

1.1.2. Derecho e Informática.

Sin pretender ser expertos en derecho y con la finalidad de aportar con ideas claras y precisas en las consideraciones a tomarse en el *Capítulo IV - "Propuesta"*, a continuación se destacan algunos conceptos jurídicos relevantes que permiten comprender con facilidad esta tesis.

1.1.2.1. Derecho.

Viene del latín "directum", es el conjunto de las leyes y disposiciones que determinan las relaciones sociales desde el punto de vista de las personas y de la propiedad¹.

Existen muchas definiciones de las cuales se puede destacar:

- *Celso*, dijo que el Derecho "es el arte de lo bueno y de lo justo".
- *Manuel Kant*, expresó que el Derecho "se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia y lo define como el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una Ley universal de libertad".
- *Guillermo Federico Hegel*, sostiene que el Derecho es "la existencia del querer libre", es decir que es la misma libertad como valor sublime en su manifestación externa.
- *Giorgio Del Vecchio*, el Derecho es "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento".
- *Francisco Carnelutti* concibió el Derecho como "un sistema de comandos destinados a componer los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social".
- *Francois Geny* dice que el Derecho es el "conjunto de las reglas, a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre, en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una sanción social, en caso de necesidad coercitiva, son o tienden a ser provistas de esa sanción y de ahora en adelante se ponen bajo la forma de mandatos categóricos dominando las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad".

Derecho Objetivo.- Corresponde a la existencia de los principios y normas que regulan la convivencia humana, el cual es considerado desde el punto de vista individual y colectivo.

Derecho Subjetivo.- Es la facultad que las personas físicas o jurídicas tienen no solo para realizar determinados actos, sino para exigir que otras personas de igual índole, sin excluir el Estado, no le impidan realizar lo que la ley permite o no prohíbe.

Informática.

"Es la ciencia que estudia el fenómeno de la información, los sistemas de información y el procesamiento, transferencia y utilización de la información, principalmente, pero no

¹ IRIARTE CARLOS, "El derecho: definiciones, delimitaciones y aspectos generales", <http://www.chez.com/cmi/definicion.htm>, Diciembre 10 del 2002.

necesariamente mediante computadoras y telecomunicaciones como herramientas para el beneficio de la humanidad”².

Existe una relación entre el derecho y la informática, la cual origina dos áreas:

- Informática Jurídica que es el área que estudia la aplicación de la informática en el campo jurídico.
- Derecho Informático que es el área que estudia y establece la regulación jurídica del fenómeno informativo.

Delito.

Definir a el “Delito” como tal, resulta complejo, sin embargo a continuación se exponen algunas definiciones importantes³:

- Jiménez de Asúa dice: “delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.
- Soler define: “delito es una acción típicamente antijurídica , culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta”.

Existen algunas definiciones de Delito Informático, entre las cuales se mencionan⁴:

- María de la Luz Lima, dice que el “delito electrónico en un sentido amplio es cualquier conducta criminal que en su realización hace uso de la tecnología electrónica ya sea como método, medio o fin y que, en un sentido estricto”; “el delito Informático es cualquier acto ilícito penal en el que las computadoras, sus técnicas y funciones desempeñan un papel ya sea como método, medio o fin”.
- Julio Téllez Valdés, define al delito informático en forma típica y atípica, entendiendo por la primera a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” y por las segundas “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin”.
- María Cristina Vallejo, define como “delito informático a aquellas conductas ilícitas susceptibles de ser sancionadas por el derecho penal, que hacen uso indebido de cualquier medio informático”.

A continuación se mencionan las diferentes formas en que se puede cometer un delito.

- *Interceptar* .- Apoderarse de la información antes de que llegue a su destino obstruyendo las líneas de comunicación.
- *Interferir* .- Se refiere a los actos destinados a neutralizar las ondas de transmisión.
- *Recibir* .- Se toma la información de otro destinatario de forma maliciosa.
- *Alterar* .- Manipulación de la información original.

² HAJNA, LAGREZE, MUÑOZ, “Derecho e Informática”, Ediciones Instituto profesional de Santiago, 1989, pp1–86.

³ OSORIO MANUEL , “Diccionario de ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta (Buenos Aires – Argentina), Año1974, pp. 212.

⁴ LEVENE Ricardo, CHIARAVALLOTI Alicia, “Delitos Informáticos”, http://www.chiaravalloti_asociados.dtj.com.ar/links_1.htm, diciembre 2 del 2002.

- *Daño o destrucción* .- Daño de componentes o de todo el sistema con el propósito de dejarlo inutilizable.

Para esta tesis la definición de **Delito Informático** se refiere “a toda conducta ilícita en donde haciendo uso de algún medio y/o herramienta informática se intercepte, interfiera, altere, dañe y/o destruya datos o información”.

Elementos del delito⁵.

- *Elemento objetivo* .- Son las acciones que la ley tipifica.
- *Elemento subjetivo* .- Se refiere a el dolo o la culpa con la que actúa el hechor.

Sujetos del Delito⁶.

- *Sujeto activo* .- Es la persona que realiza alguna de las conductas tipificadas en la ley; el sujeto debe ser analizado según la conducta delictiva (criminalidad) a fin de entender su comportamiento y poder aplicar la sanción penal.
- *Sujeto pasivo* .-Es el ente sobre el cual recae la conducta que realiza el sujeto activo.

Legalidad.

Legalidad es el régimen político establecido por la ley del Estado, es decir, lo señalado en las normas de la Constitución, el “principio de la legalidad” es aquel principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho⁷.

Para esta tesis el **Principio de Legalidad** en el cual se basa el componente legal de la propuesta que se plantea en el “*Capítulo IV, Propuesta*” se refiere a: “El principio de legalidad es la piedra angular sobre la cual está levantada la doctrina penal moderna, un derecho procesal que se desatendiere de la protección de garantías sobre Derechos Humanos sería un instrumento legal deshumanizado, más propio para ser aplicado por la arbitrariedad y la injusticia que por jueces de sensible condición humana y ponderadas cualidades jurídicas”⁸.

1.2. EL PROBLEMA.

Con el avance de las TIC's y el proceso de Globalización, el uso del Internet se ha convertido en un medio para realizar las operaciones diarias; sin embargo, los usuarios cada vez están expuestos a diferentes situaciones tales como: la violación de su privacidad, estafas, robos a través del número de tarjetas de créditos y otros; los cuales son cometidos por personas que dejan de lado los principios éticos y no tienen presente el impacto social que causan estas irregularidades.

⁵ HAJNA, LAGREZE, MUÑOZ, Op. Cit. Pp 11.

⁶ HAJNA, LAGREZE, MUÑOZ, Op. Cit. pp 11.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, <http://www.rae.es/>

⁸ FALCONI García José, “*El Valor de la Prueba e ilegítima y la tortura en la Constitución política del Ecuador*”, <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/Libro.Tortura.htm>, Noviembre 10 del 2002.

Internet está formada por un conjunto de computadoras integradas en una red, la cual en sus inicios fue creada para propósitos militares y con el tiempo se volvió más complejo hasta convertirse en el medio de comunicación más público. Sin duda esta red compuesta por hardware y software ha contribuido en beneficio de la sociedad ⁹.

En 1993 se introdujo en Internet el World Wide Web como un medio de comunicación y publicación de información, y fue entonces cuando se popularizó gracias a la facilidad de manipular dicha interfase; sin embargo con ello se pone en juego la seguridad de Internet porque surgen las interrogantes de la seguridad y estabilidad con la que podemos contar en un medio tan difícil de regular.

Existen varias razones por las cuales se necesita seguridad y regulación en Internet, entre las cuales se destacan las siguientes áreas:

- Censura: Lenguaje violento, Daño Virtual, Información para realizar actividades dañinas y Ciberterrorismo.
- Propiedad Intelectual: Piratería de Software, Crackers y Registro de Dominios.
- Privacidad: Hackers, Spam, Cookies y Programas espías (Carnivore).
- Seguridad: Virus y Comercio Electrónico.
- Responsabilidad: Internet Service Provider (ISP).

Respecto al tema del “Ciberporno” no se analizará en el presente trabajo de tesis, puesto que Internet no es el único medio por el cual se distribuye, son muchos los factores que permiten la propagación de pornografía entre los cuales tenemos principalmente a los medios de comunicación en general como: revistas, televisión, cine, entre otros. Como se muestra el ámbito es amplio y no solo se debe a la inseguridad o falta de regulación de Internet por lo que se dejará de lado y la tesis se centrará en las irregularidades específicas que se dan en Internet.

Por otra parte hoy en día existe una preocupación por la “Privacidad”, ¿hasta qué punto es ético que una persona acceda a información que no le pertenece? Según Chris Farely¹⁰ “La privacidad es quizás el más grande desafío para las nuevas tecnologías de información, la ética computacional deberá abordar este problema que se presenta en la libertad personal y la relación entre libertad personal vs. orden social”.

El caso del “Comercio Electrónico o E-Commerce” es crítico, porque la inseguridad sobre transacciones comerciales constituye la preocupación más importante de los consumidores. Por ejemplo: El uso de las tarjetas de crédito, el número puede ser fácilmente interceptado, esto reduce drásticamente las ventas a través del Internet.

No se puede dejar de lado la problemática del “Correo Electrónico o e-mail”, hoy en día cualquier persona con habilidades informáticas que se encuentre en el camino del e-mail, desde el emisor hasta el destinatario, tiene la capacidad de leerlo. Esto constituye un atentado

⁹ CAAMAÑO Gerardo, “*Informática: Ética Vs. Competitividad*”, <http://www.geocities.com/Paris/Chateau/9164/papers/infoetica.htm>, Septiembre 12 del 2002.

¹⁰ CAAMAÑO Gerardo, Ibid.

ante la privacidad e intimidad de la persona, en algunos casos el mal uso de información puede perjudicar a quien lo escribió. Lo más alarmante del problema es que existen programas que permiten interceptar los e-mails como medida de controlar el terrorismo, narcotráfico y otros aspectos que atentan a la seguridad de un país, empresas o individual; a pesar que se tenga la mejor seguridad nadie puede hacer nada ante esta violación de la privacidad de las personas.

A medida que se han presentado más y más casos relacionados se ha abierto una discusión acerca de la gravedad de los incidentes mencionados de la violación de la privacidad a través de los accesos no autorizados a los e-mails. Algunas personas opinan que las consecuencias son poco significativas por lo que los consideran inofensivos, otras por el contrario lo consideran muy peligroso y no encuentran justificación alguna.

No hay que dejar de lado a los “Hackers” que son uno de los principales protagonistas de la sociedad delictiva que accesan sin autorización a la información que existe y se trasmite por Internet, no solo tienen acceso a e-mails sino a computadoras que están enlazadas en la red. Si bien los hackers dicen de sí mismos que no lo hacen por causar daño sino por diversión o por probarse que son capaces no se dan cuenta que están perjudicando a muchas personas y empresas, ya que al tener acceso a información que éstas no han querido publicar pueden caer en la tentación de hacer un mal uso. Por ejemplo un Hacker accesa a la computadora de un científico y encuentra una nueva fórmula que no ha sido patentada aún, él es capaz de robarla y patentarla antes que el científico.

Entre los factores que conducen a cometer estas irregularidades se puede destacar la competitividad que existe entre las personas que dominan conocimientos informáticos, la falta de seguridad en los sistemas de las empresas, el desconocimiento de ciertas normas éticas y la falta de normas legales que permitan combatir las irregularidades que se originan en Internet.

En ocasiones las personas que se ven afectadas por las irregularidades no denuncian por temor a la pérdida de su imagen corporativa o porque no quieren involucrarse en actividades legales, sin embargo sí existen repetidas quejas y denuncias de perjudicados lo cual permite que la difusión acerca de lo que está ocurriendo hoy en día tenga un grado alto de preocupación.

En vista de que cada vez se conocen nuevos casos, es muy importante que el problema se lo controle e implanten medidas de regulación, porque así como la gente poco a poco tuvo acceso, de la misma forma la gente dejará de hacerlo porque la seguridad estará en duda, por otro lado las empresas que mantengan sus negocios a través de la red bajarán sus niveles de venta.

En contraste, los profesionales informáticos sí conocen la problemática que se da en Internet, sin embargo pocos son los que están tomando medidas de regulación ya que, los códigos éticos existentes no son muy conocidos por la falta de difusión de los mismos. Por otro lado, las compañías cuentan en su mayoría con personal informático que intentan de una forma u otra contrarrestar la violación de la seguridad a través de la compra e implementación de antivirus o firewalls. Sin embargo su costo es muy elevado y es una lástima que las empresas deban de invertir tanto dinero a causa de falta de regulaciones y de falta de ética de parte de los que ocasionan las irregularidades.

En otros casos la falta de interés de aplicar los principios éticos es originada por el anhelo de perjudicar a terceras personas a través de virus, robo de información confidencial, falsificación de compras, es decir, utilizar las tarjetas de crédito de terceras personas para beneficio propio, entre otros. En otras ocasiones las actuaciones no-éticas son realizadas por personas cuyo afán es sobresalir, y por ello crean virus o artificios para ser reconocidos por la sociedad como genios. En este último caso las empresas que contratan a este tipo de personas, que han cometido crímenes para demostrar su capacidad son las mismas culpables de que existan personas así ya que las incentivan.

Siendo ya concientes de que se cometen actos ilícitos hay que reconocer que faltan leyes o normas que regulen el Internet y velen por la seguridad de los individuos. La falta de leyes y regulaciones se debe en su mayor parte a que la tecnología avanza muy rápidamente y con ello las situaciones cambian y aumentan.

Más grave aún es el hecho de que es difícil determinar quien debe de crear las leyes porque Internet es un mundo abierto a todos, es decir, el acceso a Internet es de todos los países del mundo, por lo que nace la interrogante de quién debe de responsabilizarse por la creación de las leyes y por su cumplimiento. Lo ideal sería crear un organismo internacional que se encargue de lo mencionado anteriormente. Mientras tanto cada país debe de preocuparse por la creación de las leyes que crean convenientes y que permitan proteger a sus ciudadanos. En cada país son los legisladores quienes se encargan de la creación de las leyes pero ellos cuentan con muy poco conocimiento informático, razón por la cual se les dificulta comprender y detectar que problemas pueden presentarse y cómo deben de corregirlos.

1.2.1. Hipótesis del Problema.

<p>Si se parte del hecho de que Internet se ha convertido en un medio a través del cual las personas realizan sus operaciones diarias y que los usuarios están expuestos y tentados a ciertas actividades no éticas e ilegales, <i>¿Es posible que a través de la elaboración de elementos técnicos se pueda formular una Ética Informática y una Legislación para el uso de Internet los cuales permitan difundir los principios éticos informáticos y además se pueda hacer una actualización en la Normativa Jurídica Ecuatoriana, de manera que se ayude a empezar el proceso de reducción de aquellas acciones no éticas e ilegales que se cometen?</i></p>
--

Con esta hipótesis, se podrá proveer a los profesionales informáticos, usuarios y abogados de una propuesta conformada por dos componentes ético y legal que ayude a reducir las actividades no éticas e ilegales, de tal forma que los usuarios de Internet tengan confianza para seguir realizando sus actividades a través de la red y el uso de la misma pueda incrementarse.

Para la presente tesis se han aclarado algunos conceptos como lo que es ética, lo que se considera ético, cuales son las leyes existentes, lo que es legal e ilegal, de tal forma que se pueda partir con ideas claras. A continuación se han formulado algunas preguntas de acuerdo a la clasificación anterior, las cuales permitirán enfocar tópicos específicos tales como:

Propiedad Intelectual

- ¿Es ético o legal registrar dominios de marcas que no nos pertenecen, para luego comercializarlos?
- ¿Es ético o legal aplicar conocimientos informáticos para apoderarse de información confidencial?
- ¿Es ético o legal utilizar programas sin tener la debida licencia y activarlos a través de cracking?
- ¿Es ético o legal que las empresas de Software establezcan precios que no estén de acuerdo al poder adquisitivo de los usuarios?

Privacidad

- ¿Es ético o legal violar la privacidad del individuo a través de la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales?
- ¿Es ético o legal enviar propaganda publicitaria sin haberse dado consentimiento alguno?
- ¿Es ético o legal colocar cookies en las máquinas de los usuarios para crear perfiles?
- ¿Es ético o legal que los usuarios de Internet sean vigilados por programas espías que atentan la privacidad?

Seguridad

- ¿Es ético o legal enviar archivos que dañan sistemas informáticos?
- ¿Es ético crear subrutinas que se activen cuando se saca una copia de un programa, violando la licencia?
- ¿Es ético o legal crear sitios web, donde se desconozca las políticas de la empresa, ya sea: la manipulación de los datos del individuo, la compra de productos, entre otras?
- ¿Es ético o legal aprovecharse de la confianza de los consumidores?

Censura

- ¿Es ético o legal el envío de e-mails con información difamatoria de una persona?
- ¿Es ético o legal publicar sitios web con información que atente contra el bienestar de la sociedad?
- ¿Es ético o legal hacer uso de Internet para actividades de terrorismo?

Responsabilidad

- ¿Es ético o legal que se responsabilice a los ISP por el contenido de los sitios web?

Planteadas estas interrogantes, primero se investigará la situación actual desde un punto de vista ético y legal, para luego elaborar una propuesta que permita tomar conciencia ante las irregularidades que se comenten en el uso de Internet y además motivar a los profesionales informáticos a proponer soluciones para el bienestar de la comunidad.