



## RESUMEN

Con el avance tecnológico el comercio ha tenido que ir de la mano con la tecnología para no quedarse rezagado y es por ello que se han creado figuras como el comercio electrónico que facilitan la vida del hombre ahorrándole tiempo y dinero en la celebración de los contratos.

Se ha implantado una cultura dirigida hacia la tecnología de información y comunicación por lo que el comercio electrónico se ha convertido en una herramienta indispensable para los comerciantes en los países desarrollados por cuanto les da agilidad y seguridad en las transacciones, siempre y cuando se realice cumpliendo con los estándares permitidos e impuestos en la ley. Pero no solo el comercio electrónico está teniendo éxito en los países primer mundistas sino que los países subdesarrollados como el nuestro están incorporándose a este tipo de actividad comercial.

La uniformidad en regular el comercio electrónico evita que se cometan abusos por parte de las empresas que monopolizan los mercados y se permite de esta forma darle seguridad jurídica a las transacciones.

El presente trabajo de investigación engloba los diferentes medios de prueba tanto materiales como electrónicos que disponen los usuarios de la red en caso de ser víctimas de abusos o estafas que vayan en detrimento de su economía o más delicado todavía daños a su integridad moral.

El trabajo resume inicialmente en términos generales lo que entendemos por comercio electrónico, documento electrónico, para adentrarnos con más detalle a la prueba en términos generales y pasar a la prueba en el comercio electrónico, que enmarca incluso temas como encriptación, firma electrónica y el Protocolo 3D-Secure desarrollado por VISA.

**PALABRAS CLAVES:** Comercio electrónico, pruebas informáticas, Inspección Judicial, pericia, sistemas probatorios.



## LA PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

### AUTOR:

Abogado José Andrés Vázquez Valencia.

### INDICE

|                   |   |
|-------------------|---|
| Resumen.....      | 1 |
| Introducción..... | 8 |

### CAPÍTULO I

|   |    |
|---|----|
| 1.- Qué es el Comercio Electrónico.....   | 10 |
| 2.- Concepto de Comercio Electrónico.....   | 12 |
| 3.- Comentarios al proyecto de entrada en vigencia de la Ley 67 - 2002 en el Ecuador..... | 13 |
| 4.- Los Mensajes de Datos.....  | 22 |
| 4.1.- Correo Electrónico.....   | 22 |
| 4.2.- Servicios Web.....  | 23 |

### CAPÍTULO II

|   |    |
|---|----|
| 5.- El Documento Electrónico.....                               | 25 |
| 5.1.- Qué entendemos por Documento Electrónico.....             | 30 |
| 5.2.- Concepción Legal.....                                     | 31 |
| 5.3.- Elementos del Documento.....                              | 32 |
| 5.4.- Medios Informáticos que no son Documentos.....            | 34 |
| 5.5.- Elementos que integran el Documento Electrónico.....      | 35 |
| 5.6.- Características que reviste el Documento Electrónico..... | 36 |

### CAPÍTULO III

|  |    |
|--|----|
| 6.- La Prueba.....   | 40 |
| 6.1- Distinción entre pruebas Materiales y Pruebas Procesales..... | 44 |
| 6.2.- Elementos de la Prueba Procesal.....                         | 46 |
| 6.3.- La Prueba en el Comercio Electrónico.....                    | 50 |
| 6.4.- El Documento Electrónico y su valor probatorio.....          | 52 |



|   |     |
|---|-----|
| 6.5.- Los diferentes sistemas probatorios.....  | 56  |
| 6.5.1.- El Sistema de la Prueba Tasada o Legal.....   | 57  |
| 6.5.2.- El Sistema de la Libre Convicción.....  | 58  |
| 6.5.3.- El Sistema de la Percepción Racional del Juez.....  | 59  |
| 6.5.4.- El Sistema de la Sana Crítica.....  | 59  |
| 6.5.4.1.- La Sana Crítica en la legislación Ecuatoriana.....  | 61  |
| 6.6.- Los Medios de Prueba.....   | 62  |
| 6.6.1.- Medios de prueba de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.....   | 63  |
| 6.6.2.- Medios Informáticos como objeto de prueba.....  | 66  |
| 6.6.2.1.- Inspección Judicial.....  | 66  |
| 6.6.2.1.1.- Objetivo de la Inspección Judicial.....   | 68  |
| 6.6.2.2.- Prueba Pericial.....  | 69  |
| 6.6.2.2.1.- Objetivo de la Pericia.....   | 70  |
| 6.6.3.- Producción y Evacuación de la prueba.....   | 73  |
| 6.6.4.- Eficacia de la Prueba.....  | 74  |
| 6.6.5.- Eficacia de la Prueba Electrónica.....  | 75  |
| 6.6.6.- Valoración de la Prueba.....  | 77  |
| 6.6.7.- Valoración de la Prueba Electrónica.....  | 78  |
| 6.6.8.- La Admisibilidad o inadmisibilidad de la Prueba Informática.....  | 84  |
| 6.6.9.- Inadmisibilidad de la Prueba por Colisión de Derechos.....  | 86  |
| 6.6.10.- La prueba en la Existencia de Documentos Electrónicos.....   | 90  |
| 6.6.11.- Los Documentos Encriptados.....  | 91  |
| 6.6.12.1.- Concepto de Encriptación.....  | 92  |
| a) Encriptación Simétrica.....  | 92  |
| b) Encriptación Asimétrica.....   | 93  |
| 6.6.13.- La Firma Electrónica.....  | 95  |
| 6.6.13.1.- Firma Electrónica y Firma Digital.....   | 96  |
| 6.6.14.- Medios de Prueba de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos..... | 97  |
| 6.6.15.- El Protocolo 3D-Secure desarrollado por VISA.....  | 103 |



|   |     |
|---|-----|
| 7.- Las garantías que nos ofrece la prueba electrónica cuando sobrepasa la jurisdicción y competencia de un país..... | 105 |
| Conclusiones.....   | 107 |
| Sugerencias.....  | 109 |
| Bibliografía.   |     |



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

# **UNIVERSIDAD DE CUENCA**



## **MAESTRIA EN DERECHO INFORMÁTICO - MENCIÓN EN COMERCIO ELECTRÓNICO**

**Tesis previa la obtención del título de Magíster en  
Derecho Informático – Mención en Comercio Electrónico.**

**TEMA:**

**“LA PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO”**

**AUTOR:**

**Abogado JOSÉ ANDRÉS VÁZQUEZ VALENCIA**

**DIRECTOR:**

**Dr. SANTIAGO ACURIO DEL PINO**

**CUENCA – ECUADOR**



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

La presente tesis es de absoluta  
responsabilidad del autor:

Ab. José Andrés Vázquez Valencia.  
CI. 190037164-0



Agradezco a Dios por darme salud y las fuerzas necesarias para seguir adelante.

El apoyo incondicional brindado por mis padres y las demás personas que me han dado su aliento y se preocuparon por ver superarme.

A todos ellos muchas gracias.



## **INTRODUCCIÓN**

El comercio en particular es una actividad que ha ido desarrollándose y perfeccionándose con el transcurso de los tiempos.

Es evidente que con el avance tecnológico el comercio ha tenido que ir de la mano con la tecnología para no quedarse rezagado y es por ello que se han creado figuras como el comercio electrónico que facilitan la vida del hombre ahorrándole tiempo y dinero en la celebración de los contratos.

El comercio electrónico se ha convertido en una herramienta indispensable para los comerciantes en los países desarrollados por cuanto les da agilidad y seguridad en las transacciones, siempre y cuando se realice cumpliendo con los estándares permitidos e impuestos en la ley. Pero no solo el comercio electrónico está teniendo éxito en los países primer mundistas sino que los países subdesarrollados como el nuestro están incorporándose a este tipo de actividad comercial. Se está creando una cultura dirigida hacia la tecnología de información y comunicación.

Debido a la multiplicidad de legislaciones y que cada Estado tiene sus propias leyes internas que regulan el convivir pacífico de los ciudadanos, se hace complicado extender una ley que regule de forma equitativa esta actividad comercial. Con la soberanía que reviste a cada país, encontrar una norma uniforme es difícil pero no imposible.

La uniformidad en regular el comercio electrónico evita que se cometan abusos por parte de las empresas que monopolizan los mercados y se permite de esta forma darle seguridad jurídica a las transacciones.

La elaboración de un contrato que cumpla con las normas establecidas en una ley uniforme y obligatoria para los países, así como para las partes que intervienen en





## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

el mismo, serviría de prueba irrefutable para hacer valer los derechos del perjudicado y darle mayor fuerza a las transacciones que se realizan por los medios electrónicos.



## CAPÍTULO I

### 1.- QUE ES EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Contrario a lo que la mayoría de las personas creían, el comercio electrónico ya no es un sueño del futuro sino es una realidad y tiene un rol importante en nuestros días debido a la sociedad consumista con la que nos enfrentamos. Ello nos permite considerar al comercio electrónico como: “cualquier forma de transacción comercial en la que las partes interactúan, aunque puede considerarse como una definición tal vez excesivamente amplia: el comercio electrónico basado en Internet abarca todo tipo de acceso a información comercial, intercambio de medios digitales de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencias electrónicas de fondos, comercio electrónico de valores, contratación pública, mercadotecnia, servicios posventa directos al consumidor, certificación de identidades y transacciones, cibertribunales y formas de resolución de conflictos. Electrónicamente en lugar de intercambio físico o contacto directo se lo hace a través de un computador u otro medio de acceso electrónico desde cualquier lugar de mundo. En general, todo lo relacionado a Internet, con implicaciones económicas y comerciales”.<sup>1</sup>

El impacto del comercio electrónico consiste en que se trata de un mecanismo que rompe con todos los esquemas y paradigmas tradicionales de los mercados, creando unos nuevos, redefiniendo las expectativas de los clientes. Las posibilidades de oferta se abren absolutamente y las restricciones geográficas y de tiempo disminuyen. Anteriormente el comercio se basaba, por decir así, en probar el producto o estar presente de forma física en el lugar donde se encontraba la mercadería que se iba a comprar, pero en la actualidad con la introducción de los medios electrónico nos vincula a todos en todos los lugares del mundo, e inclusive se hace factible verificar lo que se va a comercializar y

---

<sup>1</sup> <http://www.corpece.org.ec/documentos/articulos/nacionales/electronico-marklaw.htm> (Consulta: 17-08-2007)



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

especificar las características de los bienes o servicios que se ofrecen y se están ofreciendo. El modelo de negocio ha sufrido un cambio radical: podemos encontrar que la tendencia es dotar del servicio de Internet y acceso a la red gratuito, incluso el ordenador o computadora es entregado a barato costo al cliente.

El comercio electrónico, en los tiempos modernos por sus innumerables ventajas, ha venido robando campo a las relaciones comerciales tradicionales y los avances en materia de informática, han relegando rápidamente, a la escritura tradicional de las prácticas comerciales con un carácter físico, si lo entendemos como el contacto directo entre vendedor y comprador o los intermediarios.

Sin embargo, la inseguridad jurídica que reviste al comercio electrónico ha impedido un mayor desarrollo. La acogida que tiene lamentablemente se ha visto truncada, limitando así las transacciones en la red, el acceso a portales con fines informativos y compra o utilización de productos y servicios con compañías que operan desde otros países desarrollados, obligando a estas, por ello, a que se tomen medida de seguridad en las transacciones electrónicas.

Por lo mencionado es que se ha buscado crear una ley o conjunto de leyes que regule el comercio electrónico y dotarle al mismo de un marco jurídico que de confiabilidad al comercio electrónico.

Proteger al consumidor que es la parte débil en las transacciones en línea es el principal objetivo que deben buscar los gobiernos y también deben garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos por vía electrónica ni se de efecto o valides por la forma de celebración. A lo que se debe estar es al fondo o contenido del contrato y a la intención de las partes que intervienen en el mismo.

Países suramericanos como el Ecuador, al igual que Colombia entre otros han adoptado esquemas para dar seguridad al comercio electrónico implantando la estructura de clave pública y privada para proteger a los documentos; han creado entidades encargadas de certificar la valides del documento, conocidas como



Entidades Certificadoras, legalmente constituidas y autorizadas para generar firmas digitales.

## **2.- CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

Partiendo de las múltiples definiciones que se le ha dado al comercio electrónico se puede mencionar que: “Es el sistema global que utiliza redes informáticas y en particular Internet, permite la creación de un mercado (es decir operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnología y bienes, y que incluye todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, incluyendo matching, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transportes, etc.) el banking de apoyo y todo en condiciones de seguridad y confidencialidad necesarios”.<sup>2</sup>

El comercio electrónico al igual que el comercio en general es la negociación, intercambio de bienes y servicios por lo general con fines económicos y de lucro, de cualquier clase, realizado por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, pero por medios electrónicos o informáticos, en lugares distintos.

El comercio electrónico reúne unas características que hacen posible delimitar en cierta forma lo que se entiende por esta actividad. Entre las recopiladas tenemos:

- “Las operaciones se realizan por vía electrónica o digital”. Quiere decir que el medio por el cual se realizan las transacciones debe tener un camino electrónico que de agilidad a esta actividad comercial y no solo esto, sino que permita llegar a los más remotos lugares y evitar tener que trasladarnos de forma física.
- “Se prescinde del lugar donde se encuentran las parte”. Es decir el espacio físico pasa a un segundo plano, lo que importa es el

---

<sup>2</sup> <http://www.mecon.gov.ar/comercioelectronico/recu1.gif> (Consulta: 17-08-2007)



consentimiento libre y voluntario de las partes para el perfeccionamiento de la transacción comercial, ese consentimiento se manifiesta de diferentes formas ya sea utilizando transacciones bancarias, intercambio de mercaderías o servicios, entre otras.

- “La importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo)”. Con ello se disminuyen los impuestos y conlleva un ahorro.
- “Se reducen drásticamente los intermediarios”. Terceras personas que en el comercio físico participaban ya no intervienen y con ello se da una relación directa entre comprador y vendedor. Los contratantes intervienen directamente y ellos pactan las cláusulas del contrato, lo que significa un ahorro y mayor seguridad al tratar con el proveedor directo.
- “Se efectivizan más rápidamente las transacciones”.<sup>3</sup> La celeridad esta de por medio porque no existen trabas.

### **3.- COMENTARIOS AL PROYECTO DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 67 - 2002 EN EL ECUADOR**

“Con el apoyo de CORPECE (Corporación Ecuatoriana de Comercio Electrónico) creada para este efecto, y con la participación activa de varios sectores interesados, se impulsó el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, Firmas Digitales y Mensajes de Datos.

Para la elaboración y estructuración del Proyecto de Ley, se invitó a una amplia base de sectores involucrados y se contó con la participación de importantes empresas del medio. Se partió de la revisión de la legislación ecuatoriana y junto con el apoyo de distintos proyectos de ley, sobre todo de la Ley Modelo propuesta

---

<sup>3</sup> <http://www.mecon.gov.ar/comercioelectronico/recu1.gif> (Consulta: 17-08-2007)



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Mercado Internacional); Directivas Europeas sobre comercio electrónico, firma digital -Directiva de Propuesta COM (1998) 586 final-98/0325 (COD) de 11 de Noviembre de 1998, modificada por la propuesta COM (1999) 427 final- 98/0325 (COD) sobre Comercio Electrónico, Directiva 97/7/CE contratos a distancia del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Directiva sobre Firma Electrónica modificada del Parlamento Europeo y del Consejo COM (1999) /95 final-98/0191 (COD), proyectos y anteproyectos de leyes de países europeos como Italia, España, Alemania, Luxemburgo, el Acta de Utah de los Estados Unidos de América, estudios y proyectos latinoamericanos de Chile, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú, investigaciones y publicaciones sobre el derecho de las nuevas tecnologías principalmente de universidades, así como doctrina especializada.

Debemos mencionar que nuestro proyecto de ley recoge, además del comercio electrónico, regulaciones sobre firmas digitales y mensajes de datos. Se trata de constituir un cuerpo legal de mayor alcance y aplicación práctica, que trate de regular en lo posible todo lo que se relacione con el comercio electrónico para no encontrarnos con vacíos legales y no poder hacer valer nuestras pretensiones. En este punto se apega a la ley modelo de CNUDMI y por contraste se aparta de las Directivas de la Comunidad Europea que legislan exclusivamente el tema del documento electrónico y la firma digital, regulaciones éstas aplicables a toda clase de actos y entornos tecnológicos, aunque no tengan aplicación comercial o económica. Sin embargo vale mencionar que no se ha tratado en el Proyecto de Ley temas como: nombres de dominio, impuestos relacionados con el tema y publicidad virtual, por citar algunos ejemplos.



El proyecto de Ley de Comercio Electrónico fue presentado oficialmente en la Secretaría del Congreso Nacional con fecha 14 de septiembre de 1999 y posteriormente la Ley como tal, entró en vigencia en el año 2002”.<sup>4</sup>

En forma breve voy a hacer una recopilación del contenido básico de la Ley 67 que es el siguiente:

La Ley esta compuesta por un Título Preliminar, que trata del objetivo de la Ley, Cinco Títulos, subdivididos en Capítulos, que se refieren al contenido y regulación en si, y en la parte final Disposiciones Generales y dentro de esta en la Novena un Glosario de Términos que reflejan el contenido tecnológico que reviste la Ley.

La ley regula:

- **Los Mensajes de Datos:** Se define como “aquellos documentos en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio”. Conceptualizando esta definición podemos afirmar que se trata de un término genérico que engloba a: documentos electrónicos, correo electrónico, páginas Web, telegrama, telex, fax, facsímile e intercambio electrónico de datos (más conocido como EDI - *Electronical Data Interchange*) A decir de algunos juristas especializados, son el punto central de toda la tecnología de la información dedicada a soportar las operaciones comerciales electrónicas. La relación de los mensajes de datos con documentos electrónicos está dada porque se trata de información (con soporte digital o no) generada o transmitida por medios electrónicos”.<sup>5</sup> También se da a los mensajes de datos un reconocimiento jurídico, se le reconoce derechos de propiedad intelectual y se remite a la Ley de Propiedad Intelectual, se establece los principios de confidencialidad y reserva, etc.

En anteriores líneas nos referimos a EDI, pero ¿qué significan estas siglas?

---

<sup>4</sup> <http://www.corpece.org.ec/documentos/articulos/nacionales/electronico-marklaw.htm> (Consulta: 17-08-2007)

<sup>5</sup> Ibidem, (Consulta: 17-08-2007)



- **EDI (Electronic Data Interchange)**

Por sus siglas en Inglés que significa Intercambio Electrónico de Datos es un estándar mundial de comercio electrónico que nos indica los documentos o transacciones electrónicas globales que podemos estar intercambiando con nuestros clientes, proveedores, etc., que al entrar en un proyecto de EDI, se convierten en socios de negocio.

Para implementar EDI, necesitamos tres componentes básicos:

- 1.- Software traductor EDI
- 2.- Estándar EDI a utilizar
- 3.- Medios de comunicación con nuestros socios comerciales.

En conclusión EDI es un estándar global que nos dice como convertir los documentos en papel a transacciones electrónicas que podrán ser interpretados por los diferentes socios comerciales que conozcan los estándares EDI.

En términos generales es cualquier proceso de intercambio de información que se realiza electrónicamente y sin necesidad de intervención humana.

- **XML (Extensible MarKup Language)**

La idea del XML es la de crear un lenguaje muy general que sirva para muchas cosas. Esto significa que con él vamos a poder definir nuestros propios tipos de documentos (podremos definir nuestras propias etiquetas) y, por tanto, ya no dependeremos de un único e inflexible tipo de documento HTML.

- **HTML**

Es otro lenguaje basado en las reglas y sintaxis definidas por el SGML. Pero este lenguaje, presenta grandes incompatibilidades que impedían al usuario disfrutar de una página web plenamente: “es un lenguaje limitado en cuanto que no nos permite realizar sobre Internet todas las aplicaciones o cosas que nos gustaría”- dice Joaquín Bravo Montero, en su Manual del XML.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> [http://html.rincondelvago.com/edi\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/edi_1.html) Consulta el 25 de Mayo del 2010.





- ***Firmas Electrónicas:*** Entendida como: “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos. Es la firma y/o rúbrica contenida en un mensaje de datos”.<sup>7</sup> La firma digital es indispensable dentro de las redes abiertas de información, como Internet y el comercio electrónico. Solamente a través de ella se puede dar seguridad en relación con la autenticación digital vital para su desarrollo y expansión. El fin que persigue la firma digital es el mismo de la firma ológrafa: dar asentimiento y compromiso con el documento firmado, así como considerarse como prueba de la autoría del documento.
- ***Entidades de Certificación de Información:*** Consideradas como aquellas entidades que dan fe de que una determinada clave pública corresponde a un sujeto específico mediante la expedición de un certificado. La importancia del certificado está dada por constituir el aval o respaldo de la firma digital: no existe legalmente el uno sin la otra. La Ley considera y dice que son las “empresas unipersonales o personas jurídicas que emiten certificados de firma electrónica entendido como – el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad – y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica, autorizadas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en esta Ley y el reglamento que deberá expedir el Presidente de la República”.<sup>8</sup> La Ley ha otorgado a la Superintendencia de

---

<sup>7</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Ley No 67-2002, art. 13.

<sup>8</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Ley No 67-2002, art. 29.



Telecomunicaciones las funciones de control de estos proveedores, salvo que se trate de proveedores de servicios de certificación relacionados con el sistema financiero nacional, caso en el cual será la Superintendencia de Bancos quien ejercerá estas funciones de control. Así mismo, la Ley 67 establece varios requisitos que deberán cumplir todos aquellos que quieran ser considerados proveedores de servicios de certificación. Estos son de distinta índole, desde requisitos de carácter técnico, de probidad, económicos y de operabilidad en las funciones que han de prestar a la comunidad.

- **Organismos de Promoción y Difusión de los servicios electrónicos:** Se considera como organismo de promoción y difusión de los servicios electrónicos el COMEXI como lo establece la ley: “Para efectos de esta Ley, el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, COMEXI, será el organismo de promoción y difusión de los servicios electrónicos, incluido el comercio electrónico y el uso de las firmas electrónicas en la promoción de inversiones y comercio exterior”.<sup>9</sup> Este organismo tiene como finalidad la promoción entendida como tal, “La iniciativa en alguna cosa; progreso, adelanto”.<sup>10</sup> Y la difusión equivalente a divagar o propagar; esto es poner en conocimiento amplio de la población de los beneficios y seguridades que brinda el comercio electrónico. Pero hasta que punto esta organismo de difusión beneficia al pequeño empresario.
- **Contratación electrónica y Telemática:** Para Davara Rodríguez, “el contrato electrónico es aquel que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando éste tiene o puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo de la interpretación futura del acuerdo. En consideración a este concepto el contrato electrónico

---

<sup>9</sup> Ibidem, art. 36.

<sup>10</sup> CABANELLAS, Guillermo – “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” – Editorial Heliasta, 27<sup>o</sup> Edición, tomo VI, pág. 459



es otra forma de manifestación de la voluntad con la intervención de los medios electrónicos”<sup>11</sup>. Con base en la autonomía de la voluntad, esta nueva forma de expresar el consentimiento es totalmente válida siempre y cuando no lleve inmiscuida ningún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo.

- ***Derechos de los Usuarios o Consumidores de Servicios Electrónicos:***

El éxito y el pilar del comercio electrónico dependerá en gran parte del interés y la confianza de los consumidores. En el mercado tradicional se han creado gran cantidad de mecanismos para promover la protección del consumidor y que todavía son útiles en el comercio electrónico. “La Organización de Cooperación Económica y Desarrollo (OCED) ha tenido un papel preponderante y ha ayudado en gran medida a crear procedimientos y mecanismos para proteger los derechos de los consumidores y usuarios del comercio electrónico con su publicación de la - Guía de Protección al Consumidor en el Mercado Electrónico. En este documento se han considerado como partes integrales de la protección al consumidor: la contratación electrónica, privacidad, seguridad y autenticación, fraude en línea, resarcimiento al consumidor, educación del consumidor y veracidad en publicidad. Estos temas, aunque pueden variar ligeramente, son en la generalidad importantes dentro de la protección al consumidor en lo que concierne a resarcimiento”.<sup>12</sup> En la Ley de Comercio Electrónico ecuatoriana también se garantizan derechos al consumidor y establece que previo a cualquier aceptación que realice el mismo debe ser informado clara, precisa y satisfactoriamente de los productos que esta adquiriendo, para acceder a dicho registro o mensaje. Además se considera a más de

---

<sup>11</sup> <http://www.corpece.org.ec/documentos/articulos/nacionales/electronico-marklaw.htm> (Consulta: 17-08-2007).

<sup>12</sup> Ibidem, (Consulta: 17-08-2007).



los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, otros derechos.

- **La Prueba y Notificaciones Electrónicas:** Corresponde al tema que más adelante va a ser manera de estudio, pero para tener una breve idea de lo que es la prueba se puede decir que es la demostración de la verdad de lo que se afirma en juicio. Y las notificación entendida de conformidad con el art. 73 segundo inciso del Código de Procedimiento Civil como: “el acto por el cual se pone en conocimiento a las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás providencias judiciales, o se hace saber a quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez”.<sup>13</sup> La Ley de Comercio Electrónico dice al respecto en su art. 56: “Todo el que fuere parte de un procedimiento judicial, designará el lugar en que a de ser notificado, que no puede ser otro que el casillero judicial y/ o el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico, de un abogado legalmente inscrito en cualquiera de los Colegios de Abogados del Ecuador. Las notificaciones a los representantes de las personas jurídicas del sector público y a los funcionarios del Ministerio Público que deben intervenir en los juicios, se harán en las oficinas que estos tuvieren o en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico que señalaren para el efecto”.<sup>14</sup> Esta ley señala que para recibir las notificaciones se debe designar una casilla judicial o la dirección electrónica de un abogado acreditado en el país. El Dr. Efraín Torres Chaves menciona que: “según el Registro Oficial 490 del miércoles 9 de enero de 2002, en resolución dictada y aprobada por el Consejo Nacional de la Judicatura, se establece la tasa judicial de 120 dólares norteamericanos, para los casilleros electrónicos que se pagará

---

<sup>13</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador.

<sup>14</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.



anualmente”<sup>15</sup>; y es menester resaltar lo realizado por los judiciales de la ciudad de Cuenca que ya están incorporando las notificaciones por medios electrónicos a los abogados y esto constituye un avance importantísimo en nuestro país que debería ser tomado como ejemplo.

- **Delitos e Infracciones Electrónicas:** El comercio electrónico tiene un respaldo en caso de violarse las reglas que lo regulan y de cometerse actos que sean imputables. La razón de ser al establecerse una norma es que esta pueda ser coactiva, y de esta manera hacer efectivo el fin que persigue la misma. Para salvaguardar la práctica segura y confiable del comercio electrónico es que se imponen sanciones. Excluir la tipificación de un delito e infracción desmoronaría toda la ley al no encontrarse la forma de sancionar el mal uso del comercio electrónico. “La incorporación de estas nuevas normas al Código Penal traería infinidad de problemas e inconvenientes, por lo que a criterio de algunos tratadistas únicamente se debería partir de una reforma a los conceptos tradicionales de firma, documento, instrumento privado, instrumento público, y asimilarlos a la firma digital o electrónica y al documento electrónico, evitándose de esta forma que se generen vacíos por falta de normas es decir por atipicidad de delitos e infracciones en la red. Otra de las formas es incorporar modificaciones y establecer sanciones a los infractores cibernéticos en el respectivo Código Penal. Este procedimiento es el que ha seguido el proyecto de Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, lo cual, como establecimos anteriormente, podría ocasionar vacíos o ausencia de tipicidad. Es importante anotar que se siguió este procedimiento en vista de la demora y falta de celeridad por parte de los legisladores en el Ecuador, y entendemos que se consideró más ágil añadir artículos que regulen las

---

<sup>15</sup> TORRES CHAVES, Efraín; “Breves comentario a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, pág. 87.



distintas infracciones y violaciones al comercio electrónico que reformar los conceptos de las principales figuras del comercio tradicional”.<sup>16</sup>

#### 4.- LOS MENSAJES DE DATOS

Definido en la Disposición General Décima que textualmente dice: “Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada y archivada por medios electrónicos , que puede ser intercambiada por cualquier medio. ...”; este concepto es bastante amplio al iniciar manifestando toda información. Posteriormente se hace una enumeración la cual no es taxativa y mas bien tiene un criterio amplio para adaptarse a los avances tecnológicos y considera como mensajes de datos a los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correos electrónicos, servicios Web, entre otros antes mencionados.

A continuación aré una breve referencia de lo que se entiende como correos electrónicos y paginas Web, que son las que más se utilizan, sin antes dejar en claro que sobre el documento electrónico lo trataremos con mayor amplitud en el capítulo siguiente de este trabajo de investigación.

##### 4.1.- CORREOS ELECTRÓNICOS:

El “Correo electrónico, o en [inglés](#) *e-mail (electronic mail)*, es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes rápidamente (también denominados [mensajes](#) electrónicos o [cartas](#) electrónicas) mediante sistemas de comunicación [electrónicos](#). Principalmente se usa este nombre para denominar al

---

<sup>16</sup> <http://www.corpece.org.ec/documentos/articulos/nacionales/electronico-marklaw.htm> (Consulta: 17-08-2007).



sistema que provee este servicio en [Internet](#). Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos digitales. Su eficiencia, conveniencia y bajo coste (con frecuencia nulo) están logrando que el correo electrónico desplace al [correo ordinario](#) para muchos usos habituales.

El nombre correo electrónico proviene de la analogía con el correo postal: ambos sirven para enviar y recibir mensajes, y se utilizan "buzones" intermedios (servidores), en donde los mensajes se guardan temporalmente antes de dirigirse a su destino, y antes de que el destinatario los revise.

Para que una persona pueda enviar un correo a otra, ambas han de tener una dirección de correo electrónico. Esta dirección la tiene que dar un proveedor de correo, que son quienes ofrecen el servicio de envío y recepción.

Una dirección de correo electrónico es un conjunto de palabras que identifican a una persona que puede enviar y recibir correo. Cada dirección es única y pertenece siempre a la misma persona.

Para poder enviar y recibir correo electrónico, generalmente hay que estar registrado en alguna empresa que ofrezca este servicio (gratis o de pago). El registro permite tener una *dirección de correo* personal única y duradera, a la que se puede acceder mediante un nombre de usuario y una Contraseña.

Hay varios tipos de proveedores de correo, que se diferencian sobre todo por la calidad del servicio que ofrecen. Básicamente, se pueden dividir en dos tipos: los correos gratuitos y los de pago".<sup>17</sup>

#### 4.2.- SERVICIOS Web:

En informática, la World Wide Web, cuya traducción podría ser *Red Global Mundial* o "Red de Amplitud Mundial", es un sistema de documentos de hipertexto

---

<sup>17</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Correo\\_electr%C3%B3nico](http://es.wikipedia.org/wiki/Correo_electr%C3%B3nico) - Consulta 30 de Mayo 2010



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

o hipermedios enlazados y accesibles a través de Internet. Con un navegador web, un usuario visualiza sitios web compuestos de páginas web que pueden contener texto, imágenes, videos u otros contenidos multimedia, y navega a través de ellas usando hiperenlaces.

El uso de estos prefijos no está impuesto por ningún estándar, incluso hoy en día existen muchos sitios Web que no tienen el prefijo "www". Este prefijo no tiene ninguna relación con la forma en que se muestra el sitio Web principal".<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/World\\_Wide\\_Web](http://es.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web) - Consulta 31 de Mayo del 2010





## CAPÍTULO II

### 5.- EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Es importante antes de adentrarnos al tema hacer mención a los diferentes sentidos que se les da a las palabras analizando como punto de partida la interpretación cotidiana para adentrarnos al ámbito legal. Es cierto que estas tienen diferentes definiciones y que en la gran mayoría se ajustan a la frase o concepto que se quiera describir, es así como para una persona normal un documento es todo lo que puede escribir, tal vez para ella una carta a un amigo sea un documento, pero si nos adentramos ya un poquito al marco legal se debe estar a la interpretación inicial que realice el legislador si hablamos de leyes, posteriormente a como lo interpreta el juzgador y posteriormente a la visión incluso de los abogados y las partes. Lo que para uno es considerado documento, para otro no lo será. Por esas múltiples acepciones de lo que se debe entender por DE es que se vuelve necesaria la delimitación de los mismos con una serie de elementos que los constituyan como tal.

A mi forma de ver creo que se debe partir de tomar en consideración la parte material en sí y no prestarle mucha atención a la parte formal, con ello se pueden incluir con más facilidad los documentos que van surgiendo con el avance de la ciencia, más específicamente, la tecnología.

Doctrinariamente el documento ha sido definido en forma genérica, para posteriormente clasificarlo en público y privado dependiendo de las formalidades que revista uno y otro, lo que ha tenido más realce en materia civil.

“El Código de Procedimiento Civil peruano lo hace de una forma amplia, la más amplia que se ha sancionado sin duda alguna: así se afirma que documento es



*todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho*".<sup>19</sup> Definición que muestra con claridad al decir todo escrito u objeto, que no solo lo que se plasma en un papel, medio electrónica, sino también lo que se puede expresar en una obra o incluso los vestigios que se dejan en objetos de madera, piedra u otros materiales usados para expresar algo y que puede ser susceptible de ser comprobado, o es la base para verificar un hecho.

Las doctrinas se inclinan cada vez más por las concepciones amplias que traten de abarcar la mayor cantidad de medios que puedan ser considerados documentos, es por ello que ya no solo se habla de plasmar información en papel sino en cualquier objeto o medio. Se pasa del papel, a las imágenes, monumentos y también abarca el ámbito electrónico e informático.

La finalidad de manejarse definiciones más amplias y acertadas, permiten dotarle al juzgador de otros elementos probatorios e ir más allá de los que se ha considerado inicialmente con muy respetable acierto.

“Vemos a los mejores representantes del pensamiento procesal contemporáneo realizando sus mejores esfuerzos por definir de la forma más amplia posible al documento. ETCHEBERRY dice que es *todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente*.”<sup>20</sup> Se puede desprender que se refiere a un autor que es la persona que crea o de donde nace el documento, con lo que se le da una identidad y a su vez una responsabilidad y posteriormente se menciona se va a un ámbito físico que ya no solo enmarca el papel sino también otros objetos como “una moneda, una lápida, o cualquier otra cosa apta para representar un hecho, para enseñar algo, sea documento”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 32.

<sup>20</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 33.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pág. 33.



Como se entiende la gnoseología humana, como el estudio del conocimiento del hombre que para algunos autores parte de lo que nos proporcionan los sentidos, para lograr la verificación de los hechos, sin apartarnos en cierta forma de la razón. “Para acceder a la verdad, el hombre ha de acudir a los datos que le proporcionan sus sentidos externos (vista, tacto, oído, gusto y olfato). Por tanto, son válidas las precisiones que hace DEVIS ECHANDÍA, que estima que documento es: *toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible por los sentidos de la vista y el tacto que sirven de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera*”. Esta definición realza el actuar humano dándole un carácter físico apreciable por los sentidos y a su vez que sea prueba histórica que se plasma en el tiempo para ser susceptible de verificar que en sí ocurrió. Se puede ver que esta definición resalta como sentidos principales a la vista y al tacto, y con este último “exigencia se podría sacar del juego a ciertos objetos como los registros informáticos, de escasa corporalidad y alta volatilidad. Por eso preferimos enmarcarnos a definiciones mas teleológicas que apuntan exclusivamente a la funcionalidad del documento.”<sup>22</sup>

Revisiéndole al documento de un entendimiento humano donde ya es parte la razón y sumándole el elemento sensitivo, lo que implica su perceptibilidad por los sentidos, esta última que se ha identificado con la escritura, en sus diferentes formas, al incorporarse la razón pasa a un campo más amplio y adaptable a los avances tecnológicos inimaginables en tiempos antiguas.

“ROGER E. LEVIEN distingue los documentos sustanciales basados en papel, de los insustanciales como los electrónicos. Dentro de su concepción doctrinaria se excluyen las películas de cine, las cintas de video, e inclusive las grabaciones realizadas en cintas de audio que habían sido disgregadas de manera expresa por

---

<sup>22</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 33.



juristas como DEVIS ECHANDÍA".<sup>23</sup> También vale la pena hacer mención que con esta distinción de documentos insustanciales se incluirían los almacenados en los diversos discos duros de alta capacidad como en los de poca capacidad y fáciles de transportar.

Antes de pasar al ámbito del Comercio Electrónico me pregunto si ¿es posible considerar como documento a lo que no se puede palpar con los sentidos, no aplicar la razón como complemento? Afirmativamente me permito responder que no, porque resultaría imposible considerar un pensamiento no plasmado en nada, como un documento. Debe ser necesario que se pueda conocer el hecho que se afirma y que este se halle plasmado en cualquier forma perceptible con los sentidos; no importa el medio que se use, lo que incluye a los informáticos.

Para poder considerar un documento como prueba es menester ser captado por los sentidos y susceptible de aplicar el entendimiento humano.

La concepción que tradicionalmente se ha tenido de documento se ha venido identificando como escrito, un objeto donde queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, como un objeto que no solo es susceptible de observar, sino también de palpar.

En nuestros días se observa que el documento impreso en papel está perdiendo fuerza de circulación y se esta imponiendo el documento electrónico, inclusive la firma de puño y letra esta siendo remplazada por la firma digital que usada en forma debida y cumpliendo todas las formalidades del caso da las mismas seguridades e incluso mayores que la firma manuscrita.

El documento electrónico parecería carecer de sustento probatorio en el caso de suscitarse una controversia, pero las diferentes legislaciones ya están regulando este tema. El Derecho Internacional Privado, que se encarga del estudio y

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 34.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

regulación de las controversias que se presentan entre particulares de los diferentes Estados, que están sometidos a las leyes de su patria, tanto territorialmente como extraterritorialmente, ya están tomando cartas en el asunto.

A nivel internacional se observa el afán de crear una ley uniforme que regule los documentos electrónicos y por esta razón han nacido nuevas ideas que dieron origen al “Proyecto de Ley Modelo sobre Documento Electrónico” de UNCITRAL llevada a cabo por las Naciones Unidas.

Anterior a la entrada en vigencia de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, se observa el afán de regular los documentos electrónicos, para de esta manera encasillar la actuación de la computación como vía para la creación y almacenamiento de banco de datos personales y darle una seguridad a los mencionados datos y que no se violenten los derechos de las personas.

En el Ecuador la Ley 67-2007, tiene la finalidad de regular las actuaciones informáticas, electrónicas, de redes tanto de los particulares como del sector público por la incidencia que tienen en la actualidad los documentos electrónicos y porque no decir el comercio electrónico.

Con el mismo propósito de regular todo lo concerniente a propiedad intelectual generada por medios físicos como electrónicos y de proteger las creaciones se promulga la Ley de Propiedad Intelectual.

Es importante establecer la importancia que tiene el comercio electrónico, no solo en el Ecuador sino a nivel mundial y lo importante que es seguir regulándolo para que se desarrolle y crezca en nuestro país.



## 5.1.- QUÉ ENTENDEMOS POR DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Partiendo de la finalidad que persigue todo documento, que consiste en hacer constar un hecho o una cosa; en sentido general delimitaremos lo que debemos entender por documento, para posteriormente referirnos de forma específica a lo que es el documento electrónico.

El documento es el “escrito, escritura, instrumento con que se prueba, confirma, demuestra o justifica una cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuando consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extiende o figure (...)”.<sup>24</sup>

El documento electrónico puede ser definirlo como “Toda información generada, transferida, comunicada o archivada por medios electrónicos, ópticos u otros análogos”.<sup>25</sup>

Tomando en consideración la definición da Álvaro Vergara “El documento electrónico es un archivo magnético contenido en un cassette, disquet, CD-Rom u otro medio electrónico, que contiene cierta información, la cual puede ser archivada, transmitida o comunicada por medios computacionales”.<sup>26</sup> Esta definición expuesta por el profesor Vergara considera al documento electrónico como un archivo magnético contenido en medios electrónicos de almacenamiento como los son los ya mencionados y de esta manera no es taxativo en su definición dando la posibilidad de almacenamiento de los archivos electrónicas en otros medios, de tal manera que puedan ser transferidas o comunicadas por vías computacionales.

---

<sup>24</sup> CABANELLAS, Guillermo – “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” – Editorial Heliasta, 27º Edición, Tomo III, p.304.

<sup>25</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, p. 620.

<sup>26</sup> *Ibíd*em, pág. 620.



Podemos concluir manifestando que el documento electrónico es la información que nace por medios electrónicos y que puede ser transferida, transmitida y archivada por vía electrónica.

## **5.2.- CONCEPCIÓN LEGAL**

En el ámbito legal se está tratando de delimitar lo que se debe entender por documento electrónico, para darle un reconocimiento legal y permita ser considerado como prueba en caso de suscitarse alguna controversia, o para la imputación de un delito.

En este sentido la Ley 67 – 2002 equipara al documento electrónico con el mensaje de datos y define a este última de la siguiente manera “Mensaje de datos es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada, o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensaje de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documento electrónico, registros electrónicos correo electrónico, servicios Web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”.<sup>27</sup>

En esta ley, al equiparar al documento electrónico con el mensaje de datos, jurídicamente se le da el mismo valor que los documentos escritos como consta en el art. 2 de la ya citada ley 67 que establece: “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”.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 1.

<sup>28</sup> Ibidem, art. 2.



Es evidente la intención de regular el documento electrónico en nuestra legislación para lograr hacer efectiva las pretensiones de los ecuatorianos y que se protejan sus derechos.

### 5.3.- ELEMENTOS DEL DOCUMENTO

“La doctrina distingue dos elementos constitutivos del documento: el *corpus* y el *docet*. El *corpus* es la cosa corporal sobre la que consta inserta una representación gráfica, una grafía, de un hecho”, como por ejemplo la hoja de papel donde se va a escribir, un pedazo de madera donde se va a tallar. “El *docet* es la enseñanza, lo que el autor intenta expresar al destinatario del documento.

NUÑEZ LOGOS subclasifica estos elementos, según el recuadro que sigue:

|                         |                  |   |
|-------------------------|------------------|---|
| Elementos del documento | a) <i>Corpus</i> | a) El soporte material<br>b) La Grafía              |
|                         | b) <i>Docet</i>  | a) Intencionalidad<br>b) Expresividad <sup>29</sup> |

Los elementos del documento son divididos en corporales e incorporales y a su vez a cada uno de ellos les da una subdivisión que intentaremos diferenciar y enmarcar. “Los elementos *Corporales* son dos: el soporte material, que puede ser mueble (documento propiamente) o inmueble (monumento), y la grafía plasmada sobre el soporte material que representa algún hecho distinto del *corpus*. Los elementos intelectuales también son dos: la *intencionalidad* del autor de expresar

<sup>29</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 35.





algo cuando elaboró el documento, y la efectiva *expresividad* constante en dicho documento puede explicar a su destinatario el pensamiento del autor”.<sup>30</sup>

Los que reúnan estos cuatro elementos puede ser considerado documento; pero me permito decir que no todos, debido a que hay múltiples representaciones en papel u otros objetos que no son considerados documentos porque no expresan nada y tienen finalidad alguna como es el caso de caminar descalzo por la arena del mar donde es verdad que se plasma la huella, pero no hay una intención de la persona que camina por esta, el manchar una hoja de papel tampoco se consideraría como documento, porque no está demostrando nada.

Los mensajes de datos, correos electrónicos, videoconferencias, fotografías, etc., son uno de los múltiples ejemplos de medios electrónicos que es menester dilucidar si reúnen el elemento materia antes mencionado para que sean considerados documentos.

El hecho de que sean perceptibles por el sentido de la vista ya nos permitiría darle un cierto carácter material porque debió haberse generado en algún soporte material. Se estaría tomando en consideración la cosa u objeto que fue utilizado para que naciera ese documento, por ejemplo si tenemos un correo electrónico, esta debió haberse realizado en algún computador, sin importar el lugar donde se encuentre, lo importante aquí es en donde se generó. Igualmente una fotografía debió ser tomada con una cámara; lo que implica ya la existencia del elemento material u objeto que exige el documento para ser considerado como tal.

Todo archivo electrónico tiene un soporte físico donde se generó, y mientras la información está en la mente del hombre y no se expresa de alguna manera no podemos hablar de documento, pero al ser plasmada en cualquier soporte, ya puede ser considerado como documento.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, pág. 35.



#### 5.4.- MEDIOS INFORMATICOS QUE NO SON DOCUMENTOS

Según JUAN CARLOS RIOFRIO, “analizando estos elementos, nos resulta fácil y hasta obvio determinar si un medio informático es o no documento: si el medio reúne los cuatro elementos es documento, si no, no”.<sup>31</sup> Podemos crear un gráfico en un computador o cualquier otro medio que no tiene el elemento intención por haber sido creado sin la misma.

Es importante referirnos al *hardware* y *software* de una máquina que no pueden ser considerados como documento; es el medio con el cual se creó el documento o podríamos hablar del elemento utilizado para crear el documento, lo que no significa que lo sea.

El documento en si es plasmar en ese elemento, una capacidad de ser perceptible de forma sensible (vista), lo que implica un elemento material, que pueda representar un hecho, que sea realizado con intención, es decir sabiendo lo que se hace y que exprese algo o que tenga sentido.

Hay que tomar en consideración que es un documento en general, diferenciarlo del documento electrónico, por sus características propias como son el medio por el cual fueron generados, la forma de transferirse con tal facilidad y velocidad de un lugar a otro, entre otras. Lo importante aquí es establecer si estos hechos reúnen los elementos genéricos anteriormente mencionados ya constituyen documentos en general, ahora es menester delimitar que se puede considerar como documento electrónico y que no, y cuáles son los elementos que deben concurrir para tal afirmación.

---

<sup>31</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 37.



## 5.5.- ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

De las múltiples definiciones que van surgiendo al tratar el tema del documento electrónico se ha llegado a extraer los elementos comunes al documento en análisis.

Entre los elementos encontramos los siguientes:

- a) “**Archivo magnético:** Este se refiere a todo tipo de medios electrónicos, óptico u otro análogo que permite guardar toda clase de información para ser reproducida en cualquier momento. Se debe tener aquí toda técnica computacional que se utiliza para respaldar información, que permite su almacenamiento y posterior uso.
- b) **Medio físico de archivo:** Es el disquete, Cd-rom, disco óptico tarjeta magnética, etcétera, que se utiliza para archivar en forma electrónica información. (...).
- c) **Información archivada:** Es el Documento Electrónico mismo, esto quiere decir, que frente a información archivada tenemos un documento electrónico. La naturaleza del mensaje contenido en dicho documento puede ser de la más variada índole, por ejemplo, texto, sonidos, imágenes, etcétera.
- d) **Almacenamiento:** (...) es la posibilidad de guardar gran cantidad de datos en pequeños espacios físicos, cosa que con los instrumentos o documentos en soporte papel requería de varias habitaciones. En un solo CD se guarda una gran cantidad de información.



- e) **Transmisión o Comunicación:** (...) Es esencial que el documento electrónico pueda ser enviado por cualquier medio de comunicación y que este permita rescatar el documento con todas sus características, forma íntegra y certificando el contenido del mensaje pese a su distancia”.<sup>32</sup>

Estos elementos recopilados nos permite establecer cuales son los alcances del documento electrónico, que para poder ser considerado como tal es necesario que exista una vía electrónica por donde van a ser transmitidos, un archivo magnético como se menciona para poder disponer de la información guardada cuantas veces se requiera por parte de las personas, y que la forma de archivar sea por medios informáticos; hay que mencionar que el hecho de incorporar la información en un CD, disquete, u otros medios que se pueden tener como físicos, se debe estar al contenido de información que estos almacena; lo que interesa es el fondo y no la forma.

## 5.6.- CARACTERÍSTICAS QUE REVISTE EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Las característica permiten confirmar las garantía de las que reviste el documento electrónico cuando se trata de demostrar la autoría del mismo.

El respaldo que brinda el documento que se traducen en las garantías con las que este cuenta, son las siguientes: Autenticación, Identificación, Integridad de datos, Confiabilidad, Revocación y Negociabilidad.

- a) **“Autenticación del originador:** El documento electrónico nos otorga la posibilidad de tener la certeza de quien es el originador de dicho

---

<sup>32</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, págs. 622, 623.



documento. Así, el receptor puede identificar al o los responsables o apoderado”.<sup>33</sup>

Con esta característica que encierra al documento electrónico es posible detectar cual fue la fuente de donde nació el documento y poder atribuir la autoría a una persona determinada y sirve de medio de prueba en caso de alegar la violación o vulneración de un derecho.

b) **“Identificación, no negación de origen o no repudio:** Puede el documento electrónico ser identificado, esto es referido nuevamente a la persona del originador del documento. Por tanto se obtiene para el receptor una prueba irrefutable del origen del documento, no pudiendo por ello ser negado por el originador”.<sup>34</sup>

La posibilidad de negar el origen del documento, con esta característica queda desechada y la prueba que se obtiene permite establecer los hechos alegados.

c) **“Integridad de datos:** Por medio de un procedimiento técnico se garantiza la integridad del documento electrónico. A través de dicho procedimiento, se verifica que un documento electrónico no ha sufrido modificaciones en el trayecto existente entre el originador y el receptor ya que puede ser detectada cualquier alteración al contenido de estos. De esta forma se protege ante cualquier intento de adulteración o manipulación de la información original”.<sup>35</sup>

La integridad de datos es importante y ya reviste un carácter técnico que con la ayuda de un profesional en la materia es posible detectar si el documento fue modificado y encontrar al responsable. Es por ello que se han creado unos

---

<sup>33</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, pág. 622

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 622

<sup>35</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, pág. 622



sistemas de seguridad que permiten que el documento este garantizado en su integridad. Estas claves que se incorporan al documento en caso por ejemplo de la firma electrónica, son la clave pública y privada con las cuales se puede emcriptar un documento; entendida la encriptación como “(...) el medio por el cual se logra dar seguridad y confidencialidad a la información, además de permitir mantener la integridad de datos”.

- d) **“Confiability”:** Las características técnicas que rodean al documento electrónico aseguran que la información contenida en él no puede ser leída por un individuo, entidad o proceso no autorizado, aunque interfiera el canal de comunicaciones. Esta cualidad del documento electrónico está dada por su propia naturaleza, otorgando seguridad jurídica tanto al originador como a los destinatarios del mismo, (...).<sup>36</sup>

La información contenida en los documentos partiendo de la confiabilidad permite saber que este no ha sido conocido por otra persona que no sea el interesado o a quien estaba dirigido el mensaje. Pero la confiabilidad del documento debe ir de la mano con la responsabilidad del originador del documento, es decir que por más que se cuente con clave o llaves que le dan seguridad y confiabilidad a un documento si hay un descuido por parte del propietario de esas llaves el documento carecerá de confiabilidad.

- e) **“Revocability”:** Esta característica propia de los documentos tradicionales también se verifica en el documento electrónico y se caracteriza por la posibilidad de modificar, enmendar o dejar sin efecto, de inmediato y de común acuerdo un por el originador y el destinatario algunas de sus partes o su totalidad”.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 623

<sup>37</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, pág. 623



Esta posibilidad que nace de la voluntad de las parte y que se aplica en los contratos en donde las partes pueden modificar, enmendar o dejar sin efecto al mismo se aplica también al documento electrónico y de común acuerdo se puede revocar el mismo en todo o en parte.

- f) **“Negociabilidad:** El documento electrónico al igual que su par tradicional, e incluso de una forma más acorde a los nuevos requerimientos, no solo del comercio, sino que de todas las relaciones entre particulares o instituciones, e incluso estados, puede ser comercializado, cedido o endosado, pero a través de medios electrónicos”.<sup>38</sup>

La facilidad que los medios electrónicos dan respecto a la transferencia ya sea a título gratuito u oneroso de los documentos electrónicos es amplia, aquí el único requisito que interviene es el consentimiento y el documento puede ser negociado.

La comercialización del documento electrónico exige el requisito de que se realice por medios electrónicos.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 623.



## CAPÍTULO III

### 6.- LA PRUEBA

Luego de haber realizado un breve comentario y recopilación del Comercio Electrónico y del Documento Electrónico estudiaremos la prueba como sustento de toda demanda o controversia legal.

Se ha discutido mucho sobre lo que se debe entender por prueba principalmente en el campo procesal y muchas definiciones han surgido al respecto, unas más completas que otras.

La prueba se define como: “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”.<sup>39</sup>

Etimológicamente la prueba judicial según la opinión de Caravantes, “para unos – dice-procede del adverbio *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende ; y según otros, de *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe según varias leyes del Derecho Romano”.<sup>40</sup>

Con ello se puede colegir que la prueba es tratar de recordar un hecho que se suscitó y con ello reconstruir que es lo que en realidad ocurrió.

“Un adagio latino, por demás evidente proclama: *Probatio est demonstrationis veritas*, (Prueba es la demostración de la verdad)”<sup>41</sup>. La prueba al consistir en el medio con el que cuentan para averiguar los hechos como sucedieron y llegar a lo más apegado a la verdad, se reduce principalmente al campo procesal. ¿Por qué? Porque corresponde al que alega probar sus afirmaciones y demostrar al juez u

---

<sup>39</sup> CABANELLAS, Guillermo – “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” – Editorial Heliasta, 27ª Edición, tomo VI, p. 497.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pág. 497, 498.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pág. 498.





órgano jurisdiccional la verdad de sus afirmaciones y obtener una sentencia favorable. La parte vencedora, si podemos decir así, es la que logra convencer al juez como real sus afirmaciones y que se desconozca lo no afirmado por la parte contraria.

Conforme el concepto recopilado por Juan Carlos Riofrío, quien toma la definición de FLORIÁN, “en el lenguaje jurídico, la palabra prueba tiene varios significados. Efectivamente, no solo se llama así a lo que sirve para proporcionarnos la convicción de la realidad y certeza del hecho o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo”<sup>42</sup>. Se puede colegir de esta definición que no solo se refiere al asunto de probar un acontecimiento sino a la forma de cómo se lo va a hacer, ya se pasa a un plano adjetivo que tiene que ver con el procedimiento a emplear para apegarse lo más posible a la verdad.

El vocablo prueba tiene muchas acepciones tanto en el lenguaje cotidiano como en el campo jurídico pero se debe hacer mención que en ambos campos se puede entender cuál es el fin de la prueba.

“En el Diccionario de la Real Academia Española se encuentran veinte y nueve significados distintos de la palabra”<sup>43</sup>. Esto quiere decir que múltiples son los criterios de prueba lo que ha permitido que se den desacuerdos ha momento de conceptualizarlas, algunos autores dan unas definiciones más amplias y generales que otras.

“RODRIGUEZ, siguiendo en parte a DEVIS ECHANDÍA, sugiere que una definición completa de la palabra *prueba* debe plasmar su materialidad, procesalidad y subjetividad, que son tres elementos inseparables de la noción de prueba”.<sup>44</sup> Criterio muy acertado que me permitiré comentar desglosándolo.

---

<sup>42</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 15.

<sup>43</sup> *Ibíd.*, pág. 15.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, pág. 16.



Al referirse a la *material* si partimos de la experiencia podemos decir que se refiere a lo que se puede captar por los sentidos, no solo lo que se palpa sino también lo que se observa; materialmente hablando todo lo susceptible de examinar.

Partiendo de la *procesalidad*, podemos hacer mención dos aspectos fundamentales partiendo de lo que se entiende por proceso en sentido general y viene a ser el camino a seguir para llegar a un objetivo y si lo plasmamos en la prueba primero nos referimos a que esta cuando se ha realizado un acto o se comete un delito o infracción se va reconstruyendo paso a paso y si la aplicamos al ámbito legal estaríamos refiriéndonos ya a un proceso o juicio donde va a servir para lograr acercarnos más a la verdad de un acontecimiento que se suscito.

Tomando en término *subjetividad*, a mi criterio, nos podemos inclinar con la decisión, lo que implica el lograr convencer al Juez de cómo sucedió un hecho que acarrea una responsabilidad legal a quien lo realizó.

“Laudables son los esfuerzos de CARRARA cuando, en un intento de abarcar todas las acepciones de la palabra define *prueba* como *todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición*”;<sup>45</sup> definición que al plasmar la palabra *todo* es demasiado amplia lo que comprende actos que no son parte de la prueba si nos referimos al campo legal.

La prueba hay que tomar en consideración que viene a ser la afirmación de un hecho que se suscito que es alegada por una parte y que puede ser refutada por la otra con la finalidad de establecer lo que en verdad ocurrió.

Existen varias acepciones sobre la prueba que vamos a estudiar:

---

<sup>45</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 16.



**“a) Aceptación procesal general.** La de las *Partidas*, que anota que prueba es averiguamiento que se hace en juicio en razón de una cosa dudosa.

La partida citada entiende a la palabra como una acción; la verificación de un enunciado, la demostración de una afirmación, comprobación de una hipótesis o de un juicio... Aquí prueba es probar”.<sup>46</sup> Es una definición histórica que como se mencione tiene un carácter de acción, esto quiere decir que la prueba le corresponde practicar y evacuar al actor si nos referimos a un juicio cualquiera. No se habla para nada de la contraparte, a lo único que se refiere es a quien le va corresponder hacer prueba y con ello partir de una hipótesis que tiene que ser demostrada y para ello tiene que sustentarse.

**“b) Aceptación procesal restringida.** Podemos definir la prueba atendiendo a su eficacia procesal. Así la prueba ya no es una acción, sino el producto objetivo de la acción de probar. Prueba es lo informado”.<sup>47</sup> Si se refiere a lo informado, los medios para obtener esa información se dan en principio con las declaraciones de los testigos, lo confesado por el sospechoso si tomamos el campo penal, lo observado por el juez en la diligencia de inspección judicial que se plasma en un acta al final de la misma, el dictamen de uno o varios peritos si fue solicitado por las partes o designados por el juez, los documento tanto públicos como privados. Prueba vendría a ser toda la recopilación que se pudiera obtener con la finalidad de reconstruir los hechos sucedidos de la manera más veras posibles. El inconveniente es que se toma como prueba solo lo establecido por el legislador plasmado en el derecho positivo.

**“c) Aceptación procesal estricta.** ... Se refiere a la evacuación o apreciación del producto de la acción de probar pero en consideración a la *convicción* que produce. Aquí prueba es lo probado”.<sup>48</sup> Al referirse a un carácter estricto de la prueba, deja de lado los indicios e incluso la apreciación por parte del juzgador al

---

<sup>46</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 18.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 20.



buscar la verdad, solo constituye prueba lo estrictamente considerado en la ley, si un testimonio de un testigo es incompleto no le da la facultad al juez de apreciarlo.

**“d) Aceptación material.** No pocos juristas identifican la prueba con los medios de prueba”. Partiendo de esta consideración tal vez en el lenguaje común y para cualquier persona no exista diferencia, pero si le tomamos desde el campo jurídico se las define de diferente forma, cada una con sus características propias que las hacen diferentes. Definiciones como las de “ENTHAM, que entienden por *prueba* los elementos, hechos, cosas, consideraciones en sí mismo, que nos informan de la verdad de un hecho”, lo que le da un carácter material y no procesal.

## 6.1.- DISTINCIÓN ENTRE PRUEBAS MATERIALES Y PRUEBAS PROCESALES

Tomando la acertada recopilación de criterios del JUAN CARLOS RIOFRIO, quien hace referencia a GUASP, quien recoge una importante distinción entre pruebas materiales y pruebas procesales que ameritan reproducirla. “Prueba material es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato al que la prueba se refiere...”<sup>49</sup>; esto aceptación nos demuestra con meridiana claridad lo que se entiende por prueba material con su única y exclusiva finalidad la de probar como sucedió un hecho sin la más mínima finalidad de ante quien se lo va a hacer. El objetivo único de la prueba material es hacer una reconstrucción lo mas apegada a cómo sucedieron los hechos sin que ello implique la necesidad de hacerla valer ante una

---

<sup>49</sup> <sup>49</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 22.



autoridad encargada del esclarecimiento de una verdad y tratar de buscar los responsables si es que lo existen.

“En cambio, la prueba procesal es, como antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción psicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales...”,<sup>50</sup> esta acepción de la prueba procesal pasa de un plano objetivo al exclusivamente de convencimiento del juzgador de cómo sucedieron los hechos, con estos medios materiales que se hayan recopilado buscar el convencimiento del juez y en cierta forma si lo miramos desde la perspectiva de un proceso judicial, buscar el convencimiento del mismo y con ello obtener una resolución favorable. Se hace mención con total nitidez el término *convicción*, que deriva en convencimiento, y ¿qué podemos entender por convencer? Se define convencer como “motivar a uno a que reconozca o acepte algo”<sup>51</sup>, definición que enmarca buscar lograr que el juez solo aprecie nuestra teoría de cómo sucedió un hecho.

Distinguir entre prueba material es importante al momento de litigar por cuanto estas diferenciación pueden marcar una decisión en el campo jurídico.

En este sentido procesal donde las partes son las encargadas de aportar las pruebas, y que en la mayoría de los casos, se la realiza en lo que más les convenga, cuyo único objetivo es la de convencer al juez de la veracidad de un hecho que se afirma por las partes; estos medios de prueba deben ceñirse a la Ley y si nos referimos a la tendencia actual del Estado de Derecho Constitucional, también debes estar acorde a la Constitución, caso contrario su valides será discutida y de ser el caso declarada inconstitucional.

La finalidad del juez como juzgador, frente a un conjunto de pruebas aportadas por las partes es la de hacer justicia, sobre la certeza de un hecho ocurrido.

---

<sup>50</sup> *Ibíd*em, pág. 22.

<sup>51</sup> Diccionario Práctico LNS 1999, Publicado e impreso por Editorial Don Bosco, Cuenca Ecuador, pág. 226.



La orientación de la prueba combinando la material con la procesal es la de buscar que el juez se convenza que un hecho sucedió de tal forma y que no se aparte de los indicios que se le dan a conocer para que con su apreciación verifique la existencia del hecho.

Es evidente que estas pruebas para considerar su valides y procedencia deben ser debidamente actuadas, lo que implica que debe apegarse lo más posible a la ley, y como se mencionó a la Constitución.

Puede darse el caso de la existencia de pruebas materiales que a la luz de las personas permitan el esclarecimiento de un hecho evidente, pero que por haber sido mal actuadas no sirva de pruebas eficaces para el juez, pero no se puede descartar que este tenga la facultad de considerarlas como indicios al momento de tomar una decisión. En sentido procesal muchas pruebas objetivas mal actuadas pueden ser dejadas de lado al momento de su apreciación.

## **6.2. ELEMENTOS DE LA PRUEBA PROCESAL**

Puesto que es la que más nos interesa estudiar si se la aplica en la práctica, su clasificación a sido objeto de múltiples debates. “CHIOVENDA diferencia como elementos constitutivos de la prueba los motivos, los medios y los procedimientos. MANZINI habla de fuentes, medios y elementos. GUASP, de elementos fuentes, medios, motivos, materias, tema y resultados. VISHINSKI, simplemente de los hechos que es necesario probar y los hechos que se emplean para probar algo”.<sup>52</sup> Debido a los múltiples criterios de los tratadistas, se pueden desprender diversos elementos de la prueba procesal.

---

<sup>52</sup> <sup>52</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 25.



Como paralelismo se puede decir que si tomamos la prueba material esta enmarca dos elementos exclusivamente, el uno que consiste en el medio probatorio y el otro en la fuente. Que entendemos por medio probatorio, los indicios que se tienen para establecer cómo sucedieron los hechos como es el caso de la declaración de testigos que presenciaron un hecho; y la fuente como el origen donde se obtuvo la prueba materia.

La definición más generalizada a la que hacía referencia “DEMOLOMBE, cuando decía que prueba es: *la demostración de la verdad de un hecho*”<sup>53</sup> se desprende el camino a seguir para llegar al establecimiento de la verdad.

“FLORIAN distingue solo tres elementos en la prueba: objeto, medio y órgano”,<sup>54</sup> y según JUAN CARLOS RIOFRIO, “quien recoge una acertada tesis carneluttiana se atreve a incluir un elemento adicional: la fuente”.<sup>55</sup>

A continuación nos referiremos a cada uno de estos elementos anteriormente mencionados:

“a) **El Objeto.** Es el tema que se va a probar (...). Consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento, dice FLORIAN, cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso (...)”.<sup>56</sup>

En este caso el objeto de la prueba si le aplicamos al área penal viene a ser el delito en si, como por ejemplo en el robo, se exige como objeto de la prueba la sustracción de un bien con el ánimo de apropiarse y con violencia en las personas o fuerza en las cosas.

---

<sup>53</sup> Ibídem, pág. 26.

<sup>54</sup> Ibídem, pág. 26.

<sup>55</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 26

<sup>56</sup> Ibídem, pág. 26.



El objeto de la prueba es aquello de lo que se trata de probar, cuya finalidad consiste en verificar la existencia de lo que se afirma. La prueba tiene siempre la finalidad de justificar o establecer que en realidad sucedió el hecho y con ello adquiere un carácter finalista de establecer lo que en verdad ocurrió.

“b) **El Órgano.** Es la *persona que le suministra al proceso el conocimiento del objeto de prueba*. Por ejemplo, el testigo, que declara sobre el homicidio, o el perito que suministra informes técnicos sobre el hecho, cosa o acto”.<sup>57</sup> Estas personas ajenas a un proceso son las que le dan al juzgador los suficientes elementos de convicción para que este pueda decidir.

“c) **La Fuente.** SENTÍS MELENDO, en línea con CARNELUTTI, aclaraba que fuentes son los elementos probatorios que existen antes del proceso y con independencia de este (...), así, el testigo es una fuente, su declaración es un medio, la cosa que ha de ser examinada es una fuente, y su reconocimiento por el juez es un medio (...).”<sup>58</sup>

Para que las cosas puedan constituir como prueba tienen que reunir ese elemento sensible. Para “CARNELUTTI, las fuentes son un equivalente sensible del hecho que hay que valorar (...), prueba, como sustantivo de probar, es pues, el procedimiento dirigido a tal verificación. Pero las razones no pueden estar montadas en el aire; en efecto el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible (la fuente), que constituye el fundamento de la razón”.<sup>59</sup> Es lógico que toda prueba tiene que partir de algo y ese algo se lo obtiene por medio de los sentidos. El juzgador para poder conocer lo sucedido se debe fundar en lo que sus sentidos le muestran y de esta manera confinarlo con su razón, lo que conlleva aplicar la lógica y de ello obtener un resultado que es su decisión. Incluso para formularnos una hipótesis de cómo sucedió un hecho es menester de partir de

---

<sup>57</sup> *Ibídem*, pág. 27.

<sup>58</sup> <sup>58</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 27.

<sup>59</sup> *Ibídem*, pág. 27.





algo perceptible por los sentidos, caso contrario resulta imposible determinar lo que en realidad sucedió.

El hombre, dotado de los sentidos, solo puede buscar la verdad partiendo de datos sensibles. El conocimiento del ser humano está íntimamente vinculado con sus sentidos y nace como una hoja de papel en blanco, la cual se encuentra lista para imprimir y archivar todo lo que se le va presentando, es como un computador sin información que poco a poco va llenando su disco duro y después identificar lo que se busca. Mientras va creciendo y obteniendo experiencias sensibles puede llegar al conocimiento y de ello obtener conclusiones.

“Deducimos que la fuente para ser tal, debe reunir los siguientes elementos: a) estar constituida antes del proceso; b) ser una cosa o hecho naturalmente apto de evidenciar algún hecho o cosa (el tema que se va a probar); y, ser susceptible de información al hombre por medio de los sentidos, especialmente por la vista. En cuanto los medios informáticos posean estos tres elementos, podrán considerarse como fuente de prueba”.<sup>60</sup> Nótese que se hace mención a unos elementos indispensables que deben concurrir para que se pueda considerar la prueba y ya se va más allá considerando que en el campo informático o electrónico deben concurrir los mismos para que sean considerados como tal. Al estar constituida antes del proceso, da a entender que el suceso debe primero ocurrir, de no fuera imposible tratarse de determinar algo inexistente, posteriormente se hace la pregunta ¿Qué es lo que se pretende probar?, ello permite identificar el hecho o cosa en sí y finalmente se pasa al campo sensitivo donde concurren los sentidos, y se hace especial mención a la vista, lo que podríamos tomar como punto de partida que no deje de lado a los demás sentidos ni los menoscabe.

Compilando todos estos elementos se puede definir a la fuente como *“toda cosa o hecho sensible anterior al proceso que, finalmente, puede servirnos para*

---

<sup>60</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 28.



*demostrar la verdad de un enunciado*".<sup>61</sup> Los medios de prueba que se nos pueden proporcionar pueden ser completos o incompletos y de ello dependerá casi en la mayoría de los casos la decisión del juez.

Siendo los documentos electrónicos, las firmas electrónicas, los mensajes de datos, entre otros, susceptibles de ser captados por los sentidos, se convierten en realidades materiales que constituyen prueba.

"d) **El Medio de prueba.** Las *Partidas* definían la prueba como el *averiguamiento que se hace en juicio en razón de una cosa dudosa*".<sup>62</sup> Se hace mención al averiguamiento que nos lleva considerar como la indagación, búsqueda de elementos que nos sirvan para tratar de apegarnos lo más posible a la verdad de un hecho que se discute y que conlleva como resultado una duda que debe ser resuelta. "En palabras de BENTHAM, son un medio de que nos servimos para probar la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto".<sup>63</sup>

### 6.3.- LA PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

"Es una realidad que el sistema implantado en la gran mayoría de servidores que ofrecen Comercio Electrónico en la Red, únicamente garantizan la integridad y confidencialidad de los datos en tránsito; pero, no permiten controlar el uso que de los mismos pueda hacer, el agente prestador del servicio. En el comercio tradicional, la utilización del dinero en efectivo, es una forma de conservar la intimidad del individuo, cuando compra servicios o bienes; evitando así, que en alguna forma el vendedor necesite conocer su identidad. Situación diferente sucede en las compras hechas por Internet, pues lo usual es suministrar los datos personales (dirección, nombre, etc.) con el número de tarjeta de crédito, el cual expone al comprador a que se vincule su identidad con los bienes o servicios

---

<sup>61</sup> *Ibídem*, pág. 28.

<sup>62</sup> *Ibídem*, pág. 28.

<sup>63</sup> *Ibídem*, pág. 29



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

adquiridos. El proveedor puede alquilar o vender dicha información a otras compañías dedicadas a la publicidad directa, o a negocios alternos.

Dentro de la perspectiva jurídica, el mayor riesgo relacionado con las transacciones vía Internet a través de tarjetas, son las consecuencias de un fallo en la seguridad, y quién asume la responsabilidad del hecho. En los contratos usuales de cargo entre la entidad bancaria y el titular de la tarjeta, generalmente el banco tiene la facultad de realizar todas las transacciones que hayan sido remitidas por el comerciante, aún si no están firmadas, siempre y cuando su titular no la haya notificado como pérdida, robada o falsificada. Aunque se agiliza mucho la posibilidad de realizar transacciones con tarjetas a través de Internet, se genera una inseguridad muy grande para el consumidor”.<sup>64</sup>

El número de fraudes cometidos en la red crece a pasos agigantados, por lo cual se deben encontrar barreras legales que garanticen seguridad entre las partes contractuales y en los datos circulantes, pues en el medio empresarial, el principal riesgo adicional que asumen las empresas y compañías que se aventuran a implementar un entorno multinet es la inseguridad en las transacciones y de carecer de medios de prueba que le permitan respaldar sus acciones.

Diversos organismos a nivel mundial, han planteado la utilización de un sistema que proporcione suficiente seguridad al Comercio Electrónico, dándole validez jurídica y cobertura legal, como instrumento de prueba, ante una utilización fraudulenta o incorrecta. El sistema que más se ha adecuado, al garantizar la culminación y realización satisfactoria de negocios electrónicos seguros es la Firma Digital. Esta permiten: la integridad de la información transmitida, asegurar la identidad de los contratantes, en virtud de nuevos conceptos, tales como documentos digitales, mecanismos de autenticación, autoría por Internet, etc.

---

<sup>64</sup> Lissy Jované N. – “El Comercio Electrónico y la Nueva Teoría Económica del conocimiento”. Internet - [http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos\\_13g.htm](http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_13g.htm) (Consulta: 17/08/2007)



La prueba en el comercio electrónico puede ser de las más variada índoles y tomando en consideración los diferentes sistemas legales que aplican cada país y de que puede ser o no considerado como prueba.

Los conflictos en el comercio electrónico se están generando cada vez más y el consumidor que es por lo general la parte más perjudicada en las transacciones, no cuenta con las herramientas para hacer valer sus derechos y en algunos casos lo costoso que le resulta acceder al órgano jurisdiccional competente, que en la mayoría de los casos pasan de su esfera territorial, ocasionan que por ese inconveniente queden en la impunidad.

No hay que dejar de lado que ya se está tomando cartas en el asunto y se está dando ciertas facilidades para que los perjudicados por transacciones realizadas por medios informáticos y telemáticos cuenten con el necesario sustento legal y probatorio.

#### **6.4.- EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SU VALOR PROBATORIO**

“Conforme aumenta el uso del Comercio Electrónico y de [Internet](#) para celebrar contratos, van surgiendo controversias y [conflictos](#), mismos que en muchas ocasiones requieren de una intervención judicial para llegar a un acuerdo entre las partes. Generalmente se trata de los mismos [problemas](#) que se presentan en el [comercio](#) tradicional, pero ahora aplicados a situaciones relacionadas con el ciberespacio, donde [la comunicación](#) se realiza por medio de mensajes electrónicos.

Hoy en día muchos dudan sobre la validez de utilizar documentos electrónicos como medio de prueba y, lo que es más grave, en ocasiones son los mismos jueces quienes se cuestionan la validez probatoria de los acuerdos y demás documentos que no constan en papel; o documentos digitales.



La mayoría de las legislaciones establecen restricciones estrictas o taxativas a los medios de prueba, y, considerando el carácter novedoso y reciente de las tecnologías de la informática y el Comercio Electrónico, obviamente no contemplan entre sus medios de prueba a los documentos electrónicos”.<sup>65</sup>

Hay que tomar en consideración que la valoración de la prueba de los documentos electrónicos, una vez que se ha demostrado su eficiencia y el reconocimiento de mérito probatorio dependerá del criterio del juzgador, quien la valorará utilizando para ello las reglas de la sana crítica.

El retraso judicial, en algunos casos, dificulta enormemente la utilización de los documentos electrónicos como medio de prueba, debido a que los funcionarios no tienen, en la mayoría de las ocasiones, la más mínima preparación técnica para operar computadores y, consiguientemente, trabajar con este tipo de documentos.

Una de las prioridades en la reglamentación del Comercio Electrónico es, precisamente, reconocer el valor probatorio de este tipo de documentos, de manera que garantice la posibilidad de exigir el cumplimiento, por lo menos en el caso de los acuerdos electrónicos, por la vía judicial.

La valorización de las pruebas que realizan los jueces, ellos recurren necesariamente a apreciaciones y opiniones que, hasta cierto punto, pudieran calificarse como subjetivas, siempre y cuando lo hagan basándose en la razón y su experiencia. Así, entrarán a analizar ciertos elementos de la prueba, como su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud.

---

<sup>65</sup> <http://www.monografias.com/trabajos7/delec/delec.shtml#p1vpde> (Consulta: 17 agosto 2007)



Gracias a los avances tecnológicos los documentos electrónicos pueden llegar a cumplir con los requisitos de las pruebas que analizarán los jueces. E incluso más, las superan en integridad e inalterabilidad. Es por eso que en esa valoración subjetiva el juez deberá considerar estas características de los documentos electrónicos.

Por lo expuesto todo individuo que se siente perjudicado por la violación de un derecho está sujeto a probarlo ante el órgano jurisdiccional competente de conformidad con la materia, grados, territorio, personas como lo consagra el art. 1, segundo inciso del Código de Procedimiento Civil que dice: “(...) Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas, y de los grados”.<sup>66</sup>

“Tener un derecho y no poder probarlo es equivalente a no tenerlo”.<sup>67</sup> Por lo tanto la carga de la prueba esta revestida por la persona que alega la existencia de un hecho y la atribución de un derecho vulnerado. Es por ello que tomando en consideración nuestra legislación, al respecto el Código de Procedimiento Civil en el art. 113 dice: “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa (...)”.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador.

<sup>67</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, p. 642.

<sup>68</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador.



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

Los hechos que sirven de prueba deben ser tomados en consideración de acuerdo con las leyes de cada país y es aquí donde se suscitan inconvenientes por la diversidad de legislaciones y por lo complejo que resulta someterlo a un extranjero a otra leyes que no sean las de su patria y en caso de hacerlo, que se reconozcan esas resoluciones en donde se le atribuyan la violación de un derecho ajeno y que sean ejecutadas.

Aquí es donde nos preguntamos ¿si es posible con las nuevas tecnologías de la información hacer valer nuestros derechos?, ¿es seguro realizar transacciones comerciales por estos medios?, ¿cuan fácil o difícil resulta probar que se ha vulnerado un derecho? Este es el reto que se han planteado las diversas legislaciones para lograr responder a estas interrogantes y no quedarse en la incapacidad de no poder ir de la mano con la tecnología.

Con el reemplazo del papel por los documentos electrónicos, surge la necesidad de crear nuevas formas de comprobar por medios procesales la veracidad de estos documentos electrónicos considerándolos como medios de pruebas legales.

Debemos considerar el mérito probatorio del documento electrónico, una vez demostrada su autenticidad, y en base a su autenticidad debe ser plena prueba de los hechos y declaraciones en él contenidos, salvo prueba en contrario.

“El problema con los Documentos Electrónicos, para el común de las personas estaría dado por la falta de seguridad y, como señala el profesor Del Favero, en este punto se presentarían tres problemas en cuanto a la prueba.

- Demostrar que el mensaje se originó de parte de quien se sostiene que proviene.
- Demostrar cuál es el contenido de la transacción que fue objeto del mensaje transmitido durante el proceso de formación del contrato y



- Reducir la posibilidad que se altere el contenido del archivo electrónico que contiene el mensaje.

Por ello, la admisibilidad del documento electrónico como prueba y su valor probatorio va en directa relación con la seguridad que rodee a la operación”.<sup>69</sup>

Comentando los puntos del problema en cuanto a la prueba de los documentos electrónicos, el primero se puede decir que tiene un carácter técnico, al poder demostrar que el mensaje se origino en el computador de la persona a quien se le está imputando responsabilidad, para ello el juzgador está en la obligación de nombrar peritos especializados en la materia, y en base de su informe valorar la prueba; el segundo está dirigido al fondo del documento electrónico, al contenido en si del mismo y poder demostrar que establecía el contrato, cuales eran las cláusulas contenidas en el mismo; y el tercero eliminar en lo posible que el documento sea alterado de su forma original y las seguridades que brinda el mismo ya sea con las claves públicas o privadas y la firma electrónica.

Podemos colegir que lo más importante para lograr una correcta apreciación de los documentos electrónicos como prueba de los hechos y las transacciones o negocios ejecutados en Internet, es, principalmente, que los jueces amplíen sus criterios en base a los adelantos de la tecnología informática, pues de nada servirá que las partes utilicen los avances de la ciencia y de la tecnología como medios de prueba, si los encargados de la resolución de sus conflictos, se cierran a apreciarlos en todo su valor probatorio, por desconfianza o falta de conocimientos.

## 6.5.- LOS DIFERENTES SISTEMAS PROBATORIOS

La valoración de la prueba, al seguirse la tendencia civil, le corresponde al juez competente en base a lo que las partes litigantes hayan aportado.

---

<sup>69</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, págs. 642, 643.





“En un proceso civil inspirado por el principio dispositivo el juez asume un rol activo al valorar la prueba rendida por las partes, con el objetivo de lograr el establecimiento material de los hechos, dándolos por probados o no luego de su análisis. Es decir, al valorar la prueba se busca determinar la eficacia de los diversos medios probatorios y la influencia que ejercen sobre la resolución”.<sup>70</sup>

Las legislaciones, según la tendencia seguida por cada una de ellas, han adoptado distintos sistemas a la hora de referirse a los medios de prueba, considerados como el camino para llegar a la verdad de los hechos, y la forma de admitirlos en juicio. Entre los principales sistemas tenemos: la prueba tasada o legal, la de libre convicción, la percepción racional del juez, la sana crítica.

#### **6.5.1.- EL SISTEMA DE LA PRUEBA TASADA O LEGAL**

En este sistema de prueba tasada o legal es la ley la que señala al juez o tribunal, a priori, cual es el grado de eficacia justificativa y veracidad que tiene determinados elementos considerados como prueba. Esta establece cuales son las pruebas a considerar por el juzgador y son pruebas estrictas de las cuales el juez no puede apartarse porque de hacerlo no le da ningún valor. Este tipo de prueba le priva al juzgador de emitir cualquier criterio personal o subjetivo en la apreciación de la prueba. Se debe sujetar a las pruebas que taxativamente están enumeradas por la ley.

Estas pruebas que se encuentran preestablecidas en la ley, si se puede decir, que están enumeradas en la ley, le dejan en la imposibilidad al tribunal de adoptar otros medios de prueba que podrían llevar a la verdad de los hechos. Obligan a que se cierren los ojos por parte del juzgador aun en los casos de presentarse pruebas que no estén establecidas en la ley.

---

<sup>70</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, p, pág. 643.



“En este sistema, como dice Chiovenda, la prueba se presenta a la consideración del legislador, más que a la del juez”.<sup>71</sup> Estamos a merced de lo que el legislador incorpore en la ley.

“El legislador, en forma abstracta establece el modo de analizar los elementos de decisión, sustrayendo esta operación lógica de las que debe realizar el juez para formar su convicción del hecho”<sup>72</sup>

Con este sistema no se aprecia la prueba, sino es una forma de encuadrar en su apreciación. Si la prueba no está delimitada o establecida en la ley no es medio de prueba.

Esto de la prueba legal no permite que nuevos medios de prueba como los que están surgiendo con las nuevas tecnologías, con la Internet, con el documento electrónico, no sean considerados como prueba si el legislador no los incorporó en la ley. El retraso y los perjuicios que ocasionaría este sistema probatorio son grandes y obligaría a reformas continuas de la ley, y en un país como el Ecuador que había que estar a la voluntad del Congreso no tendría cabida.

### **6.5.2.- EL SISTEMA DE LIBRE CONVICCIÓN**

Este sistema en donde se aprecia el criterio subjetivo del juez, o de libre o íntimo convencimiento del juzgador, en donde no se encuentra sujeto a ningún tipo de regla legal. Se le otorga al juez una libertad, por no decirlo total. “El dar por establecido un hecho depende por entero de su conciencia. Puede llegar al

---

<sup>71</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, p, pág. 644.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pág. 644.



convencimiento por cualquier medio, aunque no esté establecido en la ley, incluso no esta obligado a fundamentar su sentencia”.<sup>73</sup>

Con la libre convicción el juez está sujeto a su voluntad para apreciar las pruebas que el considere necesario en el juicio e incluso se le permite apartarse de los medios de prueba establecidos en la ley y que las sentencias emitidas por él carezcan de sustento, al no tener que fundamentar; se aparta de los requisitos de la sentencia en cuanto a la parte lega.

El juzgador por estar investido de la mayor discrecionalidad puede fallar aun en contra de las pruebas aportadas por las partes, creando como consecuencia de ello una cierta inseguridad jurídica.

### **6.5.3.- EL SISTEMA DE LA PERCEPCIÓN RACIONAL DEL JUEZ**

En este sistema, el juez según su percepción racional y en base a lo determinado por la ley aplica los medios de prueba preestablecidos.

“La ley es quien determina los medios de prueba, su admisibilidad y la forma en que se deben hacer valer, es decir su ritualidad, pero el juez los aplica comparativamente según la presunción racional que le produzcan”.<sup>74</sup>

El juzgador debe comparar los medios de prueba que la ley establece y tomándolos en consideración, a su vez, haciendo una persuasión legal los considera en el juicio.

### **6.5.4.- EL SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA**

---

<sup>73</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, pág. 644.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. 645.



Previo a realizar un estudio procesal de la Sana Crítica se la define como: “sistema que considera que la decisión del juzgador debía sustentarse en una actitud prudente y razonable, expresada a través de argumentos lógicos sin diferir de lo establecido en la jurisprudencia o en la doctrina”.<sup>75</sup>

“Según este sistema, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica el sentido común, el buen juicio y la recta intención. Las reglas de la sana crítica llevan a la verdad por los medios que aconseja la razón, obligando al juez a ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento”.<sup>76</sup>

Para emitir su criterio, de acuerdo a la sana crítica el juez debe tener la suficiente preparación legal, permitir el asesoramiento por peritos en los caso de temas que tengan un carácter técnico, así mismo debe inyectarle sus experiencias vividas en casos similares, incluir pensamientos lógicos, esto es que estén acordes con los hechos alegados por las partes y también su ética profesional.

Como dice Alcalá Zamora “debe exteriorizarse un juicio razonado que indique por que motivos se aceptan o rechaza, en todo o en parte una opinión supuesta, más sin que oscile de la sumisión ciega a la desconfianza profunda”.<sup>77</sup>

Las legislaciones, de acuerdo al sistema de apreciación de la prueba que hayan recogido, dependerán la incorporación y análisis de las pruebas que con el avance de la ciencia y la tecnología van incorporándose.

De esta manera el sistema de la prueba legal o tasada dificultará la incorporación de medios de prueba surgidos por la tecnología y se necesitarán continuas reformas a la ley para incorporarlos debido a que es taxativa en la enumeración de

---

<sup>75</sup> Material Dr. Julio Tellez, Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos, p. 11, 18 de agosto de 2007

<sup>76</sup> “Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003, p. 645.

<sup>77</sup> Ibidem.



la prueba. Sería necesaria una ley que considere Al documento electrónico como prueba y que le otorgue el mismo valor probatorio que el documento escrito.

En el sistema de la libre convicción, en donde el juez no esta sujeto a pruebas preestablecidas por el legislador, las partes pueden aportar cualquier medio idóneo para probar la existencia de un hecho o la celebración de un contrato por medios electrónicos. El documento electrónico no tendría ningún obstáculo de ser rechazado por el juzgador como prueba salvo el caso que exista norma alguna que lo inhiba para su utilización.

“En un sistema de libre convencimiento no significa que el juez deba darle absoluta atendibilidad a todos los medios presentados, y en este caso en particular al Documento Electrónico, sino que debe valorar ante su autenticidad y su seguridad. Así, el documento será autentico cuando no haya sufrido adulteraciones, cuando a sido realmente otorgado y autorizado por la persona y de la manera que en él se expresa, y será tanto más seguro cuando más difícil sea alterarlo y cuando más difícil sea verificar la alteración y reconstruir el texto original”.<sup>78</sup>

#### **6.5.4.1.- LA SANA CRÍTICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

El tema de la valoración de la prueba conforme consta en la legislación ecuatoriana se sujeta a la Sana Crítica entendida como la apreciación que hace el juez en base a conocimientos adquiridos por las experiencias personales, aportes técnicos, razonamientos lógicos, la recta intención, etc.; y que permiten que el juzgador considere o no un hecho como valido.

Al respecto el Código de Procedimiento Civil dice: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, pág. 646.



de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o valides de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”.<sup>79</sup>

Aplicando la sana crítica queda a consideración del juez y en base al sustento legal que existe en la Ley de Comercio Electrónico que equipara en valor probatorio al documento electrónico con el escrito, considerar si constituye prueba válida siempre y cuando este se encuentre intacto y no haya sufrido alteración de ningún tipo.

El problema radica, a mi criterio en establecer si la forma de consideración de la prueba, si el conflicto rebasa los límites territoriales y nos encontramos con otra legislación que aplica otro sistema de apreciación de la prueba como lo es la prueba tasada o legal. Mi pregunta radica en ¿cómo solucionar el inconveniente en el caso de existir un juicio por incumplimiento de contrato electrónico? ¿a que ley se deben sujetar las partes si no se ha estipulado la competencia para resolver cualquier inconveniente suscitado entra las partes? A mi juicio se debería someter al Derecho internacional privado y a las normas uniformes entre los países que siguen un mismo proyecto de regulación del Comercio Electrónico.

En nuestra legislación al seguir el sistema de la sana crítica se estaría a la apreciación realizada por parte del juez en base al sentido común, su experiencia, pero sin apartarse del mandato legal.

## **6.6.- LOS MEDIOS DE PRUEBA**

Los medios de prueba que generalmente se admitían eran:

1. “La confesión de parte;

---

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador, art. 115.



2. La declaración de testigos;
3. El informe de testigos;
4. Los documentos públicos o privados;
5. Las presunciones o indicios;
6. La inspección ocular o reconocimiento judicial;
7. Los libros de los comerciantes;
8. Las fotografías;
9. Los discos fonográficos;
10. Las películas cinematográficas;
11. Los antecedentes de los Registros Públicos.
12. Los informes especiales de algunas autoridades o funcionarios”.<sup>80</sup>

Los medios de prueba constituyen: “los diversos elementos que, autorizados por la Ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio”.<sup>81</sup>

Con el transcurrir del tiempo algunos medios de prueba han quedado rezagados y su valor probatorio ha perdido fuerza por cuanto no se adaptan a la realidad. La tecnología ha obligado al legislador en la tarea de reforma ha introducir otro tipo de pruebas como los mensajes de datos por medios electrónicos que así mismo están respaldados, en algunos casos, con firmas electrónicas.

### **6.6.1.- LOS MEDIOS DE PRUEBA DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**

Los medios de prueba están establecidos en la legislación ecuatoriana, principalmente en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes. En lo que

---

<sup>80</sup> Manual de Práctica Procesal el Juicio de Partición, José García Falconi y Rodrigo Aulestia Egas, Primera Edición, Quito – Ecuador, pág. 149.

<sup>81</sup> *Ibidem*.



respecte al Comercio Electrónico, la ley 67 tiene un capítulo que se refiere a la prueba e inicia estableciendo cuales son.

El art. 121 del mencionado Código adjetivo dice: “La prueba consiste en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de interpretes. 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 señalado por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse 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. (...)”.<sup>82</sup>

Se observa ya la intención del legislador en incorporar, aparte de los medios tradicionales considerados como prueba a las grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, entre otras y que para su reproducción es necesario que la parte interesada proporcione los medios necesarios para reproducirlas ante el juez. El juzgador emitir su opinión como lo menciona el mismo artículo de conformidad con su libre criterio atendiendo a las circunstancias.

Este artículo considera como medio de prueba al instrumento público, y en los art. 164 y siguientes del Código de Procedimiento Civil establece una definición, sus efectos, requisitos, etc.; que los analizaremos brevemente.

El “instrumento público o autentico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un

---

<sup>82</sup> Ibidem Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador, art. 115.





protocolo o registro público se llamará escritura pública. Se considera también instrumento público los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente”.<sup>83</sup>

El Código ya se refiere en el segundo inciso del citado artículo a los mensajes de datos y les otorga valides siempre y cuando estén autorizados y expedidos por autoridad competente que en el caso del comercio electrónico sería las Entidades de Certificación de Información que se encargan de emitir certificados de firmas electrónicas.

Los instrumentos públicos hacen fe y constituyen prueba cuando han sido autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos a su cargo.

Se establecen unos requisitos para que el documento sea considerado como autentico y sobre el tema el art. 167 del Código de Procedimiento Civil dice: “Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario: 1.- Que no estén diminutos, 2.- Que no estén alterados alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y 3.- Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar”.<sup>84</sup> Ello quiere decir que el documento no debe estar alterado de ninguna forma para constituir prueba y en caso del documento electrónico debe conservarse su estado original.

El art. 168 del mismo cuerpo legal menciona sobre la alteración del documento y en caso de existirla no constituye prueba. La parte esencial del documento debe conservar su estado original.

---

<sup>83</sup> *Ibídem.*

<sup>84</sup> *Ibídem* Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador, art. 167.



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

La Ley de Comercio Electrónico reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por autoridad competente y se mantiene en concordancia con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ya analizado, a su vez impone que el mensaje de datos sea firmado electrónicamente.

Para comprobar la originalidad del documento es indispensable, a mi juicio, la presencia de peritos relacionados con la materia, quienes serán los encargados de establecer la originalidad del documento en todas sus partes.

### **6.6.2. MEDIOS INFORMÁTICOS COMO OBJETO DE PRUEBA**

Es menester hacer mención si determinados medios de prueba aplicables al campo Procesal Civil, es posible trasladarlos a la materia informática y si hace prueba en la misma y su evacuación aporta en la verificación de un hecho.

Nos referimos a la inspección judicial y a la prueba pericial, principalmente.

#### **6.6.2.1. INSPECCION JUDICIAL**

Consiste en el traslado del juez al lugar donde se presume o afirma que sucedieron los hechos, para que este de forma directa pueda percibirlos con los sentidos, posteriormente examinarlos y plasmarlos en un acta que se elabora una vez que se ha constatado lo que se presume que ocurrió y si el hecho sucedió pueda ser verificado por el juzgador. Esta acta que se elabora permite dejar constancia en el proceso de lo observado describiendo de la mejor forma lo que se captó.

Con este medio, "el sujeto de la prueba aquí es el propio juez, que la conoce personal e inmediatamente. El juez se convierte en excepcional testigo cualificado



que plasma en el acta sus observaciones. Si el falta o no firma el acta, la diligencia no es nula, sino inexistente”.<sup>85</sup>

La inspección judicial, permite al juez hacerse una visión de lo ocurrido, percibiendo los hechos o cosas de forma directa y con ello buscar una decisión lo más apegada a la verdad.

Es importante recalcar que la inspección judicial es aplicable siempre y cuando lo que se va a observar no revista un carácter técnico o difícil de dilucidar, caso contrario esta no tendría razón de ser, si lo que se quiere demostrar implica la necesidad de contar con un perito.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano conceptualiza la inspección judicial como: “el examen o reconocimiento que el juez hace de una cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia”<sup>86</sup>, de conformidad con el Art. 242; lo que implica es que el juez se traslade al lugar de los hechos y observe la cosa controvertida para que este pueda constatar su estado y juzgar.

El juzgador tiene la facultad de nombrar un perito que le auxilie cuando la cosa observada no proporciona a simple vista los elementos que él necesita considerar o debe demostrar mayor énfasis. JUAN CARLOS RIOFRÍO manifiesta que “para profundizar en la percepción que tuvo personalmente (el juez) del hecho, y servirse de él, como de un lente de aumento para ver mejor (...). Así cabe inspección judicial sin perito y perito sin inspección”.<sup>87</sup>

Creo que si es posible que cuando las cosas que se pretenden inspeccionar no muestran un grado de dificultad y es perceptible incluso por cualquier particular, el

---

<sup>85</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 39.

<sup>86</sup> Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador, art. 242.

<sup>87</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 40.



juez no está obligado a nombrar perito, pero no creo que sea posible hablar de inspección judicial solo si la practica el perito porque estaríamos hablando de prueba pericial.

Como se puede constatar no se ha regulado la inspección judicial en materia informática y más aún en los mensajes de datos, y por su falta debemos remitirnos a la mencionadas normas generales del Código Adjetivo Civil.

Como se pueda constatar, las partes tienen la facultad de solicitar la inspección judicial ya sea antes de iniciar un proceso o dentro del juicio mismo, en la etapa de prueba, pero hay que aclarar que una vez solicitada en el mencionado término, según el trámite que se esté siguiendo, el juez tiene la facultad de señalar la fecha que no necesariamente será dentro del término probatorio.

En el día y hora que señale el juez se concurrirá al lugar de los hechos o donde se presume estos ocurrieron y si nos referimos a la materia informática en el mejor de los casos debería contar con el auxilio de uno o varios peritos, según lo crea necesario y ya en el lugar oír a las partes interesadas y de forma conjunta reconocer los objetos materia de la diligencia. Esto en los casos de inspeccionarse objetos, pero en materia informática, la inspección de un correo electrónico no requiere el traslado del juez, basta que se le den los medios necesarios para que con la colaboración del perito se revisen los mismos. Esto se puede realizar incluso en el mismo juzgado.

La tecnología nos permite actualmente inspeccionar de forma sigilosa una computadora conectada a la red de la Internet, desde cualquier parte del mundo, y esto se lo puede realizar incluso sin el consentimiento del usuario.

#### **6.6.2.1.1. OBJETIVO DE LA INSPECCIÓN JUDICIAL**

Si mencionamos cual es el objetivo de la inspección judicial en principio es de dotarle al juez de los suficientes elementos de convicción directa sobre las huellas



de un hecho o la apreciación de una cosa, que tiene que ver con el ámbito material.

Con la inspección se persigue captar cuales fueron los hechos principales o cosa sobre la que se afirma o niega algo y trasladarla al ámbito probatorio. Se puede realizar un reconocimiento del lugar donde se presume ocurrió el hecho o hechos o donde se encuentra el objeto a examinar, pero también el juez puede percibir los vestigios que dejan las cosas controvertidas en calidad de pruebas indirecta y en un conjunto apreciarlas para formar juicios de valor que conlleven a una convicción.

Es importante recalcar que la inspección no solo implica que el juez se traslade al lugar donde sucedieron los hechos, sino que debe observar las cosas o documentos que se encuentren en el lugar, como a decir de JUAN CARLOS RIOFRIO, “es posible realizar la inspección de los contenidos de una página **web**, de la fecha de creación, autoría y demás propiedades de un archivo informático, del contenido de la bandeja de entrada del correo electrónico, etc.”.<sup>88</sup>

Es por ello que se hace indispensable que los jueces tengan por lo menos leves conocimientos o ideas de la materia, puesto que los avances tecnológicos son una realidad palpable que obligan al juzgador a tener una mente más amplia para la apreciación de la prueba y ampliar los medios probatorios que se aportan a un juicio.

#### **6.6.2.2. PRUEBA PERICIAL**

La pericia implica tener los conocimientos más exactos sobre una materia o tema determinado por lo que partimos de la frase de JUAN CARLOS RIOFRIO, quien manifiesta que “el juez solo está obligado a conocer el derecho – y posteriormente dice – Aun en la justicia más especializada, sería absurdo exigirle a un magistrado

---

<sup>88</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 41.



que además de ser tal, fuera ingeniero eléctrico, topógrafo, licenciado en letras, - me permito añadir, ingeniero en sistemas -, etc. Esta deficiencia propia del saber parcializado del ser humano, procesalmente es subsanada por la labor de los peritos, que son personas expertas en una materia, capaces de aportarle al juez conocimientos que no posee”.<sup>89</sup>

La pericia es una facultad que se le concede al juzgador de apoyarse en conocimientos más científicos o precisos para dilucidar un hecho o examinar una cosa que es materia de controversia. El juez puede nombrar varios peritos para que se encarguen de apreciar lo sucedido y emitir posteriormente un informe que en palabras entendibles pueda ser considerado e incluso entendido por todos, no solo por el juez. Los peritos permite que se pueda resaltar una realidad que a simple vista no parecía demostrar mayor importancia pero que en la práctica era indispensable o necesaria. Funcionan como una lupa que se usa para ver más grande los objetos.

#### 6.6.2.2.1. OBJETIVO DE LA PERICIA

El objetivo de la pericia es desmenuzarle al juez de la forma más sencilla posible como sucedió un hecho y que objetos se utilizaron y hacer fe como prueba lo examinado en el proceso. Me refiero a lo examinado por que la pericia no solo enmarca bienes materiales sino que también a los seres humanos y animales. El fin de la pericia es un examen más a fondo del objeto de prueba.

RODRIGUEZ, dice que: “son objeto de este medio de prueba *todo hecho, persona, cosa, conducta o relación que constituye objeto de demostración en el proceso judicial y que tenga un carácter técnico, artístico o científico*”.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Ibídem, pág. 42.

<sup>90</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 42



Es por ello que la prueba pericial no solo puede recaer sobre cosas, sino también, personas, animales y conductas.

Pero ¿cómo se pueden examinar las conductas? Las conductas se analizan con los resultados que esta arroja, por ejemplo si escribo un documento y lo tengo archivado en mi computador es una conducta que no afecta a nadie, pero si lo envío a un tercero con el ánimo de perjudicarlo ya tiene un efecto que puede ser analizado.

Como dice RIOFRIO, “incluso pueden ser objeto de comprobación técnica los documentos firmados con firma digital certificada – cuya validez se presume – cuando una parte cuestione las seguridades que ofrece el documento”.<sup>91</sup>

Es importante partir de la frase que no hay crimen perfecto o me permito decir que en materia electrónica toda conducta se registra, más aún los mensajes de datos que a pesar de haber sido borrados, siempre se almacenan en alguna parte del computador, que para una persona con conocimientos básicos cree que ya no existen, con el análisis de un perito pueden ser recuperados. Más son los rastros que dejan los correos porque se almacena la información en los servidores de la Internet.

“Por ejemplo: la gran mayoría de usuarios de la red mundial se sienten seguros cuando borran de su bandeja de entrada un mensaje y creen haber hecho desaparecer todos sus vestigios. Desconocen que muy posiblemente ese correo ha pasado y se ha repetido en numerosos servidores que lo han registrado, ni sospechan que en su misma computadora poseen varias copias o señas de este, ni consideran posible que en una inspección judicial hecha a su computador un experto puede llegar a descubrir ese mensaje borrado junto con otra información de la que ni siquiera tenía conocimiento (fecha de emisión, certificados, etc.).<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, pág. 43.

<sup>92</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 44.



Es indiscutible que para la gran mayoría de persona comunes que usan los medios electrónicos tanto en la creación de documentos y los transfieren de un lugar a otro o incluso a un computador diferente, de forma inintencional van dejando huellas que los peritos pueden captar y aportar como medios de prueba para la solución de una controversia en un proceso. El grado de mayor vestigio que se deja de una conducta humana plasmada en un documento electrónico es cuando este es transferido principalmente por la internet y se usan los ISP (Internet Service Provider), o proveedores de servicio de Internet. Pero hay que tomar en consideración que uno de los mayores enemigos para realizar una pericia es el tiempo por la facilidad con la que los documentos electrónicos se pueden desaparecer o borrar.

El procedimiento que se sigue en la pericia sobre los medios informáticos, no difiere de la que se realiza sobre los objetos comunes y en la Ley sobre la materia, no ha sufrido cambio alguno.

El grado de dificultad que suele generar no es por la falta de facilidades, sino por los costos que genera los gastos del perito quien en algunos casos debe emplear mucho tiempo para localizar la evidencia que se alega.

Hay que tomar en cuenta el grado de experiencia y preparación del perito para su selección y que las probabilidades de éxito sean altas.

El perito debe observar y transmitir, lo más sencillo posible para el juez, que procedimiento siguió al momento de cumplir con la pericia, partiendo de la identificación de los elementos que han sido sometidos a la pericia, el análisis de los datos, cual es el grado de preservación de los mismos y en donde fueron localizados y finalmente debe emitir su dictamen; todo esto debe constar en el informe que debe remitir al juez, para que este pueda entender.





### 6.6.3. PRODUCCIÓN Y EVACUACIÓN DE LA PRUEBA

La prueba tiene como único y específico fin buscar el esclarecimiento de un hecho y lograr el convencimiento del juez y obtener una sentencia favorable. La prueba para ser debidamente valorada debe seguir un camino tanto en su producción, eficacia, y valoración. Ese *inter* (camino) de la prueba permite que la sentencia tenga un fundamento legal y pueda ser debidamente fundamentada por el juez. Toda resolución del juzgador debe estar debidamente fundamentada para poder ser ejecutada.

En países como el Ecuador, la ley exige que previo a la valoración de la prueba, las partes que se encuentran en un proceso o investigación, deben ofrecerla al juez con determinados términos de anticipación, caso contrario no sean admitidas como prueba plena y se dejará a la sana crítica del juez.

“En el criterio preponderante en el derecho comparado es el de no exigir el ofrecimiento anticipado de la prueba, cosa que a nuestro juicio no resulta conveniente y se presta a diseños de raras estrategias probatorias que buscan ocultar buena parte de la prueba, la misma que termina pasando inadvertida a los ojos del juez y de la contraparte”.<sup>93</sup>

Las pruebas pueden ser aportadas ya sea por el ministerio público en la persona del fiscal o por las partes, dependiendo de la materia o el proceso que se esté siguiendo. La prueba puede ingresar al proceso pero es menester diferenciar que una cosa es su ingreso y otra es su admisibilidad. Las partes pueden solicitar que se incorporen al proceso determinados documentos en general (físicos o electrónicos), pero ello no significa que tenga que ser admitida por el juez. Esta admisión de la prueba por parte de que las va apreciar implica una revisión parcial de la misma para verificar si esta ha sido actuada legalmente y no viola los

---

<sup>93</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 48 y 49.



principios fundamentales establecidos en la Constitución. Podríamos decir que se trata de una valoración parcial de la prueba, lo que no implica que será apreciada exclusivamente. El juez antes de decidir sobre un caso en concreto está en la obligación de apreciar todos los medios de prueba aportados por las partes. Se puede decir que la prueba es parte del proceso una vez que esta ha sido admitida, lo que implica su análisis previo.

#### 6.6.4. EFICACIA DE LA PRUEBA

La eficacia de la prueba radica en sus orígenes, es decir de dónde nace la misma con miras e su validez en el proceso. Esta eficacia es independiente del juez puesto que el solo está obligado valorarla.

Si la prueba nace ilegal es consecuente que su valoración quedará sometida a la apreciación del juzgador apegándose en lo posible a la ley y en nuestra legislación tomando los criterios de la sana crítica.

Como la eficacia de la prueba parte de sus orígenes, entendido el término desde la perspectiva de cómo se la obtuvo y si esta va a aportar para probar lo que se alega o como sucedieron los hechos.

“La ley - dice RODRÍGUEZ – suele señalar expresamente los requisitos para ese mérito que se exige en cada medio probatorio. Por ejemplo, en la confesión, que el confesante tenga *disponibilidad*, que no esté *prohibida* o *no se exija otro medio*, su *pertinencia*, que *no exista prueba en contrario*”.<sup>94</sup>

El juez está en la obligación de aceptar las pruebas que se presente, pero posteriormente le corresponde valorar su eficacia y si van a aportar al

---

<sup>94</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 51.



esclarecimiento de la verdad de un hecho, así como la forma con la que fueron obtenidas sin violar los principios constitucionales.

La prueba en si debe ser existente, a diferencia de ser nula, puesto que la inexistencia no genera absolutamente nada mientras que la nulidad trae como consecuencias que las cosas vuelva al estado anterior, lo que implica partir de algo.

Con la eficacia de la prueba se busca demostrar a un tercero imparcial, encargado de resolver, dentro de un proceso, como sucedió un hecho con ello establecer el grado de culpabilidad del o los responsables. Su eficacia tendrá mayor o menor fuerza mientras su fuente sea confiable y con apego a la ley.

#### **6.6.5. EFICACIA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, ecuatoriana, ha servido de guía para que los jueces puedan analizar las pruebas electrónicas con una mayor seguridad, pero esto no quiere decir que se le cerraba las puertas para que antiguamente lo hayan hecho, pero si se puede decir que si las aceptaban, lo hacían con un alto temor a equivocarse.

Hay que hacer mención que se les da el apoyo de los peritos a los jueces porque no es posible ni obligación conocer asuntos que requieren de la opinión y análisis de un experto por la materia que se trata y es por ello que se le faculta designar los peritos que estime necesarios.

La eficacia probatoria de los documentos electrónicos se da desde que son documentos, es decir su valides natural ha sido incluso antes de ser legislada.

Los documentos tanto públicos como privados, pueden hacer fe en un juicio en mayor o menor grado según como se generaron y por lo general los públicos son



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

considerados como prueba plena, por las formalidades que revisten para su validez, pero ello no quiere decir que el grado de los privados sea inferior. La eficacia depende en gran medida *a priori* por la naturaleza y *a posteriori* por la ley. La eficacia del documento electrónico como prueba no depende de su tipificación en la ley sino desde que este nace siempre y cuando cumpla con los requisitos legales para posteriormente ser válido.

Es muy conveniente incorporar en la ley los medios de prueba electrónicos y con ello disipar los temores de los juzgadores, que prefieren no alejarse de la misma, pero hay que resaltar la amplia consideración que realiza el legislador ecuatoriano en el Art. 53 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y mensaje de datos que dice: "... cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba...". Con ello el juez puede analizar y darle eficacia a otros medios sin el temor a equivocarse.

Con esta norma expresa, se cumple el principio natural probatorio de los medios electrónicos que con el pasar del tiempo se hace imposible incorporar una enumeración taxativa en la ley.

La eficacia de los medios de prueba electrónica, por su naturaleza envuelven la presunción de autenticidad cuando se encuentran firmados electrónicamente, por solo se les puede dar un carácter de presunción de hecho que admite prueba en contrario y en caso de duda sobre su validez se deberá recurrir a una comprobación técnica, pero el beneficio que brinda esta firma electrónica es que la carga de la prueba se traslada a quien alega su invalidez y no a quien lo aporta como prueba es su favor. Se le da una mayor confianza a los documentos que cuentan con este tipo de firma, que tiene los mismos efectos que una firma manuscrita.

Al manejarse esta firma electrónica con una serie de claves personales, estas deben ser debidamente confidenciales por quien es el titular de la misma porque



su inseguridad acarrea consecuencias. Se presume que es responsable de la emisión de un documento el que lo firmo. El propietario debe comprometerse a custodiar la clave para evitarse de esa manera consecuencias porque el grado de responsabilidad que se le atribuye por sus actos es muy alto.

Cuando un documento electrónico carece de firma que lo respalde su eficacia probatoria parte del principio de quien lo aporta debe de probar su autenticidad, pero ello no quiere decir que este carezca de fuerza probatoria en un juicio. En este caso le corresponde al juez valorar la eficacia del documento electrónico, como medio de prueba en el proceso, este tendría mayor libertad de considerarlo como prueba pleno o que solo sirva de indicio lo que puede ocasionar inconvenientes si peor aún no está regulado en la ley.

En la legislación ecuatoriano no se observa obstáculo alguno que limite la validas de un documento electrónico privado por cuanto la misma ley deja a consideración la apreciación por parte de los jueces y este documento podría llegar a constituirse en prueba plena y pasar de ser un mero indicio.

#### **6.6.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

El término valorar, genéricamente significa darle unas categorías a las personas, cosas e incluso derechos. Es por ello que es categoriza también la prueba y depende del nivel que se le dé a cada medio de prueba para que influya en la valoración que realiza el juez.

Hay que hacer una breve distinción en la aceptación de la prueba y su valoración. el primero implica que esta pueda ser aportada y aceptada en el proceso, y ; la segunda conlleva el grado que el juez considera en base al aporte que le puede brindar, como es el caso por ejemplo en un juicio de linderos donde la inspección judicial se hace indispensable para poder constatar por donde están los mismos y



posteriormente decidir. Las pruebas según el caso que se pretenda esclarecer unas tendrán mayor valor que las otras lo que implicaría su eficacia en un juicio.

A decir de RIOFRÍO, “distinguímos entre eficacia y valoración. La primera es un atributo del medio de prueba (sustantivo), y la segunda es una acción realizada por el juez (verbo). La eficacia actúa con independencia del juez, porque naturalmente un medio de prueba la posee o porque también la ley se la da; y la valoración depende necesariamente del quehacer del juez”.<sup>95</sup> Esto significa que la eficacia nace con la prueba o se la da la ley, mientras que la valoración o apreciación de la misma debe ser hecha por el juzgador, sin este sujeto activo del proceso no sería posible que esta sea apreciada. La valoración es darle el mérito que la prueba reúne.

El juez cuando le corresponde emitir una decisión, este debe sentarse y tomar las pruebas solicitadas y evacuadas por las partes y de esa manera verificar si han sido legalmente actuadas y si permitirán el esclarecimiento de un hecho. Una prueba puede ser eficaz tomando en cuenta la fuente de donde se generó, pero su valoración le compete única y exclusivamente al juzgador.

Para RIOFRÍO, “valoración es la actividad que hace el juez para darle su personal alcance a cada prueba”.<sup>96</sup> Comparto con esta conceptualización por cuanto es el juez quien con sus vastos conocimientos sobre la materia emite su opinión y se encarga de apreciar la prueba.

### **6.6.7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

El Art. 56 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y mensajes de datos, regula la Valoración de la Prueba y dice: “la prueba será valorada bajo los

---

<sup>95</sup> RIOFRÍO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 51.

<sup>96</sup>Ibídem, pág. 52.



principios determinados en la Ley y tomando en cuenta la *seguridad* y *fiabilidad* de los medios con los cuales se envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al *libre criterio judicial*, según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas”.<sup>97</sup>

Se parte de la seguridad, pero ¿qué entendemos por seguridad? “Cotidianamente se puede referir a la seguridad como la ausencia de riesgo o también a la confianza en algo o alguien. Sin embargo, el término puede tomar diversos sentidos según el área o campo a la que haga referencia (...). Se puede entender como un objetivo y un fin que el hombre anhela constantemente como una necesidad primaria”.<sup>98</sup>

Y después se menciona la fiabilidad lo que da la probabilidad de que suceda o se cumpla un hecho, lo que genera una cierta confianza.

Esta valoración se realizará tomando en consideración el *libre criterio judicial*, que es diferente a la *sana crítica*, pero que tienen un fin similar que es darle mayores libertades al juzgador a tomar en consideración al momento de dictar sentencia, la misma que debe estar muy bien fundada en los antecedentes probatorios.

Los medios electrónicos pueden estar provistos de algunas garantías como: la autenticidad, la integridad, la originalidad, el no repudio, la confidencialidad y la

---

<sup>97</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 56.

<sup>98</sup> <http://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad>



veracidad. Estas garantía que no siempre se presentan conjuntamente en todas las pruebas.

Al juez le corresponde establecer cuál de estas garantía reúne cada prueba y en mayor o menor grado apreciarla, lo que le permitirá decidir si aportarán al juicio como indicio o prueba plena.

A) **AUTENTICIDAD:** La autenticidad deriva de “*auténtico*”, que es sinónimo de legal verdadero, tal y como es. Un documento auténtico es aquel que demuestra por quien fue elaborado y tal como lo fue.

La Autenticidad se puede verificar en los documentos públicos y privados.

- **Documentos Públicos:** anteriormente definidos puede decirse que su presunción de autenticidad va de la mano, salvo prueba en contrario ya que para su validez legal deben cumplir determinadas formalidades.

En la actualidad en materia electrónica la autenticidad de un documento se puede obtener utilizando la firma electrónica que le da una presunción de autenticidad.

La autenticidad se verifica porque la información constante en un documento público es revisada y archivada por un funcionario público con esa facultad, quien es imparcial y por ende se supone que la información no ha sido alterada y que se han cumplido los requisitos exigidos por este para que sean válidos. No se puede darle un cien por ciento de seguridad al documento pero el grado de autenticidad es mucho mayor.

- **Documento Privado:** en la generalidad de los casos el documento privado carece de la presunción de autenticidad, salvo algunos casos como por ejemplo los títulos ejecutivos, que siendo privados goza de un alto grado de autenticidad.





Corresponde a la parte contraria alegar la falta de autenticidad del documento privado para que sea probada por su titular, caso contrario se presume que este es válido.

En la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos, reconoce un alto grado de fiabilidad a los que han sido firmados con firma electrónica autorizada.

B) **INTEGRIDAD:** que deriva de entero, intacto y que no falta ninguna de sus partes. Un documento integro es aquel que contiene toda la información, sin alterar, que constaba al momento de su emisión. Esta inalterabilidad permite que el documento sea considerado como prueba.

La integridad del documento radica en su conservación tal y como se generó. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos en el inciso segundo, del Art. 7 dice: “Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo y presentación”. El verbo rector para que opere la integridad vendría a ser *mantener*.

Esta garantía de integridad del texto tiene un sinnúmero de soportes técnicos que van desde un disco dura, mensaje o correo electrónico, etc.

RIOFRIO, manifiesta que hay que tomar en consideración que existen diferentes causas de alterabilidad como por ejemplo: “el tiempo puede dañar los papeles o borrar el contenido de las fotocopias, una disfunción en un servidor puede ocasionar que un correo electrónico llegue alterado...”<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 106.



La integridad es fundamental porque se puede tener un documento electrónico original pero este ser incompleto y por ende falto de integridad.

- C) **ORIGINALIDAD:** la originalidad implica ser único y por ende que no sea una imitación; un documento que nace con esta característica es aquel que por primera vez ha recibido su forma o contenido, que este es tal cual se generó. Las reproducciones carecen de originalidad porque ya tienen como una base para haber sido producidas o donde basaron su información.

Los graves problemas que resultan de la originalidad en los documentos electrónicos es que solo se la puede obtener, en el estricto sentido del significado de la palabra, en el medio electrónico o computador que se generó la información.

Es por eso que trasladándonos al campo procesal, no se hace necesario demostrar la originalidad del documento, pero si su integridad. Esto hace posible que el juez pueda considerar como prueba un documento que fue generado incluso en otro país y sus efectos perjudiciales a terceros sean en otro y no sea necesario trasladarse a su lugar de origen. La originalidad no vendría a ser un requisito indispensable al momento de apreciar la prueba.

- D) **“NO REPUDIO”:** RIOFRIO, manifiesta que “es una garantía desarrollada en el derecho anglosajón como consecuencia del avance tecnológico que han tenido los países del norte, como la versión 6 del *Microsoft Express Outlook*, cuando el destinatario del correo lo abre, el programa automáticamente le envía al emisor un mensaje que comunica que el correo ha sido abierto”.<sup>100</sup> Es la facultad de probar a un tercero que podría ser el juez, que una determinada información fue generada, enviada y

---

<sup>100</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 113.



admitida al receptor. Le permite a quien tiene en su poder el documento electrónico, que este en realidad ha sido enviado, que existe y protegerse de la posible negativa del que lo remitió.

El no repudio tiene relación con el tiempo y el lugar de la emisión del mensaje y así lo reconoce el art 11 de la Ley que dice: “Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes:

- a) *Momento de emisión del mensaje de datos.*- Cuando el mensaje de datos ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre este o del dispositivo automatizado para el efecto;
- b) *Momento de recepción del mensaje de datos.*- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que esta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos; y ,
- c) *Lugares de envío y recepción.*- Los acordados por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se lo pudiere establecer por estos medios, se tendrá por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos”.



La Ley se refiere a tres momentos que permiten el “no repudio”, el primero es cuando el mensaje a salido del sistema informático o electrónico del emisor y por ende, este ya ha sido enviado. El segundo, cuando el mensaje ha sido recibido por el receptor y este tiene en su poder el mismo, lo que le permite hacer prueba y dificultarle a su emisor repudiarlo. El tercero, se refiere al lugar de envío y recepción del mensaje, y la ley se refiere al domicilio de las partes y parte de la voluntad de estas, manifestada en la autonomía de la voluntad, de no darse esta considera el constante en el certificado de firma electrónica y finalmente cuando no se dispone de ninguno de los anteriores el domicilio principal de su actividad.

Hay que tomar en cuenta que se puede presumir de donde y la fecha del envío del mensaje, pero quien lo envió, cuando no hay firma electrónica que lo respalde, trae serias dificultades y no se puede alegar responsabilidad, pero si partir de una presunción.

E) **CONFIDENCIALIDAD:** La confidencialidad es una especie de garantía que permite darle a las partes la certeza que el mensaje de datos ha sido leído solo por el receptor.

#### **6.6.8. LA ADMISIBILIDAD O INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA INFORMÁTICA**

Como se mencionó anteriormente, al juez le corresponde aceptar las pruebas que las partes le presenten y adjuntarlas al proceso y a su vez tiene que evacuar las mismas y esto se debe al derecho que tienen las personas de ejercer su pretensión y con ello tratar de probar lo que se afirma. El juez siendo el encargado de administrar justicia no puede negarse a aceptar lo que las partes soliciten como pruebas si estas están reconocidas en la ley o si de ellas va a depender la verificación de un hecho.



El juez puede negarse a aceptar determinadas pruebas en casos excepcionales cuando estas tengan como finalidad retrasar el transcurso normal de un proceso y con ello violentaría el principio de economía procesal o si estas perjudican a terceros que nada tienen que ver con lo que se intenta probar.

La prueba es inadmisibles por **Economía Procesal**, y el juez está facultado para negarse a aceptarla cuando, de su revisión parcial, puede observar a claras luces que esta no aportan absolutamente nada y que la finalidad de la parte que la incorpora al proceso tiene como único y exclusivo fin dilatar la causa.

En la inadmisibilidad por economía procesal, RIOFRÍO dice que “el juez puede negarse a admitir aquellas pruebas que nada le aporten al esclarecimiento de la litis, ya sea porque son *superfluas*, o porque *impertinentes*, o porque son ineficaces.

En estos tres casos se prefiere obviar el trámite para no alargar el proceso”.<sup>101</sup> Me permito incorporar a esta enumeración las pruebas extemporáneas o fuera de tiempo, las que a sabiendas que no son admisibles se presentan con la finalidad de retrasar el transcurso legal del juicio.

- **Superficialidad:** Son aquellas cuya finalidad es demostrar un hecho que ya ha sido acreditado con anterioridad, y por ende no aportan absolutamente nada, todo ya se encuentra demostrado, como por ejemplo con la prueba del ADN donde se demuestra la paternidad o maternidad disputada, ya es innecesario demostrar que el hijo no fue concebido dentro del matrimonio y por ende no se puede considerar que no es hijo.
- **Impertinencia:** Lo contrario a la impertinencia es la pertinencia, considerado uno de los requisitos de la prueba, cuya finalidad es demostrar

---

<sup>101</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 53.



la verdad del hecho que se ha de probar; por lo que esta debe concretarse al asunto que se pretende demostrar. Las pruebas deben sujetarse al juicio.

- **Ineficacia:** en términos generales es carecer de eficacia o efectos, y siendo ineficaz las pruebas sería inútil su aportación en un litigio. El juez valora la eficacia de la prueba una vez que esta ha sido presentada de lo que estaríamos hablando de una valoración parcial por lo que posteriormente también lo hace antes de dictar sentencia. Si el juzgador considera que ciertas pruebas al momento de admitirlas no van a aportar nada al juicio está facultado para no acogerlas. En algunos casos se exige por la ley determinados medios de prueba como por ejemplo retomando el ejemplo anterior no es posible en un juicio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio se alegue la práctica y evacuación del ADN por que no tiene nada que ver con la posesión y el dominio del bien. En este caso el juez se vería en la obligación de no admitirla.
- **Extemporánea:** o fuera de tiempo. Por último, hay que tomar en consideración que la prueba debe ser aportada en determinada etapas del proceso; porque no se puede admitir como prueba en un juicio que ya se ha sentenciado y esa sentencia se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley, lo que sería improcedente y por ende el juez ya no la consideraría.

#### 6.6.10. INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA POR COLISIÓN DE DERECHOS

Constitucionalmente hablando toda prueba debe estar acorde a los principios constitucionales y más aun si con la evacuación de la misma se va a perjudicar a terceros. Existen pruebas que desde su generación son ilícitas porque se las obtiene utilizando medios ilícitos como es el caso de la confesión de parte que se utilizara mediante la fuerza ya sea física o moral como es el caso de las amenazas de causar daños a terceros pariente. En este caso el procedimiento utilizado no



es el que debe respetarse y es por eso que nuestra Constitución ecuatoriana consagra unas garantías que se denominan del debido proceso que deben ser observadas y aplicadas tanto al momento de recopilar las pruebas, evacuarlas y posteriormente admitirlas en un proceso.

“Para DAVIS ECHANDÍA, pruebas ilícitas por prohibición legal son el testimonio rendido por el médico, el abogado o el confesor con violación de su secreto profesional o la inspección de papeles o documentos amparados con reserva legal como la correspondencia... en otros casos la ilicitud de la prueba se configura por el procedimiento empleado para practicarla, como por ejemplo cuando se recibe un testimonio o una confesión mediante el uso de tortura...”.<sup>102</sup> Estos medio de prueba serían ilícito porque su nacimiento es viciado por violar los más elementales derechos de las personas y más aun de terceros para conseguir una sentencia favorable.

Algunas constituciones y entre ellas la ecuatoriana parten del principio de que la prueba debe ser obtenida y actuada acorde a la Constitución y a la ley, lo que implica que esta para su plena valides no deben contrariarla. Hay que distinguir las pruebas que son *mal actuadas* y las que están en *contra de normas o leyes positivas*. Las primeras pueden haber nacido sin violar el debido proceso a seguir, pero por no haber sido bien actuadas su eficacia probatoria se ve descartada; y, las segundas contravienes principios o derechos fundamentales lo que las hace nulas y sin ningún valor.

Algunos doctrinarios positivistas mantienen el criterio que solo las pruebas reconocidas en la ley y actualmente que no contravengan a los principios fundamentales, producen eficacia procesal probatoria. Las pruebas deben estar previamente establecidas en la ley para que su valides sea aceptada por el juez. Se sostiene que siendo la prueba de interés social y estando de por medio el

---

<sup>102</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 55.



interés general y por ende público, es el legislador el encargado de incorporar en la ley nuevos medios de prueba; dejar en las manos del juzgador la admisibilidad e inadmisibilidad de los medios probatorias daría inseguridad al ordenamiento jurídico y por ende a la administración de justicia.

Otros autores, detractores de esta teoría, opinan que es el juez el encargado de apreciar e introducir otros medios de prueba que aporten al esclarecimiento de la verdad y que además vayan de la mano con los avances tecnológicos, deja de lado es sistema de prueba taxativa, de reconocer única y exclusivamente determinados medios de prueba ya prescritos en la ley. Se fundamentan en un carácter genérico de las pruebas Existen muchos antecedentes que demuestran que pruebas no reconocidas en la legislación han permitido el llegar a la verdad.

A criterio de COUTURE, con el que comparto “Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad, de los mismos, es porque razones más fuertes instan a su acepción. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brinda apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en el que redactó sus textos”.<sup>103</sup> Este sistema de mayor libertad en la apreciación de la prueba, para el juez, si lo aplicamos a nuestro sistema legal tendría que sujetarse a las reglas de la sana crítica.

Siendo el fin del órgano jurisdiccional aplicar justicia, no puede enmarcarse en determinados medios de prueba que se encuentran preestablecidos en la ley, pero que no aportan nada para llegar a la verdad, no se puede hablar de justicia sin un pleno conocimiento de los hechos; las pruebas debe tener como objetivo la búsqueda de la verdad y el grado de responsabilidad. Limitar al juez ha apreciar los diferentes medios de prueba que van surgiendo por el simple hecho de

---

<sup>103</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 60.





avanzar, sería como atarle las manos y obligarle a cometer injusticias alegándose que se está cumpliendo con la ley. No se han encontrado razones lo suficientemente convincentes para prohibirle al juez que aprecie otros medios de prueba que aporten a un juicio, lo importante aquí es que todos los medios de prueba sean debidamente actuados.

Partiendo del principio de la libertad en la apreciación de los medios de prueba, este tiene mayor o menor influencia dependiendo del país y el sistema de prueba que se aplique. En los Estados donde rige el sistema de las **pruebas tasadas**, no cabrán otras que las legalmente tipificadas; en los lugares donde rige el sistema de **pruebas libres o de libre convicción**, el problema de la libre apreciación de la prueba no tendría límites; y , finalmente en países como el Ecuador donde rige el sistema de la **sana crítica** con una mezcla de tipicidad, libertad y la razón, a mi parecer tampoco tendría inconvenientes el juez en apreciar la prueba con mayor libertad siempre y cuando esta le permita llegar a la verdad y por ende a la justicia.

Según RIOFRIO, opina que: “Al principio se creía que no hacía falta incluir nuevos medios de pruebas, que todos los medios imaginables estaban ya incluidos en la ley, hasta que la teoría se quebró. Con el desarrollo informático aparecieron nuevos medios de prueba, distintos de los previstos en la ley, y los jueces comenzaron a verse atados de manos para fundar sus fallos en estos medios”.<sup>104</sup>

El juez debe estar facultado para admitir diferentes medios probatorios que se incorporen al proceso por cuanto no se le puede obligar a sustentar su fallo solo en pruebas reconocidas en la ley que no aportan nada y estaríamos dando un paso hacia atrás y negándonos a los avances tecnológicos que cada vez aportan diferentes tipos de pruebas.

---

<sup>104</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 61.



El legislador no puede imaginar e incorporar en la ley todos los medios de pruebas que se van a presentar en el transcurso del tiempo, por más genérico que sea y es por eso que se le debe dar ese atributo al juzgador de apreciar las pruebas que el estime convenientes para poder dictar sentencia.

Aunque no es muy conveniente, la tendencia moderna es de ampliar el número de medios probatorios e incorporar otros que van surgiendo, pero esto implicaría reformas frecuentes a la ley, mientras que facultándole al juez la apreciación de nuevos medios de prueba no previstos en la ley, permite al juez aplicar sus conocimientos y le obliga a estar actualizándose.

Dependiendo del documento, cada uno tiene su eficacia natural probatoria: un escrito donde se atribuye una obligación de pagar a un tercero, mientras en esa hoja de papel no se verifique la firma del obligado, el documento no tendrá validas como prueba plena en un juicio, lo que no sucede con mayor simpleza en el documento electrónico ya que se puede establecer un grado de responsabilidad y ser considerado como indicio. La firma electrónica es la que le da al documento, en principio el carácter de prueba plena.

#### **6.6.11.- LA PRUEBA EN LA EXISTENCIA DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS**

La plena prueba que hacen los documentos electrónicos suscritos con una firma digital que se encuentre debidamente certificada hace que se presuma la autoría o responsabilidad del propietario de la misma, mientras que su seguridad y fiabilidad no hayan sido demostradas en el proceso que es deficiente.

La generalidad de los casos es que los documentos electrónicos se emiten sin firma digital lo que genera la interrogante de ¿Cuál será el porcentaje de valor probatorio que se le puede dar en un juicio? En principio solo se los puede considerar como indicios de prueba que pueden aportar en mayor o menor grado la responsabilidad de su titular. Se hace necesaria la presencia de un perito que



## UNIVERSIDAD DE CUENCA

está obligado a establecer cuándo fue creado, cuando fue modificado, quien es su titular, la máquina donde se elaboró o el lugar desde donde fue enviado.

Comprobar la existencia de un correo electrónico, es factible incluso después de que este ha sido borrado de la bandeja de entrada, pues se guarda de forma automática en la bandeja de elementos eliminados, y posteriormente, seguir el rastro en los servidores; lo que un perito con meridiania facilidad podría reconocerlo; por lo que es un tanto difícil lograr la anonimidad en la mayoría de los usuarios.

La labor del perito, es indispensable para que el juez pueda conocer si se encuentra ante un documento que reúne los requisitos de fiabilidad, originalidad, integridad, y que no fue un documento creado para tratar de confundir al juzgador en el juicio. Para lograr que el perito pueda obtener la mayor cantidad de elementos que le permitan llegar a la verdad, en algunos casos es necesario que se proporcione el computador donde se generó la información; el grave problema que a veces se genera es cuando el computador se encuentra en otro país y es necesario sobrepasar las esferas territoriales que generan inconvenientes con los conflictos de leyes y la soberanía de cada estado.

Pero es importante dejar en claro que existen múltiples formas de transferir dato ya sea por medio de páginas Web y refiriéndonos a los correos electrónicos la verificación de la existencia de información que fue generada y transferida puede ser constatada a través de los servidores de correos electrónicos.

### **6.6.12.- LOS DOCUMENTOS ENCRIPADOS**

Las comunicaciones han logrado un cambio significativo, con miras siempre a dotarle de un porcentaje de seguridad cada vez más alto para los usuarios. La encriptación de los mensajes es uno de los grados de seguridad que estos adquieren, lo que repercute en un alto porcentaje cuando se trata de probar.



### 6.6.12.1.- CONCEPTO DE ENCRIPCIÓN

“La encriptación es un sistema de archivo de información bajo clave, de tal forma que solo quien posee la contraseña puede leer el documento.

En el mundo informático existen dos grandes sistemas de encriptación: el simétrico y el asimétrico”.<sup>105</sup>

#### a) LA ENCRIPCIÓN SIMÉTRICA:

Se considera la más simple de las encriptaciones y consiste en que un documento cualquiera es guardado con una sola clave privada que solo puede ser abierto por quien la conozca. El grave inconveniente que genera esta forma de encriptación es que no proporciona las debidas seguridades por cuanto esta clave privada puede ser con mayor facilidad descubierta por terceros que no la conocen sustituyendo los números o letras probando varias veces, es por eso que requieren de otros medios de seguridad para ser más efectiva.

Este sistema proporciona un grado inferior de seguridad que la encriptación asimétrica. La confidencialidad en las comunicaciones se presenta para las personas que conocen la clave privada y solo estas, en teoría, podrán entender el mensaje.

La encriptación simétrica garantiza que el documento en cierto grado goce de integridad, autenticidad del documento pero no que este haya sido conocido por quien tiene la clave privada.

---

<sup>105</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 170.



La clave privada en el común de los casos es casi imposible descubrirla, pero se debe estar prevenido de los expertos que pueden llegar a conocerla.

En la encriptación simétrica partimos de una clave privada, pero la preocupación se genera cuando se quiere transmitir esa clave al receptor del mensaje y se hace necesario utilizar otros medios electrónicos que pueden ser fácilmente interceptados por estos expertos y de esta manera tener acceso al mensaje. Si utilizamos una llamada telefónica para dar a conocer la clave, quien nos garantiza que un tercero que tenga interés en saber el contenido del mensaje, no intercepte nuestra comunicación.

#### **b) LA ENCRIPCIÓN ASIMÉTRICA:**

La encriptación asimétrica funciona con dos tipos de claves: la una pública y la otra privada.

La clave pública es de conocimiento general, cualquiera navegador puede tener acceso a ella, por lo que puede ser encontrada incluso en directorios *on line*.

La clave privada tiene un grado de seguridad que permite solo ser conocida por su titular.

“Funcionan de la siguiente manera: si uno guarda un documento con la clave pública de alguien, solo podrá abrirlo quien tiene la clave privada (no la pública que no sirva para abrir el documento). Explicamos esto con un ejemplo.

Si quiero enviarle un documento confidencial a *José*, entonces buscaré en un directorio en internet su clave pública. A continuación guardaré el documento con la clave pública y se lo enviaré por *e-mail*. Yo no podré volver a abrir el documento así grabado, porque no tengo la clave privada;



si alguien en el camino intercepta el *e-mail*, tampoco podrá abrirlo, porque no tiene la clave privada; solo José podrá entonces abrirlo, porque solo él conoce su clave privada”.<sup>106</sup>

Los niveles de garantía que ofrece la encriptación simétrica es relativamente segura a la vista de la mayoría de los usuarios de la red, pero el inconveniente se genera con los expertos que constantemente se encuentran navegando y buscan descifrar los mensajes. La confidencialidad de la información no es mayormente segura con este sistema.

Con la encriptación asimétrica en cambio, los grados de seguridad que brinda son mucho más elevados y casi imposible de acceder a la información del mensaje.

Las ventajas de este tipo de encriptación, a decir de RIOFRIO, son: “a) es bastante más confidencial que un documento escrito a mano o que el encriptado simétricamente; b) da buenas pruebas de la integridad del documento, y c) garantiza la autenticidad del emisor”.<sup>107</sup>

El principio de **Confidencialidad** en la *encriptación simétrica* es menos latente en los mensajes electrónicos por los inconvenientes que genera comunicar al receptor del mensaje cual es la clave privada que debe utilizar para descifrar y poder tener acceso al mensaje; mientras que en la *encriptación asimétrica* la confidencialidad tiene un índice muy pequeño de ser violentada, el peligro disminuye por cuanto el receptor del mensaje, que tiene su clave privada, es el único que la conoce y está obligado a manejarla con total reserva para su propia seguridad, ya no es necesario que el remitente del mensaje tenga que enviarle la clave privada al receptor para que este pueda tener acceso al mensaje o comunicación.

---

<sup>106</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 173.

<sup>107</sup> *Ibíd.*, pág. 173.



Otro principio que se muestra en la encriptación tanto simétrica como asimétrica es el de ***Integridad*** que garantiza que el documento electrónico no ha sido alterado y que el único que lo puede cambiar es el que posee la clave privada.

La encriptación tanto simétrica como asimétrica tiene como objetivo principal lograr la confidencialidad de los mensajes y buscar que tanto el remitente como el receptor tengan la seguridad de que su mensaje electrónico se envió y llegó seguro, lo que va de la mano con el repudio, permitiéndole a cualquiera de las partes alegar quien lo envió o recibió y la integridad del mensaje, en su defensa.

### **6.6.13.- LA FIRMA ELECTRÓNICA**

La firma electrónica se ha incorporado en las actividades económicas de muchas personas, pero en su generalidad ha ocasionado dudas y desconfianzas para aquellos individuos que todavía tienen una idea diferente de esta y que se sienten seguros con la firma que estampan en un papel con su puño y letra.

La firma manuscrita se la ha definido de muchas formas pero nos permitimos resalta la que hace COUTURE quien manifiesta que es “un trazado gráfico, contenido habitualmente en nombre, apellido y rúbrica de una persona con el cual se suscriben los documentos para darle autoría y obligarse con lo que en ellos se dice”.<sup>108</sup> Nótese que se habla de un trazado gráfico, el mismo que se lo realiza de forma física, y que tiene como finalidad probar la autoría de quien lo hizo y con ello la responsabilidad al obligarse. Esta firma en la mayoría de los casos se estampa en un texto o documento.

La firma manuscrita envuelve un carácter autógrafo esto es que los caracteres que esta reúne se realizaron de la mano del autor.

---

<sup>108</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 177.



Pero con el pasar de los tiempos y los avances tecnológicos se hizo necesario incorporar otro tipo de firma como es la digital, que si la equiparamos con la manuscrita, en cuanto a su finalidad es la misma porque ambas buscan determinar quien fue el autor y cuál es el grado de responsabilidad en caso de presentarse inconvenientes entre las partes que se obligaron. Como prueba nos permite con posterioridad verificar quien fue el autor que suscribió el documento.

### **6.6.13. 1. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA DIGITAL**

Se han usado estos dos términos como si fueran lo mismo pero si hacemos una breve diferencia se puede especificar que la firma electrónica tiene un carácter genérico que envuelve a la firma digital que es aquella que se genera por vía de encriptación asimétrica con la unión de unas claves pública y privada.

Esta diferenciación aunque un tanto sutil permite que se incorporen a la firma electrónica otros mecanismos que pueden reunir el requisito de autoría en una firma, como son el iris del ojo, la huella digital, el ADN, la voz, etc.

En el Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, se no restringe la posibilidad de generar otro tipo de firmas electrónicas y con ello se incorpora la firma digital con sus mecanismos propios, que no necesitan del sistema de claves y con ello no se afecta en lo absoluto la eficacia, autoría y validez jurídica de la misma.

El art. 10, inciso primero dice: "La firma electrónica es aceptada bajo el principio de neutralidad tecnológica. Las disposiciones contenidas en la Ley 67 y el presente reglamento no restringen la autonomía privada para el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública, ni afecta





los pactos que acuerden las partes sobre validez y eficacia jurídica de la firma electrónica conforme a lo establecido en la ley y este reglamento (...).<sup>109</sup>

En base al derecho comparado según RIOFRÍO, expone que un buen concepto de firma electrónica y digital hace el derecho Peruano y dice: “firma electrónica es cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones de una firma manuscrita. Y define a la firma digital como aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas a una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada”.<sup>110</sup>

La legislación ecuatoriana coincide con la peruana que le da el carácter de género a la firma electrónica y con ello cualquier mecanismo de llave biométrica que se utilice puede ser considerado como firma electrónica.

En la Ley 67, al definirse que se debe entender por firma electrónica es genérica al decir “datos en forma electrónica (...)”<sup>111</sup>, lo que incluiría a los mecanismos biométricos.

#### **6.6.14- MEDIOS DE PRUEBA DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMA ELECTRÓNICA Y MENSAJES DE DATOS**

En la ley 67 – 2002 se ha establecido un capítulo que se refiere a la Prueba y Notificaciones electrónicas y en el art. 52 menciona cuales son los medios de prueba considerados en el comercio electrónico y dice: “Los mensajes de datos,

---

<sup>109</sup> Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Decreto Ejecutivo No. 3496. RO/735 de 31 de Diciembre del 2002, art. 10, inciso primero.

<sup>110</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; pág. 182.

<sup>111</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 13



firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta Ley, cualquiera sea su procedencia o generación serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observara lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.<sup>112</sup>

La Ley ya enumera cuales son los medios de prueba que las partes pueden hacer efectivos en caso de suscitarse un litigio y en la parte primera del antes transcrito artículo establece que son: los mensajes de datos, los cuales ya fueron analizados anteriormente, la firma electrónica y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros y en base de estos últimos es un avance porque ya se traspasan la esfera territorial a la que estamos siempre sujetos.

La mencionada ley de Comercio Electrónico se preocupa de identificar y enumerar a cada uno de estos medios de prueba admitidos y posteriormente los describe y conceptualiza a los mensajes de datos, firmas electrónicas y certificados electrónicos y no define a los documentos electrónicos. Es por ello que trataremos de estudiar a breves rasgos a cada uno de estos medios de prueba admitidos en nuestra legislación y definir lo que se entiende por documento electrónico.

- **Firma electrónica:** La ley la define Art. 13; que anteriormente se hace constar, de lo que podemos colegir que la firma electrónica permite que los datos constantes en un documento puedan ser asociados con una determinada persona y por medio de esta, que tenga la misma equivalencia que una firma manuscrita, se pueda establecer el grado de responsabilidad de quien lo generó.

Por medio de la firma electrónica se puede generar un alto grado de responsabilidad por parte de su titular siempre y cuando este compruebe

---

<sup>112</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 52.



por medios informáticos o electrónicos que fue objeto de alteración por parte de un tercero que rompió su seguridad.

- **Certificados de Firma Electrónica:** en la misma ley se lo define como: “el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad”, Art. 20.<sup>113</sup> Como su nombre lo dice certificar significa vincular a una persona con una acción plasmada en un documento y esta es la finalidad de la certificación que funciona como un notario que da fe de las actuaciones constantes en un documento.

Por medio de la certificación se genera mayor confianza en las firmas electrónicas por lo que se cuenta con una especie de fedatario que identifica la titularidad del firmante.

En el Ecuador el certificado de firmas electrónicas tiene una validez de dos años a partir de su expedición, sin perjuicio de lo que acuerden las partes y se admite la revalidación de certificados emitidos en el extranjero.

- **Mensaje de datos:** Se encuentra definido en la disposición general décima inciso segundo de la ley que dice que es: “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida comunicada o archivada por medios electrónicos que pueden ser intercambiados por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicio web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 20.

<sup>114</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Disposiciones Generales, Décima, inciso segundo.



La definición que ha realizado el legislador de los mensajes tiene dos partes que deben ser rescatadas. La primera es la amplia conceptualización de la misma que incluso ya tiene miras más avanzadas al referirse a los documentos electrónico que tiene variadas formas, posteriormente no solo se queda ahí, sino que incluso incluye a las llamadas telefónicas, las mismas firmas electrónicas que van de la mano con los certificados. La segunda es que deja a interpretación del juez el considerar nuevos mensajes de datos que permitan probar un hecho, lo que dice mucho de la definición y no se estanca en ser meramente taxativa.

- **Documento Electrónico:** A decir de RIOFRIO, “Al legislador ecuatoriano se le olvidó especificar qué debemos entender por documento electrónico” y posteriormente lo define como “aquel documento soportado en cualquier medio, de tal modo que solo resulte legible o entendible al ser humano por medio de computadores o aparatos electrónicos”.<sup>115</sup>

Definición bastante completa al referirse en principio al soporte y posteriormente concluir de forma genérica cuando menciona aparatos electrónicos, porque hoy en día con los avances tecnológicos es posible generar y reproducir un documento en un dispositivo de bolcillo e incluso en los celulares.

Tomando en consideración la opinión del doctor Efraín Torres Chaves , menciona que: “este artículo dice: - ... los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad con la ley, cualquiera sea su procedencia o generación...,- lo que da como resultado que de haber sido otorgado según la Ley un certificado electrónico, le da la calidad de instrumento público, sin embargo,

---

<sup>115</sup> RIOFRIO MARTINEZ – VILLALBA, Juan Carlos; “La Prueba Electrónica”, Editorial TEMIS S.A.; Bogotá – Colombia 2004; págs. 67 y 68.



esta Ley le da el carácter de medio de prueba sin considerar que su acreditación ya ha seguido un procedimiento administrativo para su aprobación”.<sup>116</sup>

Así mismo, la Ley le da al documento electrónico la presunción de derecho cuando haya sido firmado electrónicamente y que esté respaldado por una entidad de certificación de información acreditada por la Ley, cumpliendo con los requisitos que la misma manda. Pero el documento debería ser sometido, aún a pesar de ser firmado electrónicamente, ante unos peritos que confirmen su autenticidad e inalterabilidad.

El art. 53 de la Ley 67 dice: “Cuando se presentaren como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que esta reúne los requisitos determinados en la Ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario”.<sup>117</sup> Con este artículo se da la certeza de presunción de que el documento es íntegro en su contenido.

La práctica de la prueba se sujetará al Código de Procedimiento Civil con la observancia de las normas establecidas en la Ley de Comercio electrónico de acuerdo a lo dispuesto en el art. 54 que dice: “La prueba se practicará de conformidad con el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes: a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntarse el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; b) En el caso de impugnación de certificado o de la firma electrónica por cualesquiera de las partes, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información correspondiente remitir a ese despacho los certificados de firma

---

<sup>116</sup> TORRES CHAVES, Efraín; “Breves comentario a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, p. 83.

<sup>117</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 53.



electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados; y, c) El facsímile, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta Ley. En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros. Cualquier duda sobre la valides podrá ser objeto de comprobación técnica”.<sup>118</sup>

La práctica de la prueba, a decir del Dr. Efraín Torres Chaves, “reviste dos grandes requisitos:

- 1) Cumplimiento de disposiciones del Código de Procedimiento Civil; y,
- 2) Cumplimiento de disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico”.<sup>119</sup>

El primer literal del mencionado artículo expresa que corresponde al actor probar los hechos que alega en el juicio y el demandado no está obligado ha hacerlo, de conformidad con el Código Civil adjetivo y se aplicaría de la misma forma en el comercio electrónico, por ello corresponde a quien presente un documento electrónico o mensaje de dato probar presentando el soporte informático que acredite la veracidad del documento.

El segundo literal se refiere al hecho de haberse impugnado el certificado o la firma electrónica por cualquiera de las partes, el juez no puede actuar de oficio, sino que a solicitud de las parte, ordenar que la entidad certificadora encargada de velar por la propiedad de la firma, remita al juzgador competente, los certificados de firma electrónica y los documentos en los que se basó la solicitud del firmante. Estos documentos deben ir debidamente certificados.

---

<sup>118</sup> <sup>118</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 54.

<sup>119</sup> TORRES CHAVES, Efraín; “Breves comentario a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, p. 85.



El literal final, admite como medio de reprobación al facsímil cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, es decir por medios electrónicos y este a su vez debe mantener su integridad y conservar su originalidad de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico.

La valoración de la prueba de conformidad con el art. 55 de la Ley 67 que dice: “La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúa con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos”.<sup>120</sup> Con ello se establece que su valoración se apreciará según el libre criterio judicial y con el auxilio de peritos en los casos técnicos, de carácter informático, debido a que el juez no tiene la suficiente preparación por no ser su especialidad ni profesión. El hecho que la prueba sea apreciada por el juez con libertad esto no quiere decir que el puede apartarse de las pruebas que de forma lógica y oportuna se hayan aportado y más si estas están respaldadas con los soportes técnicos en caso de ser un documento electrónico, mensaje de datos, firma electrónica.

#### **6.6.15.- EL PROTOCOLO 3D-SECURE DESARROLLADO POR VISA**

Debido al aumento de las transacciones en el Comercio Electrónico se generan precauciones para los que navegan por la Internet y buscar se les ofrezca mayor seguridad en las manifestaciones contractuales de voluntad y alcanzar su objetivo sin ser perjudicados o estafados es el fin.

---

<sup>120</sup> Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, art. 55.



Es una realidad que los consumidores en su mayoría buscan comodidad de realizar sus compras o transacciones desde la comodidad de su hogar es por eso que como ejemplo de protocolo de seguridad podemos tomar a Verified by Visa para autenticar la identidad de los usuarios durante el pago por compras que realicen por la red.

Este protocolo 3-D desarrollado por Visa permite que las Instituciones Financieras puedan saber que usuario está realizando una transacción comercial.

“Es fácil de usar: Sólo se necesita una contraseña asociada a una tarjeta VISA para efectuar la compra y todas las partes involucradas estarán aseguradas, ya que al comercio se le garantiza el pago, al no poder el tarjetahabiente autenticado, esgrimir su no participación en la transacción”.<sup>121</sup>

Es un protocolo que inviste de autenticidad a las transacciones electrónicas.

Verified by Visa, “trabaja utilizando un protocolo denominado 3D-Secure, es decir, seguridad en tres dominios:

- **Dominio Emisor:** tiene en cuenta los sistemas y funciones del Banco Emisor y de sus tarjetahabientes.
- **Dominio Adquirente:** tiene en cuenta los sistemas y funciones del Banco adquirente y de sus comercios afiliados.
- **Dominio de Interoperabilidad:** tiene en cuenta los sistemas y funciones que permiten al Dominio Emisor y Dominio Adquirente realizar transacciones entre ellos. Este dominio es administrado por Visa Internacional.”<sup>122</sup>

Este protocolo incluye firmas electrónicas y sistema de encriptación asimétrica, lo que dota de seguridad, autenticidad, consistencia y evita el no repudio en las transacciones electrónicas.

---

<sup>121</sup> MANUAL\_VbV\_COMERCIOS Seguridad 3-D Visa – Consulta 2 de Junio del 2010

<sup>122</sup> Ibídem.





Con ello se garantiza la integridad del pago, la confidencialidad de la información al cliente y autenticación del tarjetahabiente; lo que significa que el banco emisor de la tarjeta de crédito desconoce la información del detalle de compra del cliente, es decir que se desconoce específicamente el bien o el servicio que se está adquiriendo para darle privacidad, y el vendedor conoce únicamente si el comprador tiene crédito en su tarjeta, pero no se le especifica la cantidad con la finalidad de evitar cualquier tipo de abuso o delito.

## **7. LAS GARANTÍAS QUE NOS OFRECE LA PRUEBA ELECTRÓNICA CUANDO SOBREPASA LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE UN PAÍS**

En términos generales *garantizar* es tener la certeza de todo lo que se hace está respaldado, que lo estipulado por las partes está bien afianzado.

Pero la pregunta que se mantiene latente es ¿cuál es la garantía que nos ofrece la prueba cuando sobrepasa las barreras de nuestro territorio? y nos encontramos con los llamados conflictos de ley en el espacio y con el atributo que posee todo Estado que es la soberanía.

Frente a este inconveniente de jerarquías de leyes, cómo podemos resolver los problemas que se presentan entre los particulares que celebran contratos por medios electrónicos, específicamente la Internet, cuando en estos contratos no se ha establecido el domicilio legal en caso de controversias y posteriormente cual sería la autoridad encargada de resolver el conflicto.

Otro problema que se ha originado es logra obtener la información necesaria que haga prueba en el tiempo oportuno para ser convalidadas en un juicio y si esas pruebas, en el caso ecuatoriano, han sido recopiladas sin violar principios constitucionales del debido proceso.



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

Nos encontramos frente a este inconveniente extraterritorial, pero que no puede ser solucionado con una correcta recopilación de las pruebas.

Los abusos por parte de personas que navegan en la red con fines de perjudicar a terceros de buena fe, puede ser evitado tomando las medidas del caso y que los usuarios estén prevenidos. No hay mejor cura que la prevención.



## **CONCLUSIONES**

- 1.- El Comercio Electrónico ya una realidad y tiene un rol importante en nuestros días debido a la sociedad consumista con la que nos enfrentamos y a las múltiples maneras contractuales que se van desarrollando.
- 2.- La creación de la Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensaje de Datos, implico un paso importante en nuestra legislación, al adaptarnos a los avances tecnológicos y regula los diferentes manifestaciones de voluntad de las personas.
- 3.- La Ley 67 inicialmente hace referencia a los Mensajes de Datos y considera el punto de partida de toda la tecnología de la información dedicada a soportar las operaciones comerciales electrónicas.
- 4.- El presente trabajo hace un breve estudio de lo que es el Documento Electrónico previo a estudiar la prueba aplicada al Comercio Electrónico.
- 5.- Se ha realizado un análisis de los medios de prueba admitidos en materia Procesal Civil específicamente, considerado como ley supletoria en todo lo que no este regulado para el Comercio Electrónico.
- 6.- Me permití analizar los diferentes medios probatorios establecidos en nuestra Ley de Comercio Electrónico, dejando en claro que este estudio o enumeración realizada no limita los medios probatorios que puedan llegar a presentarse y regularse en el futuro.
- 7.- Se desarrollo cual es valor probatorio que se le da a los mensajes de datos y el respaldo que brindan cuando existen controversias.



8.- Realice un análisis del tratamiento que se les da a las pruebas electrónicas por parte del Juzgador y el apoyo que este tiene en las inspecciones y los peritos para poder esclarecer un hecho.

9.- Finalmente puedo concluir que siempre estamos expuestos a continuos abusos pero esto no es una razón para limitar el comercio por medios electrónicos, sino al contrario nos obliga a buscar otros mecanismos de protección y sanción.

10.- Si bien es cierto que el comercio electrónico ha permitido rebasar las fronteras de los países permitiendo nuevas formas de manifestación de voluntad a través de los diferentes tipos de contratos, lo que ha dado lugar al surgimiento de nuevas figuras contrarias a la ley que obligan a los comerciantes electrónicos a crear nuevas formas de seguridad.

Tómese en consideración que el mayor número de transacciones que se realizan son por parte de los usuarios a través de sus hogares y que toda actividad electrónica siempre deja una huella que en la mayoría de los casos sirve de prueba.



## **SUGERENCIAS**

- 1.- El comercio electrónico cada vez es más frecuente en los usuarios de la red y sería ilógico pretender suprimir estas transacciones con el justificativo de ser víctimas de abusos y estafas, lo que deben hacer los que realizan este tipo de transacciones es tomar las precauciones del caso antes de entregar sus datos y contraseñas.
  
- 2.- Las Instituciones Financieras y especialmente los bancos cada vez invierten más en lograr prestarle un servicio seguro a los usuarios y es por eso que a manera de ejemplo se revisó el protocolo 3-D Secure desarrollado por Visa y adoptado por Mastercard, que ofrecen un nivel superior de seguridad y las pruebas necesarias en caso de ser víctimas de abusos en la red.
  
- 3.- En nuestra legislación ya existe las Entidades de Certificación que se manejan con encriptación asimétrica que dan mayor seguridad a los comerciantes electrónicos, la que es cada vez más accesible para los comerciantes electrónicos.
  
- 4.- Mi sugerencia principal es que antes de realizar una transacción electrónica, se tomen las precauciones del caso y que no facilitemos nuestros datos personales mientras no se haya investigado un poco sobre una página o documento en la red con quien se va a realizar una transacción.



## BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo – “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” – Editorial Heliasta, 27º Edición, tomo VI, p. 497.

“Instituciones de Derecho Privado”, Dirigido por: Ricardo Luís Lorenzetti y Carlos Alberto Coaguila, Comercio Electrónico. ARA Editores, Lima – Perú, Editorial TEMIS, primera edición julio 2003.

GARCIA FALCONI, José y ALESTIA EGAS, Rodrigo; “Manual de Práctica Procesal - el Juicio de Partición, Primera Edición, Quito – Ecuador.

TORRES CHAVES, Efraín; “Breves comentario a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador

Material Dr. Julio Tellez, Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos, Consulta: 18 de agosto de 2007

Código de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a mayo de 2007. Quito – Ecuador.

Diccionario Práctico LNS 1999, Publicado e impreso por Editorial Don Bosco, Cuenca Ecuador.

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Ley No 67-2002, R.O., Suplemento 557, 17 de abril de 2002.

[Reglamento de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Decreto Ejecutivo No. 3496. RO/735 de 31 de Diciembre del 2002, art. 10, inciso primero.](#)

<http://www.corpece.org.ec/documentos/articulos/nacionales/electronico-marklaw.htm> (Consulta: 17-08-2007)

<http://www.mecon.gov.ar/comercioelectronico/recu1.gif> (Consulta: 17-08-2007)

<http://es.wikipedia.org>. (Consulta: 15-02-2010)

[http://html.rincondelvago.com/edi\\_1.html](http://html.rincondelvago.com/edi_1.html) (Consulta el 25 de Mayo del 2010).

[http://es.wikipedia.org/wiki/Correo\\_electr%C3%B3nico](http://es.wikipedia.org/wiki/Correo_electr%C3%B3nico) (Consulta 30 de Mayo 2010)

[http://es.wikipedia.org/wiki/World\\_Wide\\_Web](http://es.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web) (Consulta 31 de Mayo del 2010).



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**