL PROCESO PENAL

#### 2. PROBLEMA:

El proceso penal moderno se caracteriza por un uso amplio de diversas herramientas tecnológicas provenientes de la informática y de la tecnología de las comunicaciones, que permiten un mejoramiento ostensible de la investigación criminal pero al mismo tiempo significan un tremendo riesgo para el ciudadano, puesto que se produce una tensión entre el derecho del ciudadano a un debido proceso y la potestad del Estado para investigar efectivamente los delitos.

No se pretende aquí hacer un análisis minucioso de los diversos instrumentos técnicos desarrollados para la investigación criminal, ni tampoco de todos los argumentos de orden constitucional y legal que han sido esgrimidos en pro y en contra de la limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, intentaremos hacer un esbozo de esta discusión, trataremos de extraer algunas líneas generales de las tendencias político-jurídicas que pueden también tener alguna incidencia para el desarrollo legislativo de nuestro país, y de la mano de este análisis extraer consecuencias de acuerdo a los últimos desarrollos legislativos.

El presente trabajo pretende alertar de los peligros y de las tendencias, reflexionar acerca de las implicaciones del problema aquí expuesto desde la perspectiva de las

prohibiciones probatorias, sobre todo en el contexto de la amplia jurisprudencia penal y constitucional sobre este tema.

El rápido desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones ha producido también cambios en el proceso penal. Estos cambios son tanto cualitativos como cuantitativos. Cualitativos en la medida en que significan nuevos medios de investigación, más sutiles y en cuanto significan una dimensión nueva y particularmente peligrosa de lesión a los derechos fundamentales. En lo cuantitativo significan una mayor cantidad de herramientas en manos de las autoridades para efectos de realizar sus actividades. Estas herramientas van desde la observación de personas por periodos largos o cortos (incluso por medios audiovisuales) y el uso de agentes provocadores; pasando por la escucha de las conversaciones de los ciudadanos en vehículos y habitaciones, hasta el uso extensivo de medios de la tecnología de la información para comparar y escrutar datos personales.

Esta tendencia hacia la utilización de estas "nuevas" herramientas de control y vigilancia es particularmente clara en el desarrollo actual en el proceso penal en los países europeos, donde la discusión en torno a los problemas constitucionales y legales de este "nuevo estilo" de la investigación es más profunda.

En nuestro país no ha habido hasta el momento una regulación del uso de estas nuevas tecnologías en el proceso penal, como tampoco ha habido una reflexión sobre sus posibles problemas de orden constitucional. De igual manera no hay investigaciones que permitan aquilatar el grado de desarrollo y de utilización de equipos de cómputo y de conexiones telemáticas en una investigación criminal. Solo se tienen datos aislados de los esfuerzos de algunas instituciones por incorporar sistemas de cómputo para el manejo de incipientes

proyectos de informática jurídica documental y de gestión, y no existen datos sobre el poder informático en manos de la policía y de la Fiscalía. Cabe suponer que los avances en esta materia tarde o temprano serán utilizados ampliamente por el sistema de justicia penal, lo que generará, sin duda, la necesidad de reflexionar sobre el papel del proceso penal en una justicia penal que vela por un bien jurídico "novedoso" como lo es la "funcionalidad" o la "eficiencia" de la administración de justicia penal.

No hace mucho se ha afirmado en nuestro país, pero también en América Latina y en Europa, que los Estados están enfrascados en una guerra contra la "criminalidad", una guerra sin cuartel, en donde la bandera de un proceso penal "eficiente" ondea con la fuerza de uno de esos bienes jurídicos intangibles y misteriosos, de los cuales nadie sabe de dónde vienen y de dónde se sustentan, pero que se sabe que pueden producir un cambio radical en el equilibrio entre las garantías individuales y las facultades del Estado al investigar los delitos, en todo caso a favor de estas últimas. Se trata de la llamada "funcionalidad de la administración de la justicia penal", concepto que fue desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su jurisprudencia de inicios de los años ochenta, y que hoy incluso lleva a replantear una serie de derechos y garantías fundamentales del acusado en el proceso, los cuales se hacen ceder con el fin de justificar una tarea del Estado, la de la investigación del delito.

La "funcionalidad de la administración de justicia penal" pertenece a ese grupo, cada vez más amplio, de bienes jurídicos sin contenido, que pueden ser llenados por vía de interpretación, y que tienen un papel importante a la hora de determinar el equilibrio entre los intereses del Estado, en este caso de la investigación de los delitos, y los derechos fundamentales del ciudadano.

En la forma en que ha sido utilizado este bien jurídico, abre la posibilidad a que en los casos en que exista una posibilidad de limitar las facultades de investigación del Estado en razón de un derecho del acusado, este último se hace ceder a aquellas con el fin de que el interés público de realización de la justicia no se restrinja.

Es cierto que hay un interés social importante en que se investiguen los delitos, y esto es en cierto sentido algo que se entiende por sí mismo, pero también es cierto que no existe ninguna norma que establezca la funcionalidad de la administración de la justicia penal como un bien jurídico con entidad propia, y aun cuando se pretenda derivar la misma del principio del Estado de Derecho, esta misma metodología interpretativa no permite que alguno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que derivan directamente de la dignidad del hombre, puedan verse limitados para garantizar este interés social en la investigación satisfactoria de un delito.

La versión ecuatoriana de esta idea de funcionalidad de administración de justicia penal, la estamos empezando a ver nacer. Tanto en las discusiones en la Asamblea Nacional<sup>1</sup>, como en los medios de comunicación, se empieza a observar una preocupación sospechosa por la eficiencia. Se habla de que la guerra contra la criminalidad sólo la podrá ganar el Estado si es eficiente, y para ello resulta necesario confiarle más herramientas y más posibilidades de acción, mayores facultades para escoger lo que persigue y más y mejores recursos para realizar esta tarea. En esta carrera por la "eficiencia" no se duda en potenciar la necesidad de reducir garantías clásicas en favor del imputado, cuando las mismas resultan sospechosas de reducir la "eficiencia" de la reacción estatal, o cuando un respeto de éstas acarree una disminución de las posibilidades de éxito frente a la criminalidad.

---

<sup>1</sup> Véase el proyecto de Código Orgánico Penal Integral que se está actualmente debatiendo en el país

Los problemas en torno a la incorporación de éstos nuevos medios de prueba, el uso de nuevas tecnologías, la tensión existente con los derechos al debido proceso, la inconstitucionalidad de éstos medios de prueba, son algunos de los problemas que pretendemos abordar en este trabajo.

### **3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:**

La Universidad Técnica Particular de Loja ha desarrollado su accionar desde hace cuatro décadas. En este tiempo aspiró a constituirse en el espacio fundamental para la producción y circulación de conocimientos que posibiliten la comprensión de la realidad pasada y presente, y la transferencia del conjunto de saberes hacia el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad.

La Universidad es, por definición, un ámbito de libertad y de crítica. Es por ello que las ideas y los conocimientos nuevos sólo pueden constituirse en un clima de actividad intelectual que cuente con la libertad, la tolerancia y aceptación hacia las heterodoxias. Estos principios básicos todavía no consolidados, la colocan frente a nuevos desafíos. Por lo cual, no sólo se requiere de una nueva definición en la relación de la Universidad y el Estado, sino que también se vislumbra como una tarea indispensable la proximidad comprometida de la Universidad con la sociedad, dando respuestas a las múltiples y novedosas situaciones que en ella se plantean.

Ello es particularmente necesario en el momento actual, caracterizado por profundos cambios en el ámbito mundial que se han visto acompañados de fuertes transformaciones y rupturas en el campo de las definiciones teóricas.

Una de las asignaturas pendientes de nuestro sistema judicial es la modernización de la administración de justicia. En el momento actual, caracterizado por la aplicación de las

denominadas TICs (Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación), el sistema judicial debe afrontar la revolución tecnológica para aprovechar las ventajas que ofrece<sup>2</sup>.

Resulta difícil entender que estos avances tecnológicos que introducen ventajas y beneficios en el desenvolvimiento del proceso penal, puedan ser rechazados por información, o de conexión con terceros, por mencionar algunas de las potencialidades de estas tecnologías.

El Derecho, como resultado de la interacción social, es un medio que constantemente se encuentra regulando las relaciones sociales, ya sea para solucionar conflictos o para evitarlos.

Los continuos cambios de la realidad social cuestionan al ordenamiento jurídico vigente, de ahí que se utilice la frase “La realidad supera al Derecho”, ya que día a día nacen nuevos problemas que constituyen verdaderos retos para el Derecho como instrumento regulador de las relaciones humanas en la sociedad.

Los avances que día a día brindan la Ciencia y Tecnología de estos tiempos y su aplicación en las diversas facetas de la vida humana plantean nuevos desafíos al Derecho en la urgencia por regularlos con el fin que no se vulneren los derechos de las personas, especialmente aquellos señalados en la Constitución como pueden ser el derecho a la privacidad o al debido proceso, etc.

---

<sup>2</sup>El introducir TICs en la administración de justicia significa mucho más que comprar computadoras e instalarlas en los tribunales de justicia, las fiscalías o defensorías, ya que esto no garantiza en sí mismo que se podrán alcanzar mayores niveles de productividad. Basta pensar que muchas computadoras son usadas solo como reemplazantes de máquinas de escribir, sin explotar ninguna de las ventajas de almacenamiento y acceso a información, o de conexión con terceros, por mencionar algunas de las potencialidades de estas tecnologías

El Derecho posee una amplia capacidad de adaptación y posibilidades para afrontar los nuevos retos que se le plantean, aunque en ciertas ocasiones puede quedar rezagado frente a las posibilidades que le ofrecen las TIC's, ya que éstas últimas van a un ritmo acelerado frente al Derecho; pero no por ello significa que deben mantenerse fuera del margen constitucional y legal.

Se dice que las TIC's han contribuido a la transformación de la sociedad y de las relaciones sociales como resultado de la revolución tecnológica de estos últimos años, lo cual ha dado lugar la creación y recreación del Derecho generando también una revolución jurídica.

Este fenómeno informático ha afectado a algunas ramas del Derecho entre las que se puede destacar el Derecho Constitucional en lo relativo a la privacidad y protección de datos personales; el Derecho Penal cuando existe la violación de secretos o comisión de fraudes o hurtos mediante medios informáticos; y el Derecho Procesal Penal en cuanto al valor probatorio de los registros informáticos.

Con este proyecto, nosotros queremos patentar el reto que nos hacemos de reactualización de los conocimientos para responder a las expectativas y demandas de quienes viven la necesidad de comprender estos importantes problemas jurídicos. Pero además es preciso señalar, que también como estudiantes debemos dar continuas respuestas a estas elaboraciones doctrinarias y profundizar los temas propuestos en los contenidos académicos de la Especialidad en Derecho Procesal Penal.

## **4. OBJETIVOS:**

### **4.1. OBJETIVOS GENERALES**

4.1.1. Analizar las ventajas y desventajas de la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's) como medios de prueba dentro del proceso penal ecuatoriano.

4.1.2. Determinar las teorías constitucionales sobre la aceptación o rechazo de las TIC's en la protección y tutela de los derechos de las personas por parte del Estado.

### **4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Conocer el marco normativo y doctrinario relativo al uso de las TIC's en el ámbito procesal penal en varios países del mundo.
- Identificar el nivel de protección o vulnerabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución dentro del proceso penal cuando se han utilizado las TIC's.
- Desarrollar destrezas y habilidades que permitan argumentar criterios jurídicos en donde se considere la interacción entre el Derecho Procesal Penal y las TIC's.
- Impulsar las reformas normativas necesarias para garantizar el pleno aprovechamiento de las oportunidades tecnológicas en el ámbito de la Administración de Justicia.

## 5. MARCO TEÓRICO:

En América Latina el enfoque de la lucha contra la criminalidad organizada ha llevado en muchos países a reducir el marco de garantías del derecho penal clásico con la esperanza de que el impacto de la reacción del sistema de justicia penal sea más contundente, sin embargo, tanto las experiencias europeas, como las latinoamericanas, han demostrado que esta respuesta "contundente" no ha reducido la producción de delitos, especialmente de aquellos más atroces.

Lo que queda por observarse es si en nuestro medio cultural serán asumidos los mismos discursos legitimadores que han permitido ampliar la utilización de herramientas tecnológicas para la investigación criminal, reduciendo en mayor medida las garantías en favor del acusado e incluso de aquellos ciudadanos sobre los que no pesa sospecha de haber cometido delito.

Una asunción de este discurso, llevaría, junto a la crisis evidente del sistema de justicia penal, a una ampliación de los poderes de las agencias represivas y a otorgar más y mejores herramientas que pueden ser utilizadas también para el control y vigilancia de la disidencia ideológica y para la mayor represión sectorial, típica de los sistemas del control penal latinoamericano.

En Europa ha tenido gran importancia en la última década el seguimiento doctrinal, jurisprudencial y legislativo del equilibrio entre la funcionalidad de la administración de la justicia penal y del derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que ahora la lucha contra la criminalidad organizada ha visualizado como una tarea primordial reducir

este último derecho a su más mínima expresión, ya que se considera que es un muro y un obstáculo a una "eficiente" lucha contra la criminalidad.

### **El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes.**

El art. 75 de nuestra Constitución reconoce y garantiza el derecho que tenemos todas las personas a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Para asegurar la efectividad de este derecho se establecen un conjunto de derechos como el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido las interrelaciones existentes entre la indefensión<sup>3</sup> y el derecho a los medios de prueba, y ha entendido como incluida dentro de los medios de defensa, cuya privación o desconocimiento puede constituir indefensión, también la posibilidad de aportación de medios de prueba, habiendo afirmado que la relación entre el derecho a las pruebas e indefensión, marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho.

En cuanto a la presunción de inocencia como derecho fundamental significa que “en los procesos en que se enjuician acciones delictivas debe existir una prueba de cargo suficiente, realizada a través de medios de prueba que merezcan un enjuiciamiento favorable desde el punto de vista de su legitimidad constitucional.

Así pues, “ciertamente, el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas obtenidas con todas las garantías que puedan considerarse constitucionalmente legítimas. Ello es consecuencia de que la valoración de

---

<sup>3</sup> Contemplada en el numeral 7 del art. 76 de nuestra Constitución.

una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo constituye, en primer término, una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, pues “la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso y, en definitiva, con la idea de “proceso justo” debe considerarse prohibida.

En nuestro código de procedimiento penal se observa como la prueba documental se ha ampliado notablemente en base a que las tecnologías han introducido nuevas técnicas de reproducción.

La regla general es que la prueba se practica en el acto del juicio oral, siempre respetando los principios consagrados de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y garantizando los derechos fundamentales que la Constitución reconoce al acusado, en particular el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable. No obstante, como suele suceder con toda regla hay excepciones que permiten practicar prueba válida con anterioridad a la celebración de la audiencia.

Son los supuestos de prueba anticipada y prueba pre constituida. La primera es aquella que se practica en un momento anterior al acto del juicio, antes de abrirse la audiencia y ante el órgano judicial, son aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión, mientras que la segunda es la que se realiza antes de juicio por no poder esperar al acto del juicio, ya que esos actos no se podrán reproducir por la fugacidad del objeto sobre el que recae.

Las nuevas tecnologías se han dejado sentir notablemente en la prueba documental que ahora se suele contener en soportes magnéticos e informáticos varios (cintas de vídeo y audio, CDs, DVDs, e-mails, etc.) que se llevan a juicio, donde son reproducidos. Esta práctica de prueba a través de soportes informáticos exige, en no pocas ocasiones, la intervención en el proceso de técnicos en la materia para, entre otras cosas, autenticar la procedencia y el contenido de los soportes informáticos aportados, dando lugar una nueva prueba pericial que, si bien no deja de ser una pericia clásica, procesalmente hablando, como es lógico ha de adaptarse a las exigencias derivadas de las TICs que obligan a la modernización y especialización de los peritajes.

Ya señalábamos como la práctica de la prueba se rige por los principios constitucionales de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad en cuanto que garantías de los derechos del acusado. Estos principios o, si se prefiere, garantías de la defensa presentan connotaciones polémicas cuando la prueba se practica a través de las nuevas tecnologías, es decir, a través de soportes tecnológicos.

La cuestión estará, por tanto, en determinar si resulta factible modernizar la práctica de la prueba respetando ésta obligada observancia de los principios constitucionales. Nada lleva a afirmar lo contrario, pues el legislador ha acometido la reforma del ordenamiento procesal para adaptarlo a los adelantos tecnológicos y aprovechar así las bondades que reporta el desarrollo tecnológico.

### **El empleo de nuevas tecnologías en el juicio oral. Las Videoconferencias.**

La **videoconferencia** es un elemento más de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, cuya implantación responde al objetivo de hacer más fluidas las relaciones

entre órganos jurisdiccionales y a mejorar las relaciones entre la Administración y sus ciudadanos, en este caso, la Administración de Justicia. En este orden de cosas, en cuanto que la videoconferencia es un sistema de comunicación interactivo que transmite imágenes, sonidos y datos de forma simultánea, hace posible una comunicación en dos direcciones en tiempo real.

Se trata de un sistema de comunicación que resulta muy útil en el procedimiento, para la práctica de auxilios judiciales, nacionales e internacionales, comisiones rogatorias, ruedas de reconocimiento, declaraciones, interrogatorios y entrevistas a menores en centros de internamiento por las Fiscalías o Jueces de la niñez y adolescencia, haciendo posible practicar prueba a distancia (testifical o pericial) sin necesidad de la presencia física ante el órgano juzgador, con lo que cambia la forma pero no el tipo de prueba.

Ahora bien, no es esta la única técnica audiovisual utilizada como medio de prueba en el proceso. En Derecho Comparado se admite junto al sistema de videoconferencia, la presentación en juicio de un testimonio grabado en un medio audiovisual como un vídeo (*declaración en conserva*), si bien son sustanciales las diferencias que existen entre uno y otro

Evidentemente, no todas las técnicas o medios que ofrece el sector audiovisual son apropiadas en igual medida para la administración de justicia en el orden penal. Las mayores dudas se plantean respecto al *principio de inmediación* que exige que la persona Juzgadora esté en comunicación directa con las partes del proceso para asegurar y garantizar que un Tribunal pueda preguntar por sí mismo a las personas llamadas a testificar y a las que hayan sido acusadas para despejar cualquier duda que tenga.

## **El derecho a la autodeterminación informativa**

Este derecho fundamental no es ningún nuevo derecho, sino que es la expresión de antiguos derechos como el derecho a la privacidad y al control del Estado, y a controlar que éste no limite los derechos de los ciudadanos de una manera insoportable, derechos que en alguna medida se han venido "contaminando" y reduciendo frente al avance constante y manifiesto de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Se trata de un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual a su vez es una parte fundamental del concepto moderno de democracia.

Este derecho no sólo tiene validez para el almacenamiento de los datos, sino también a todo lo largo del proceso de obtención de la información, de tal manera que la forma de almacenamiento de los datos (manual o electrónica) no tiene un verdadero papel fundamental. Lo importante es la índole especial de los intereses en conflicto en el procesamiento de datos, principalmente del interés del ciudadano de tener control sobre quién y en qué forma, con cuáles objetivos y bajo qué circunstancias, tiene acceso a sus datos personales.

El riesgo de la construcción de perfiles de personalidad, a través de los cuales es posible catalogar a los ciudadanos y a los grupos sociales, y tomar medidas de prevención social así como otras medidas de control está en la base de la discusión doctrinaria. Cuando se afirma que no existen ya más datos sin interés, se está refiriendo al hecho de que para la construcción de perfiles de los ciudadanos cualquier detalle, característica, circunstancia o evento en su vida, que de cualquier otra manera pasaría desapercibido, es de una importancia decisiva para los fines del control estatal.

Estas personas, así catalogadas, verían reducidas totalmente sus posibilidades de cumplir un papel social activo, ya que de muchas maneras se les negaría un amplio acceso a los medios sociales, ya sea porque se les ha catalogado como "grupos de riesgo", "asociales", "peligrosos", como "sospechosos", como "políticamente inconvenientes", como "enfermos", como "delincuentes" o bien como "deudores que no honran sus deudas" o incluso como "intelectuales comprometidos". El valor de este catálogo de características o de roles sociales tiene sentido en el contexto de una política estatal, y esto no es forma alguna una invención de un sueño descomunal y trágico perteneciente a una novela de fantasía, sino la trágica realidad a la que se enfrentan muchos ciudadanos en muchos lugares del mundo, en donde existen regímenes de carácter autoritario.

En Alemania el Tribunal Constitucional observó este peligro y declaró que en los casos donde los individuos estén totalmente subordinados a la colectividad y sometidos a ella, de tal manera que sus derechos individuales queden prácticamente sin ningún vigor o validez, nos encontramos en presencia de un sometimiento de carácter inconstitucional.

Se configura de esta manera el "derecho a la autodeterminación informativa" como un derecho que pretende enfrentar el problema de "contaminación" a la que se enfrentan muchas libertades individuales consignadas en las Constituciones Políticas producto de los efectos provenientes de las nuevas tecnologías. Como un derecho fundamental de tercera generación es un derecho que tiene un valor de solidaridad, alcanzable por tanto a partir de un esfuerzo conjunto de la sociedad. En cuanto a su carácter de "derecho fundamental" hay una discusión todavía presente en el ámbito doctrinario alemán, que apenas ha cedido paso al análisis de los problemas que enfrenta en relación con el desarrollo acelerado e

inagotable de latecnología de la información, que casi ha dejado atrás muchos de los principios y formas de garantía consignados en las legislaciones sobre la materia

Un área interesante de preocupación para el derecho a la protección de datos lo constituye, evidentemente, el proceso penal. Es en esta zona donde se pueden detectar, en los últimos años, una creciente cantidad de cambios conducentes a una reducción de las posibilidades de control del ciudadano de los datos que pueden ser obtenidos y procesados por las autoridades de la investigación criminal. No se trata, como en otras épocas, de una mayor rudeza y crueldad en los métodos utilizados para la obtención de la "verdad real", sino ahora más que nunca de una serie de métodos altamente sutiles e incruentos, que muchas veces hasta son apetecidos por los ciudadanos, debido a que no se percibe en un primer momento su peligrosidad como herramienta de control y vigilancia sin límites.

### **Funcionalización del Derecho Penal en el Estado de Derecho**

El reto de la búsqueda de la verdad real por medio de herramientas cada vez más sofisticadas y el acomodo de la política criminal a metas y fines propias de un discurso populista ocasionan una crisis de garantías en el proceso penal.

Esta crisis puede comprenderse aún mejor cuando se piensa en la forma vertiginosa en que éste se ha ido despidiendo de muchas de sus garantías tradicionales en favor del acusado, garantías que subrayaban su carácter de "derecho constitucional aplicado". El nuevo "poder informativo" en manos de las autoridades de la investigación significa para el ciudadano más lesiones a sus derechos en la sociedad de la información. De hecho el peligro de que la personalidad del ciudadano sea más transparente frente al Estado se ha ido convirtiendo, mediante el uso de medios cada vez más modernos de tratamiento de los datos personales, en una realidad. El desarrollo y amplio uso de herramientas modernas para la grabación de

audio y video y para la observación de todas las actividades de los ciudadanos, incluso de aquellas actividades desviadas que son de preocupación de la sociedad, han hecho posible que el procesamiento de datos en manos de las autoridades de la investigación represente un importante campo de trabajo para los protectores de datos.

Se trata, hoy más que nunca, de hacer evidente cuál es la tendencia que reina en la actual política de la "funcionalización del derecho penal" en la cual existe bajo la bandera de un derecho procesal penal "eficiente" un caldo de cultivo para nuevos y más profundos ataques al derecho del ciudadano a controlar que tipo de informaciones sobre su persona existen en manos de las agencias del control penal.

El uso de nuevos medios de investigación en el proceso penal obliga a una serie de reflexiones sobre el papel del Estado de Derecho en el "moderno" proceso penal, al cual le han correspondido una serie de cambios acordes con las nuevas tareas que se le han confiado en el campo de la seguridad interna del Estado y del combate de la criminalidad organizada.

Los peligros de este poder informativo en manos de las autoridades de la investigación aumentan en la misma medida en que aumentan también las justificaciones de orden jurisprudencial y legal, lo cual hace que cualquier tesis que sostenga lo contrario, y pretenda una reafirmación de los derechos del ciudadano en esta edad informativa signifique, de hecho, simplemente una forma de establecer una protección de delincuentes, y en construir defensas para los "enemigos de la libertad, de la eficiencia y de la seguridad".

Es debido a este panorama que una criminalidad necesitada de definición, como lo es la criminalidad organizada, ha permitido que se produzcan "reformas urgentes" que en realidad sólo tienen que ver con reducciones de derechos, ampliación de prerrogativas y de ataques a derechos fundamentales, así como también como con un recrudescimiento del derecho penal. La pregunta acerca de la necesidad de estos cambios no suele plantearse. La política sólo muestra las nuevas direcciones en que la lucha contra este fantasma debe realizarse.

Sin bien es cierto la tendencia no es nueva, ya que la misma viene desde los años 50 en que se iniciaron las discusiones acerca de la utilización del detector de mentiras en el proceso penal, sí se nota un mayor enfoque hacia la eficiencia del funcionamiento del proceso penal y hacia una limitación exagerada del discurso garantista de una política criminal que podríamos llamar democrática.

Un ejemplo claro del moderno estado de la discusión puede notarse en las discusiones acerca de la utilización de las "huellas genéticas" en el proceso penal, el cual, a pesar de los evidentes problemas técnicos y de derechos fundamentales que este medio de prueba ofrece, se ha pretendido utilizar indiscriminadamente.

### **Protección de Datos**

De las primeras manifestaciones legislativas, en relación con limitaciones al derecho a la intimidad de los ciudadanos, destaca la intromisión lícita, por vía judicial, de la correspondencia epistolar entre los ciudadanos, incluso en aquellos casos cuando la misma es realizada mediante medios "telemáticos", o por cualquier otro medio, entre los que

pueden estar "los discos extraíbles", "los registros", o "cualquier otra forma de registrar información de carácter privado".

Este tipo de legislación tiene algunos problemas, entre ellos que no lleva aparejada una correcta apreciación del principio de proporcionalidad, y una adecuada claridad de la manera en que podría ponerse límite a una ampliación de la cobertura del ataque al derecho fundamental cuando, por ejemplo, la investigación tome contacto con la correspondencia epistolar entre personas no sospechosas, terceros de buena fe o incluso la víctima.

Así concebida la facultad de intervenir estas comunicaciones amplía extraordinariamente las posibilidades que tienen las autoridades de la investigación criminal para realizar intervenciones en el área de la intimidad.

Pero también se han establecido casos especiales para lograr la eliminación y supresión de la información o del dato impugnado, cuando una información haya sido obtenida por delito, desviación de poder, por falta o negligencia del informante o del solicitante de la información, por violación del debido proceso o cuando, por conexión, deba eliminarse por haberse declarado ilegal la fuente que la dio a conocer.

Estos casos abren la puerta para que puedan examinarse por vía del "habeas data" las posibles lesiones a la autodeterminación informativa que cometan, por ejemplo, las autoridades de la investigación penal cuando, en ejercicio de sus facultades, realicen un procesamiento de datos que no haya sido autorizado de acuerdo a las reglas del debido proceso.

Este aspecto constitucional, tanto desde el punto de vista de la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales, como del uso de un determinado medio de prueba dentro de la práctica cotidiana de los órganos del control penal, obliga a referir no a garantías formales (por ejemplo, la intimidad como un derecho formal garantizado) sino a efectivos medios de tutela de los derechos, también frente al sistema penal.

El problema es grave y tiene muchas consecuencias tanto al nivel de la práctica de los órganos de la investigación penal como también a nivel del orden constitucional, ya que los ataques de orden informativo son también ataques para los derechos fundamentales, muy especialmente para el derecho a la autodeterminación informativa, toda vez que los datos que son utilizados en las investigaciones pueden provenir, tanto de una unificación de datos de diverso origen (que fueron recopilados con fines distintos a los de una investigación criminal) como también de la utilización de datos que ya habían sido recopilados por las autoridades pero sin seguir los límites o determinaciones propios del derecho a la protección de datos.

Los supuestos son muy variados. Se trata no sólo de la recopilación de datos obtenidos a través de la policía o de la Fiscalía, quienes tendrían al efecto un verdadero banco de datos de pruebas y de datos personales para efectos de la investigación de delitos, como también obtendrían datos a partir de la unión y comparación de datos de diversas fuentes: fuentes oficiales (registros y oficinas públicas) como también fuentes privadas: agencias de viajes, tarjetas de crédito, llamadas por medio del teléfono celular, observaciones y recopilación de los datos de allí producidos, entre otros.

Todas estas recopilaciones y procesamientos de datos son hoy posibles, y para los cuales no existe ni un fundamento legal claro, como tampoco existen reglas que den sentido al

ejercicio de un derecho a la protección de datos. En primer lugar, no existen disposiciones que permitan establecer en qué forma se realizará el procesamiento de los datos en sus diversas etapas, no se dice quién podrá ordenar el procesamiento con fines de la investigación, ni tampoco se establecen reglas para la seguridad de los datos, como tampoco plazos a partir de los cuales, ciertos datos, por su sensibilidad deban ser destruidos una vez terminado el proceso para el que fueron ordenados.

En segundo lugar, no parece haber límites para la recogida de datos, ya que según se presentan las circunstancias legales en nuestro país cualquier ciudadano podría ser considerado para ser objeto de un detallado análisis de sus datos. Es decir, que el principio de inocencia estaría siendo seriamente lesionado si no se establecen los límites a partir de los cuales las personas pueden ser objeto de una recopilación de datos para el proceso penal.

Por estas razones, la determinación de incluir en el proyecto esta posibilidad de, eliminación de datos" es una herramienta importantísima para que los ciudadanos se protejan frente a posibles lesiones a sus derechos fundamentales producto de la actividad del Estado, incluso en los supuestos en que esté de por medio una investigación de un hecho delictuoso, pero que para lograr los fines de esta investigación se utilicen medios no admisibles o con violación a las reglas de la autodeterminación informativa que también forman parte directa de las reglas del debido proceso.

Un procesamiento de datos que no respete estos derechos, y utilice datos tanto sensibles como no sensibles para los efectos de la realización de perfiles de conducta para demostrar la participación criminal en un determinado hecho, debe ser considerado violatorio del

debido proceso. Esto no significa que haya una carta blanca para que los delincuentes se rearmen con la herramienta informática o que estos queden fuera de la acción del Estado producto de haberle atado las manos a las autoridades encargadas de investigar los delitos, sino que significa que también en materia de derecho probatorio, y, sobre todo, cuando se trata de un procesamiento de datos con ese fin, se deben cumplir una serie de reglas y principios que forman parte integral del derecho procesal como derecho constitucional aplicado.

### **Otros aspectos de interés en relación con el procesamiento de datos personales en la Administración de Justicia**

Otros aspectos importantes en relación con el “debido proceso” y el uso de datos personales en la administración de Justicia son por ejemplo los eventuales requisitos que deberían cumplirse para dar seguridad y privacidad a los datos personales que forman parte de los expedientes judiciales.

También el de los supuestos en que el Estado, justificado en fines públicos, como el de la investigación de los delitos, persiga información personal de sospechosos y personas inocentes, a fin de realizar pesquisas electrónicas mediante comparación de grandes cantidades de datos o mediante la reunificación de datos que han sido entregados a distintas organizaciones públicas y privadas con otros fines distintos a los de la investigación criminal.

Queda por discutir y analizar en concreto los diversos medios tecnológicos utilizados por la policía y la Fiscalía para la investigación criminal, a fin de determinar las posibles lesiones al derecho a la autodeterminación informativa y al principio de proporcionalidad,

así como el ámbito de problemas que han de resolverse, para ello juega un papel importante una investigación sobre el nivel de tecnología instalada en el sistema penal, el tipo de instrumentos utilizados y software, así como también la política institucional de manejo de datos. También resulta esencial la reflexión sobre el papel que pueden cumplir aquí las prohibiciones probatorias, un tema apasionante y de radical importancia en este ámbito.

## **6. HIPÓTESIS:**

El uso de las TICs como medios de prueba plantea la consecución de un equilibrio desde el punto de vista constitucional entre el interés del Estado en la investigación de los delitos y el derecho fundamental de los ciudadanos a un debido proceso. Por lo tanto la implementación de nuevas tecnologías en la justicia requiere que las normas prevean esta modernización tecnológica.

## **7. METODOLOGÍA:**

Proponemos una investigación bibliográfica, de derecho comparado, respecto al uso de las TICs en el proceso penal, sus problemas en torno a la legitimación constitucional de estas pruebas, las discusiones doctrinarias producidas en la tensión entre los derechos individuales y los del Estado.

La metodología de trabajo implica el análisis normativo, jurisprudencia y doctrina científica, recurriendo al método científico que a su vez se apoya en procesos lógicos de análisis y síntesis, y de inducción y deducción. Este enfoque y metodología será el que primará en el estudio de todas las instituciones jurídicas.

Sumariamente el trabajo de investigación consiste en la realización de los siguientes pasos:

a) Identificación de las fuentes de información bibliográfica. Legitimación de las mismas. Acopio de información.

b) Elaboración de: a) marco conceptual; b) marco doctrinario; c) marco normativo; d) marco institucional de las TICs.

c) Estado de la situación: implementación de las TICs como medio de prueba en el Ecuador.

d) Problema de investigación. Posiciones doctrinarias respecto a la confrontación entre los derechos de la persona al debido proceso, a la intimidad personal, a la protección de datos, etc. y los derechos del estado a la investigación del delito, a la funcionalidad de la justicia, etc.

e) Análisis de una de las Nuevas Tecnologías de la Información y comunicación.

Parte conceptual, doctrinaria, problemas para su implementación.

d) Investigación de campo. Realización de entrevistas y encuestas, en relación con el uso de las TICs en el proceso penal, con los problemas que puede plantear su implementación, con la reforma legal a implementarse.

e) Elaboración de cuadros estadísticos, gráficos, e interpretación de los mismos.

f) Formulación de un proyecto de reforma legal en torno a la implementación de la TIC escogida.

## **8. RECURSOS**

### **8.1. Recursos Humanos.**

Profesor del Seminario

Alumno Investigador: Terán Ortega, Wilfrido Edison.

Directora de la Investigación: Burneo Guerrero, Augusta Lucía, Dra.

### **8.2. Recursos Materiales.**

Bibliografía Básica.

Bibliografía Técnica.

En el proceso penal y en el civil se admiten algunos medios de prueba, tales como pruebas documentales, materiales, testimoniales. La ley desarrolla en su articulado el tratamiento de éstos medios de prueba. En este trabajo usted deberá desarrollar un proyecto de ley que le dé un tratamiento integral al medio de prueba escogido.

### 3. CUERPO

#### CAPÍTULO I: EL USO DE LAS TIC's EN EL DERECHO

##### 1.1 Consideraciones generales

TIC es una sigla que quiere decir Tecnología de la Información y de la Comunicación. Incluye un grupo de tecnologías que permiten a los seres humanos la adquisición, elaboración, fabricación, acopio, tratamiento, comunicación, registro y presentación de información por medio de la voz, de imágenes, de datos constantes dentro de señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética.

Rocca señala que en el Informe sobre el desarrollo humano Ecuador 2001, se puntualizó que las tecnologías de la información y comunicación aludían:

... al conjunto heterogéneo de herramientas y recursos tecnológicos diseñados para crear, almacenar, diseminar y gestionar información y comunicación, transmitiéndola de un punto geográfico a otro, de una persona a otra, a un grupo o a toda la comunidad; y que comprenden hardware y software de computadoras, receptores de radio y televisión, equipos de transmisión y comunicación, redes y sistemas multimedia<sup>4</sup>.

La evolución constante de la sociedad tecnológica posibilitó la aplicación de las nuevas tecnologías empleadas en la telecomunicación, la informática y los audiovisuales; cambiaron radicalmente la forma de producir, almacenar, transportar la difusión y el acceso a cualquier tipo de información, expresadas en forma de voz,

---

<sup>4</sup>Rocca, M.A, *Las Tecnología@s de Información y comunicación para el desarrollo humano, Informe sobre el Desarrollo Humano Ecuador 2011*, Quito, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, p. 19.

escritos, datos, gráficos, signos, imágenes y videos, produciendo cambios que inciden en un elevado número de actividades de la sociedad.

Las TIC's constituyen actualmente un conjunto de herramientas imprescindibles que posibilitan el desarrollo de la mayoría de actividades, por medio de ellas se debate, negocia, planea, integra, pacta y se arreglan dificultades, sin que se requiera que tales herramientas sean sofisticadas, ya que en determinadas situaciones lo que se precisa es permitir el acercamiento de las personas<sup>5</sup>. Las TIC's se han convertido en el epicentro de nuestro accionar, sin ellas nos encontramos atados de manos.

Su rápido progreso y evolución como instrumento polifacético, posibilita la comunicación inmediata, directa, completa entre personas que están separadas por la distancia geográfica. Ello ha posibilitado la aproximación, el contacto de los seres humanos, fuera de sus fronteras nacionales, a la vez que ha permitido a los gobiernos encontrar un acercamiento entre los ciudadanos y las empresas con sus instituciones<sup>6</sup>. Las TIC's son el vínculo a través del cual los seres humanos estamos en contacto permanente, directo e inmediato.

Las TIC's constituyen el enlace que permite efectuar innumerables relaciones jurídicas, ya que suprime distancias y trastoca los parámetros habituales, lo que hace surgir muchos conflictos, que exigen la utilización de formas de comunicación parecidas para su solución. Las TIC's constituyen el instrumento apropiado que posibilita su solución, de allí que se estima que si una relación jurídica se estableció, debatió, negoció o efectuó por

---

<sup>5</sup> Néstor Raúl Londoño Sepúlveda, "El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea", en revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 40, Número 112, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, enero-junio 2010, p. 123.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 123, 124.

medio de estas tecnologías, los conflictos que surgen de ellas se solucionan recurriendo a las mismas <sup>7</sup>.

La influencia y dominio de las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) es tan elevado, que está posibilitando el surgimiento de una nueva sociedad, *la sociedad de la información*.

La sociedad de la información, se distingue por contener adaptaciones al desarrollo tecnológico y nuevos servicios, como parte de la correlación entre telecomunicaciones, la tecnología de la información y los medios de comunicación: se constata un interés mundial encaminado a beneficiarse totalmente de los servicios que la tecnología nos brinda. El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, conciben a los servicios de la sociedad de la información, como aquellos que son prestados a distancia, por vía electrónica y a petición individual, incorporado en su concepción, el elemento “remuneración”<sup>8</sup>. La sociedad ha evolucionado a la era de la información, permitiéndonos hacer más fácil nuestras vidas, solucionar inmediatamente nuestros problemas, buscar el bien común y luchar en conjunto por la paz mundial, pero también ha acrecentado la distancia entre quienes pueden acceder a la tecnología y quienes no.

## 1.2 Historia

Las Tecnologías de Información y Comunicación constituyen una idea que se descifra de conformidad a los instantes en que se conciben y aplican, verbigracia, a finales del siglo XIX el teléfono pudo haber sido catalogado como una nueva tecnología, de conformidad a las concepciones actuales. Lo mismo podemos decir respecto de la televisión, cuando

---

<sup>7</sup> *Ibíd*em, pp. 124, 125.

<sup>8</sup> Zapata, Adriana, “Presentación”, en Daniel Peña Valenzuela, compilador. *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 9, 10.

apareció y se generalizó en el siglo pasado. Actualmente el teléfono y la televisión, no estarían incluidos en la lista de las TIC, incluso los ordenadores corren el riesgo de salir del catálogo de las nuevas tecnologías. Pese a todo, aplicando una concepción vasta, se puede afirmar que el teléfono, la televisión, el ordenador son parte de las TIC, tecnologías que posibilitan la comunicación y el intercambio de información en nuestra sociedad actual<sup>9</sup>.

Posterior a la invención de la escritura, los primeros rasgos que denotaban la aparición de la sociedad de la información, los encontramos en el telégrafo eléctrico, luego el teléfono, la radiotelefonía, la televisión, Internet. La telefonía móvil y el GPS relacionaron la imagen al texto y a la palabra sin cables, Internet y televisión son asequibles en el teléfono móvil, que es un aparato que sirve para realizar fotografías<sup>10</sup>.

Los usos de las TIC continúan generalizándose y llegando a la casi totalidad de la población, principalmente en los países ricos, acentuando localmente la brecha digital, social y la diferencia entre generaciones. Desde la agricultura de precisión, a la monitorización integral del medio ambiente planetario o de la biodiversidad, a la democracia participativa (TIC en favor del desarrollo sostenible), abarcando el comercio, la telemedicina, la información, la gestión de variadas bases de datos, la bolsa, la robótica, los usos militares, la ayuda a los discapacitados (ciegos que emplean sintetizadores vocales avanzados), las TIC ocupan un espacio importante dentro de la vida del ser humano y en el funcionamiento de las sociedades<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas\\_de\\_la\\_informaci%C3%B3n\\_y\\_la\\_comunicaci%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas_de_la_informaci%C3%B3n_y_la_comunicaci%C3%B3n)

<sup>10</sup> Ibídem

<sup>11</sup> Ibídem

### **1.3 La sociedad y la tecnología.**

La ciencia y la Tecnología transitan por las vías del desarrollo constante, no existen impedimentos que puedan detener aquel avance vertiginoso; el derecho generalmente va a la zaga, sea por la rapidez con que ellas se desarrollan, o por lo complicado que significa para los juristas reglamentar las nuevas relaciones sociales brotadas a partir de ellas. A pesar de todo, es indudable el papel protagónico que desempeña el Derecho, resultando ser la base para que los cambios no susciten efectos contrarios, y que se conviertan en garantía de paz, en guardianes del orden social.

La evolución permanente y acelerada de la ciencia ha transformado el ámbito en que el ser humano habita, y en medio del cual desenvuelve su cotidianidad. La relación directa con la naturaleza, ya no es la exclusiva manera de relacionarse con ella, la ciencia y todo lo que ella abarca, ha cambiado el ambiente en el que el ser humano vive, el mundo está siendo construido a la medida de sus anhelos y requerimientos.

Las revoluciones tecnológicas en las áreas de la informática, las telecomunicaciones, la electrónica, el empleo de la energía nuclear, la biotecnología, la navegación aeroespacial, etc., nos permiten aseverar que vivimos en una sociedad tecnológica.

La tecnología ha invadido una parte de nuestras vidas, pues ella está presente en la gran industria como en la esfera doméstica, en el comercio al por mayor y al detal, en el ámbito público, en la producción, en el ocio, en la educación, en el arte, en todas las instancias del quehacer humano.

La sociedad tecnológica abarca el conjunto de relaciones sociales constituidas con participación progresiva de la tecnología, como elemento organizacional de coordinación y control, en medio de una estructura productiva de carácter tecnológica, donde la producción, distribución y consumo de bienes y servicios se lleva acabo con la

participación de la tecnología<sup>12</sup>. La tecnología es el epicentro de nuestras vidas, casi todo gira en torno a ella, para bien y también para mal dependemos de ella en nuestro accionar, y hasta en nuestros ratos de ocio y diversión.

La sociedad tecnológica representada en la informática, como uno de sus distintivos de identidad, le acarrea al jurista nuevos y complicados problemas. Es necesaria una relación estrecha entre el derecho y la informática.

### **1.3.1 Derecho Informático**

El desarrollo tecnológico ha incidido en todos los campos, en el ámbito jurídico los componentes técnicos le han dado claridad y precisión al Derecho en su comprensión y aplicación, las nuevas tecnologías añadidas al ordenador transformaron la visión de quienes están inmersos en la actividad jurídica.

El Derecho informático abarca el grupo de fuentes del Derecho encargadas de normar las relaciones informáticas en las diferentes áreas del Derecho, constantes específicamente al tratarse del Derecho Procesal en el documento electrónico, la transferencia electrónica de fondos, los contratos por computadora, la protección del software, los registros y derecho a la intimidad, el hábeas data, la firma digital y las pruebas<sup>13</sup>.

**1.3.2 Informática jurídica.** Entendida como el accionar de la informática dentro del Derecho, abarca a “los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencias en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos

---

<sup>12</sup> Lara Márquez, Jaime, “El Derecho en la Sociedad tecnológica”, en *El Derecho frente a la ciencia y la Tecnología*, Carlos Enrique Becerra, coordinador, Lima, Grández Gráficos S.A.C., 2007, pp. 25, 26.

<sup>13</sup> Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, pp. 357, 358.

para la comprensión del sistema jurídico”<sup>14</sup>. La informática posibilita la solución de los problemas generados por los adelantos tecnológicos, es un instrumento de apoyo para el operador jurídico. La ciencia y la tecnología están en permanente y vertiginosa evolución, posibilitando distintas formas de organización, de comunicación, de relación; el Derecho de a poco ha ido adaptándose y respondiendo a las exigencias de la sociedad, creando normas que permiten regular las nuevas relaciones jurídicas.

**1. 3.2.1 Informática jurídica documentaria.** Existen innumerables leyes, sentencias de los tribunales, literatura jurídica que torna imposible poseer un conocimiento actualizado. Se vuelve dificultosa a través de los métodos tradicionales la búsqueda de la información. A solucionar este inconveniente nos ayuda la informática jurídica documental, por medio de las técnicas de tratamiento electrónico de la información, nos permite seleccionar los datos, almacenarlos para su posterior recuperación y consulta<sup>15</sup>.

En la informática jurídica documentaria encontramos bancos de datos que emanan de la Legislación, la Casación, jurisprudencia y doctrina.

**1.3.2.2 Informática jurídica de gestión.** Encargada de la elaboración de sistemas en el ámbito informático, que posibilitan una gestión eficiente en la organización de las instituciones, de las empresas, y del sistema del procedimiento<sup>16</sup>. Las actividades se tornan cada vez más complicadas, exigen contar con sistemas informáticos eficaces.

La informática jurídica de gestión, conocida también como Ofimática o burocrática abarca el accionar habitual del jurista, la cual se traduce en escritos, providencias,

---

<sup>14</sup>Altmark, Daniel Ricardo, "La etapa precontractual en los contratos informáticos" en Bielsa, Rafael (coordinador), *Informática y Derecho*, Volumen 1, Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 1991, p. 7.

<sup>15</sup> Ibídem, pp. 7, 8, 9.

<sup>16</sup> Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba cit.*, p. 359.

sentencias, control de procesos, roles de pago de oficina, cobro de honorarios, etc.

**1.3.2.3 Informática jurídica de decisión.** Más apropiadamente “de ayuda a la decisión”, donde los bancos de datos, sistemas expertos y la inteligencia artificial asisten para suministrar la información al operador jurídico, reordenan y clasifican el conocimiento así conseguido<sup>17</sup>.

**1.4 Aportes de la informática.** Existen dos vías en el campo probatorio informático. La primera dice relación a la justificación de la eficacia de los actos informáticos, donde la inicial dificultad la encontramos en la pugna entre el papel como soporte, en relación al nuevo soporte magnético u óptico. Dentro de este ámbito, tienen que tomarse en cuenta las consecuencias de los registros y el derecho de las personas a la intimidad en el área informática y qué pruebas requieren uno y otro.

#### **1.5 Documentos no literales y cuestiones de la informática.**

**1.5.1 Determinación de fotos trucadas por computadora.** Cuando se examinaron por computadora algunas fotografías de ovnis (objetos voladores no identificados), se pudo determinar en algunos trucajes en la composición, al establecer por ejemplo la ausencia de tridimensionalidad. Labores antaño complicadas, se vuelven posibles con la computadora. Un experto puede reconocer dos puntos en la pantalla, y solicitar a la computadora que establezca la distancia puntual entre ellos, valiéndose de un programa que examina puntos conocidos de la foto. El especialista tiene la posibilidad de agrandar detalles mínimos dejando ver, marcas de fábrica reveladoras del presunto ovni. La computadora posibilita

---

<sup>17</sup> Ibídem, p. 359.

enfaticar particularidades de color, aclarando u oscureciendo píxeles individuales que permiten resaltar los detalles<sup>18</sup>.

**1.5.2 Modelos y simulaciones.** La investigación apropiada de los hechos del proceso -en su transcurso o en el lapso de apreciación- posee un valor sin igual para establecer su exactitud. La fabricación de un modelo y la destreza de simulación utilizada deja ver características desconocidas de la trama, principalmente al descubrir baches, saltos o errores en la construcción de la historia respecto de la cual los jueces van a fallar. El modelo es la representación del mundo real, señalando sus hechos relevantes, en tanto que la simulación aspira experimentar diferentes opciones de dicho modelo para adoptar o revelar la más adecuada correspondencia con el mundo real. Estos modelos pueden ser erigidos en sistemas tridimensionales que a través de determinados programas posibilitan variar de posición al observador, cambiándose simétrica y apropiadamente el objeto u objetos examinados en la pantalla, es indudable que la ayuda proporcionada al conocimiento del caso mejora la reconstrucción del hecho, sin desecharse como medio complementario de éste. La reconstrucción del hecho y la modelación informática posibilitan entender y observar varios aspectos de la realidad con una exactitud nunca antes vista<sup>19</sup>.

**1.5.3 Registros y controles.** ¿Por cuántas ocasiones declara el mismo testigo en diversos juicios? ¿Cuántas pericias resultan ser copias de otras, sin un análisis efectivo de la realidad? ¿Cuántas ocasiones y en qué ciclos alguien inició demandas del mismo tipo? Estas preguntas son resueltas por medio de la búsqueda manual, que resulta aburrida, poco fiable y de resultados ínfimos. La inserción de los datos a un sistema informático posibilita

---

<sup>18</sup> Ibídem, pp. 360, 361.

<sup>19</sup> Ibídem p. 361.

al instante, hallar correlaciones entre testigos “profesionales”, pericias copiadas o no realizadas, actividades o comportamientos ilegales en los procesos, de manera rápida y confiable<sup>20</sup>.

**1.5.4 La ayuda de la informática en la formación y ordenación de los datos probatorios.** Cuando en un proceso ha concluido la etapa probatoria corresponde- si así se lo estimare- alegar, luego se dicta la sentencia. El alegato resulta fundamental en el proceso oral. La compilación de datos, clasificándolos a través del proceso en el instante en que se van suscitando, es ventajoso en este sentido; la señalización de ciertos actos singulares, posibilitan por medio de un procesador de textos o archivos, o de una base de datos, recobrarlos íntegramente cuando las circunstancias lo exijan y casi al instante. Esto resulta más significativo dentro del proceso oral donde la diligencia alegatoria se tiene que ser inmediata<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibídem, pp. 361, 362.

<sup>21</sup> Ibídem, p. 362.

## CAPÍTULO II: LAS TIC's COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR.

Para referirse a las pruebas emanadas de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), se han empleado expresiones como: prueba por soportes informáticos, prueba instrumental, prueba por medios reproductivos, prueba audiovisual, prueba por documentos electrónicos, prueba por registros, prueba tecnológica, documentos multimedia, prueba documental electrónica y multimedia, documento procesal electrónico, la reproducción de la imagen y el sonido y los instrumentos informáticos, los nuevos medios reconocidos, medios de reproducción audiovisual y medios de archivo y reproducción de la información mediante instrumentos<sup>22</sup>.

Illán define a la prueba electrónica como: "...todo soporte magnético, digital o electrónico, creado a través de medios automatizados, capaz de representar una declaración de voluntad, representar hechos, narraciones, datos, cifras etc., archivado en un soporte electrónico según un formato determinado, el cual sirve para adquirir conocimiento de la certeza de un hecho"<sup>23</sup>. La prueba electrónica es un elemento de convicción, se encuentra en sistemas o dispositivos que actúan a través de la tecnología de información, como la información no la pueden percibir nuestros sentidos, recurrimos a una máquina traductora para llegar a ella.

---

<sup>22</sup>Lluch, Xavier Abel y Joan, Picó i Junoy, *La Prueba electrónica*, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011, pp. 21,22.

<sup>23</sup>Illán Fernández, José María, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Navarra, ARANZADI, 2009, pp. 397, 398.

## **2.1 La nueva frontera del Derecho Probatorio**

Las TIC's han permitido la aparición de nuevas fuentes de prueba, desconocidas en el ámbito procesal, que le han generado dudas al derecho Probatorio en lo que dice relación a la autenticidad, integridad, licitud<sup>24</sup>. Las TIC's se han apoderado de la mayor parte de las manifestaciones del ser humano, han cambiado el mundo y por lo tanto se han constituido en el manantial del cual emanan nuevas nociones de prueba.

Estas nuevas fronteras obligan a concretar la idea de documento electrónico; ponderar si resulta imprescindible reformular el concepto de prueba documental, para pasar a considerar nuevos signos distintos de la escritura; reconocer los medios de prueba que posibiliten el acceso al proceso de las nuevas fuentes de prueba emanadas de las TIC's; delimitar la problemática de la prueba electrónica frente a la multiplicación legal y los concretos problemas de integridad, autenticidad y licitud que proyectan estas pruebas, perfeccionar el régimen jurídico de la prueba electrónica, en relación a su obtención y aportación al proceso, su permanencia en el tiempo, su verificación, su práctica y su eficacia probatoria<sup>25</sup>.

### **2.1.1 El documento electrónico**

Hasta hace algún tiempo la esencia del documento fue la escritura, ya que los derechos y obligaciones se probaban por escrito. Actualmente, a pesar de que existe predominio de la prueba escrita, debido a que determinados actos se rigen por la solemnidad de las escrituras públicas o privadas, la realidad ha sufrido cambios por la influencia de la tecnología moderna que innovando el panorama suscita acuerdos jurídicos, interrelaciones personales,

---

<sup>24</sup>Lluch, Xavier Abel y Joan, Picó i Junoy, *La Prueba electrónica*, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011, p. 27.

<sup>25</sup>Ibídem, p. 27.

de negocios, y manifestaciones del pensamiento sin que sea necesario acudir a la redacción escrita, ya que el soporte material del papel desapareció. Los pagos por transferencia electrónica de fondos, los giros bancarios, los contratos informáticos, la telemática en general forman parte de los acontecimientos más destacados de los tiempos actuales.

La tecnología y la electrónica modernas transformaron al documento, principalmente en el ámbito del mercado y en los medios de comunicación, que determinó el surgimiento de nuevas expresiones y categorías de la prueba por documentos.

La legislación procesal ecuatoriana, sin renunciar a la concepción literal o estructural de la prueba documental, amplió su criterio de conformidad con el avance y desarrollo de la ciencia y la tecnología moderna.

El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil señala:

Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que puedapreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

El Código de Procedimiento Penal a su vez establece:

Art. 155. *La jueza o juez de Garantías Penales puede autorizar por escrito a la fiscal o el fiscal para que intercepte o registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes. La cinta grabada deberá ser conservada por la fiscal o el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.*

Las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio.

Art. 156.- *La jueza o juez de garantías Penales autorizará a la fiscal o el fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes, Para este efecto, con la intervención de dos peritos que jurarán guardar reserva, la fiscal o el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento.*

*No se requerirá la autorización a la que se refiere el artículo anterior, en los casos en que las grabaciones de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos: así como tampoco en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes. En estos casos el juez tendrá la facultad de admitir o no la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto, y el bien jurídico protegido.*

La fiscal o el fiscal podrá ordenar la identificación de voces grabadas por personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio de ordenar el reconocimiento por medios técnicos o con intervención pericial.

Si los predichos documentos tuvieren alguna relación con el objeto y sujetos del proceso, la fiscal o el fiscal ordenará redactar la diligencia haciendo constar en ella la parte

pertinente al proceso. Si no la tuvieren, se limitará a dejar constancia, en el acta, de la celebración de la audiencia y ordenará la devolución de los documentos al interesado.

*Art... (156.1) Los fiscales podrán utilizar todos aquellos medios técnicos, electrónicos informáticos y telemáticos que resulten útiles e indispensables para sustentar sus actuaciones y pronunciamientos, cumpliendo con los requisitos y obteniendo las autorizaciones que se exijan en la ley respecto de la procedencia y eficacia de los actos de investigación o de prueba que se formulen a través de dichos medios.*

*Las actuaciones que se realicen, y los documentos o información obtenidas a través de estos procedimientos, serán válidos y eficaces siempre que se garantice su integridad, autenticidad y reproducción, y no afecten en modo alguno los derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y en la ley. Las actuaciones y procesos que se tramiten con soporte informático, deberán garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos e informaciones de carácter personal que contengan.*

*Sin embargo, en aquellos casos de grabaciones o filmaciones relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social o por cámaras de seguridad, ubicadas en lugares públicos, le servirán al fiscal para integrar la investigación y para introducirlas al juicio como elemento de prueba para su valoración. Éstas no requerirán de la autorización a la que se refiere el artículo ciento cincuenta y cinco.*

#### **2.1.1.1 Noción de documento electrónico**

Existen tres ideas diferentes respecto del documento electrónico:

En primer lugar, una noción muy amplia, que considera como tales a aquellos documentos en los que de cualquier manera intervino la informática, en su producción. Dentro de esta categoría están los documentos recogidos en soporte informático, en soporte óptico y auditivo. Abarca las pruebas creadas específicamente por medio de la informática -correo electrónico-, las que emanan de medios de reproducción o archivos electrónicos -videos,

fax, fotografía digital, etc., las que se muestran a través de instrumentos informáticos como disquetes, pen-drives, bases de datos o semejantes<sup>26</sup>.

En segundo lugar, tenemos una noción amplia, que incluye a los documentos que en cualquiera de sus etapas haya intervenido un equipo informático o la informática. Se los ha conceptualizado además como la información conseguida por intermedio de un dispositivo electrónico o medio digital, que permite conseguir la convicción de la certeza de un hecho, o como el documento procedente de la elaboración de la electrónica, esto es, que tiene su iniciación en la informática<sup>27</sup>.

En tercer lugar, una noción específica, que comprende aquellos documentos contenidos o almacenados en equipos o soportes informáticos. Es el documento emanado a través de medios automatizados, escrito en un lenguaje binario –el de los bits- en un soporte –cinta o disco- que posee las siguientes particulares: legible, inalterable y reconocible o inalterable<sup>28</sup>.

Hay quienes hablan del documento multimedia, del cual el documento electrónico constituiría una especie; se señala que el documento multimedia se genera por medio de la voz o la imagen y sus combinaciones, conteniendo la escritura, permaneciendo registrado, acopiado y disponible a través de un proceso tecnológico con la intención de verificar la realidad jurídica existente<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup>Lluch, Xavier Abel y Joan, Picó i Junoy, *La Prueba electrónica*, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011, p. 28.

<sup>27</sup> *Ibíd*em, p. 28.

<sup>28</sup> *Ibíd*em, p. 29.

<sup>29</sup> *Ibíd*em, p. 28

## **2.1.1.2 Analogías entre los documentos escritos y los documentos electrónicos**

**2.1.1.2.1 Soportes adecuados para representar la voluntad.** Tanto los documentos escritos y electrónicos son instrumentos idóneos para reproducir las palabras de una declaración de voluntad. Los dos son empleados para almacenar datos y pueden ser llevados a presencia judicial a través de su incorporación a un soporte eficiente (papel, informático o audiovisual)<sup>30</sup>. Constituyen un medio probatorio eficaz.

**2.1.1.2.2 Necesidad de comprobar su autenticidad.** La autenticidad es la pertenencia del documento a su autor. Es indispensable, ya sea que se trate del documento escrito o del electrónico, verificar su autenticidad<sup>31</sup>.

**2.1.1.2.3 Particular contundencia probatoria.** La autenticidad y la precisión del documento, junto a la circunstancia de que él posibilita acopiar actos, declaraciones o negocios jurídicos indispensables para el proceso, le otorgan una particular fuerza probatoria, a tal punto que la prueba documental puede gozar de eficacia probatoria tasada, y su ámbito de aportación está regido por reglas precisas de preclusión, debiéndose aportar los documentos –escritos o electrónicos- que sean catalogados como esenciales<sup>32</sup>.

**2.1.1.2.4 Movilidad de un lugar a otro.** Los documentos en soporte papel y electrónico (CD, DVD, disquete, pendrive) se los puede trasladar con facilidad de un lugar a otro y pueden ser objeto de custodia<sup>33</sup>.

**2.1.1.2.5** Estos dos tipos de documentos son susceptibles de falsificación<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Ibídem, p. 31

<sup>31</sup> Ibídem, p. 32

<sup>32</sup> Ibídem, p.32

<sup>33</sup> Ibídem, p.32.

<sup>34</sup> Ibídem, p.33.

### 2.1.1.3 Diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico

2.1.1.3.1 El documento escrito generalmente es directamente legible o comprensible; el documento electrónico no lo es, precisa de un instrumento técnico para acceder a su contenido<sup>35</sup>.

Sanchís Crespo manifiesta que cuando la información no es apreciable directamente a través de nuestros sentidos, y se torna indispensable para acceder a ella la ayuda de una máquina, que cumple las funciones de traductor, estamos frente a documentos con código mediato (verbigracia: los contenidos de un disquete, cintas de video, cintas magnetofónicas, etc.)<sup>36</sup>.

2.1.1.3.2 La autenticidad e identidad del suscriptor de un documento electrónico constituye la firma electrónica, no la manuscrita. Para superar el problema de la falta de firma manuscrita en los documentos electrónicos se ha establecido que se tiene que reconocer y admitir la firma electrónica, presentada de acuerdo a métodos técnicos y jurídicos concretos, y como similar a la firma manuscrita, a pesar de que aquella solución no remedia el inconveniente de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos sin firma electrónica<sup>37</sup>.

En el documento escrito la autenticidad está determinada por la firma, cuando se impugna su autenticidad se recurre a un cotejo. En el caso del documento electrónico, es indispensable una pericia informática para establecer que la firma es titularidad de cierta persona y que se siguieron unos protocolos de seguridad<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> *Ibídem*, p.33.

<sup>36</sup> Sanchís Crespo, C, "La prueba por medios audiovisuales", Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 1999, p. 52, citada por Lluch, Xavier Abel y Joan, *La Prueba electrónica*, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011, p. 33.

<sup>37</sup> Lluch, Xavier Abel y Joan, Picó i Junoy, *La Prueba electrónica*, cit., p. 34.

<sup>38</sup> *Ibídem*, p. 34.

2.1.1.3.3 El documento electrónico puede contener palabras, imágenes y sonidos. El documento escrito únicamente puede contener palabras e imágenes, jamás sonidos. Cuando existen dudas respecto de la veracidad del documento electrónico que contiene sonidos, es indispensable determinar si aquellos sonidos, acontecieron verdaderamente, por medio de un reconocimiento judicial o pericial<sup>39</sup>.

2.1.1.3.4 El documento escrito constituye una realidad tangible, generalmente mostrada en soporte papel, el documento electrónico es una realidad intangible, apreciable por los sentidos únicamente si es traducido por un medio técnico. Se señala que el documento electrónico por sus particularidades de creación técnica, es un documento no disponible *a priori* por las partes y no original, ya que cuando se torna tangible y se une a un soporte duradero lo es por medio de una copia<sup>40</sup>.

2.1.1.3.5 Se ha señalado que el documento electrónico es incorporeal, que consigue materializarse en varios soportes sin que consiga diferenciarse una primera incorporación como original de las posteriores como copias. El documento escrito se manifiesta como original o como copia, esta distinción cuando se trata del documento electrónico resulta más complicada<sup>41</sup>.

El documento electrónico permite la diferenciación entre el original y las copias –si es que podemos emplear esta terminología- en base a un discernimiento cronológico o de temporalidad, es decir, tomando en cuenta la fecha de creación, ya que en el documento electrónico es factible identificar, a partir de los “datos de tráfico” la fecha del primer documento y la fecha de los posteriores. Así tenemos la creación de un e-mail y su envío a determinado destinatario, luego el reenvío ulterior de aquel e-mail por el inicial

---

<sup>39</sup> *Ibíd*em, p. 34.

<sup>40</sup> *Ibíd*em, pp. 34, 35.

<sup>41</sup> *Ibíd*em, p. 35.

destinatario a posteriores destinatarios. En el ordenador del remitente perdurará la fecha de creación y remisión del primer e-mail, en el ordenador del destinatario se guardará de la misma manera la fecha de recepción y posterior remisión<sup>42</sup>.

2.1.1.3.6 El documento electrónico es reutilizado sin particulares operaciones de reciclado, no así el papel. El original del documento escrito es un objeto corpóreo y perdurable, del cual pueden obtenerse copias, cuyo valor está determinado del cotejo con aquél. En los documentos electrónicos es complicado distinguir el original de la copia, por lo que se tiene que referir al documento electrónico originalmente producido y a sus copias<sup>43</sup>.

## **2.1.2 El cambio de soporte y las relaciones jurídicas**

La informática jurídica se vincula de alguna manera con el documento-objeto. Las normas del derecho informático posibilitan la eficacia de sistemas informáticos en las acciones de las personas y reprimen las conductas desvaliosas. Cuando escuchamos pronunciar “documento”, a aquella palabra la asociamos generalmente al instrumento papel, a pesar de que existe un concepto más vasto de documento como objeto, el predominio del documento papel en las relaciones interpersonales ha sido casi absoluto, que es difícil imaginar que no es de la esencia del documento, ni de la esencia de la relación. Y es que casi todos los conocimientos existentes se encuentran en los libros escritos; los contratos entre particulares, entre particulares y el Estado, entre Estados, los tratados y las normas jurídicas, constan en documento-papel. La existencia de determinados papeles y de determinadas grafías como la firma, son fundamentales para la validez de determinados contratos como los pagarés, las escrituras públicas, etc.<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ibíd*em, pp. 35, 36.

<sup>43</sup> *Ibíd*em, p. 36.

<sup>44</sup> Falcón, Enrique M., *Tratado de la prueba*, cit., pp. 362, 363.

**2. 1.2.1 El soporte papel y la informática.** Nuestra formación le infunde al papel un distintivo superior de respeto y seguridad. El papel posee la peculiaridad de permanencia, constituye una memoria objetiva diferente de las partes. Su alteración es complicada. Existen dos maneras de no conocer algo: no poseer ningún dato o tenerlos todos. En la primera circunstancia, nada se conoce; en la segunda, resultamos vencidos por los datos a tal punto que es imposible manejarlos. Aquí surge la informática para auxiliarnos, cambia los métodos tradicionales de tratamiento de la información – resolviendo los inconvenientes de saturación- a través de la potencial selección y combinación de datos<sup>45</sup>.

**2. 1.2.2 El soporte como elemento contingente.** La informática varió el sentido del documento e incitó a regresar a sus fuentes, al objeto impreso (el documento objeto), planteó una mudanza del soporte papel por el soporte óptico o magnético y la grafía acostumbrada por los campos electrónicos. La firma fue reemplazada por la firma electrónica, esta tarea la realiza la computadora en lenguaje natural, en esquemas y visualizaciones. El acto no está vinculado inevitablemente ni es la condición del papel y la tinta. El acto es la voluntad, o el concierto de voluntades que tienen un objetivo, el documento es lo representativo de tal acto. El soporte en que esté efectuado el documento es contingente<sup>46</sup>.

**2. 1.2.3 Tecnología y sentidos.** El tiempo durante el cual prevalecieron los documentos escritos en papel, generan un problema cuando se cambia de soporte. Cuando la tecnología amplifica uno de nuestros sentidos, se genera una nueva traslación de la cultura, luego de que la tecnología se interioriza<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Ibídem, p. 363.

<sup>46</sup> Ibídem, p. 363.

<sup>47</sup> Ibídem, p. 364.

**2.1.3 Elementos del documento electrónico.** Los elementos que constituyen la idea de documento electrónico son esencialmente el soporte, el contenido y el autor, existiendo controversia respecto a que si la firma y fecha son requisitos que inciden en la existencia o en la eficacia probatoria del documento.

**2.1.3.1 El soporte,** denominado además como “la cosa” u “objeto material”, lo forma una cosa mueble capaz de ser trasladada a presencia judicial, excepto los inmuebles. Cuando nos referimos al documento escrito el soporte lo constituye el papel, incluso cuando se hayan utilizado otros soportes como las tablas de madera, papiros o pergaminos<sup>48</sup>.

El soporte del documento electrónico puede ser magnético, óptico, un disco duro, un pendrive, una memoria flash, un USB flash drive.

Cualquiera de los dos anteriores soportes pueden trasladarse a presencia judicial e incorporarse al proceso, incluso la información contenida en el soporte electrónico se la traslada a un soporte papel<sup>49</sup>.

**2.1.3.2 El contenido,** es el acto documentado y reviste mayor importancia que el soporte. Contenido y forma de representación del documento asoman unidos. En el documento escrito el soporte y el documento están unidos y la estructura forma parte del documento. La forma de representación se aprecia claramente por los sentidos, es la escritura en cualquiera de sus representaciones: manuscrita, mecanografiada, impresa, taquigrafiada.

En el documento electrónico el contenido puede separarse del soporte y la estructura física necesita de una estructura lógica (software y hardware) para leerlo. La forma de representación se manifiesta por unos medios reproductivos que pueden valerse de la escritura, del sonido o de la imagen. La forma de representación está subordinada al soporte en que se materialice, y puede ser asequible, comprensible por los sentidos

---

<sup>48</sup>Lluch, Xavier Abel y Joan, Picó i Junoy, *La Prueba electrónica*, cit., p. 37.

<sup>49</sup> *Ibídem*, p. 37.

(documento escrito) o requerirá de mecanismos técnicos complementarios (documento electrónico), sin que esto perturbe su naturaleza ni función representativa. El documento escrito muestra lo que contiene, hay coincidencia entre lo grabado y lo exteriorizado, mientras que en el documento electrónico desaparece esa coincidencia, lo grabado es un archivo en sistema binario y lo exteriorizado adquiere representación de escritura con letras del alfabeto<sup>50</sup>.

**2.1.3.3 El autor del documento,** Carnelutti señala que autor del documento, no es quien materialmente lo elabora, sino quien jurídicamente es responsable de su producción<sup>51</sup>. La autoría del documento escrito se acredita con la firma, incluso con la huella dactilar o un sello.

En relación al documento electrónico la autoría requiere de algunas matizaciones. Al tratarse de un documento con firma electrónica avanzada, se consigue particularizar al firmante y descubrir cualquier cambio posterior de los datos firmados. Cuando es el caso de un documento electrónico sin firma electrónica avanzada, el reconocimiento del autor y remitente es más arduo, ya que puede reconocerse el ordenador desde el que fue enviado el documento, pero no a quien lo envió. El documento escrito particulariza a su autor y posibilita su reconocimiento, en tanto, el documento electrónico únicamente particulariza a su autor por medio de los dispositivos de creación de firmas electrónicas<sup>52</sup>.

2.1.3.4 Existe controversia respecto a que si la firma y fecha son elementos que afectan la existencia o validez del documento. La firma en relación al documento escrito, en ciertos casos es una exigencia; en otros casos la falta de firma no afecta la existencia del

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 38, 39.

<sup>51</sup> Carnelutti, Francisco, *La prueba civil*, segunda edición, Buenos Aires, editorial DEPALMA, 1982, p. 161, citado por Lluch, Xavier Abel, *La Prueba electrónica*, cit., p. 39.

<sup>52</sup> Lluch, Xavier Abel, *La Prueba electrónica*, cit., p. 39.

documento, sino a su eficacia probatoria, considerando que pueden generar efectos probatorios los documentos no firmados pero sí reconocidos por su autor. Un documento que no tenga fecha no puede estipularse que sea inexistente, ya que puede acreditarse por otros medios de prueba<sup>53</sup>.

## **2.2 La videoconferencia como instrumento probatorio**

La videoconferencia es un servicio multimedia de comunicación que posibilita los encuentros a distancia, en tiempo real, entre diversos grupos de personas situadas en diversos lugares. Posibilita la comunicación, transferencia de imágenes y sonidos a distancia, a través de la plática o diálogo entre distintas personas que se pronuncian sucesivamente.

Montesinos Ana señala que hay dos formas de videoconferencia:

- a) La videoconferencia punto a punto, que se efectúa realizando la comunicación entre dos únicos terminales, y
- b) La conferencia multipunto, que se efectúa construyendo la comunicación entre más de dos terminales, permitiendo a sus integrantes dialogar en una reunión virtual.

Además, esta autora nos indica que la videoconferencia posee las siguientes particularidades:

- a) Es integral, porque posibilita transferir imágenes, sonidos, datos,
- b) Es interactiva, posibilita una comunicación bidireccional,
- c) Es sincrónica, funciona en tiempo real, ya que se transmite en vivo y en directo, de un punto a otro o entre varios puntos al mismo tiempo.

Las tecnologías de la transmisión del sonido y la imagen permiten que los actos procesales que deben cumplirse mediante comparecencia personal ante el tribunal, se

---

<sup>53</sup> *Ibíd*em, pp. 39, 40.

realicen a través de videoconferencias, sin que sea necesario desplazarse a las oficinas de los juzgados<sup>54</sup>.

Tres son las razones que justifican su utilización:

- a) De seguridad u orden público. La utilización de la videoconferencia en un proceso penal evita el traslado de los presos a la Sala de juicio, posibilitando que declaren utilizando este medio desde los centros carcelarios en que se encuentran; anulando los riesgos de fuga y posibles perturbaciones.
- b) De oportunidad. Permite no desplazar a testigos, peritos, el imputado, debido a su edad avanzada, enfermedad o lejanía de su residencia.
- c) De utilidad. Para los testigos protegidos, víctimas de violencia de género, menores de edad, de testigos que residen en el extranjero, evitar posibles victimizaciones secundarias<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Montesinos García, Ana, *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2009, pp. 26, 27.

<sup>55</sup> *Ibíd*em, pp. 49, 50, 51, 52, 53.

## CAPÍTULO III: AUSTRIA

**3.1 Los delitos informáticos.** La evolución de las Tecnologías de la Información también ha generado una consecuencia negativa, ya que ha abierto el camino para que por él transiten conductas antisociales y delictivas: las Nuevas Tecnologías generaron nuevas oportunidades para infringir la ley. Los delitos más destacados en el ámbito internacional tienen que ver con el acceso a internet de menores, en el ámbito de la pornografía infantil, el uso adecuado para acceder al correo electrónico.

La influencia de la informática en la mayoría de actividades del ser humano ha permitido su utilización en actividades positivas como en actividades ilícitas que lesionan bienes jurídicos y conllevan peligro social, resultando también la propia informática víctima de atentados criminales. Las conductas criminales pueden efectuarse por medio del ordenador o afectar el funcionamiento de los sistemas informáticos.

El ser humano se ha preocupado por transmitir y tratar la información de manera permanente. Cómo olvidar las señales de humo, los destellos con espejos, los mensajes transmitidos por medio de cables empleando el Código Morse, o métodos para poder procesar la información. La informática surge para estudiar y desarrollar esas máquinas y métodos, para ser el apoyo del ser humano en las labores rutinarias y repetitivas, especialmente de cálculo o de gestión. La internet surge como una tecnología que deposita la cultura, la ciencia y la información en manos de millones de personas en todo el planeta. Delincuentes hallaron la manera de infectarla impunemente.

El uso de las técnicas informáticas ha generado otras probabilidades de uso indebido de las computadoras, lo que a su vez ha determinado la necesidad de que exista una regulación por parte del Derecho. El desarrollo de la tecnología informática ha hecho surgir nuevas formas de delincuencia. La manipulación fraudulenta de los ordenadores con fines de lucro, la destrucción de programas o datos, el acceso, el empleo indebido de la información son problemas que actualmente nos afectan.

### **3.1.1 Determinaciones doctrinales y particularidades de la criminalidad informática**

Existen tres corrientes teóricas encargadas de determinar el alcance característico de la criminalidad informática, las mismas que se las conoce como: subjetivas, objetivas y funcionales<sup>56</sup>.

3.1.1.1 Subjetivas. Ponen su atención en la particularidad de los delincuentes que incurren en este campo de la criminalidad. Al comienzo las teorizaciones respecto a la delincuencia informática giraban en torno a la personalidad particular de los sujetos activos de las conductas criminales. Se asemejaba a los delincuentes informáticos con los Hackers, es decir, con jóvenes entrometidos preparados para ingresar indebidamente a sistemas informáticos. Luego se establece un desplazamiento de la criminalidad delictiva desde los *outsiders*, importunos extraños a los servicios informáticos a los *insiders*, empleados en los servicios informáticos, que poseen intereses económicos o venganza hacia las empresas que laboran<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 1996, p. 70.

<sup>57</sup> *Ibíd*em, pp. 70, 71.

3.1.1.2 **Objetivas.** Al analizar la delincuencia informática se ha considerado el elemento objetivo, traducido en los daños económicos generados por las conductas sobre los bienes informáticos. El delito informático se relaciona con las lesiones ilícitas del patrimonio atinente a los ordenadores, sea en su equipo físico o en sus programas<sup>58</sup>.

Dentro los daños patrimoniales se establecen:

3.1.1.2 .1 Los fraudes por medio de manipulaciones a los sistemas de procesamiento de datos, entre los cuales tenemos: los datos engañosos, los caballos de Troya, la técnica del salami<sup>59</sup>.

Los datos engañosos (Data diddling) comprenden las diversas maneras de alteración de los datos contenidos en el ordenador antes o durante su proceso informático. Los caballos de Troya, consiste en introducir un conjunto de instrucciones simuladamente insignificantes o útiles que deforman el funcionamiento de los sistemas informáticos. La técnica del salami, que posibilita sustraer a través del redondeo ínfimas cantidades de activos financieros de varias cuentas bancarias que son colocadas en la cuenta del delincuente<sup>60</sup>.

3.1.1.2 .2 El sabotaje informático, que inhabilita los sistemas informáticos dañando los programas o los sistemas operativos informáticos<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 72.

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 72.

3.1.1.2 .3 El espionaje informático y el robo o hurto de software. Entre sus versiones más destacadas tenemos la Fuga de datos, que es una modalidad informática de las prácticas de espionaje industrial<sup>62</sup>.

3.1.1.2.4 Robo de servicios, principalmente hurto de tiempo del ordenador como la apropiación de informaciones residuales, que consiste en la sustracción de datos abandonados por los usuarios legítimos de servicios informáticos como residuo de ciertas operaciones; o el parasitismo informático que permiten el acceso ilícito a los equipos físicos o a los programas informáticos, a favor de los delincuentes<sup>63</sup>.

3.1.1.2 .5 Acceso no permitido a sistemas informáticos, que comprende: las Puertas falsas, que son intromisiones indebidas en los sistemas informáticos, valiéndose de los accesos o puertas de entrada al programa; la llave maestra, utilizando sin autorización programas para cambiar, destruir, copiar, insertar, utilizar o impedir el uso de datos archivados en un sistema informático; Pinchado de líneas, por medio de las interferencias telefónicas o telemáticas<sup>64</sup>.

3.1.1.3 Funcionales. Se intenta poner énfasis en la dimensión funcional, esto es, en la operatividad y funciones que cumplen los sistemas informáticos. Las conductas criminales informáticas, constituyen las que sirvan de o tengan por objeto el funcionamiento de los sistemas informáticos<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ibíd*em, p. 73.

<sup>63</sup> *Ibíd*em, pp. 73, 74.

<sup>64</sup> *Ibíd*em, pp. 73, 74.

<sup>65</sup> *Ibíd*em, pp. 74, 75.

### 3.1.2 Sujeto activo de los delitos informáticos

Las personas que cometen los "Delitos Informáticos" poseen determinadas habilidades para el dominio de los sistemas informáticos, en la mayoría de los casos por sus labores están en sitios claves donde se maneja información importante, o son diestros en el manejo de los sistemas informatizados, incluso cuando no realizan actividades laborales que posibiliten la comisión de estos delitos. Los autores de los delitos informáticos son variados, caracterizándoles el tipo de delitos que cometen<sup>66</sup>.

### 3. 1. 3 Sujeto pasivo de los delitos informáticos

Las víctimas pueden ser individuos, instituciones crediticias, gobiernos, etc. Que emplean sistemas automatizados de información, en su mayoría conectados a otros.

**3.2 Austria.** Antes de la reforma del Código Penal austríaco de 1987, en el capítulo XXIII el artículo 197 conceptuaba la estafa de manera genérica, lo que generaba inconvenientes de adaptación a las conductas defraudadoras cometidas por medio de los medios informáticos, al reputar la doctrina y la jurisprudencia austriacas que en estas manipulaciones no se daba ni la mentira, requisito para la existencia de la estafa, ni la falta de fidelidad. Respecto a dicha conceptualización, la reforma al Código austríaco (StGB) por medio de la StRAC de 1987, que entró en vigencia el 1 de marzo de 1988, y que llenó el vacío legal, señala expresamente, siguiendo el modelo alemán, luego de los tipos básicos y agravados de la estafa, la figura de la manipulación ilegal de datos o programas, con ánimo de lucro e intencionada, rubricada como <<defraudación por medio de manipulaciones informáticas>>, en el artículo 148.a, compuesto de dos apartados que recogen

---

<sup>66</sup>Acurio del Pino y Páez Rivadeneira, Juan José, *Derecho y nuevas tecnologías*, Quito, CEP, 2010, pp. 184, 185.

respectivamente un tipo básico y tres agravados, uno por razón de la <<habitualidad>>y los otros dos en razón de la cuantía del perjuicio económico ocasionado<sup>67</sup>.

El apartado 1 del artículo 148.a señala que:

Quien voluntariamente, se enriquezca injustamente o a un tercero en perjuicio del patrimonio de otra persona, manipulando una producción automática de base de datos mediante configuración del programa o bien mediante la entrada, alteración o eliminación de datos, o bien influyendo en el funcionamiento del proceso de elaboración, será sancionado con pena de privación de libertad de hasta seis meses o con pena pecuniaria de hasta 360 unidades-día.

Los tipos agravados establecidos en el apartado 2 señalan que: “Quien realice el hecho regularmente o provoque unas pérdidas superiores a 25.000 S será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años, y quien por el hecho provoque unas pérdidas superiores a los 500.000 S será sancionado con una pena privativa de la libertad de 1 a 10 años.”

Además en Austria la Ley de reforma del Código Penal de 22 de diciembre de 1987 contempla el delito de Destrucción de datos (126). En este artículo se regulan no sólo los datos personales sino también los no personales y los programas.

En lo que tiene que ver con el espacio de aplicabilidad del precepto, como se establece en el <<Informe Kaspersen>> del Consejo de Europa, desde que entró en vigencia la enmienda de la Ley Penal hasta 1997 se dictaron dos resoluciones por el Tribunal Supremo austriaco: la sentencia EvBL.40/1990, en la que el retiro de dinero en efectivo de cajeros

---

<sup>67</sup> Rovira del Canto, Enrique, *Delincuencia Informática y Fraudes Informáticos*, Granada, Ediciones el Partal S.L., 2002, pp. 397, 398.

automáticos por el uso indebido de tarjetas o por duplicados de éstas, se había considerado como robo y no como fraude informático de la sección 148a del StGB; y la sentencia EvBL.133/1990, de acuerdo a la cual únicamente es factible la aplicación del artículo 148a del StGB cuando la pérdida económica patrimonial reclamada por esta figura es el fruto directo de la influencia en el curso del proceso de datos sin la participación de acción humana, siendo adaptable en otros casos, como en el supuesto del simple ingreso de datos fraudulentos, la figura de la estafa tradicional del artículo 146 del StGB<sup>68</sup>.

**3.2.1 Interrogatorio audiovisual.** En Austria, cuando existen circunstancias de peligro para el testigo, se lo interroga anónimamente, existe exclusión de publicidad, teniendo las partes la posibilidad de continuar con el interrogatorio acústica y visualmente (§ 162 a párrafo 2 StPO austriaca). El interrogatorio audiovisual (§ 162<sup>a</sup> párrafo 2 StPO austriaca, §§ 168e, 247 a StPO) garantiza la averiguación de la verdad. La incorporación del protocolo del interrogatorio judicial (§ 251 párrafo 1 StPO) o de un protocolo con imagen y sonido (§§ 58 a, 255 a StPO) son únicamente admisibles en caso de consentimiento del defensor o del imputado. No basta la simple formulación de preguntas por escrito o el interrogatorio simplemente acústico (renuncia al mecanismo visual de la confrontación), porque estas maneras de participación no posibilitan un interrogatorio activo y dinámico<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 399, 400.

<sup>69</sup> Ambos, Kai, *Derecho y proceso penal internacional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2008, p. 333.

## CAPÍTULO IV: INVESTIGACIÓN DE CAMPO

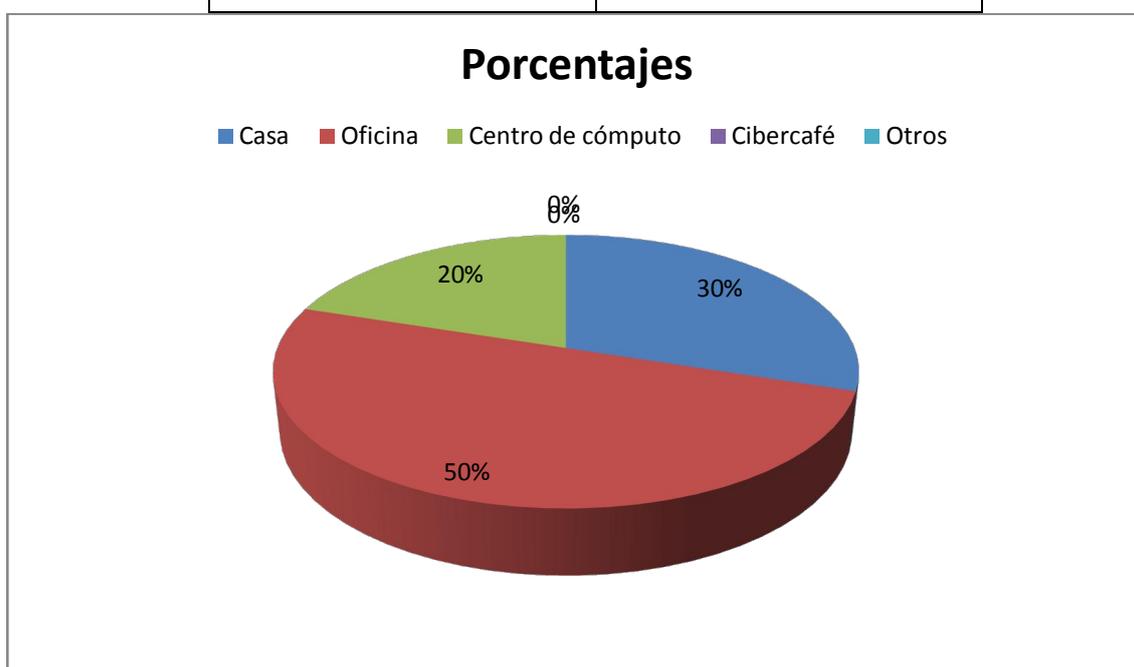
Se efectuaron encuestas a cinco jueces de lo penal del Carchi, a cinco fiscales de la provincia del Carchi y a cinco Abogados del Carchi.

### 4.1 Análisis e interpretación de los resultados

**Pregunta N 1: ¿Dónde accede a los recursos informáticos habitualmente?**

(Señale las dos opciones principales)

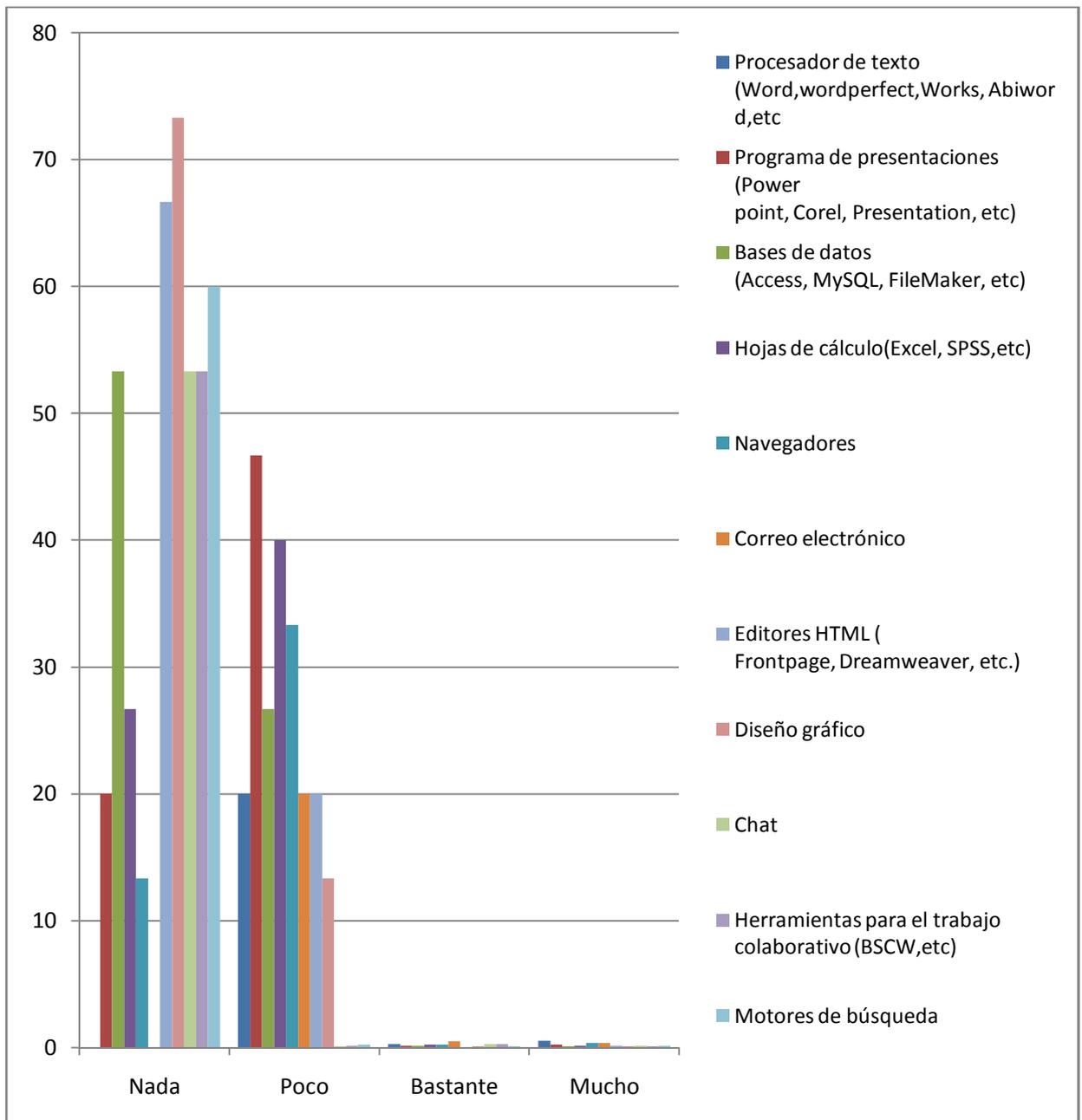
En su casa	30%
En la oficina	50%
En un centro de cómputo	20%
En un cibercafé	0
Otros	0



El cuadro anterior nos permite apreciar que los encuestados acceden en un 50% a los recursos informáticos en sus oficinas, sus actividades laborales les exigen hacer uso de estos recursos; el 30% de los encuestados acceden a los recursos informáticos en su casa tanto para completar sus tareas laborales como para actividades personales de relación con su entorno familiar, de amigos, etc.; el 20% de los encuestados acceden a los recursos informáticos en un centro de cómputo, principalmente por la necesidad del uso de internet.

**Pregunta 2. Valore la frecuencia con la que usa los siguientes programas**

	1 nada	2 poco	3 bastante	4 mucho
Procesador de texto (Word, wordperfect, Works, Abiword, etc)	0	20%	26,66%	53,33%
Programa de presentaciones (Powerpoint, Corel, Presentation, etc)	20%	46,66%	13,33%	20%
Bases de datos (Access, MySQL, FileMaker, etc)	53,33%	26,66%	13,33%	6,66%
Hojas de cálculo (Excel, SPSS, etc)	26,66%	40%	20%	13,33%
Navegadores	13,33%	33,33%	20%	33,33%
Correo electrónico	0	20%	46,66%	33,33%
Editores HTML ( Frontpage, Dreamweaver, etc.)	66,66%	20%	0	13,33%
Diseño gráfico	73,33%	13,33%	6,66%	6,66%
Chat	53,33%	6,66%	26,66%	13,33%
Herramientas para el trabajo colaborativo (BSCW, etc)	53,33%	13,33%	26,66%	6,66%
Motores de búsqueda	60%	20%	6,66%	13,33%

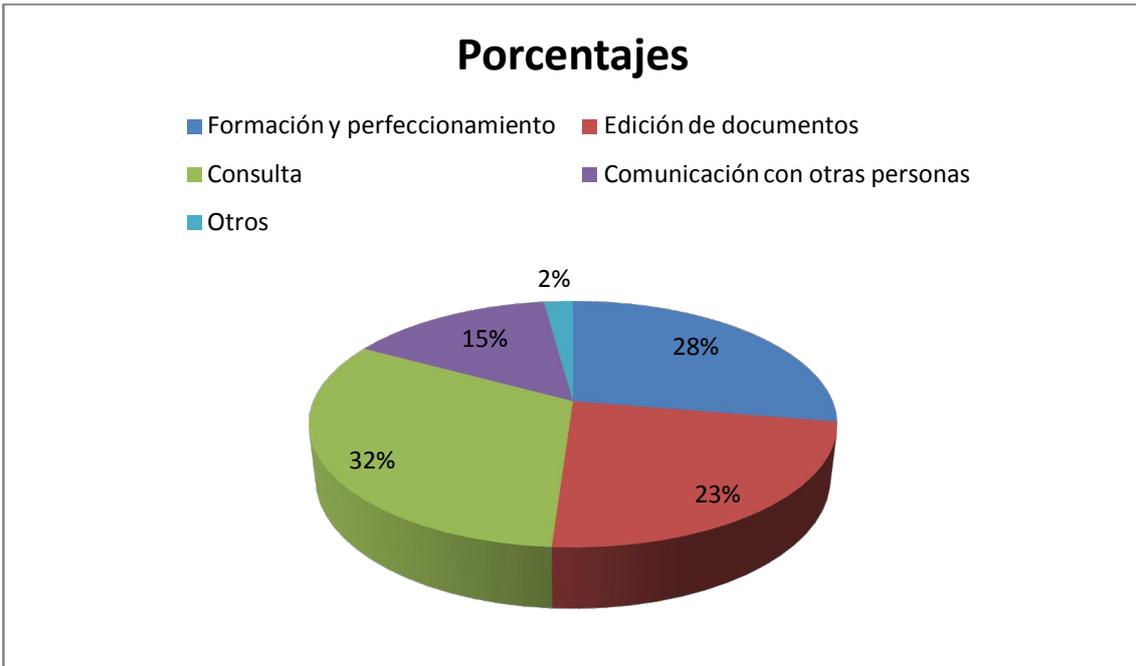


Analizando el cuadro anterior, los datos revelan que: el 53,33% de los encuestados utiliza **mucho** el procesador de texto, resultandos ser su herramienta habitual de trabajo; el 46,66% emplea **poco** el programa de presentaciones (Powerpoint, Corel, Presentation,etc) debido a que no es un requerimiento de su vida laboral y cotidiana; se destaca como dato importante que el 53,33% de los encuestados no utiliza Bases de datos (Access, MySQL, FileMaker, etc); el 40% de los encuestados utiliza **poco** las hojas de cálculo; un 33,33%

emplea **poco**, a la vez que otro 33,33% utiliza **mucho** el sistema de navegadores; el 46,66% maneja el correo electrónico; el 66,66% no utiliza el sistema Editores HTML ( Frontpage, Dreamweaver, etc.); el 73,33% no emplea el diseño gráfico; el 53,33% no utiliza el chat; el 53,33 no utiliza el sistema Herramientas para el trabajo colaborativo (BSCW,etc); el 60% de los encuestados no emplea los motores de búsqueda.

**Pregunta 3. Usa el computador básicamente para: (*señale las tres opciones principales*)**

Formación y perfeccionamiento	27,66%
Edición de documentos	23,40%
Consulta	31,91%
Comunicación con otras personas	14,89%
Otros	2,13%



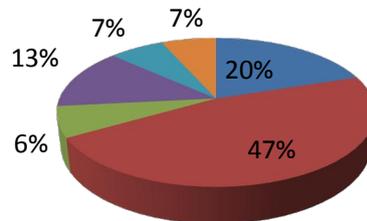
Este cuadro nos permite apreciar que el 31,91% de los encuestados emplea el computador básicamente para labores de consulta, el 27,66% para formación y perfeccionamiento, y el 23,405 para edición de documentos.

**Pregunta 4. Las dificultades que encuentra para incorporar la herramienta informática a su trabajo diario se debe a:**

Falta de preparación	20%
Incremento del tiempo de dedicación	46,66%
Escasa disponibilidad de equipos informáticos en oficina	6,66%
Escasa disponibilidad de equipos informáticos en el hogar	13,33%
Ninguna	6,66%
Otras	6,66%

## Dificultades

- Falta de preparación
- Incremento del tiempo de dedicación
- Escasa disponibilidad de equipos informáticos en oficina
- Escasa disponibilidad de equipos informáticos en el hogar
- Ninguna
- Otros



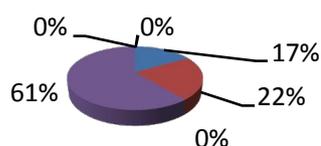
Los datos que arroja el cuadro nos permiten apreciar que la mayor parte de los encuestados que representan un 46,66% encuentra dificultades para incorporar la herramienta informática a su trabajo en el incremento del tiempo de dedicación, siguiéndole el 20% que encuentra dificultades por la falta de preparación.

**Pregunta 5. Las tecnologías de la información y comunicación que utiliza más frecuentemente son:**

Videoconferencias, audioconferencias	16,66%
Tecnología móvil: PDA, audio, teléfonos móviles	22,22%
Blogs	0
Internet, intranet, wifi.	61,11%
Ninguna	0
Otras	0

## Las tecnologías de la información y comunicación que utiliza más frecuentemente son:

- Videoconferencias, audioconferencias
- Tecnología móvil: PDA, audio, teléfonos móviles
- Blogs
- Internet, intranet, Wi fi
- Ninguna

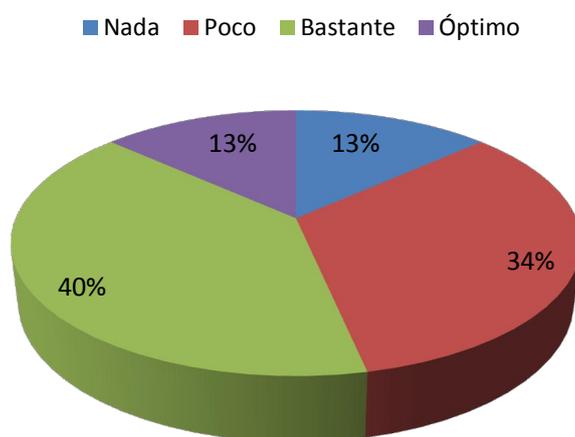


Al analizar los datos del presente cuadro, nos damos cuenta que los encuestados en un 61,11% utilizan Internet, intranet, wifi, luego le sigue la tecnología móvil: PDA, audio, teléfonos móviles, representando un 22,22%, posteriormente está las Videoconferencias, audioconferencias, representando el 16,66%.

**Pregunta 6. Valore la formación en uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que ha recibido a lo largo de su labor profesional**

1 nada	2 poco	3 bastante	4 óptimo
13,33%	33,33%	40%	13,33%

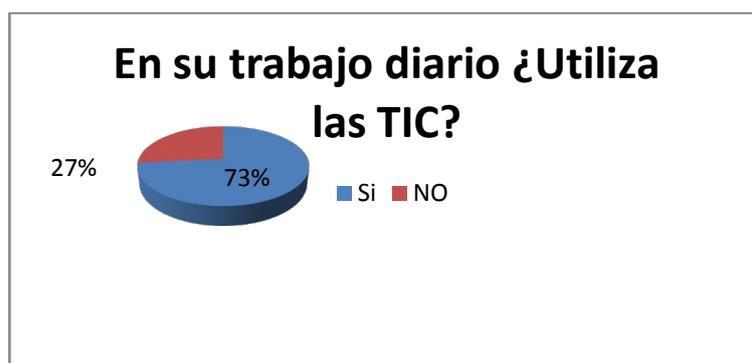
## formación en uso de TICs que ha recibido a lo largo de su labor profesional



El cuadro anterior revela que los encuestados en un 40%, consideran que la formación en uso de las tecnologías de la información y la comunicación que han recibido a lo largo de su labor profesional ha sido **bastante**, y por el contrario un 33,33% considera que ha sido **poco**

**Pregunta 7. En su trabajo diario ¿Utiliza las TIC?**

Sí	No
73,33%	26,66%



Los datos constantes en el cuadro anterior revelan que un 73,33% de los encuestados utilizan las TIC en sus labores diarias, determinando con ello que las TIC son parte de la vida cotidiana de la mayor parte de los encuestados, y el 26,66% no las utiliza.

**Si la respuesta es afirmativa, señale la frecuencia con que utiliza las TIC:**

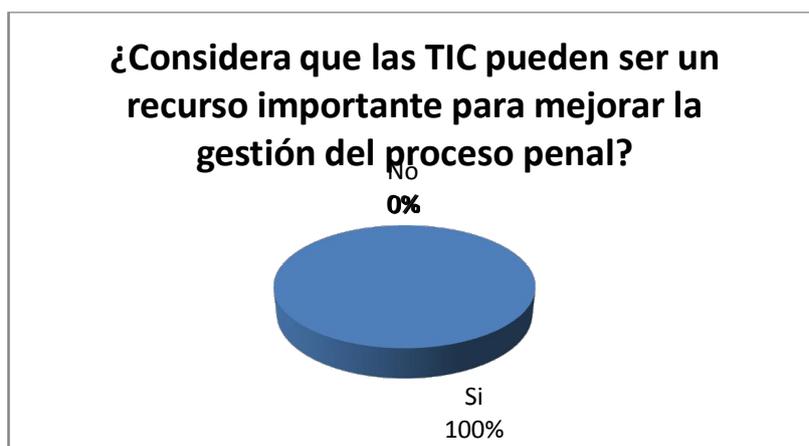
<b>Diaria</b>	<b>73,33%</b>
<b>Semanal</b>	<b>6,66%</b>
<b>Mensual</b>	<b>0</b>
<b>Trimestral</b>	<b>0</b>
<b>No las utilizo</b>	<b>20%</b>



Los datos del cuadro anterior nos dicen que un 73,33% de los encuestados utiliza con frecuencia diaria las TIC, resultando ser parte de su vida cotidiana, el 20% no las utiliza.

**Pregunta 8. ¿Considera que las TIC pueden ser un recurso importante para mejorar la gestión del proceso penal?**

Sí	No
100%	0

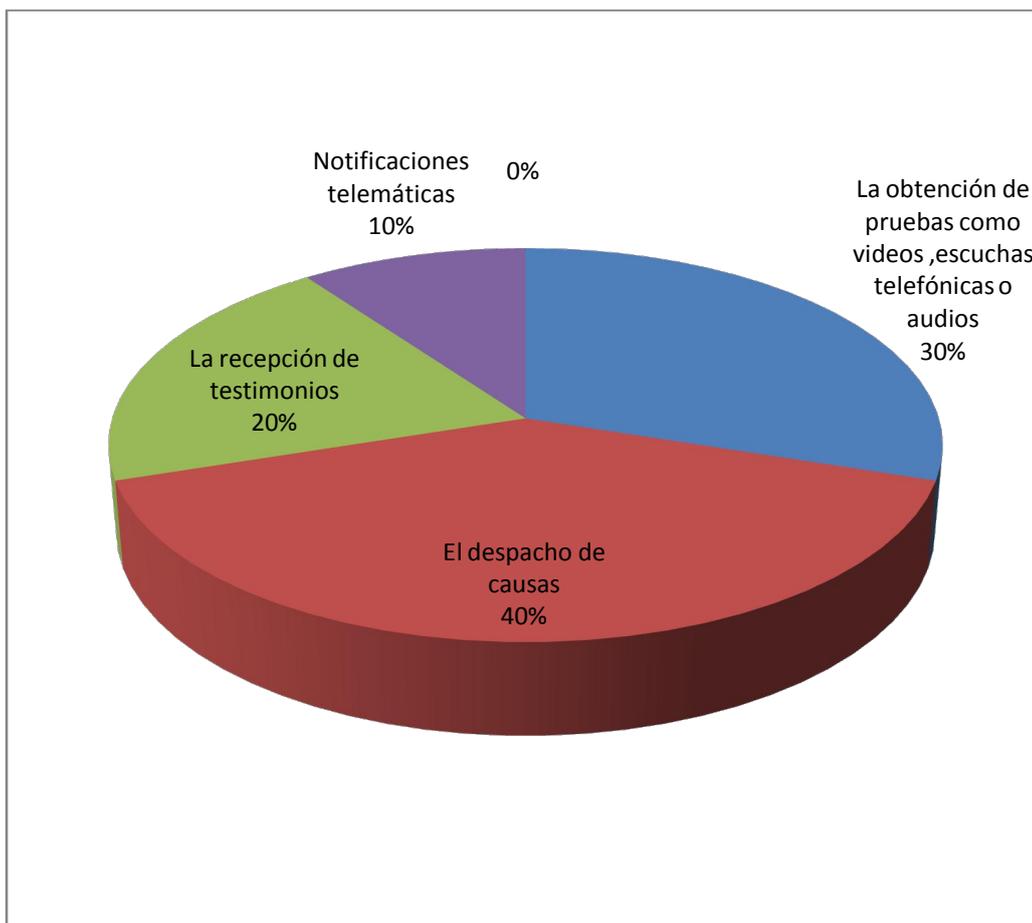


Al analizar los datos del presente cuadro se observa que un 100% de los encuestados, esto es, todos consideran que las TIC's son un recurso importante para mejorar la gestión del proceso penal.

**Pregunta 9. ¿En qué aspectos considera que la tecnología puede ayudar a mejorar la gestión del proceso penal?**

(Señale las dos opciones principales)

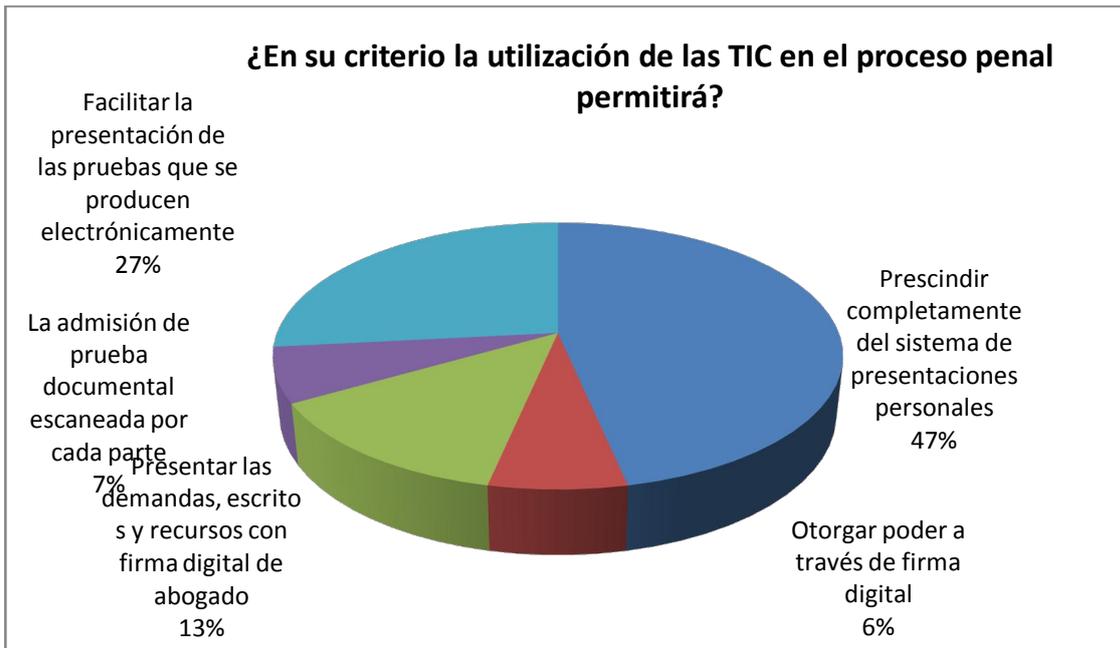
La obtención de pruebas como videos ,escuchas telefónicas o audios	30%
El despacho de causas	40%
La recepción de testimonios	20%
Notificaciones telemáticas	10%



Del cuadro anterior se deduce que los encuestados en un 40% consideran que la tecnología ayuda a mejorar en el despacho de causas, el 30% consideran que la tecnología ayuda en la obtención de pruebas como Videos, escuchas telefónicas o audios.

**Pregunta 10. ¿En su criterio la utilización de las TIC en el proceso penal permitirá?**

Prescindir completamente del sistema de presentaciones personales	46,66%
Otorgar poder a través de firma digital	6,66%
Presentar las demandas, escritos y recursos con firma digital de abogado	13,33%
La admisión de prueba documental escaneada por cada parte	6,66%
Facilitar la presentación de las pruebas que se producen electrónicamente	26,66%

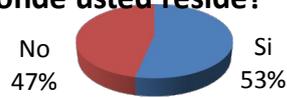


Los datos del cuadro nos permiten apreciar que la mayor parte de los encuestados que representan un 46,66% consideran que el uso de las TIC permitirá Prescindir completamente del sistema de presentaciones personales, luego tenemos un 26,66% que manifestó que el uso de las TIC facilitará la presentación de las pruebas que se producen electrónicamente.

**Pregunta 11. ¿Existe un plan estratégico para la incorporación de las TICS en la judicatura del lugar donde usted reside?**

Sí	No
53,33%	46,66%

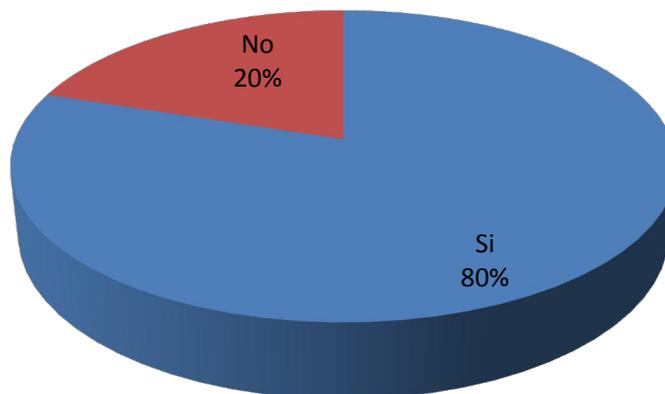
**¿Existe un plan estratégico para la incorporación de las TICS en la judicatura del lugar donde usted reside?**



Los datos del presente cuadro nos dicen que el 53,33% de los encuestados considera que sí existe un plan estratégico para la incorporación de las TICS en la judicatura donde residen, en tanto que el 46,66% considera que no existe dicho plan.

**Pregunta 12. ¿Considera apropiado el uso de herramientas tecnológicas como la observación de personas, las escuchas telefónicas, los videos, la utilización de bases de datos, para la investigación de delitos?**

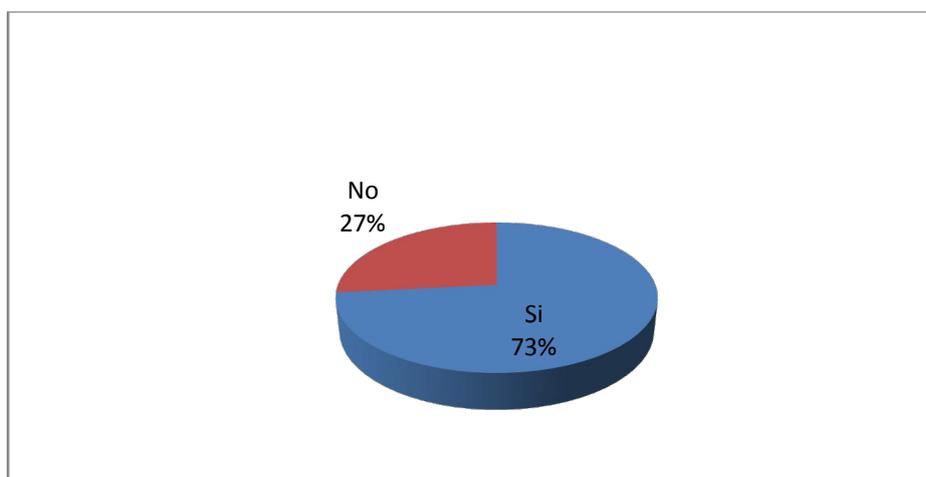
Sí	No
80%	20%



Para la investigación de delitos, los encuestados en un 80% consideran que sí es importante la utilización de herramientas tecnológicas.

**Pregunta 13. ¿Considera que es constitucional y legal el uso de herramientas tecnológicas como la observación de personas, las escuchas telefónicas, los videos, la utilización de bases de datos, como medios de prueba en un proceso penal?**

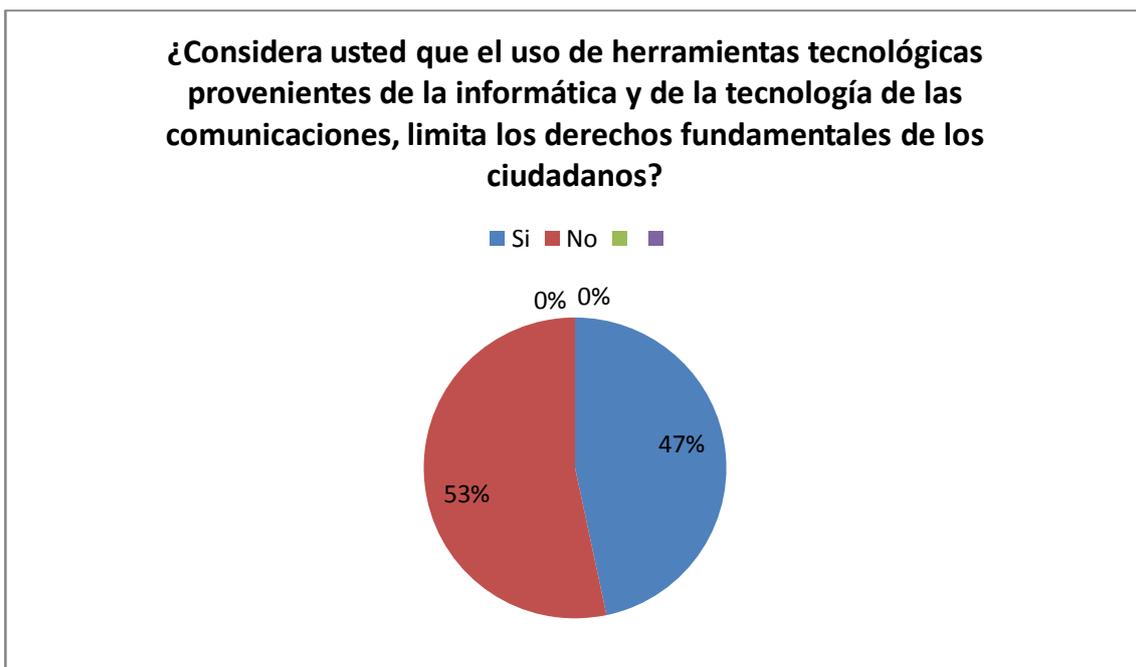
Sí	No
73,33%	26,66



Los datos constantes en el cuadro anterior revelan que el 73,33% de los encuestados consideran que **Sí** es constitucional y legal el uso de herramientas tecnológicas como la observación de personas, las escuchas telefónicas, los videos, la utilización de bases de datos, como medios de prueba en un proceso penal.

**Pregunta 14. ¿Considera usted que el uso de herramientas tecnológicas provenientes de la informática y de la tecnología de las comunicaciones, limita los derechos fundamentales de los ciudadanos?**

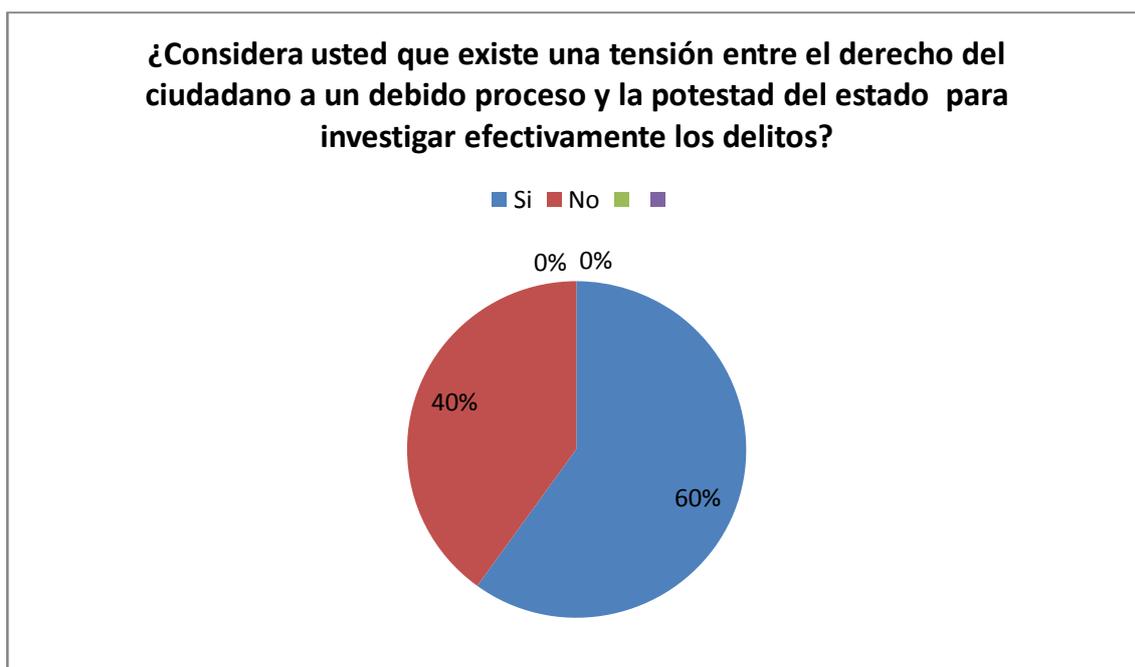
Sí	No
46,66	53,33%



Los datos del cuadro nos permiten apreciar que el 53,33% de los encuestados **No** considera que el uso de herramientas tecnológicas provenientes de la informática y de la tecnología de las comunicaciones limite los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero el 47% restante considera que **Sí** limita los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Pregunta 15. ¿Considera usted que existe una tensión entre el derecho del ciudadano a un debido proceso y la potestad del estado para investigar efectivamente los delitos?

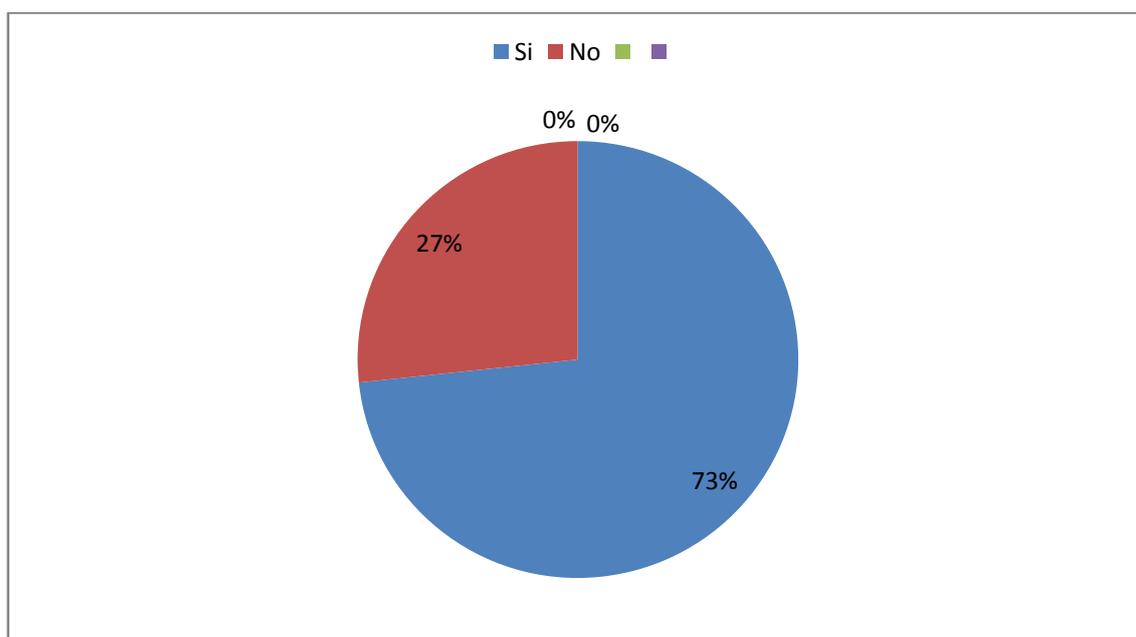
Sí	No
60%	40%



Del cuadro se deduce que los encuestados en un 60% consideran que **Sí** existe una tensión entre el derecho del ciudadano a un debido proceso y la potestad del estado para investigar efectivamente los delitos.

**Pregunta 16. ¿Considera usted que para lograr eficacia y funcionalidad en la administración de justicia penal es necesario replantear una serie de derechos y garantías fundamentales del acusado en el proceso, los cuales se hacen ceder con el fin de justificar una tarea del Estado, la de la investigación del delito?**

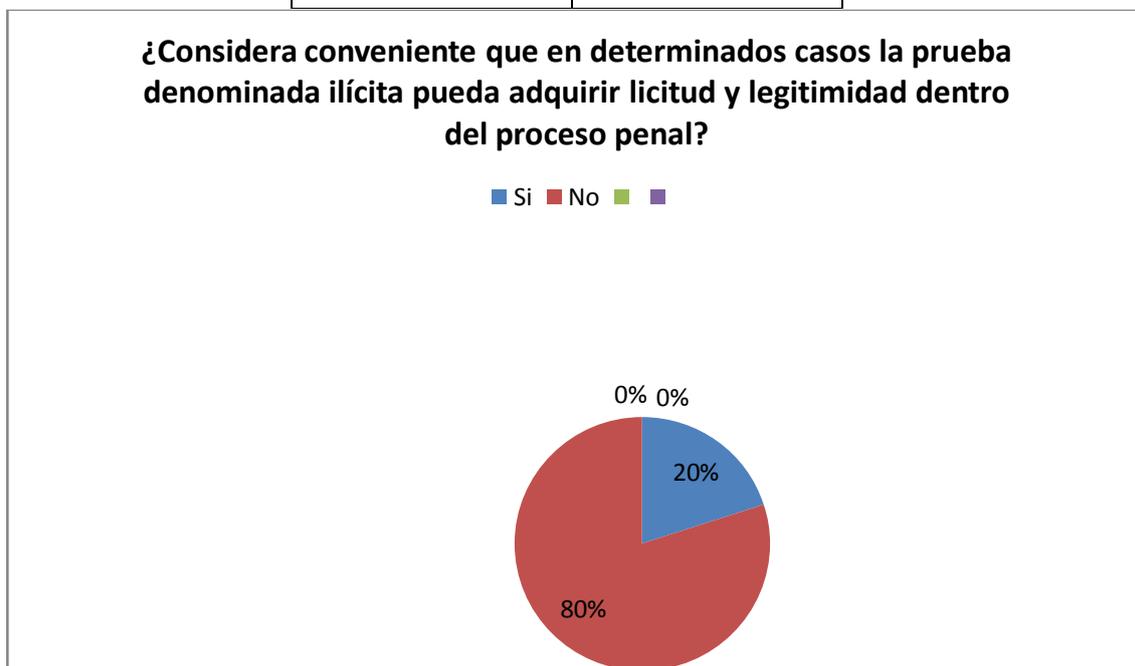
Sí	No
73,33%	26,66%



Los datos constantes en el cuadro anterior revelan que la mayoría de los encuestados estima que para obtener eficacia y funcionalidad en la administración de justicia penal es preciso replantear una serie de derechos y garantías fundamentales del acusado en el proceso, los que se hacen ceder con el fin de justificar una tarea del Estado, la de investigación del delito.

**Pregunta 17. ¿Considera conveniente que en determinados casos la prueba denominada ilícita pueda adquirir licitud y legitimidad dentro del proceso penal?**

Sí	No
20%	80%



Los datos del cuadro nos permiten apreciar que la mayor parte de los encuestados que representan un 80% considera que **No** es conveniente que en determinados casos la prueba denominada ilícita pueda adquirir licitud y legitimidad dentro del proceso penal.

**Pregunta 18. Puede señalar dos ventajas y desventajas de la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TICS) como medios de prueba dentro del proceso penal ecuatoriano.**

Como ventajas los encuestados señalaron que a través de las TIC's se puede acceder al flujo de conocimientos e información, que existe una mayor agilidad en la administración de justicia y que le otorgarían a la prueba un grado más de eficacia y certidumbre. Como desventajas se tendría la circunstancia de la falta de preparación en este ámbito tecnológico

por parte de los operadores de justicia. Que las tecnologías mal manejadas pueden contaminar la prueba.

**Pregunta 19. Puede usted señalar una teoría constitucional sobre la aceptación o rechazo de las TICS en la protección y tutela de los derechos de las personas por parte del Estado.**

Libertad de información

Derecho a la intimidad

Los encuestados señalaron que es fundamental que el Estado garantice tanto la libertad de información, como el derecho a la intimidad de las personas.

## **CAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY, INCORPORANDO A LAS TICS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR**

El progreso e implementación de las Tecnologías de la Comunicación y de la Información, han generado y seguirán generando transformaciones en la llamada sociedad de la información. Estos cambios han incidido en el Derecho, el cual gracias a los sistemas informáticos y a las comunicaciones electrónicas se va modificando pausada e intensamente.

Las TICs permiten prescindir de los encuentros personales de las partes del proceso y entre éstas y los jueces, las audiencias y reuniones se pueden efectuar por medio de videoconferencias, en donde cada una de ellas se puede desenvolver como si estuviera en presencia de las otras partes.

### **PROYECTO DE REFORMA JURÍDICA**

#### **ASAMBLEA NACIONAL**

Considerando:

Que, frente a los nuevos retos que las Tecnologías de la Información y Comunicación le imponen a nuestra sociedad en general y al proceso penal en particular, éste debe adecuarse a estas exigencias y evolucionar, acogiendo en su seno a nuevas formas de investigación, a nuevas fuentes de prueba. Que las Tecnologías de la transferencia de sonidos e imágenes permiten que ciertos actos procesales que deben ejecutarse con la asistencia personal ante los tribunales, se efectúen a través de videoconferencias, sin que se precise su traslado a las oficinas en las que funcionan los tribunales.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide las siguientes reformas al Código de Procedimiento Penal.

**Art. 130.** (Inciso primero) El testigo que no residiere en la provincia que se tramita el proceso, rendirá su testimonio a través de videoconferencia.

**Art. 131.** Testigo Imposibilitado. Si el testigo estuviere físicamente imposibilitado para comparecer, rendirá su testimonio a través de videoconferencia ante el Tribunal de Garantías Penales.

**DISPOSICIÓN FINAL.** La presente reforma entrará en vigencia a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veintitrés días del mes de noviembre de dos mil doce.

Presidente de la Asamblea Nacional

Secretario General.

## CONCLUSIONES

Las TIC's son de gran utilidad para el ser humano, ya que le permiten producir, almacenar, transportar la difusión y el acceso a cualquier tipo de información, ellas han incidido en la mayor parte de sus actividades, permitiéndole debatir, negociar, arreglar dificultades, entablar innumerables relaciones jurídicas; pero también han generado consecuencias negativas, ya que han abierto el camino para que por él transiten conductas antisociales y delictivas: las Nuevas Tecnologías generaron nuevas oportunidades para infringir la ley.

Las TIC's han determinado la aparición de nuevas fuentes de prueba, desconocidas en el ámbito procesal, que le han inyectado dudas al Derecho Probatorio en lo que tiene que ver con la autenticidad, integridad, ilicitud. Han determinado la necesidad de reformular determinados conceptos, como el de prueba documental.

La tecnología y la electrónica han transformado al documento, determinando el apareamiento de nuevas expresiones y categorías de la prueba por documentos, es por ello que nuestra legislación sin haber renunciado a la concepción literal o estructural de la prueba documental, amplió su concepción acorde con la evolución de la ciencia y la tecnología.

Al papel le hemos otorgado un distintivo de respeto y seguridad, tiene la característica de perdurabilidad, es una memoria objetiva diferente de las partes, su alteración es difícil; la informática generó una evolución del soporte papel por el soporte óptico o magnético, la

firma tradicional fue sustituida por la firma electrónica; el documento escrito muestra lo que contiene, hay coincidencia entre lo grabado y lo exteriorizado, en el documento electrónico no hay aquella coincidencia, lo grabado es un archivo en sistema binario y lo exteriorizado consigue representación de escritura con letras del alfabeto.

La videoconferencia permite los encuentros a distancia, en tiempo real entre personas o grupos de personas situadas en diversos lugares, posibilita que los actos procesales que tienen que cumplirse a través de la comparecencia personal ante el Tribunal, se efectúen por medio de videoconferencia, sin que sea indispensable trasladarse a los Tribunales o juzgados.

El uso de las técnicas informáticas ha generado otras probabilidades de uso indebido de las computadoras, lo que a su vez ha determinado la necesidad de que exista una regulación por parte del Derecho. El desarrollo de la tecnología informática ha hecho surgir nuevas formas de delincuencia. La manipulación fraudulenta de los ordenadores con fines de lucro, la destrucción de programas o datos, el acceso, el empleo indebido de la información son problemas que actualmente nos afectan.

En Austria, cuando existen circunstancias de peligro para el testigo, se lo interroga anónimamente, existe exclusión de publicidad, teniendo las partes la posibilidad de continuar con el interrogatorio acústica y visualmente.

Las TIC's ocupan un lugar preponderante en el ámbito de las actividades cotidianas de los profesionales del Derecho, en su hogar y en sus relaciones interpersonales, a pesar de las dificultades para incorporar la herramienta informática.

## RECOMENDACIONES

Introducir las TIC's en la administración de justicia, debiendo traducirse en un proceso que genere cambios con resultados efectivos en el trabajo.

La sociedad actual exige soluciones justas y rápidas, es por ello que necesitamos incorporar totalmente a las TIC's en la administración de justicia, ellas nos permitirán por ejemplo prescindir de encuentros personales de las partes del proceso y entre éstas y los jueces, las audiencias y reuniones en determinados casos deben realizarse únicamente por medio de videoconferencias.

Adaptar el proceso penal a los cambios tecnológicos, el cual no puede permanecer desvinculado de la realidad.

## Bibliografía

- Ambos, Kai, *Derecho y proceso penal internacional*, México, FONTAMARA, 2008.
- Altmark, Daniel Ricardo, “La etapa precontractual en los contratos informáticos”, en Bielsa, Rafael (coordinador), *Informática y Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- Falcón, Enrique, *Tratado de la prueba*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- Lara Márquez, Jaime, “El Derecho de una sociedad tecnológica”, en Becerra, Carlos Enrique, *El Derecho frente a la ciencia y la tecnología*, Lima, Printed in Perú, 2007.
- Peña Valenzuela, Daniel, Compilador, *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, 2007.
- Néstor Raúl Londoño Sepúlveda, “El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea”, en revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 40, Número 112, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, enero-junio 2010.
- Lluch, Xavier Abel y Picó i Junoy, Joan, *La prueba electrónica*, Barcelona; BOSCH EDITOR, 2011.
- Montesinos García, Ana, *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Madrid, Ediciones jurídicas y sociales, 2009.
- Nava Garcés, Alberto Enrique, *La prueba electrónica en materia penal*, México, editorial PORRÚA, 2011.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A, 1996.

Rocca, Marco Antonio, et al, *Las tecnologí@s de información y comunicación para el desarrollo humano, Informe sobre el Desarrollo Humano Ecuador 2001*, Quito, programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, 2011.

Rovira del canto, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada, Editorial COMARES, 2002.

[http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas\\_de\\_la\\_informaci%C3%B3n\\_y\\_la\\_comunicaci%C3%B3n](http://es.wikipedia.org/wiki/Tecnolog%C3%ADas_de_la_informaci%C3%B3n_y_la_comunicaci%C3%B3n)

## ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

1. Introducción.....	1
2. Transcripción del Proyecto de Investigación Jurídica.....	3
3. Cuerpo:.....	28

### CAPÍTULO I: EL USO DE LAS TIC's EN EL DERECHO.....28

1.1 Consideraciones generales.....	28
1.2. Historia.....	30
1.3. La sociedad y la tecnología.....	32
1.3.1 Derecho Informático.....	33
1. 3.2 La informática jurídica.....	33
1.3.2.1 La informática jurídica documentaria.....	34
1.3.2.2 Informática jurídica de gestión.....	34
1.3.2.3 Informática jurídica de decisión.....	35
1.4 Aportes de la informática.....	35
1.5 Documentos no literales y cuestiones de la informática.....	35
1.5.1 Determinación de fotos trucadas por computadora.....	35
1.5.2 Modelos y simulaciones.....	36
1.5.3 Registros y controles.....	36

1.5.4 La ayuda de la informática en la formación y ordenación de los datos probatorios.....	37
<b>CAPÍTULO II: LAS TIC's COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR.....</b>	<b>38</b>
2.1 La nueva frontera del Derecho Probatorio.....	39
2.1.1 El documento electrónico.....	39
2.1.1.1 Noción de documento electrónico.....	42
2.1.1.2 Analogías entre los documentos escritos y los documentos electrónicos.....	44
2.1.1.3 Diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico.....	45
2.1.2 El cambio de soporte y las relaciones jurídicas.....	47
2.1.3 Elementos del documento electrónico.....	49
2.2 La videoconferencia como instrumento probatorio.....	51
<b>CAPÍTULO III: Austria.....</b>	<b>53</b>
3.1 Los delitos informáticos.....	53
<b>3.1.1 Determinaciones doctrinales y particularidades de la criminalidad informática.....</b>	<b>54</b>
3.1.2 Sujeto activo de los delitos informáticos.....	57
3.1.3 Sujeto pasivo de los delitos informáticos.....	57
3.2 Austria.....	57
3.2.1 Interrogatorio audiovisual.....	59

<b>CAPÍTULO IV: INVESTIGACIÓN DE CAMPO</b> .....	60
4.1 Análisis e interpretación de resultados.....	60
<b>CAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY, INCORPORANDO A LAS TICS COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL ECUADOR</b> .....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	84