

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**MENSAJES DE DATOS Y SU VALOR PROBATORIO EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República
y Licenciada en Ciencias Políticas y
Sociales.**

Autora:

Vanessa Nataly Once González

CI: 0105105225

Correo electrónico: voncegonzalez@gmail.com

Director:

Dr. Juan Antonio Peña Aguirre

CI: 0102574399

CUENCA-ECUADOR

27-julio-2022

RESUMEN

En el régimen legal ecuatoriano, los llamados documentos o medios electrónicos han sido abordados muy escuetamente, lo que amerita una respuesta legislativa frente a la realidad actual y ante la necesidad de blindar legalmente la comunicación electrónica por medio de internet. En el día a día, las comunicaciones, los contratos y los negocios se hacen a través del internet; las prácticas terminan siendo más virtuales y menos presenciales; en ocasiones los hechos que dieron origen a una controversia no están plasmados en nada tangible, sino en mensajes de datos; no se tiene un soporte de papel, todo lo que genera inquietudes de cara al proceso. Es por eso que el estudio tiene la finalidad de determinar cómo los mensajes de datos contribuyen como valor probatorio en la legislación ecuatoriana, para lo cual se utilizó la modalidad cualitativa puesto que se centró en la descripción y análisis de la situación actual dentro de la legislación ecuatoriana, para ello en la primera etapa de la investigación, a través de la aplicación del método teórico, se determinó cómo los mensajes de datos contribuyen como valor probatorio en la legislación ecuatoriana, en la segunda fase de la investigación a través del método de análisis de contenido, se identifica los requisitos jurídicos del mensaje de texto que permite usar como valor probatorio en la legislación ecuatoriana. Y finalmente en la tercera fase de la investigación, se realizó mediante un análisis de la ley de comercio electrónico, la cual permitió describir los requisitos de conservación de mensajes de datos en la legislación ecuatoriana.

Palabras clave: Mensajes de datos. Comunicación electrónica. Valor probatorio.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal regime, the so-called documents or electronic media have been addressed very briefly, which requires a legislative response to the current reality and the need to legally shield electronic communication through the Internet. On a day-to-day basis, communications, contracts and business are done through the Internet; practices end up being more virtual and less face-to-face; sometimes the facts that gave rise to a dispute are not reflected in anything tangible, but in data messages; there is no paper support, everything that generates concerns regarding the process. That is why the study has the purpose of determining how the data messages contribute as probative value in the Ecuadorian legislation, for which the qualitative modality was used since it focused on the description and analysis of the current situation within the legislation. Ecuadorian, for this in the first stage of the investigation, through the application of the theoretical method, it was determined how the data messages contribute as probative value in the Ecuadorian legislation, in the second phase of the investigation through the analysis method of content, the legal requirements of the text message that can be used as probative value in Ecuadorian legislation are identified. And finally, in the third phase of the investigation, it was carried out through an analysis of the electronic commerce law, which allowed describing the requirements for the conservation of data messages in Ecuadorian legislation.

Keywords: Data messages. Electronic communication. Probative value.

ÍNDICE DE CONTENIDO

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE DE CONTENIDO	4
ÍNDICE DE FIGURAS	5
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: FUNDAMENTACIÓN DOCTRINAL	12
1.1 Documento electrónico	12
1.2 Medios electrónicos y su normativa específica	13
1.3 Firma electrónica.	18
1.4 La Firma Electrónica y su importancia en los mensajes de datos.....	20
1.5 Los documentos electrónicos como medio de prueba en el proceso judicial	20
1.6 Los documentos electrónicos como medio de prueba	22
CAPÍTULO II: LOS MEDIOS PROBATORIOS ELECTRÓNICOS.....	26
2.1 Soportes de memoria electrónica.....	26
2.2 Instrumentos electrónicos, su aptitud y eficacia probatoria.....	26
2.3 Documento electrónico como medio probatorio en la Legislación Ecuatoriana. .	27
2.4 Requisitos de Validez de un Documento Electrónico.....	29

CAPÍTULO III: REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS MENSAJES DE DATOS PARA QUE PUEDE CONTRIBUIR COMO VALOR PROBATORIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA..... 33

3.1 Mensaje de datos..... 33

3.2 Característica del mensaje de datos 33

3.3 Requisitos que deben tener los mensajes de datos y por ende también los documentos electrónicos 35

3.3 Estructura del mensaje de datos para ser considerado como valor probatorio 40

3.4 Valor probatorio del mensaje de datos..... 41

3.5 Implicación de la valoración probatoria del mensaje de datos 42

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 43

Conclusiones..... 43

Recomendaciones 44

Bibliografía..... 45

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: La documentación electrónica como medio de prueba..... 22

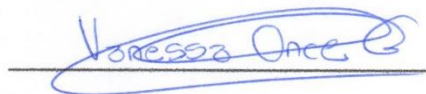
Figura 2: Condiciones para conservación de mensajes de datos..... 36

Figura 3: Principio de accesibilidad para su posterior consulta 38

Cláusula de Propiedad Intelectual

Vanessa Nataly Once González, autora del trabajo de titulación “Mensajes de Datos y su valor probatorio en la Legislación Ecuatoriana”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 27 de julio 2022



Vanessa Nataly Once González

C.C. 010510522-5

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Vanessa Nataly Once González en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “Mensajes de Datos y su valor probatorio en la Legislación Ecuatoriana”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 27 de julio de 2022



Vanessa Nataly Once González

C.C. 010510522-5

DEDICATORIA

Se la dedico a mis padres por su amor, trabajo y sacrificio durante todos estos años, pues tengo el orgullo y privilegio de ser la hija de grandes seres humanos, a toda mi familia por su apoyo, sus oraciones, y consejos pues han hecho de mí una mejor mujer.

Y a todas las personas especiales que me han acompañado durante toda mi vida, aportando a mi formación tanto profesional como ser humano.

AGRADECIMIENTO

Primeramente agradecer a Dios por todas sus bendiciones, por darme la fuerza y el coraje para cumplir mi sueño y acompañarme en cada momento de la vida.

A mis padres Edgar y Cecilia por ser el motor de mi vida y quienes impulsan mis sueños y me han sabido dar el ejemplo del trabajo, honradez, y constancia. A mis hermanos, cuñada, sobrinos y toda mi familia por ser parte de este sueño y siempre apoyarme.

También quiero agradecer a la Universidad de Cuenca y de manera especial al Doctor Juan Peña Aguirre por su paciencia, su aporte profesional que lo caracteriza y su dedicación durante este proceso, gracias infinitas por su orientación.

Al Doctor Freddy Tamariz por ser un ejemplo de persona y profesional, e igualmente a quienes conforman el Estudio Jurídico Tamariz & Asociados por ser un gran modelo de profesionales, y por compartir su conocimiento con los demás. A mi gran amigo René Sebastián, por ser el mejor de todos y siempre estar conmigo.

Finalmente quiero agradecer a Carlos por ser mi compañero, mi amigo, mi confidente, por no dejarme sola, por ser un motor fundamental en mi vida y un apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

En el régimen legal ecuatoriano, los llamados documentos o medios electrónicos han sido abordados muy escuetamente, lo que amerita una respuesta legislativa frente a la realidad actual y ante la necesidad de blindar legalmente la comunicación electrónica por medio de internet. En el día a día, las comunicaciones, los contratos y los negocios se hacen a través del internet; las prácticas terminan siendo más virtuales y menos presenciales; en ocasiones los hechos que dieron origen a una controversia no están plasmados en nada tangible, sino en mensajes de datos; no se tiene un soporte de papel, todo lo que genera inquietudes de cara al proceso.

Cualquier documento puede dar fe de algo en un juicio, en mayor o menor medida, según su naturaleza se lo permita: algunos llegan a configurarse como prueba plena, mientras que otros no pasan de ser un simple indicio, un principio de prueba, y otro ni siquiera eso. La eficacia probatoria dependerá de la naturaleza del documento. Nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos así lo consagra cuando dice que «los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba.

La realidad lógica en general es la fiabilidad de los medios probatorios, las violaciones y detrimentos de su eficacia se dan de manera excepcional. Este es un principio que no se establece explícitamente en la legislación, sin embargo, se requiere un examen pericial en caso de impugnación, lo que se puede interpretar en ese mismo sentido. La ley no reconoce el valor probatorio natural e intrínseco de los documentos

electrónicos, pues exige su presentación física junto con firma digital, lo cual vuelve ineficaz a los medios electrónicos como recurso probatorio.

El artículo 52 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos establece que: “los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y certificados electrónicos tanto nacionales como extranjeros, que cumplan los requisitos, sin importar su procedencia o generación, serán medios de prueba efectivos; y que, su valoración y efectos legales deben apegarse a lo dispuesto en las leyes adjetivas y especialmente el COGEP” (2002). Siendo ésta una norma supletoria de todos los procesos contenciosos sin importar la materia, se concluye que estos medios electrónicos se podrán utilizar ante todos los órganos judiciales.

A criterio de EFRAÍN TORRES (Torres Chaves, 2003) la apreciación de estas pruebas dependerá siempre del conocimiento tecnológico del Juez, ante lo cual la parte que las solicite deberá estar alerta para pedir la opinión de un perito frente a los tecnicismos ajenos a la actividad judicial. Esto resulta muy útil ya que, en todo caso, los jueces a pesar de su profesionalismo, podrían desconocer algunos principios técnicos avanzados que impedirían el ejercicio efectivo de la sana crítica.

Es por eso que los mensajes de datos son considerados un medio de prueba admisible y su fuerza probatoria será la que le otorguen las normas de procedimiento aplicables a los documentos. Además, expresamente se ha establecido que los mensajes de datos se presumen auténticos.

Es por eso que, para la siguiente investigación, se contara con los siguientes capítulos:

Capítulo I: Se detallará el fundamento doctrinal de mensajes de datos y su valor probatorio en la legislación ecuatoriana, esto ayudará a fundamentar todo lo relacionado con el documento electrónico.

Capítulo II: En este capítulo se describe los medios probatorios electrónicos, el cual detallará el soporte de memoria electrónica, instrumentos electrónicos, su aptitud y eficacia probatoria, documento electrónico como medio probatorio en la Legislación Ecuatoriana.

Capítulo III: En este apartado se describen los requisitos que deben cumplir los mensajes de datos para que pueda contribuir como valor probatorio en la legislación ecuatoriana, y dentro de este se desglosará el mensaje de datos, las características del mensaje de datos, los requisitos que debe cumplir el mensaje de datos, estructura del mensaje de datos, valor probatorio del mensaje de datos.

Finalmente, para concluir con el estudio se formulan las debidas conclusiones y recomendaciones de la investigación.

CAPÍTULO I: FUNDAMENTACIÓN DOCTRINAL

1.1 Documento electrónico

Soto Caldera (2001), define el documento electrónico como “toda aquella representación del pensamiento y de la voluntad del hombre materializado en soportes magnéticos de acceso inmediato, capaz de trasladarse de un lugar a otro por medio de redes telemáticas”.

Para Peñaranda (2001), mencionado por (Jurado , 2011) el documento electrónico es “aquel instrumento que contiene un escrito – mensaje-, destinado a durar en el tiempo, en lenguaje convencional (bits), sobre soporte, que podría ser cinta o disco. En otras

palabras, es el documento proveniente de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste”.

Al documento electrónico en general, se considera a todo soporte material idóneo susceptible de representar un acto jurídico independientemente del tipo de medio físico empleado. Por su parte, el título preliminar del proyecto de Ley ecuatoriano, lo define como el documento en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio.

El documento electrónico es aquel que estando contenido en un dispositivo magnético es ininteligible para el hombre, no corresponden a la creación convencional de documentos, es decir al uso físico del papel. Mientras que, una vez materializado se lo denomina instrumento informático; ambas denominaciones suelen emplearse como sinónimos, sin precisar la diferenciación referida por Juan José Páez (2005.)

También se puede entender que el documento electrónico es: “toda representación de hechos, actos o transacciones jurídicas, producida y conservada electrónicamente”. De tal manera que un mensaje de datos es un documento electrónico y viceversa.

De modo que, como documento electrónico puede definirse a toda aquella representación del pensamiento y de la voluntad del hombre materializada en soportes magnéticos, de acceso inmediato y capaz de trasladarse de un lugar a otro por medio de redes informáticas.

1.2 Medios electrónicos y su normativa específica

Según Nieves (2007), enfatiza que el documento electrónico se lo denomina como mensaje de datos, mientras que los mensajes de datos originalmente son conocidos como

data message, los cuales fueron definidos por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de Comercio Electrónico como: “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”, al respecto y en total conformidad con lo anotado nuestra ley los define como: “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio” y extiende esta calidad aún más cuando establece que “Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos” por ello es apreciable la importancia que tiene los documentos electrónicos como antecedente lógico del comercio electrónico, a partir de ello y jurídicamente hablando se trata de documentos electrónicos que contienen actos o declaraciones de voluntad, sin importar el medio del que emanen ni del soporte en el que consten.

Los documentos electrónicos en varios casos, pueden necesitar algunos elementos, para que en base a la legislación y reglamentación que existe tenga el mismo valor jurídico que poseen los documentos firmados y escritos en soportes tradicionales. Es por eso que en el campo jurídico el documento electrónico, es técnicamente un documento en lenguaje binario, siempre y cuando tenga soporte que pueda ser leído por un computador.

Entendido de este modo, es claro que indiscutiblemente el documento electrónico se ha vinculado de forma precisa a la manifestación de voluntades, ahora cabe preguntarnos en qué casos y en que determinada forma es posible presentarlo dentro de la prueba de

las obligaciones, respecto de su admisibilidad, su autenticidad y posibilidad de verificación. (León , 2017)

Con el desarrollo de la tecnología y el avance del comercio electrónico el Estado Ecuatoriano se ha preocupado de expedir una ley que regule esta nueva forma de Comercio, por lo cual publica en el Registro oficial No. 557 el 17 de abril de 2002 una nueva ley, la de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, siendo ésta un avance muy significativo encuadrándose en las nuevas exigencias que están presentes en la actualidad. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos además de explicar lo que debemos entender por esta nueva forma de comercio, se encarga también de salvaguardar los intereses de la colectividad, trayendo modificaciones en el ámbito penal, al referirse a Delitos contra la información protegida, Destrucción maliciosa de documentos, Falsificación Electrónica, Daños informáticos, etc., los mismos que serán estudiados posteriormente.

Ésta es una ley que ha tratado de cubrir con la mayoría de aspectos que se derivan del comercio electrónico. El comercio electrónico, al ser un concepto nuevo, es probable que su aceptación empiece a causar resistencia, de esta forma esta ley trata a la confidencialidad, reserva, conservación, protección y autenticidad de los datos, descritos en los artículos 4, 5, 8 y 9, hablando de su importancia; la procedencia e identidad de un mensaje de datos, su envío y recepción de datos se tratan en los artículos 10 y 11 y en cuanto a la duplicación de mensajes de datos en el artículo 12.¹

¹ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (2002), Art. 4.- Propiedad intelectual. - Los mensajes de datos estarán sometidos a las leyes, reglamentos y acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual. Art. 5.- Confidencialidad y reserva. - Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Art. 8.- Conservación de los mensajes de datos. - Toda información sometida a esta ley, podrá ser conservada; este requisito quedará cumplido mediante el archivo del mensaje de datos. Art. 9.- Protección de datos. - Para

La presencia y uso de los medios electrónicos en los ciudadanos ecuatorianos y en diferentes tipologías de relaciones comerciales y sociales, forjó la necesidad de su regulación, prescribiéndose la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, mediante la Ley número 67, publicada en Registro Oficial Suplemento N° 557, de 17 de abril de 2002 ((2002), 2002). En dicha ley se legalizan varios aspectos, entre ellos se concede de reconocimiento legal a los mensajes de datos, como género y por ejemplo los documentos electrónicos como especies, se reglamentan asimismo las firmas electrónicas, autoridades de certificación electrónica, servicios electrónicos, derechos de usuarios o consumidores, los Instrumentos Públicos, la prueba y notificaciones electrónicas.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos contiene principios y disposiciones específicas que se desarrollan a los medios electrónicos como: la emisión y recepción, validez, etc.; la motivación que el legislador enuncia en ella es el desarrollo de Internet y su utilidad comercial, educativa y cultural, la necesidad de integrar a todos los ciudadanos al uso de medios electrónicos, regular los actos civiles y mercantiles que se llevan a cabo mediante el uso de la Red; y, la necesidad del Estado ecuatoriano de apearse al crecimiento de las comunicaciones globales. El objetivo de la ley es fundamentalmente regular la utilización irrestricta de mensajes de datos o documentos electrónicos como equivalente funcional de instrumentos escritos con soporte físico o papel, para lo cual requiere el empleo obligatorio de firmas electrónicas en lugar de manuscritas.

la elaboración, transferencia o utilización de bases de datos, obtenidas directa o indirectamente del uso o transmisión de mensajes de datos, se requerirá el consentimiento expreso del titular de éstos, quien podrá seleccionar la información a compartirse con terceros.

Consecuentemente se garantiza la validez de contratos que se celebren con el empleo de mensajes de datos, al amparo de los derechos de los consumidores en la esfera del comercio electrónico. Asimismo, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos establece disposiciones fundamentales para el ejercicio del valor probatorio del cual gozan los mensajes de datos. En base a los mensajes de datos y accesoriamente a los documentos electrónicos, el artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, ordena el cumplimiento de requisitos para que su valoración produzca su plena eficacia como documento electrónico. Este articulado determina los requisitos que deben cumplir los mensajes de datos, y asimismo los documentos electrónicos:

- a) Accesibilidad, a través del uso de mecanismos y procedimientos previamente autorizados se pueda recuperar en cualquier momento íntegramente su contenido.
- b) Conservación, preservación del formato original y siendo susceptible de establecer los datos de envío, archivo, hora y fecha de creación, origen, destino, procesamiento, generación y recepción. Datos los cuales se cumplen con la firma electrónica y su certificado.
- c) Integridad, lo cual se sustenta en que sea completo e inalterable y conforme al artículo 6 del Reglamento General de la Ley de Comercio Electrónico ((2002), Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos., 2002), esto se consume sí está firmado electrónicamente.

En base a lo anteriormente expuesto, el documento electrónico constituye un medio de prueba, debe estar firmado electrónicamente, y si no tiene la firma electrónica, se convierte en un mero indicio junto con otros medios de prueba, como lo es la práctica

de un examen pericial que lo acredite, para que pueda causar efectos dentro de la prueba en un proceso en general.

1.3 Firma electrónica.

Según la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (2002), en su Art. 13 indica que firma electrónica son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan 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.

A diferencia de la firma manuscrita, la firma digital responde a una lógica distinta en cuanto a su elaboración y manera de verificar si es correcta o no. Sin embargo, no pierde su esencia propia, al ser un elemento de identificación de una persona, sea esta natural o jurídica, lo cual puede generar el cumplimiento de ciertas obligaciones, producto de las relaciones comerciales, profesionales o contractuales, por decir algunos casos.

Para firmar un documento electrónico su autor utiliza una clave secreta a la que sólo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría, de esta forma, el autor queda vinculado al documento que firma. Para verificar la validez de una firma electrónica, cualquier persona puede acceder, pero con la clave pública del autor, La firma digital nos permite comprobar la relación entre un mensaje y la clave utilizada. (Andrade , 2007)

Por su parte también la ley en el artículo 15 menciona que existen requisitos para la firma electrónica los cuales se mencionan a continuación:

a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular.

b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos.

c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado.

d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario.

e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

Fuente: (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)²

Elaborado por Once Vanessa (2021)

Art. 16.- La firma electrónica en un mensaje de datos. - Cuando se fijare la firma electrónica en un mensaje de datos, aquélla deberá enviarse en un mismo acto como parte integrante del mensaje de datos o lógicamente asociada a éste. Se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas, en dicho mensaje de datos, de acuerdo a lo determinado en la ley. (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)

Art. 18.- Duración de la firma electrónica. - Las firmas electrónicas tendrán duración indefinida. Podrán ser revocadas, anuladas o suspendidas de conformidad con lo que el reglamento a esta ley señale. (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)

² Ley de comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (2002), Art. 15.- Requisitos de la firma electrónica.

1.4 La Firma Electrónica y su importancia en los mensajes de datos

Según Avellán (2010), enfatiza que con el transcurso de la historia, la firma ológrafa, es decir, aquella que cada persona plasma en un papel como algo distintivo, único y propio, ha tenido gran relevancia para poder identificar un documento con su autor, de igual forma, tanto en los documentos privados, cómo en los públicos, la firma de las partes es indispensable para confirmar un acuerdo de voluntades, pero aun así, nunca faltó algún mal intencionado que por diversas y oscuras razones falsificó dichas firmas, hecho que trajo consigo la aparición de peritos grafólogos que estudien la autenticidad de los rasgos, inclinación, velocidad y presión constantes en una firma tradicional, para poder demostrar la legitimidad y veracidad de un documento.

Ante lo indicado en párrafos anteriores se puede indicar que actualmente con la derivación propia de la tecnología, y con el auge de los distintos tipos de mensajes de datos, resulta imposible plasmar en estos una firma ológrafa, a lo mejor, como copia (como ocurre con un documento firmado y enviado por fax, o en los casos en los que un documento es desmaterializado, es decir, cuando se lo escanea para que este conste en un ordenador o en memorias, cd's, etc.) no obstante, nada asegura su autenticidad, y resulta aún más difícil comprobar si la firma plasmada en dichas copias tecnológicas son verdaderas.

1.5 Los documentos electrónicos como medio de prueba en el proceso judicial

Los documentos electrónicos como medio de prueba pueden ser utilizados en dos acepciones: como documento privado y como medio de prueba libre, sin olvidar la importancia de la firma electrónica como método de suscripción con la cual se le otorgará al mensaje de datos la validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. Es por eso que (Jurado , 2011) expone en relación a las dos acepciones lo siguiente:

Los documentos electrónicos como documentos públicos y privados

Cuando hablamos de instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones, nos estamos refiriendo a ellos como los papeles o documentos en los que se expresa el acto jurídico: por ello que el instrumento es todo escrito en el que se consigna un hecho, comprendiendo de este modo que las palabras instrumento y documento son sinónimas y corresponden a la misma idea, estos documentos instrumentos se dividen en públicos y privados, los primeros son autorizados por funcionarios públicos guardando para ello ciertas solemnidades en cierto grado rigurosas y los instrumentos privados son ajenos a estas formalidades y se otorgan por parte de particulares. (Galarza, 2007)

Es entonces claro que uno es diferente del otro por cuanto el instrumento público está sometido a solemnidades y el instrumento privado no, son distintos también respecto de su valor probatorio y en cuanto a su impugnación situación que obedece a la naturaleza misma de los documentos.

Tanto los instrumentos públicos como los privados pueden ser exigidos en un proceso judicial ya sea por vía de prueba como por vía de solemnidad, pudiendo ello producir cierto grado de confusión entre lo que se constituye prueba y la solemnidad a cumplirse por parte de los instrumentos públicos, por ello merece considerarse tal como lo explica el Catedrático Universitario Jorge Morales Álvarez que la prueba tiene por Objeto justificar la existencia del acto o contrato cuya ejecución se persigue, mientras que la solemnidad es un requisito indispensable para la existencia del contrato, sin la solemnidad el contrato no se perfecciona³, la ley en la prueba de las obligaciones nos

³ (Código Civil Ecuatoriano, 2006) Art. 1718

exige el documento como un medio de prueba y no como una solemnidad, así en el ya citado Art. 1726 del código civil ecuatoriano se establece que actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América deberán constar por escrito, con lo que claramente podemos determinar que dentro de las prueba de las obligaciones el instrumento no es exigido como solemnidad sino como medio probatorio.

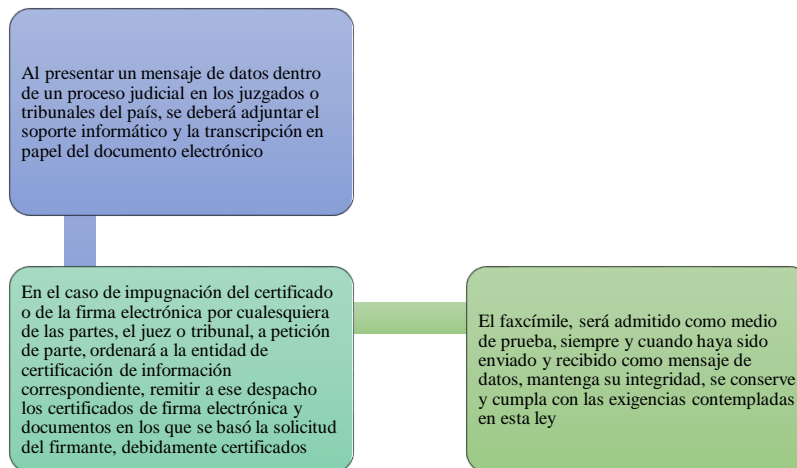
1.6 Los documentos electrónicos como medio de prueba

El Art. 53 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, establece la presunción sobre su validez.

Así, mismo el Art. 54 de la mencionada ley, ordena que, en aquel documento electrónico, o sea un medio de prueba, será necesario que esté en soporte material (informático) sea transcrito en papel (impreso) y además es necesario proporcionar los elementos materiales electrónicos o informáticos necesarios para su lectura y verificación.

“Práctica de la prueba. - La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos y observando las normas siguientes:

Figura 1: La documentación electrónica como medio de prueba



Fuente: (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)⁴

Elaborado por Once Vanessa (2021)

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”

MANERA EN LA QUE SE DEBERÍA PROCEDER EN LA PRACTICA RESPECTO A LOS MENSAJES DE DATOS COMO PRUEBA

Como sabemos los mensajes de datos tienen un igual valor jurídico que los documentos escritos, y es por eso que deben permanecer íntegros es decir que deben ser completos e inalterables. Desde el momento en que se genera por primera vez la información esta debe conservar la integridad de la misma.

Dentro de un proceso judicial si una de las partes llega a negar la validez de los mensajes de datos ya sea porque adolece de algún vicio que lo invalide, este debe probar

⁴ Ley de comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (2002), Art. 15.- Requisitos de la firma electrónica.

lo afirmado conforme la Ley, o de ser el caso se debe probar que el procedimiento de seguridad seguido no se pueda reconocer como técnicamente seguro, esto incluirá los datos de la creación y los diversos medios que han sido utilizados para llegar a la verificación de los datos. El tema de la valoración de la prueba, estará sometida al libre criterio judicial, si llegase a tener alguna duda sobre la validez de los mensajes de datos, estos podrán ser objeto de una comprobación técnica, y el Juzgador podrá solicitar una Pericia Judicial, que será realizada por una persona especializada en esta rama, es decir que el Juzgador designará a un perito técnico que sea competente en esta materia y tenga la experticia adecuada.

En lo referido al tema de la prueba se entenderá que los mensajes de datos provienen siempre de quien los envía, y con respecto a los mensajes de datos, las firmas electrónicas, documentos electrónicos y certificados electrónicos que sean de procedencia nacionales o extranjeros serán estimados como medios de prueba.

En la práctica de la Prueba, al tratarse de Mensajes de Datos se debe presentar o adjuntar el correspondiente soporte informático y la transcripción del documento. Y es por eso que nos basaremos en lo manifestado en la Ley Notarial:

Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

5. Certificar documentos bajo las siguientes modalidades:

a) Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias certificadas o de documentos que se exhiban en originales conservados un ejemplar con una nota respectiva en el libro de certificaciones que se llevará para el efecto.

b) La o el Notario a través de su firma electrónica podrá otorgar copias electrónicas certificadas de un documento físico original o de un documento electrónico original.

Además, podrá conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original.

(LEY NOTARIAL, 2014)

PRACTICA DE LA PRUEBA DE LA FIRMA ELECTRONICA

Conforme al Artículo Art. 53 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, si se presentase una firma electrónica y esta se encuentra debidamente certificada por una entidad de información certificada, se la presumirá que la misma reúne todos los requisitos que han sido determinados por la Ley para ser válida, y se entenderá que los datos que constan de la firma electrónica no han tenido ningún tipo de alteración desde el preciso momento de su emisión y que la respectiva firma le corresponde al signatario.

En el caso de existir algún tipo de impugnación ya sea de un certificado o de la firma electrónica, el correspondiente proceder será el ordenar a la entidad de certificación correspondiente que emita el respectivo informe.

DOCUMENTOS DESMATERIALIZADOS

Por acuerdo de las partes se podrán desmaterializar los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente.

Deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas.

CAPÍTULO II: LOS MEDIOS PROBATORIOS ELECTRÓNICOS.

2.1 Soportes de memoria electrónica.

El uso de documentos electrónicos supone el almacenamiento de datos en un soporte informático, denominado disco duro u otro tipo de soporte de memoria electrónica portable. La autora (Viloria, 2001) sostiene que: “este acto constituye un tipo de escritura, el cual no puede ser leído sin la ayuda de un ordenador”. Es inminente su incorporación al sistema probatorio como medio de expresión de la voz y pensamiento humano. “El flujo de electrones es la nueva tinta, los discos duros o memorias rígidas el nuevo papel y el escriturado bit el nuevo alfabeto”. Son por tanto formas desmaterializadas de expresión del pensamiento humano, las mismas que reemplazarán a las consideradas convencionales y que han sido utilizadas desde la invención de la escritura.

Al respecto el estándar norteamericano sobre evidencia digital determina tres clases completamente determinadas:

- a) Generados por ordenador;
- b) No generados en ordenadores, pero almacenados en éstos; y,
- c) Los híbridos: Incluyen los creados por ordenador y almacenados en ellos.

(Ramírez , 2016)

2.2 Instrumentos electrónicos, su aptitud y eficacia probatoria

La fuente de prueba es un concepto amplísimo, con multiplicidad de manifestaciones. En el caso de cualquier tipo de contratación, el acto es la fuente, mientras que los documentos que lo respaldan consisten en medio de prueba, en el caso documental. Asimismo, en los casos de contratación electrónica o cualquier actividad

realizada con ayuda de medios tecnológicos. La opinión de (Viloria, 2001) permite entender mejor la distinción en el caso electrónico: cualquier mensaje o información electrónica independientemente de su contenido, constituyen sin duda una fuente de prueba que, eventualmente, podrían convertirse en un medio de prueba si su contenido se considera relevante para demostrar la realidad de un determinado hecho, acto o negocio jurídico relevante.

La eficacia depende de la ley sustantiva y el cumplimiento de los requerimientos, mientras que la valoración de la adjetiva según la ley especial queda bajo la sana crítica y libre juicio del juzgador. Inclusive antes de la emisión de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, se autorizaba algún valor probatorio a estos instrumentos, actualmente se deben obedecer algunos requisitos y se deja abierta la posibilidad de un examen pericial que verifique su eficiencia (2002). BOWDEN, afirmó que la evidencia electrónica es muy superior a la tradicional, es casi indestructible, secreta y abundante. Los documentos, de cualquier clase que fueren pueden alcanzar a ser plena prueba, configurar un indicio o un principio de prueba, todo dependerá de la condición de los medios presentados.

El artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos en su letra a, (2002), establece que el contenido del archivo desmaterializado de los mensajes de datos fuente de prueba- como la impresión física medio de prueba- que se haga de ellos constituirá diligencia probatoria a favor de las partes en el devenir del proceso.

2.3 Documento electrónico como medio probatorio en la Legislación Ecuatoriana.

Al hablar sobre el tema del valor probatorio de un documento electrónico, es necesario resaltar que en nuestro ordenamiento existe este reconocimiento jurídico, el

cual está establecido en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos en su artículo 2, el cual expresa lo siguiente: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. - Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su reglamento.” Y no solo de los mensajes de datos, sino también la firma electrónica, esto nos manifiesta el artículo 14 ibídem “La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.”

De esta manera, se puede observar que nuestro ordenamiento jurídico brinda valor jurídico tanto a mensajes de datos como a la firma electrónica, de la misma forma que a los documentos en soporte de papel, considerando que deben tener ciertos requisitos específicos para ser tomados como tales, los mismos que serán estudiados a lo largo del presente capítulo. Al tener un documento con firma electrónica certificada, se lo puede incorporar como prueba, contando ya con una presunción legal a su favor y trasladando la carga de la prueba a quien pretenda negar la validez de dicho documento, esto lo establece el artículo 53 de la (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002) en mención:

Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que ésta 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.⁵

Puede darse el caso que no sea posible contar con un documento con una certificación autorizada, sino estemos frente únicamente a un correo electrónico o e-mail, el mismo que contenga algún tipo de información que necesite ser probada, en este caso, la jurisprudencia chilena, francesa, entre otras, nos indican que al no tener ningún tipo de suscripción no tiene valor jurídico relevante, criterio también que ha sido discutido.

En todo caso, será el juzgador quien le dé la valoración conveniente haciendo uso de la sana crítica, siendo el sistema de valoración aceptado por nuestro ordenamiento, por lo que será quien considere la seguridad de los medios utilizados para lo cual, va a tener que designar un perito para que realice un estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas. De esta forma, el juez tendrá que expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

2.4 Requisitos de Validez de un Documento Electrónico

Para que el documento electrónico pueda alcanzar la calidad de documento probatorio, es necesario que al menos cumpla con cuatro requisitos básicos, mismos que son considerados por Julio Téllez Valdés, en su obra denominada “Derecho Informático”, los cuales son los siguientes:

Inalterabilidad

Para que los documentos electrónicos puedan ser admisibles como un medio probatorio, deben tener carácter de permanencia. “El temor sobre la posibilidad de

⁵ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (2002), Art. 53.- Presunción

reinscripción o reutilización de los soportes informáticos, se dice, disminuye su seguridad y confiabilidad.” (Téllez Valdés, 2004)

Autenticidad

Los documentos son auténticos cuando los mismos no han sufrido ningún tipo de alteración que varíe su contenido, mientras más seguridad tiene el documento, menor es la posibilidad de que pueda ser alterado, y a su vez, se vuelve más fácil verificar algún tipo de alteración. Por lo tanto, este requisito, está completamente vinculado a la inalterabilidad. (León , 2017)

Durabilidad

Se refiere a que el documento debe ser definitivo, y, que “importe una modificación irreversible del soporte” (Téllez Valdés, 2004). De esta forma, es muy complicada su alteración al momento de su conservación, situación que sucede con los documentos en soporte de papel, pues al momento de almacenarlos, con el paso del tiempo absorbe cierto tipo de partículas que pueden distorsionar su contenido.

Seguridad

Para que tenga validez un documento electrónico, también es necesario que existan firmas de responsabilidad, teniendo en cuenta las obligaciones y responsabilidades que debe tener el peticionario del documento o emisor de la firma electrónica, ésta una condición esencial, ya que de esta forma puede alcanzar el mismo valor que los documentos en soporte de papel. (León , 2017)

Valor probatorio de los documentos electrónicos

Toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre un derecho discutido o negado. Por ello, la prueba se constituye en la base fundamental del proceso y en una condición de seguridad jurídica esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva.

Pero el creciente empleo de las tecnologías de la información como soporte material en el cual se concretan hechos y actos jurídicos, nos motiva a determinar cómo se puede apreciar al documento electrónico como un medio de prueba admisible, en caso de ausencia expresa en el ordenamiento jurídico.

Es de advertir de manera reiterada, que el documento electrónico en su sentido estricto, es una representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos, como un disquete, un CD-ROM, una tarjeta inteligente u otro, y que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre.

No obstante, estar adquiriendo mayor habitualidad y trascendencia en la contratación moderna y en los medios de pago, los soportes informáticos no están ajenos a importantes críticas que cuestionan no sólo su valor probatorio, sino que incluso su admisibilidad como medio de prueba. Las dudas que despiertan parten por la estabilidad de su contenido, su originalidad y la identificación del autor por medio de la firma. En primer lugar, la crítica que se hace parte de la estabilidad del contenido de estos nuevos documentos al no poseer aún la confiabilidad que requiere el juez para que se forme convicción de los hechos, debido a que la inalterabilidad y el carácter indeleble de los elementos de registro empleados desaparecen y éstos pueden ser sobrescritos o borrados.

Por lo general, los documentos electrónicos son la transcripción de una escritura sobre papel que, con frecuencia, se destruyen después de registrarse digitalmente, por lo que las copias digitales deber ser idénticas a su matriz, es por ello, que se duda sobre su carácter original. Este último, suele depender principalmente del grado de inalterabilidad e integridad del contenido que represente el documento.

De lo anterior, se puede extraer, que en un ordenamiento jurídico que recoja el sistema de prueba legal, es necesario que la ley considere expresamente al documento electrónico como medio de prueba idóneo. En cambio, según el principio del libre convencimiento del juez, las partes podrán acompañar documentos electrónicos y el juez no tendrá obstáculos para admitirlos como medios de prueba, en la medida en que no exista norma alguna que lo inhiba para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, admitiéndolos en subsidio de otros, imponiéndoles una determinada eficacia probatoria.

Aquello no significa que el juez debe necesariamente atribuirle una plena atención al documento electrónico, sin valorar antes su autenticidad y su seguridad. Así, el documento será auténtico cuando no haya sufrido alteraciones, cuando ha sido realmente otorgado y autorizado por la persona y de la manera que en él se expresa, y será tanto más seguro cuanto más difícil sea alterarlo y cuando más fácil sea verificar la alteración y reconstruir el texto originario.

CAPÍTULO III: REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS MENSAJES DE DATOS PARA QUE PUEDE CONTRIBUIR COMO VALOR PROBATORIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1 Mensaje de datos

Según Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos (2002), el artículo 7 se considera que un mensaje de datos permanece integro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.⁶

Como se menciona en el apartado anterior mensaje de datos es toda información creada, enviada, generada, recibida archivada, comunicada, procesada, por medios electrónicos, los cuales pueden ser cambiadas por cualquier medio.

3.2 Característica del mensaje de datos

Las características principales de los mensajes de datos según Pinta (2014):

- Ley de comercio electrónico de los mensajes de datos.
- Los mensajes de datos tienen igual valor jurídico que los documentos escritos impresos.
- Se reconoce jurídicamente a la información no contenida directamente en un mensaje, cuando figure en forma de remisión o de anexo.
- Los mensajes de datos estarán sometidos a las leyes, reglamentos y acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual.

⁶ Art. 7.- Información original. - Cuando la ley requiera u obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a la ley, puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos.

UCUENCA

- Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera que sea su forma, medio o intención.
- Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, y deberá ser posible su acceso posterior.
- Cuando la ley requiera u obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos.
- Los documentos desmaterializados deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas.
- La información respecto a esta ley podrá ser archivada, este requisito quedará cumplido mediante el archivo del mensaje de datos.
- Para la utilización de base de datos se requerirá el consentimiento del titular quien podrá seleccionar la información a compartirse con terceros.
- La recopilación y uso de datos personales responderá a los derechos de privacidad, intimidad y confidencialidad garantizados por la Constitución de la República.
- No será preciso el consentimiento para recopilar datos personales de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la administración pública.
- Salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo.

- Cada mensaje es diferente. Cuando exista duda, las partes pedirán la confirmación del nuevo mensaje y tendrán la obligación de verificarlo. (Pinta, 2014)

Ante características de mensajes de datos que han sido mencionadas, se puede indicar que surge los mismos efectos que un documento escrito, siempre que la información contenida en el mismo sea accesible para su posterior consulta, siendo conservada de forma íntegra, completa e inalterable. Todo mensaje de dato gozará de las presunciones y consideraciones establecidas en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos y su respectivo Reglamento.

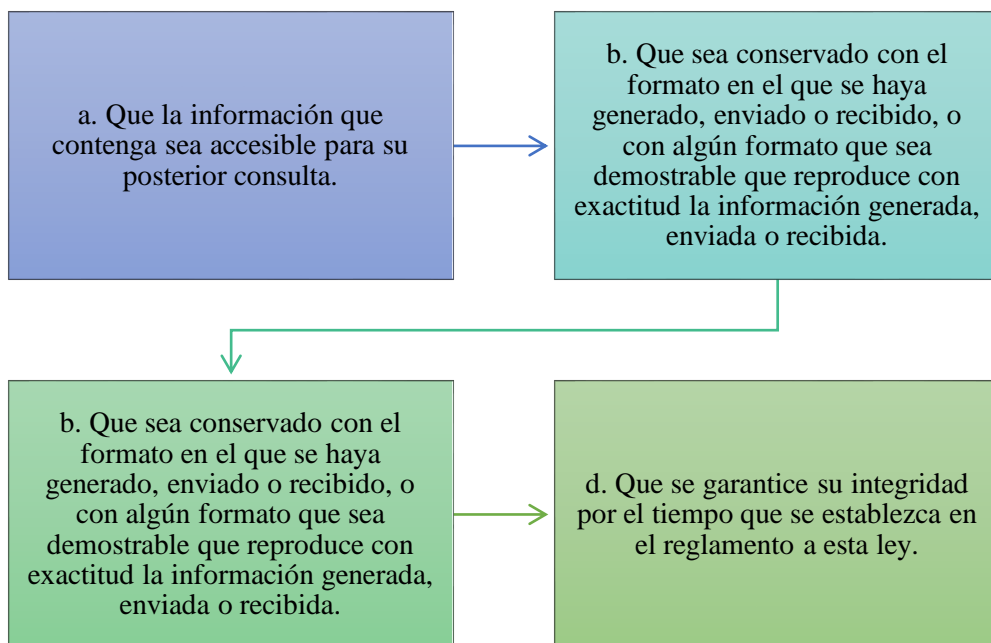
3.3 Requisitos que deben tener los mensajes de datos y por ende también los documentos electrónicos

Accesibilidad: permite la recuperación de su contenido de manera íntegra en cualquier momento empleando mecanismos y procedimientos previstos para el efecto.

Conservación: se debe conservar el formato original y que sea susceptible de determinar los datos de origen, generación, destino, hora y fecha de creación archivo, procesamiento, recepción y envío. Lo cual se realiza con la firma electrónica y su certificado, o en su defecto con registros de otros tiempos de firma o sistema de autenticación o identificación, tal como sellado de tiempo, encriptación, sistemas biométricos, etc. Según el artículo 8 de la Ley de Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (2002)⁷ debe cumplir con ciertas condiciones para su conservación las cuales se exponen a continuación:

⁷ Art. 8.- Conservación de los mensajes de datos. - Toda información sometida a esta ley, podrá ser conservada; este requisito quedará cumplido mediante el archivo del mensaje de datos.

Figura 2: Condiciones para conservación de mensajes de datos



Fuente: (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)

Elaborado por: Once Vanessa (2021)

Toda persona podrá cumplir con la conservación de mensajes de datos, usando los servicios de terceros, siempre que se cumplan las condiciones mencionadas en este artículo.

La información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje de datos, no será obligatorio el cumplimiento de lo establecido en los literales anteriores.

Integridad: este implica que este inalterable y completo y según el artículo 6 del Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (2002), se produce si está firmado electrónicamente. Por lo tanto, para que el documento electrónico constituya un medio de prueba, se requiere que el mismo esté

firmado electrónicamente, en caso que no tenga la firma electrónica, pasa a ser un indicio que necesariamente debe estar acompañado de otros medios de prueba, para que pueda producir efectos y ser tomado en cuenta por el Tribunal de Garantías Penal al momento de la valoración del mismo.

Ante lo indicado anteriormente se puede enfatizar que existen algunos principios que están regulados en la ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, los cuales son los siguientes:

- **Principio de confidencialidad y Reserva**

Este principio está regulado en el artículo 5⁸ donde la confidencialidad esta relacionada con el secreto de comunicaciones privadas e implica una garantía entre las partes. Los documentos electrónicos se pueden asegurar mediante una firma electrónica de clave privada y pública o formas de encriptación tanto en canal con sistema SET o SSL o mensajes.

- **Principio de no repudio**

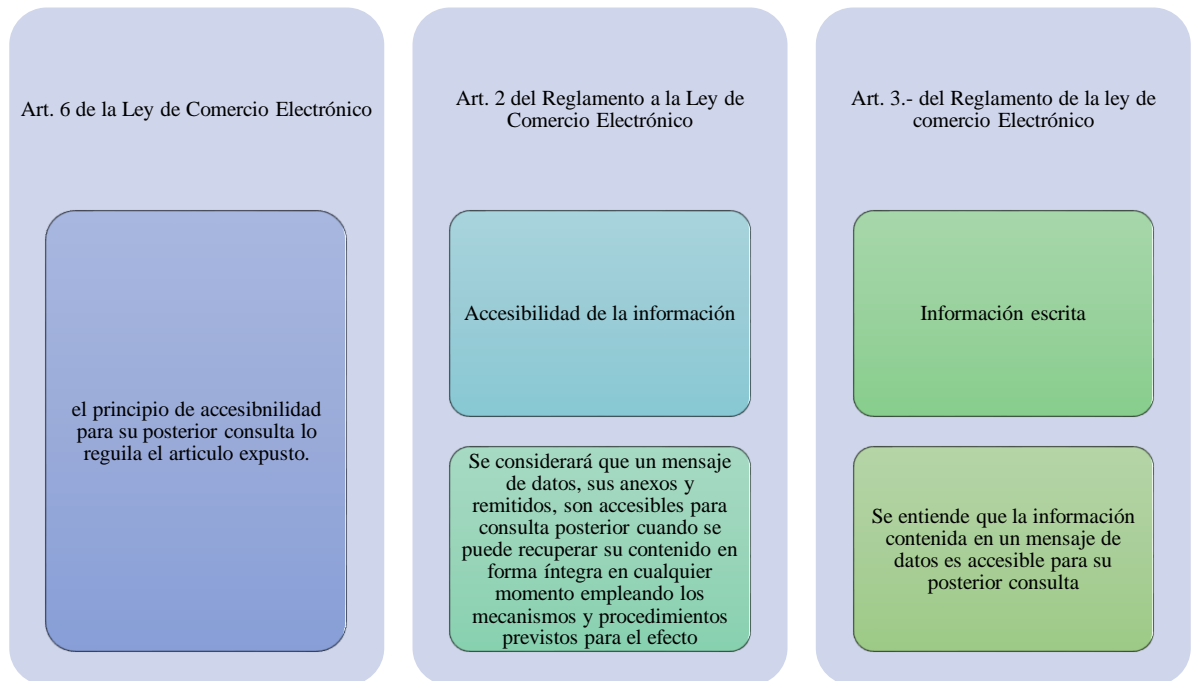
Este principio tiene relación con la integridad debido que es emitido por el autor y de la forma que se presenta, es por eso que se relaciona con las entidades de certificación debido que son las encargadas de dar fe de quien suscribe la firma electrónica de la persona quien indica ser.

- **Principio de accesibilidad para su posterior consulta**

⁸ Art. 5.- Confidencialidad y reserva. - Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley y demás normas que rigen la materia.

Los documentos electrónicos adolecen de escasa corporalidad y alta volatilidad, porque pueden modificarse o eliminarse fácilmente, y es lo que precisamente hace desconfiar de este tipo de documentos. A este principio también se le denomina de reproducción y está relacionado con la autenticidad y la integridad.

Figura 3: Principio de accesibilidad para su posterior consulta



Fuente: (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)

Elaborado por: Once Vanessa (2021)

Debemos tomar en cuenta que toda la información contenida en el mensaje de datos será válida cuando:

a) Ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formatos entendibles por las partes involucradas en el intercambio de información y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de la información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los remitidos o anexos

correspondientes en cualquier momento empleando los mecanismos previstos y reconocidos para el efecto; y,

b) Se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo. (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002)

Las publicaciones que las leyes exijan por escrito, sin perjuicio de lo establecido en dichas leyes, podrán adicionalmente efectuarse en medios electrónicos en forma de mensajes de datos. Cumplidos los requisitos de accesibilidad, el mensaje de datos tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito.

- **Principio de originalidad**

“Que resulta de la inventiva de su autor”. El problema es que el original de un documento digital está en el computador que se digitó, por ello es complementario el principio de integridad, ya que la ley no podrá exigir originales como en la forma tradicional. Sin embargo, si el documento requiere ser desmaterializado en ese caso está regulado de la siguiente forma por el (Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, 2002)⁹: “Art. 5.- Desmaterialización.- El acuerdo expreso para desmaterializar documentos deberá constar en un documento físico o electrónico con las firmas de las partes aceptando tal desmaterialización y confirmando que el documento original y el documento desmaterializado son idénticos. En caso que las partes lo acuerden o la ley lo exija, las partes acudirán ante Notario o autoridad competente para que certifique

⁹ Art. 5.- Desmaterialización. - El acuerdo expreso para desmaterializar documentos deberá constar en un documento físico o electrónico con las firmas de las partes aceptando tal desmaterialización y confirmando que el documento original y el documento desmaterializado son idénticos.

electrónicamente que el documento desmaterializado corresponde al documento original que se acuerda desmaterializar. Esta certificación electrónica se la realiza a través de la respectiva firma electrónica del Notario o autoridad competente.

Los documentos desmaterializados deberán señalar que se trata de la desmaterialización del documento original. Este señalamiento se constituye en la única diferencia que el documento desmaterializado tendrá con el documento original. En el caso de documentos que contengan obligaciones, se entiende que tanto el documento original como el desmaterializado son la expresión de un mismo acuerdo de las partes intervinientes y por tanto no existe duplicación de obligaciones. De existir multiplicidad de documentos desmaterializados y originales con la misma información u obligación, se entenderá que se trata del mismo, salvo prueba en contrario.

La desmaterialización de los documentos de identificación personal estará sujeta a las disposiciones especiales y procedimiento que las entidades competentes determinen.

3.3 Estructura del mensaje de datos para ser considerado como valor probatorio

Según (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, 2002), Art. 2.- Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. - Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.

Art. 5.- Confidencialidad y reserva. - Se establecen los principios de confidencialidad y reserva para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención. Toda violación a estos principios, principalmente aquellas referidas a la intrusión electrónica, transferencia ilegal de mensajes de datos o violación del secreto

profesional, será sancionada conforme a lo dispuesto en esta ley y demás normas que rigen la materia.

Se considera que un mensaje de datos permanece integro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación. Por acuerdo de las partes y cumpliendo con todas las obligaciones previstas en esta ley, se podrán desmaterializar los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente.

3.4 Valor probatorio del mensaje de datos

No existe una norma con rango legal que defina que es la prueba electrónica en la legislación ecuatoriana, aunque se encuentran referencias legislativas hacia figuras como, por ejemplo, la firma electrónica y documentos electrónicos, en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y su Reglamento, pero la prueba electrónica engloba más conceptos, los cuales se analizan más adelante.

Federico Bueno de Moca (2014) en su libro la Prueba Electrónica y Proceso 2.0 da una definición generalista respecto a este tipo de prueba y es el siguiente:

“la prueba electrónica sería cualquier información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital que sirva para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho, siempre que sea correctamente obtenida, constituyendo así pruebas exactas, veraces y objetivas. Por tanto, estaríamos ante un medio probatorio que, como su propio nombre lo indica, se presenta en nombre electrónico, está dotada de un formato digital y que al igual de las demás pruebas, tiene la finalidad de lograr el convencimiento del juzgador.”

Las pruebas obtenidas mediante medios electrónicos permiten aportar hechos importantes para los procesos judiciales, y se componen de dos elementos importantes para determinar su existencia, lo cual las distingue de otros medios de prueba: elemento técnico o hardware y un elemento lógico o software. De este modo se presenta mediante un soporte electrónico, el cual contiene la información, por ejemplo, un cd, un disco duro, un Smartphone, etc.

Elementos de la prueba electrónica

Para considerar una prueba documental como prueba electrónica es necesario que reúna tres elementos:

- Soporte material: Se debe presentar la información en un soporte material, por ejemplo, un pendrive, cd, un disco duro.
- Contenido Informativo: hechos, datos en general que se les pueda atribuir a una persona como autora de los mismos.
- Relevancia jurídica: los hechos que se han suscitado tengan relevancia jurídica. (Vega , 2016)

3.5 Implicación de la valoración probatoria del mensaje de datos

Los mensajes de datos constituyen toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio como son: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos. Los más relevantes debido a la frecuencia y cotidianidad con la que se los utiliza actualmente y por toda la gama de información que permiten intercambiar tenemos las siguientes:

En la actualidad el SMS “Short Message Service” el cual es un sistema de mensajes de texto muy utilizado por todo aquel que posee un teléfono celular, ha cobrado gran importancia en la comunicación y se configura como una prueba electrónica de gran importancia, y como la tecnología avanza continuamente y debido a la evolución de estos medios con los actuales smartphones, la prueba mediante este medio se torna más relevante, ya que el SMS cambia de características, por ejemplo con la actual aplicación que es el WhatsApp, el cual es un software multiplataforma de mensajería instantánea, que además de emitir mensajes de texto se pueden enviar imágenes, videos, notas de voz, localización de ubicación, y archivos en general. Esta aplicación funciona mediante internet a diferencia del tradicional SMS o mensajes multimedia, por lo tanto, es muy probable que se convierta en la estrella de las pruebas electrónicas, aunque en nuestro país aún no exista jurisprudencia relacionada con lo mencionado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- Mediante la elaboración del proyecto se pudo conocer que, al documento electrónico en general, se considera a todo soporte material idóneo susceptible de representar un acto jurídico independientemente del tipo de medio físico empleado. Por su parte, el título preliminar del proyecto de Ley ecuatoriano, lo define como el documento en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio.
- Así también se pudo identificar que los mensajes de datos constituyen toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o

archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio como son: documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.

- El Ecuador cuenta con un marco jurídico adecuado para que los documentos electrónicos sean observados como parte integrante y fundamental dentro de un proceso judicial, sin embargo, en consideración de las especificidades propias de los documentos electrónicos y por el vertiginoso avance de la tecnología, será necesario siempre legislar con una visión de neutralidad tecnológica, para evitar que nuevas situaciones no estén contempladas en el ordenamiento jurídico vigente.

Recomendaciones

- Se recomienda a los docentes de la facultad impulsar el estudio de temas similares debido que es un tema sumamente importante en el ámbito del derecho ecuatoriano.
- Se debe propender a la ejecución de programas de postgrados, y educación continua para que los profesionales del Derecho puedan profundizar los estudios en torno al fascinante mundo del derecho y la informática, que día a día evolucionan.

Bibliografía

Andrade , S. (2007). *El documento electrónico en la Comunidad Andina de Naciones*.

Tesis doctoral , Universidad Andina Simón Bolívar, Quito. Obtenido de

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2781/1/T550-MDE-Matos->

[El%20documento%20electr%C3%B3nico%20en%20la%20CAN.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2781/1/T550-MDE-Matos-El%20documento%20electr%C3%B3nico%20en%20la%20CAN.pdf)

Avellán , S. A. (2010). *Los mensajes de datos: Importancia dentro del sistema jurídico*

vigente y su valor probatorio. Tesis doctoral, Universidad de Cuenca , Cuenca.

Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2657/1/tm4347.pdf>

<https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2657/1/tm4347.pdf>

Código Civil Ecuatoriano. (2006). 209. Obtenido de [https://www.registrocivil.gob.ec/wp-](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)

[content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)

Galarza, R. (2007). *Los documentos electrónicos*. Tesis de grado , Universidad del Azuay ,

Cuenca. Obtenido de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/760/1/06395.pdf>

<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/760/1/06395.pdf>

Jurado , A. (2011). Valor probatorio del documento electrónico. *Redalyc*, V(1), 28.

Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127521341004.pdf>

León , G. O. (2017). *Los documentos electrónicos en la legislación Ecuatoriana*. Tesis de grado, Universidad de Cuenca , Cuenca. Obtenido de <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/26400/1/Monografia.pdf>

Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. (2002). Quito. Obtenido de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/Ley-de-Comercio-Electronico-Firmas-y-Mensajes-de-Datos.pdf>

LEY NOTARIAL. (2014). Ecuador . Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/PDFS/2014/Nacional/9%20Ley%20Notarial.pdf>

Nieves , G. R. (2007). *Los documentos electrónicos*. Tesis de grado , Universidad del Azuay , Cuenca. Obtenido de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/760/1/06395.pdf>

Pinta, P. (01 de 07 de 2014). *Principales características de los mensajes de datos electrónicos según la Ley de Comercio Electrónico*. Obtenido de <http://comunidad.todocomercioexterior.com.ec/profiles/blogs/principales-caracter-sticas-de-los-mensajes-de-datos-electr-nicos>

Ramírez , E. A. (2016). *La prueba electrónica: los medios electrónicos como recurso para la práctica de la prueba*. Tesis doctoral , Universidad Católica de Santiago de Guayaqui, Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5838/1/T-UCSG-POS-MDP-59.pdf>

Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico. (2002). *Decreto Ejecutivo 3496, Registro*

Oficial 735 de 31-dic.-2002. Quito. Obtenido de

<https://www.bce.ec/images/transparencia2015/juridico/reglamentoalaleydecomer>

cioelectronico.pdf

Vega , O. S. (2016). *La prueba electrónica y su aplicación en el código orgánico general*

de procesos. Tesis de grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil,

Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/7128/1/T->

UCSG-PRE-JUR-DER-98.pdf