

**La Inviabilidad de la Prueba Digital por Falta  
de Regulación en los Delitos Informáticos**

**The Infeasibility of Digital Evidence Due  
to Lack of Regulation in Computer Crime**

**Henry David Saca-Condo<sup>1</sup>**  
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador  
davidsaca3@hotmail.com

**Anthony Ismael Marquez-Barreto<sup>2</sup>**  
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador  
ismamb27@hotmail.com

**Cesar Leonardo Arciniegas-Castro<sup>3</sup>**  
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador  
carciniegasc@ucacue.edu.ec

**[doi.org/10.33386/593dp.2023.4.1887](https://doi.org/10.33386/593dp.2023.4.1887)**

V8-N4 (jul-ago) 2023, pp. 21-34 | Recibido: 18 de abril de 2023 - Aceptado: 4 de mayo de 2023 (2 ronda rev.)

---

1 Estudiante en la carrera de Derecho, en la facultad de Ciencias Ciales, apasionado por las nuevas tecnologías y como integrarlo a nuestra actualidad, y la necesidad que sea regulado.

2 Joven emprendedor dedicado a su trabajo y a su familia, estudiante de Derecho proximo a terminar la carrera, creyendo en la voluntad de Dios. En un futuro ser mi posgrado en España.

3 Docente en la facultad de Ciencias Sociales. Abogado de profesion especializado en la materia de Derecho Penal. Inmerso en temas de politicas sociales, utilizacion de la defensa o acisacion en temas penales que impliquen vulneracion de derechos fundamentales.

### Cómo citar este artículo en norma APA:

Saca-Condo, H., & Marquez-Barreto, I., & Arciniegas-Castro, C., (2023). La Inviabilidad de la Prueba Digital por Falta de Regulación en los Delitos Informáticos. 593 Digital Publisher CEIT, 8(4), 21-34, <https://doi.org/10.33386/593dp.2023.4.1887>

Descargar para Mendeley y Zotero

## RESUMEN

Con el avance de las nuevas tecnologías los medios probatorios tradicionales como los documentales, periciales y testimoniales, necesitan de un nuevo alcance, ya que en los últimos años los delitos informáticos han tenido una gran presencia y se necesita la creación de nuevos instrumentos para la obtención de las pruebas digitales para poder determinar la culpabilidad del sujeto que cometa un ilícito referente a los delitos que se puedan cometer en internet. El Ecuador no tiene una norma que regule de forma intrínseca a la prueba digital, si bien tiene cuerpos normativos donde expone las diferentes formas para poder adherir la prueba digital al proceso, no cumple con todos los requisitos que se deben tener en cuenta cuando es un proceso penal. En el Código Orgánico Integral Penal existe criterios para la valoración de la prueba, pero enfocado solo a las físicas dejando apartado a las evidencias digitales. Existe el Convenio de Budapest donde servirá para la obtención y reproducción de pruebas digitales, pero el Ecuador se está preparando para su adhesión, a diferencia de otros países de Latinoamérica que ya forma parte.

**Palabras clave:** Ecuador, derecho procesal penal, prueba digital, documento electrónico, cadena de custodia.

## ABSTRACT

With the advancement of new technologies, traditional means of evidence such as documents, expert witnesses and testimonies need a new scope, since in recent years computer crimes have had a great presence and the creation of New instruments for obtaining digital evidence to determine the guilt of the subject who commits an offense regarding crimes that may be committed on the Internet. Ecuador does not have a norm that intrinsically regulates digital evidence, although it has normative bodies where it exposes the different ways to be able to adhere the digital evidence to the process, it does not comply with all the requirements that must be taken into account when it is a criminal process. In the Organic Integral Criminal Code there are criteria for the evaluation of evidence, but focused only on physical evidence, leaving aside digital evidence. There is the Budapest Convention where it will serve for the obtaining and reproduction of digital evidence, but Ecuador is preparing for accession, unlike other Latin American countries that it is already a party.

**Key words:** Ecuador, criminal procedural law, digital evidence, electronic document, chain of custody.

## Introducción

En el Ecuador no existe dentro del Código Orgánico Integral Penal normas específicas para la prueba o evidencia digital o un cuerpo legal específico para su tratamiento, así como de su reproducción y recolección. En siguiente trabajo investigativo se enfoca en analizar los diferentes cuerpos normativos vigentes en el Ecuador para poder determinar de cómo está regulado la prueba digital cabe recalcar que en el país se encuentra dos cuerpos normativos adjetivos que es el Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico General de procesos y en el presente trabajo se llevara a analizar mas en el ámbito penal en su regulación y su aplicación dentro del proceso penal, además para determinar que al no haber una norma sustantiva que regule dicha evidencia digital que será de uno de los medios que se llevara acabo para el convencimiento del juez.

Además, es necesario también analizar el Convenio de Budapest y su falta de aplicación en el Ecuador. Es menester también analizar la normativa de otro país sobre este tema que se trae a alusión a Argentina en la aplicación y como también de la reproducción de dichas evidencias, que estas podrán ser imágenes, videos, documentos, entre otros, en un proceso penal.

En esta investigación se enfocará en el porque la prueba digital se convierte inviable dentro de los procesos penales en el Ecuador y de igual forma en que casos se vuelven viables, ya que existe un catalogo de tipos penales donde se puede aplicar la prueba digital que será unos de los medios probatorios que tendrá que obtener el fiscal.

## Método

Para Maanen 1983, el método cualitativo llega a ser visto como aquel término que cubre una multitud de métodos y técnicas con valor interpretativo que procura describir, analizar, descodificar, traducir y sintetizar el significado, de los hechos que se producen de manera natural. Conservando un enfoque interpretativo

naturalista hacia el centro de estudio, estudiando la realidad en un contexto natural. (Álvarez-Gayou Jurgenson Juan Luis, s/f)

El siguiente trabajo de investigación se enfoca en un enfoque cualitativo donde se llevara acabo un análisis sobre el tema “La Inviabilidad de la Prueba Digital por Falta de Regulación en los Delitos Informáticos”, donde para la formación del trabajo se usara la normativa vigente, donde se basara en un contexto actual, ya que en la realidad este es un hecho de suma importancia social, donde se tratara de manera lógica y cronológica sobre el tema, para de esta forma encontrar los resultados que se desea.

## Desarrollo

Determinación de la Prueba Digital con la Normativa Vigente Ecuatoriana

Antes de comenzar a determinar las normas dentro de los diferentes cuerpos normativos es idóneo traer a alusión normas que están en el marco constitucional que son necesarios para entender la perspectiva de la normativa vigente que determina la prueba o evidencia digitales.

En la Constitución del Ecuador del 2008 (en adelante CRE) se logra determinar ciertos derechos que van encaminados a salvaguardar la información o datos referentes a sus ciudadanos, y comienza desde el capítulo IV del CRE, sobre los Derechos de las Nacionalidades, Pueblos y Nacionalidades, en el artículo 66 numeral 11 expone de la siguiente manera:

*“(...) En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.”* (Asamblea Nacional, 2008)

En el artículo anterior se puede analizar de que, el Estado trata de proteger la información sobre los administrados que está bajo la tutela del fisco, de esta forma se convierte en un derecho

constitucional la protección y la privacidad de los datos referentes a los diferentes tipos de información que se puede manejar dentro del Estado.

Dentro del mismo artículo 66 encontramos al numeral 19 y este está enfocado a la protección de los datos y lo expone de la siguiente manera:

*“El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.”*(Asamblea Nacional, 2008)

Según Godoy, *“el objetivo fundamental del derecho a la protección de datos personales en Ecuador es proteger la autodeterminación informativa de la persona.”*(Godoy, 2017) éste sería la finalidad por parte del Estado en proteger dichos datos, pero aquí surge una pregunta ¿Qué son datos? Según la RAE expone el significado de dato, de la siguiente manera *“Información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho.”* (Española, 2023)

La Corte Constitucional del Ecuador del 3 de julio de 2014 No. 001 – 14 – PO – CC, expone en su parte argumentativa sobre que es dato, hay que tener en cuenta de que no es de aplicación obligatoria más bien como un criterio para poder ayudar a la administración de justicia a interpretarlo de mejor manera:

*“Sin embargo, se ha identificado en la doctrina sobre la protección de datos una distinción entre los conceptos “dato” e “información” a la que se adscribe esta Corte, como lo relata Osvaldo Gozaini: Algunos entienden “datos” a la representación de hechos, conceptos o instrucciones bajo una forma adaptada a la comunicación, a la interpretación o al tratamiento por seres humanos o máquinas, y por “informaciones”*

*al significado que toman los datos de acuerdo con convenciones vinculadas a estos. De acuerdo con la distinción conceptual citada, el dato adquiere la calidad de información en tanto cumple una función en el proceso comunicativo.”*(Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

De esta forma la Corte Constitucional del Ecuador expone la diferenciación entre datos e información entendidos que datos es aquella representación de hechos, pero con la aprobada Ley Protección de Datos Personales, expone los diferentes tipos de datos que regula el Estado y cuales son para su protección y su debida regulación, esto lo podemos encontrar en el artículo 4 donde están los términos y definiciones, lo cual es necesario saber que dentro de la norma existen varias descripciones de dato, como por ejemplo:

Datos biométrico, genético, personal, personal crediticios relativos a la salud, sensibles y relativos.

Entonces dentro de todo este abanico de datos que maneja el Estado tiene su finalidad de ser protegido y regulado para que esta información no pueda llegar a terceros y que no sea manipulado, ya que al estar regulado de forma constitucional en el artículo 66 numeral 19 se convierte en un derecho constitucional.

De igual forma siguiendo el ámbito constitucional enfocado a la protección de los datos personales es necesario también citar el numeral 21 del artículo 66 donde expone lo siguiente:

*“El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.”* (Asamblea Nacional, 2008)

Este numeral expone sobre el correo que puede ser virtual o físico que también tiene relevancia constitucional para protegerlo y regularlo, es necesario tener en cuenta la diferencia entre los dos tanto física y virtual, según la RAE correo físico da a entender lo siguiente es “*Conjunto de cartas o pliegos de cualquier clase que se despachan o reciben.*” (Española, 2023) Y en cuanto a correo virtual o electrónico lo define así “*Sistema de transmisión de mensajes por computadora u otro dispositivo electrónico a través de redes informáticas.*” (Española, 2023) Es necesario tener esa diferenciación ya que con la evolución de la tecnología el correo físico ha dejado de ser tan usado sino que con los medios tecnológicos actuales el correo digital está al alcance de la todos; éste numeral sirve para salvaguardar aquella información que está dentro, y sólo podrán ser vistos mediante una solicitud judicial.

### **Ley de Comercio Electrónico**

La ley de comercio electrónico está vigente desde el 2002, y no está regulado de forma intrínseca la prueba digital, existen normas que sirven para su aplicación dentro de un proceso penal. Antes de su análisis es menester comenzar con la Ley Del Sistema Nacional De Registro De Datos Públicos sobre los datos personales que maneja el Estado y que deben ser protegidos ya que son de carácter personal de sus administrados, podemos encontrar los diferentes tipos de datos en el artículo 6 de la Ley Del Sistema Nacional De Registro De Datos Públicos y expone lo siguiente:

*“Accesibilidad y confidencialidad. - Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.”*(Asamblea Nacional, 2010)

Existe una gran cantidad de información personal que se logra manejar y almacenar

dentro del Estado, es necesario analizar el reconocimiento legal de estos datos al momento de un proceso, dicho reconocimiento lo podemos encontrar en el artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico que expone lo siguiente:

*“Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. - Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su reglamento.”*(Congreso Nacional, 2002)

Es decir, va de la mano con el principio de equivalencia funcional que tienen los mismos objetivos y funciones de un documento digital o un documento físico y es que cumple con el mismo funcionamiento jurídico, pero diferenciando el primero ya que se necesita de un medio tecnológico para su visualización.

### **Código Orgánico Integral Penal**

#### **La Prueba Dentro del Código Orgánico Integral Penal**

La prueba según Cabanellas expone lo siguiente que es: “*Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.*” (Torres, 2006) El autor de la definición da a entender que la certeza de que los hechos que se va a demostrar son reales en donde las partes procesales serán quienes lo que lleven los medios probatorios. Pero a diferencia de la prueba tradicional la prueba digital no la podemos encontrar en la normativa vigente.

Según Aguilar Gualda expone lo siguiente sobre la prueba digital: “*Toda aquella información digital acreditativa de la realidad de un hecho afirmado por las partes y que resulta relevante para el objeto del proceso judicial.*” (Gualda, 2019) De igual forma que el anterior autor expone sobre los hechos de una realidad que deben ser verdaderos, pero a diferencia, estos medios probatorios deben ser reproducidos por medios tecnológicos idóneos.

En la normativa vigente del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP),

podemos encontrar comenzando desde el artículo 453 hasta el 518 en el Título IV de la Prueba, en el Capítulo Primero, de las Disposiciones Generales, todo referente a la prueba, requisitos, tipos, y sobre la prueba digital.

En el artículo del 498 dispone los diferentes medios probatorios que son:

1. El documento
2. El testimonio
3. La pericia” (Asamblea Nacional, 2014)

La finalidad de la prueba es según el artículo 453 que expone lo siguiente: *“La prueba tiene como finalidad llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”*(Asamblea Nacional, 2014)

Según Dunn Ortega expone que:

*“[...] será la prueba ese elemento, esa evidencia, esa materia que será usada para determinar y concluir un punto, una verdad objetiva frente a un hecho ocurrido. Por ello las pruebas que se anuncien deben tener un nexo causal entre el hecho delictivo ocurrido y la persona procesada. Caso contrario no serán eficaces.”*(Ortega, 2019)

Siendo el principal enfoque ‘llevar el convencimiento del juez de los hechos’ del artículo previamente citado, se logra entender que se puede usar como prueba cualquier contenido que sea verdadero, ya sea documental, pericial o testimonial según lo que dispone el artículo 498 del COIP, esté será de suma importancia al momento para que el tribunal del proceso pueda determinar la responsabilidad penal, si fuera el caso, además que es necesario agregar que los hechos deben ser relacionados con la persona, caso contrario que no exista el nexo causal no tendrá una coherencia o un fundamento por el cual se explique los hechos con la persona procesada.

## La Prueba Digital

En el COIP no existe una definición exacta sobre la prueba digital, pero en el artículo 499 numeral 6 expone lo siguiente, *“Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.”* (Asamblea Nacional, 2014)

Luque Delgado y otros, exponen lo siguiente:

*“El inc. 6 del art. 499 parece asimilar la prueba digital al documento como medio de prueba, sin hacer diferencia entre las diferentes pruebas digitales que es posible hallar en un sistema informático. En concreto se establece que podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas del código.”*(Delgado et al., 2022)

Si bien es cierto la prueba digital no está siendo regulada de forma intrínseca ya que estas normas en su gran parte de disposiciones legales y de las medidas procesales penales desde su creación enfocadas a las pruebas físicas, dejando a un lado aquellas pruebas intangibles que se necesitan de un medio tecnológico para su reproducción además de que no existen normas para el tratamiento especial de aquellos equipos, dispositivos tecnológicos donde almacenan datos informáticos. (Delgado et al., 2022)

### Código Orgánico de la Función Judicial

En este cuerpo normativo existe solo un artículo que da alusión sobre los medios digitales y da a entender sobre la validez y eficacia de los documentos electrónicos que serán usados por parte de las juezas y jueces y podemos encontrar en el artículo 147 en el Título III, que expone lo siguiente:

*“VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS. - Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos, satelitales o producidos por nuevas*

*tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Igualmente, los reconocimientos de firmas en documentos o la identificación de nombre de usuario, contraseñas, claves, utilizados para acceder a redes informáticas. Todo lo cual, siempre que cumplan con los procedimientos establecidos en las leyes de la materia.” (Asamblea Nacional, 2009)*

Es necesario diferenciar entre documentos electrónicos y físicos para entenderlo de mejor manera Antonio Vega expone de la siguiente manera sobre documentos físicos: *“todo escrito legible o descifrable directamente por el ser humano y aportado normalmente en papel (o en el elemento que en cada momento histórico estaba vigente)” (Vega, 2015)* y de igual forma los electrónicos *“un instrumento que se confecciona por medio de elementos electrónicos y que solo puede ser leído, comunicado o transmitido con la ayuda de ciertos medios técnicos que hacen perceptibles o inteligibles las señales digitales que lo integran” (Vega, 2015)* y acotando también que *“los documentos son, en síntesis, archivos de información aptos para su comunicación y transmisión” (José Antonio Vega, 2017)*

Como se puede apreciar existen diferencias sustanciales sobre el documento físico y digital, Y se diferencian por los tipos de soportes, entendiéndose que los físicos son tangibles y que pueden ser manejados directamente por la persona, mientras que los digitales es necesario algún soporte técnico y tecnológico para poder ser visualizado y manejado. En este artículo expone sobre la validez que tendrá estos documentos tanto físicos y digitales. Godoy expone que:

*“Empero, respecto de sus funciones y efectos jurídicos, los documentos electrónicos y documentos físicos son equiparables por aplicarse en ellos el principio de equivalencia funcional establecido en el artículo 2 de la Ley No. 67, Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002.” (Godoy, 2017)*

## **Código Orgánico General de Procesos**

En la normativa vigente dentro de la legislación ecuatoriana en referencia a la prueba lo podemos encontrar en Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) en el título II, en el Capítulo I, que vas desde el artículo 158 al 173. Expone sobre la finalidad de la prueba en el artículo 158 lo siguiente, *“Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.” (Asamblea Nacional, 2015)* Es de suma importancia tener en cuenta este artículo ya que de igual forma que en el procedimiento penal, este lleva al convencimiento de los hechos.

Es claro que esta norma también regula los documentos digitales para su producción dentro de la audiencia de juicio y lo regula en el artículo 202 disponiendo lo siguiente:

*“Documentos digitales. Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos serán considerados originales para todos los efectos legales.*

*Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o única o cuando la o el juzgador lo solicite. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.” (Asamblea Nacional, 2015)*

Como se expuso previamente se aplicará el mismo principio de equivalencia funcional, es decir que ambos documentos tanto físicos o electrónicos tendrán la misma validez. Acotando que esta prueba deberá cumplir con los requisitos del artículo 160 del COGEP sobre la admisibilidad de la prueba y deben cumplir con los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia.

La Prueba Digital Dentro del Derecho Procesal Penal

Como se pudo analizar la prueba es la evidencia que se usará para determinar una verdad en donde las evidencias serán objetivas a un hecho sucedido, y que este tendrá un nexo causal entre el hecho penalmente tipificado y con la persona que se le procesa. (Dunn, 2019) Como bien se pudo analizar en el artículo 453 que determina la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento del juez

Como se pudo evidenciar en el capítulo anterior solo los diferentes criterios sobre la prueba, en este capítulo será donde se analizará todo referente a la prueba dentro del proceso penal y como esta normado, y de la integración de la norma.

Es menester además tener en cuenta el procedimiento penal y cuáles son sus fases, en el Código Orgánico Integral Penal, manifiesta en el artículo 589 las etapas que lleva el procedimiento de la siguiente manera:

*"[...] se desarrolla en las siguientes etapas:*

1. Instrucción
2. Evaluación y preparatoria de juicio
3. Juicio" (Asamblea Nacional, 2014)

Entendido cuales son las etapas es necesario tener en cuenta el artículo 580 sobre la investigación previa que es una etapa pre procesal que expone lo siguiente:

*"Finalidades. - En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa." (Asamblea Nacional, 2014)*

En la indagación es determinar los diferentes elementos de cargo o descargo que conformaran las bases mínimas que servirán para determinación del hecho imputado donde se terminara si se realizó o no. Que a diferencia del artículo 583, que son las actuaciones urgentes del fiscal, se enfoca a que él debe actuar de

manera más rápida para evitar la consumación de un delito. (fiscalía general del Estado Escuela de Fiscales, 2014)

Ahora la finalidad de la instrucción fiscal es como está determinado en el artículo 590 del COIP, expone que esta etapa es de suma importancia para el proceso penal dentro del Ecuador, ya que su principal objetivo es buscar información y recopilar las pruebas necesarias que relacionen con el presunto delito penal, además en esta etapa será todas las pruebas o elementos de convicción de la primera etapa pre procesal que fue de investigación previa *" [...] que se anunciarán como prueba en la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio en caso de acusación" (Dunn, 2019)*

En la evaluación y preparatoria de juicio y esto lo podemos encontrar en el artículo 601 que determina de la siguiente manera:

*"Art. 601.- Finalidad.- Tiene como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes."*

Este será aquel momento donde intervienen los sujetos procesales, cada uno las partes será la oportunidad para anunciar todas las pruebas que serán reproducidas en audiencia de juicio, donde en el caso de que este algunas de las pruebas que estén en contra de la constitución o los instrumentos de derechos humanos y el COIP será el momento si así fuera el caso, solicitar el rechazo, la exclusión, o inadmisibilidad de los medios probatorios, y será el juez quien tenga posibilidad de rechazar o aceptar las objeciones de las partes procesales. (PRESIDENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA, 2018)

Una vez entendido todo esto, la *última* etapa es el juicio donde se determina en el artículo 609 del COIP, “*El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.*” (Asamblea Nacional, 2014) El juicio se basa después de que se haya recogido todos los elementos de convicción dados por las partes procesales y en base de la acusación fiscal que se presentó al Tribunal Penal, ya que sin acusación fiscal no hay la etapa de juicio. Esta etapa es de forma oral donde estarán presentes los testigos, peritos y las partes. (Fiallo, S/A)

Ahora cabe analizar cómo podemos integrar la prueba o evidencia digitales dentro del proceso, como se pudo apreciar la normativa vigente dentro del COIP en el artículo 498 expone los diferentes medios de prueba que son los documentales, periciales y testimoniales. En el artículo 457 podemos encontrar sobre los criterios para la valoración de las pruebas, que se deben cumplir con los requisitos de legalidad, autenticidad, cadena de custodia, y además de la aceptación técnica y científica, es decir que una vez que se haya cumplido con todo estos requisitos nos vamos al artículo 499 donde está regulado sobre reglas generales de la prueba documental en donde lo hallamos en su numeral 6 que expone sobre los documentos digitales de la siguiente manera, “*Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.*”

Como se puede apreciar la prueba debe cumplir con los requisitos previamente mencionados, pero en el presente trabajo investigativo, la prueba digital no está regulado, y nos cabe ciertas preguntas ya que, si bien uno de los requisitos es la cadena de custodia, ¿Cómo se maneja para aquellas evidencias que está en un portal web? Si bien el COIP en el artículo 456 dispone sobre la cadena de custodia y también da la oportunidad de aplicar en el contenido digital, además da a entender que “*La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente.*” (Asamblea Nacional, 2014)

Como expone Dunn, es muy diferente a que se materialice un documento digital que se podrá notariar ya que es posible con nuestra legislación, pero el notario da fe de que solo existe en alguna página web, y que su contenido que puede ser un escrito digital, imágenes y videos. Es entonces hay que tener en cuenta de que el contenido de esta desmaterialización será solo el físico de la información que está en una página web, en si no es el documento original sino una copia.

Entonces con esto se responde la inviabilidad de la prueba digital ya que este no cumpliría con el requisito de la cadena de custodia. Ya que para que haya certeza de los hechos cometidos se debería recoger dichas pruebas del que haya cometido el ilícito. Entonces si bien la prueba se vuelve inviable por la falta de la cadena de custodia, ahora es diferente llegar para tener en cuenta de los otros tipos penales que también se usa como medio para la comisión del delito, si bien se entendió de que en los portales web, se convierte solo en una copia ya que en materia penal es de suma importancia sé que cumpla con todos los requisitos del artículo del 456 y 457.

Pero a diferencia de otros tipos penales donde la información está dentro de medios tecnológicos, en los delitos como: la pornografía infantil, violación a la intimidad, la estafa, apropiación fraudulenta por medios electrónicos, entre otros. Es necesario de medios tecnológicos para la consumación del delito, que se puede dividir en dos tanto el software y el hardware. En el ‘*Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos*’ (en adelante MMEDEI) expone sobre dos tipos de evidencia tanto como la evidencia electrónica y la evidencia digital, y lo expone de la siguiente manera, “[...] *el elemento material de un sistema informático o hardware (evidencia electrónica) y la información contenida en este (evidencia digital).*” (Fiscalía General del Estado, 2009)

En el MMEDEI, da a conocer diferentes tipos de sistemas informáticos (hardware) donde se divide como una mercancía ilegal, como un instrumento, y como una evidencia y dentro de esta lo define de la siguiente manera “*Es un*

*elemento físico que se constituye como prueba de la comisión de un delito. Por ejemplo, el scanner que se usó para digitalizar una imagen de pornografía infantil, cuyas características únicas son usadas como elementos de convicción.”* (Fiscalía General del Estado, 2009). Ahora bien, dentro del mismo expone de los diferentes tipos de evidencia digital que pueden ser sistemas de computación abiertos, comunicación, y los convergentes de computación que se los conoce hoy en día como laptops, computadoras de escritorio, Smartphone, tablets, y en los sistemas de comunicación son las redes y el acceso al internet.

Los sistemas informáticos (software) que de igual forma se dividen como una mercancía, un instrumento y como evidencia, pero a diferencia del anterior es necesario que cada uno de ellos sea analizado ya que este se convierte en una gran fuente de indagación para obtener todos los elementos de convicción. Para que sea ejecutado es necesario de ambos para la comisión del delito ya que se necesita de un sistema operativo y de un aparato electrónico. Ahora bien, como mercancía se puede entender como la posesión de información que está en contra la ley, tal es el caso de pornografía infantil; como instrumento es la herramienta que fue utilizada que son los programas que están dentro de los elementos físicos (hardware), y como evidencia contiene todas las anteriores ya que las acciones que realizamos diariamente dejamos un rastro digital.

Entonces para estos tipos penales que se expusieron previamente la prueba se vuelve viable ya que estos si se pueden cumplir con los requisitos de legalidad, autenticidad, cadena de custodia, y de la aceptación técnica y científica. Ya que al momento de que se haga la incautación debidamente legal, podrá configurar la cadena de custodia a diferencia de aquellos delitos donde la evidencia digital se vuelve inviable porque no se establecieron la cadena de custodia donde se cometió el delito. Salvo en el caso como dispone el artículo 476 de la siguiente manera:

*“Art. 476.- Interceptación de las comunicaciones o datos informáticos. - La o*

*el juzgador ordenará la interceptación de las comunicaciones o datos informáticos previa solicitud fundamentada de la o el fiscal cuando existan indicios que resulten relevantes a los fines de la investigación, y la medida sea idónea, necesaria y proporcional, [...]”* (Asamblea Nacional, 2014)

La interceptación de las comunicaciones tendrá un valor probatorio una vez que sea motivada por parte del fiscal para su aplicación, y esto tiene referencia con el numeral 4 que expone lo siguiente:

*“Previo autorización de la o el juzgador, la o el fiscal, realizará la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS, mensajes MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando la o el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes.”* (Asamblea Nacional, 2014)

Con este numeral nos da la posibilidad de poder obtener los medios probatorios solamente con autorización del juez, además que se podrá producir el contenido digital durante audiencia de juicio, únicamente cumpliéndose con los criterios del 457, y además esto viene de la mano con el artículo 477 que es sobre el reconocimiento de las grabaciones.

Convenio sobre Cibercrimen de Budapest y La Prueba Digital en Argentina

Este tratado internacional creado por el Consejo de Europa en su reunión 109 en el 2001, en lo cual se considera como una norma enfocada directamente a los delitos cometidos de forma electrónica. Además, esta norma internacional creada como una guía para la adopción de los países partes para la aplicación y creación de nuevas normas enfocadas al ciber delito además con una cooperación internacional de los Estados

Parte que estén suscritos. (Consejo de Europa, 2022)

Este tipo de tratado es el más completo en esta materia ya que se enfoca a todos los enfoques de los ciber delitos, exponiéndolos de la siguiente manera:

*“La criminalización de la conducta, que va desde el acceso ilícito, ataques a la integridad del sistema y de los datos hasta el fraude informático y los delitos relacionados con la pornografía infantil;*

*Herramientas de derecho procesal para hacer más efectiva la investigación relacionada con ciber delitos y la obtención de evidencias electrónicas; y*

*Una cooperación internacional más ágil eficiente. El tratado está abierto para la adhesión de cualquier país.”* (Consejo de Europa, 2022)

Según el Consejo de Europa expone los beneficios que tiene un Estado cuando forma parte del Convenio, desde un marco legal internacional donde se podrá cooperar con los demás países, y no solo con aquellos delitos que intervengan nos los ordenadores sino también en aquellas pruebas que sean digitales. Además, este Convenio tiene dos protocolos adicionales que sirve a completarlo, que son el de *“actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos”* y el *“Protocolo adicional relativo al refuerzo de la cooperación y de la divulgación de pruebas electrónica”*. Un conjunto de herramientas relativos a la cooperación internacional para la divulgación de pruebas digitales. De igual forma los Estados parte podrán dar a conocer sobre la experiencia que han tenido y así como también de la información que servirá de ayuda al Convenio, entre otros como la negociación de futuros instrumentos y de una cooperación leal y eficaz a nivel internacional. (Consejo de Europa, 2022)

Como se puede apreciar este convenio es viable para la creación de nueva normativa y su aplicabilidad en el Ecuador, pero este no es parte del convenio según el Ministerio de

Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información del Ecuador fue invitado a formar parte el 30 de marzo de 2022 para adherirse al tratado. El tratado tiene como finalidad lo siguiente:

*“1) armonizar los elementos de los delitos conforme al derecho sustantivo penal de cada país y las disposiciones conexas en materia de delitos informáticos;*

*2) establecer conforme al derecho procesal penal de cada país los poderes necesarios para la investigación y el procesamiento de dichos delitos, así como también de otros delitos cometidos mediante el uso de un sistema informático o las pruebas conexas que se encuentren en formato electrónico,*

*3) establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.”* (Consejo de Europa, 2022)

Según el mismo ministerio el Ecuador se está preparando para la adhesión; países como Argentina, Colombia, Perú, Paraguay y otros países tanto de Europa y Norteamérica ya forman parte del Convenio. Cabe analizar la forma de su aplicación dentro de su legislación de esta forma aporta para esta investigación sobre la prueba digital en diferentes Estados, y siendo parte de este instrumento como es el país de Argentina es de mucha ayuda para entender cómo es su aplicación dentro de su territorio, ya que Argentina forma parte del Convenio de Budapest desde el año de 2017.

Para el siguiente análisis se trae a alusión al PACCTO, (Europa Latinoamérica Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado) Ecuador también forma parte de este programa, el PACcTO es, *“Un programa que pretende reforzar la lucha contra el crimen transnacional organizado y la cooperación regional e internacional en la materia”* (El PACcTO, 2023) Forman parte 18 países de Latinoamérica con la Unión Europea donde se trabaja conjuntamente y además que se puede utilizar los equipos que forman parte contra la lucha del crimen organizado. El PACcTo ha

hecho un análisis de las normativas vigentes dentro de los diferentes Estados que están en este programa, tratando de ver cuál de los países son lo que aplican ‘El Convenio de Budapest’ y este servirá para interpretar como ha sido la aplicación de este instrumento en el país de Argentina y como está regulado la prueba electrónica o digital.

Argentina es un país federal en donde el actual normaprocesal penales para toda la nación es el Código Procesal Penal Federal, al igual que en Ecuador las normas que han sido formuladas para regular a la prueba ha sido pensado en las pruebas físicas, pero a diferencia de Ecuador se aplica el principio de libertad probatoria que da la posibilidad de poder presentar cualquier tipo de prueba y en este caso se configura el poder presentar en medios digitales según como está dispuesto en el artículo 134 *“Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba, salvo que se encuentren expresamente prohibidos por la ley.”* (Congreso Nacional, 2019) En Argentina existen varios medios probatorios como las comprobaciones directas, testimonios, peritajes, y otros medios de prueba que también esta normado las pruebas documentales, donde *“[...] se establecerá una cadena de custodia que resguardará su identidad, estado y conservación.”* (Congreso Nacional, 2019)

La posibilidad de poder interceptar e incautar, está regulado en los artículos 150 y 151 del CPPF, el código expone lo siguiente, *“la interceptación y secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación [...]”* (Congreso Nacional, 2019) pero este tendrá la duración de 30 días y en el caso de que se necesite más tiempo se podrá pedir, pero justificándola. Y en el caso de la incautación se dispone lo siguiente:

*“[...] el registro de un sistema informático o de una parte de éste, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o*

*preservar datos o elementos de interés para la investigación [...]”* (Congreso Nacional, 2019)

Como se puede apreciar ambas normas son las que más se acercan a una prueba digital, pero asemejándose más a una prueba pericial, se debe cumplir con los requisitos de legalidad y duración, para que la prueba sea admitida.

Si bien se puede utilizar cualquier tipo para obtener los elementos de convicción, el mismo cuerpo normativo también da la posibilidad en su artículo 173, de poder reconocer lugares y objetos para poder determinar la culpabilidad del imputado, pero no expone sobre si es posible los medios digitales, sino que se enfoca a los medios tradicionales referentes a la prueba física. En el artículo 147 dispone la posibilidad de aplicar de coacción en el caso de que personas dispongan de pruebas que puedan servir para el proceso, aunque con el principio de libertad probatoria da la posibilidad de poder acceder a pruebas de medios digitales.

## Conclusiones

Si bien existen normas constitucionales referente a la protección de datos personales y de igual forma a los demás cuerpos normativos donde se enfocan a la prueba digital, no existe una norma que regule este y que pueda ser agregado de forma correcta dentro del proceso ya que en aquellos casos donde no se cumpla con los requisitos de la prueba según el artículo 457 del COIP se vuelve inviable ya que cualquier documento, video o imagen no se podrá cumplir ya que no se configuran la cadena de custodia, aunque en nuestra legislación nos da la oportunidad de poder materializar ante un notario pero este solo da fe de que existe en alguna página de red, ya que este solo sería una copia y no el documento original. Aunque se podrá con autorización por parte del juez la interceptación de comunicaciones para poder obtener alguna prueba para la convicción por parte del fiscal, según el artículo 476 del COIP.

Además, el Ecuador se está preparando para la adhesión del Convenio de Budapest, donde este servirá para regular y reformar

nomas vigentes referentes a la prueba digital, así como también para la investigación de delitos informáticos y la cooperación eficaz de aquellos delitos transnacionales. Si bien el COIP, tiene un catálogo de delitos informáticos, pero no tiene normas explícitas sobre la prueba digital y con el avance de la tecnología se vuelve necesario y urgente su regulación. Se llega a entender que la mayoría de las normas referente a la prueba son para aquellas que son físicas.

Como se pudo apreciar en el Estado Argentino la posibilidad de poder agregar al proceso penal cualquier medio de prueba con el principio de libertad probatoria según el artículo 134 del Código Procesal Penal Federal, además esta norma en su artículo 147 da la oportunidad de poder incautar información que sea útil para el proceso aplicando la coerción en el caso de que existan personas que puedan tener información o elementos que sirvan dentro del proceso. En el artículo 150 y 151 de la norma citada tiene cierta semejanza con el del Ecuador ya que ambos tienen la posibilidad de interceptar la correspondencia tanto en física o digital en el caso del Ecuador lo podemos encontrar en el artículo 476 del Código Orgánico Integral Penal, previamente con autorización del juez.

Es necesario la creación de normas que estén encaminadas a la realidad que tenemos actualmente ya que bien se pudo apreciar las normas que están vigentes fueron creadas mas para un contexto físico, acercándose de cierta forma a la utilidad, obtención y reproducción de puestas digitales, hacen que sea ineficaz este uso, buscando de forma urgente la regulación de estos medios para la aplicación de justicia en los diferentes tribunales penales del Ecuador.

## Referencias Bibliográficas

Española, R. A. (10 de 01 de 2023). *RAE*.  
Obtenido de Real Academia Española:  
<https://dle.rae.es/dato>

Torres, G. C. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.

Gualda, S. d. (2019). *La Prueba Digital en el proceso judicial: Ámbito civil y penal*. J.M Bosch.

- Vega, J. A. (2015). *Derecho Mercantil Electrónico*. Madrid: Reus.
- Fiallo, C. H. (S/A). *Derecho Procesal Penal en Ecuador Las Etapas del Proceso*.
- Asamblea Nacional. (2008). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*.
- Asamblea Nacional. (2009). *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL*.
- Asamblea Nacional. (2010). *LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS*.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. *Suplemento Del Registro Oficial No. 180, 10 de febrero 2014*.
- Asamblea Nacional. (2015). *CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS*.
- Congreso Nacional. (2002). *LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS. Ley No. 2002-67*. Congreso Nacional. (2019). *Código Procesal Penal Federal*.
- Consejo de Europa. (2022). *Adhesión al Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia: Beneficios El Convenio sobre la Ciberdelincuencia*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2014). *SENTENCIA N.º001-14-PJO-CC*. [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec)
- Delgado, S. L., Salt, M., Pinho, C., & Verdelho, P. (2022). *Ediciones EL PAcCTO Colección A Fondo*. [www.elpaccto.eu](http://www.elpaccto.eu)
- El PACTO. (2023). *Europa Latinoamérica Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado*.
- Fiscalía General del Estado. (2009). *Manual de Manejo de Evidencias Digitales y Entornos Informáticos. Versión 2.0*.
- Fiscalía General del Estado Escuela de Fiscales. (2014). *Guía para Actuaciones del Fiscal dentro del Código Orgánico Integral Penal*. [www.fiscalia.gob.ec](http://www.fiscalia.gob.ec)
- Godoy, L. N. (2017). El dato personal como presupuesto del derecho a la protección de datos personales y del hábeas data en Ecuador. *Revista de Derecho, No. 27*.

José Antonio Vega Vega. (2017). Especialidades de la electrificación de los instrumentos de pago y financiación en derecho mercantil. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales Núm. 29, 2017, Pp. 105-167 - ISSN: 0212-7237.*

Marcela Alejandra Dunn Ortega. (2019). *Valor probatorio de la prueba documental de contenidos digitales durante la etapa de juicio en el derecho Procesal Penal Ecuatoriano.*

Presidente de la corte provincial de justicia de pichincha. (2018). *Presidencia de la corte nacional de justicia absolución de consultas criterio no vinculante remitente.*