



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

La validez probatoria de los documentos electrónicos

Trabajo previo a la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales de la República

Autor: Mauricio Leonardo Avilés Ordóñez

Director: Dr. Antonio Martínez Borrero

Cuenca – Ecuador

2011

## **DEDICATORIA**

A la memoria de mis Abuelos:

Señor Doctor Aurelio Ordoñez Estrella

Señora Marina Álvarez Torres

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios como El Creador de todo y dador de Vida.

A mis Padres:

Señor Ingeniero Marcelo P. Avilés Guzmán

Señora Patricia M. Ordóñez Álvarez

A mis Hermanos:

Juan Marcelo y Diana, María Francisca, Andrea Paulina

A:

Señorita Sofía C. Delgado Jaramillo

A: mi profesor y director de tesis

Dr. Antonio Martínez Borrero

Quienes durante toda mi vida me han prestado su apoyo incondicional ante cualquier circunstancia adversa y conflictiva y, quienes han sido un ejemplo de honestidad, perseverancia y convicción.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

## INDICE DE IMÁGENES

## **RESUMEN**

**La presente tesis pretende explicar la razón y dar una solución a la inexistencia de la prueba electrónica dentro de las distintas materias e instancias procesales y, la Validez procesal de los Documentos Electronicos como prueba en un Proceso Judicial, además; tratar del conflicto que sobreviene por el uso únicamente del documento físico como medio de prueba, siendo este susceptible de mayor riesgo de manipuleo que cualquier fuente electrónica y, que en la actualidad cuenta con un sinnúmero de mecanismos que pueden asegurar la fiabilidad y origen de los mismos.**

## ABSTRACT

The intention of the present thesis is to explain the reasons and present solutions for the inexistence of electronic evidence of the different subjects and court decisions, and demonstrate the Procedural Validity of Electronic Documents as evidence within Judicial Procedures. Additionally, this research will deal with the conflict that emerges from the exclusive use of physical documents as the only means of evidence, since these are more susceptible of manipulation than any electronic source. Nowadays, there are countless mechanisms that assure the reliability of electronic information.



*Diana Lee Rodas*  
Translated by,

Diana Lee Rodas

## INTRODUCCIÓN.

En nuestros días, es muy notoria la forma en que la tecnología ha ido avanzando, a pasos agigantados y, podemos darnos cuenta de estos cambios si tomamos en cuenta los últimos 30 años, ha sobrepasado la barrera del tiempo y avanza muy velozmente, tanto así que para aquellos que les gusta mantenerse a la par con la tecnología, se les ha vuelto un reto casi imposible puesto que, en el momento que se pone una nueva tecnología en el mercado a disposición del público, las diferentes casas fabricantes ya las igualan o superan en poco tiempo; lo que en un momento determinado es lo máximo en tecnología se vuelven casi obsoletos, o, si no obsoletos al menos pierden su uso, vigencia rápidamente, y por lo tanto se deprecian de una manera muy veloz. En definitiva, la tecnología ha sido un medio que nos facilita la vida, pero a la vez ha sido víctima de una pérdida de su valor desmesurada y sin control, además que se ha perdido, de alguna manera el monopolio con respecto a determinados productos que ofrecían ciertas casas fabricantes de objetos específicos que tienen gran demanda.

Al ser esto una realidad en nuestra sociedad, nosotros como profesionales o futuros profesionales, jóvenes, con ideas innovadoras; no podemos darnos el lujo de simplemente desconocer el uso, y manejo de la tecnología puesto que debería ir a la par con nuestros conocimientos del Derecho.

Deberíamos agradecer o criticar la manera en la que estos procesos cada vez ocurren con más frecuencia y rapidez, agilidad, celeridad, etc. y nos proveen de “tecnología de punta”.

Estos cambios son muy visibles hoy por hoy, desde una simple radio que en los años 70s fue algo a lo que muy pocas personas tenían acceso, peor una idea clara siquiera del uso que iba a dársele posteriormente, hasta los nuevos y últimos sistemas de comunicación como las redes sociales o los mensajes con destino masivo, etc.

Todos estos medios de comunicación producto de la tecnología han tenido una finalidad intrínseca que ha sido el acortar distancias, hacer de la globalización una realidad más palpable ya que nos damos cuenta cada día más de, como este factor nos inunda cada día, en otros términos, hacer que las personas tengan cada vez que moverse menos para poder realizar las tareas del día a día.

Hemos visto como los sueños fantásticos de varios autores, escritores, guionistas de cine, etc., se han ido convirtiendo en formas de plasmar una realidad no muy lejana, formas tan palpables que en muchos casos ha resultado atractivo llevarlos a la pantalla grande para que sean apreciados o conocidos por todo el mundo, e inclusive cuando la existencia de determinados objetos era solamente una locura producto de la imaginación de algunos autores que hasta se los crea locos.

Esto que me he referido anteriormente con tanta fantasía y tanto entusiasmo nos ubica en un momento de nuestro desarrollo que lo denominare como una "Era digital". Por todo lo que he dicho, el avance tecnológico puede ser un motivo de gran alegría, certeza y mucho sosiego pero también pueden convertirse en momentos de incertidumbre y gran preocupación cómo se refiere de alguna manera el Dr. Ricardo Nieves G. en su obra "Los Documentos Electrónicos"; los piratas ya no navegan en barcos ni se les identifica por sus banderas vistosas grandes y negras caracterizadas por una calavera como su icono, los piratas han cambiado sus garfios por teclados alfanuméricos así que navegando por el ciber-espacio podemos encontrarnos con "aguas seguras y calmadas" pero también podemos encontrarnos "aguas acechadas por tiburones" como los Hackers, es por eso que la actualización y los avances tecnológicos nos exigen tener un conocimiento extenso y muy elocuente de los métodos de protección que permiten al navegante tener seguridad y certeza, y hacerlo en un "mar" de nuevas y mejores posibilidades que es lo que nos ofrece este mundo tan inmenso como es la Web.

Al ser una materia donde existe igualmente relación entre las personas, donde existe oferta y demanda, donde existen compras y ventas, no se puede prescindir de los problemas, donde existen problemas mayormente relacionados con el reconocimiento, la violación y el respeto de determinados derechos no podemos dejar de lado al Derecho como una medida certera para hacer que esto no sea solo una fuente de preocupación.

En nuestra Legislación en el libro cuarto del Código Civil se habla de los instrumentos públicos y privados como medios reconocidos en la prueba de las obligaciones pero actualmente no solo se reconoce a los documentos que están plasmados en un papel sino a los documentos electrónicos que se reconocen ya en nuestra legislación, pero como toda rama nueva tiene aún sus falencias y sus vacíos legales, aún existen aspectos técnicos y tecnológicos que necesitan ser

revisados y regulados para determinadas implicaciones jurídicas y cuando de comercio electrónico se trate.

Quisiera empezar haciendo una mención de lo que está reconocido en nuestra legislación referente a los documentos físicos como tal, y más específicamente a la prueba, al referirnos a la misma como instrumental y luego a los medios alternativos como los documentos electrónicos, su validez, sus ventajas y desventajas, equivalencia, eficacia si son o no admisibles en el momento de probar las obligaciones, esos como algunos de los temas que se trataran, además de que pretendo que con este trabajo pueda contribuirse para positivamente proporcionar la celeridad, eficacia, eficiencia, etc., tratando de mantenerse de esta manera y contribuyendo para que se respete en la medida de lo posible, los principios del debido proceso de Economía Procesal y Concentración.

## **CAPÍTULO I: LA PRUEBA**

### **1.1 Introducción**

Dentro del cuarto libro de nuestro Código Civil Ecuatoriano encontramos lo referente a la prueba de las obligaciones y entre ello lo que se refiere a los medios probatorios como son los instrumentos públicos y privados. Los documentos electrónicos están considerados como pruebas instrumentales en nuestra legislación pero básicamente en este capítulo lo que pretendo tratar es lo referente solamente a la prueba como tal y no hacer ninguna referencia o relación con el tema posterior concerniente a los documentos electrónicos, puesto que se tomara un capítulo entero para tratarlo con detenimiento más adelante.

En este primer capítulo quiero comenzar haciendo referencia primeramente a principios, nociones, conceptos básicos dentro de lo que es el ámbito procesal netamente para después hacer mención de la prueba y a la judicialmente obtenida como vamos a conocerla más íntimamente en este capítulo, los medios de prueba que contempla nuestra legislación y después desarrollar lo que se refiere a la prueba instrumental tanto a la prueba como instrumento público como privado su importancia probatoria, su valoración, etc., y una pequeña relación del documento electrónico como prueba instrumental según nuestra legislación.

### **1.2 Nociones y Concepto de Prueba**

“La palabra prueba para algunos autores procede etimológicamente de “probe”, que significa honradamente, por consiguiente que obra con honradez quien prueba lo que pretende; para otros de “probandum”, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar y paternizar, hacer fe. Según Voltaire juridique: la prueba sería entonces la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley”(Nieves Galarza, 2009, pág. 17)

“Para otras personas simplemente la expresión “probar” deriva del latín “probare” que, en el significado forense se refiere a justificar la veracidad de los hechos en que se funda un derecho de alguna de las partes en un proceso”.(Rocio, Foro abierto de consulta de Yahoo.com)

En todo tipo de contienda jurídica deben existir hechos y actos que deben ser probados, actos que necesitan ser justificados, que deben ser argumentados y esto inevitablemente se refiere a este precepto, la prueba como todos aquellos actos que nos permiten determinar que un hecho o acto ha ocurrido de una determinada forma y no de otra.

La Prueba no es solamente; convencerse de alguna cosa sino el poder tener los suficientes fundamentos como para convencer a una tercera persona y crear esa convicción en ella de lo que queremos demostrar.

En nuestro sistema legal existe un principio jurídico que proviene de un aforismo jurídico "Actori incumbit onus probando" **el cual nos manifiesta que el actor o mejor dicho la persona que impulsa el proceso, la persona que hace el reclamo o que presenta la demanda o denuncia es a quien corresponde probar la veracidad de uno o todos los hechos que se argumentan en su exposición, ya que, sería un acto de plena y total inseguridad jurídica si no fuera de esta manera y solamente ante un argumento que puede tener lógica, razón, fundamento, argumentos, etc., o no, los jueces lo consideren como una verdad ineludible y emitan una sentencia o presten su criterio definitivo con respecto a determinada situación por lo que no solo considero un aforismo acertado sino un principio legal primordial dentro de nuestro sistema legal.**

Puedo decir que de esta manera la prueba se considera como un esclarecimiento de la duda, o "una desaparición de la duda con respecto a un hecho, u obedeciendo a determinadas afirmaciones que deben ser fundamentadas es decir, cuando para su esclarecimiento se hayan utilizado un indeterminado número pero si una determinado grado de convicción respecto de los hechos o pretensiones por lo tanto; la prueba sería un medio certero para conocer con certeza la verdad de los hechos".(Espinosa, 1967, pág. 14)

### **1.3 La Prueba judicial**

Básicamente lo que debemos probar es todo lo que es discordante con respecto a nuestra perspectiva de las cosas o con respecto a lo que nosotros conocemos como una verdad; es decir, los hechos que son afirmados por una parte pero que son negados por la otra. Los hechos sobre los que no hay coincidencia.

Lo primero que quiero anotar es que como conocemos dentro de nuestro Sistema Judicial existen varias vías o mejor dicho varios procedimientos, entre ellos tenemos la vía Ordinaria, la vía Verbal Sumaria, los procedimientos sumarios, etc., y cabe recalcar que, en cada uno de ellos la prueba se practica obedeciendo a muchos y distintos lineamientos en los cuales no voy a hacer ninguna mención detallada.

En el Tratado práctico de Derecho Civil Francés de Planiol y Ripert se menciona lo que de alguna forma he manifestado; nos dice “En la prueba , excepto en materia penal la determinación del objeto de ella, su extensión y la elección del procedimiento, corresponden a las partes en litigio y su función respectiva se encuentra distribuida en términos precisos”.(Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, pág. 751)

La prueba Judicial se refiere a la búsqueda de la veracidad de los hechos por medio de la práctica de determinados actos que deben estar sujetos a ciertas características Jurídicas que están expresamente determinadas en nuestra ley, para que de esta manera el Juez pueda resolver según corresponda, según lo que se ha probado o se ha dado a conocer durante la etapa de prueba en el Juicio mas no lo que él puede haber conocido fuera de la instrucción del proceso.

Se lo denomina Prueba Judicial porque cumple con dos menesteres, el primero que cumpla con las exigencias legales especificadas en nuestra legislación y la segunda, que sea conocido y admitido en juicio.

Hay que tomar en cuenta dentro de esta afirmación que no todos los medios que se practiquen para la obtención de pruebas destinadas para la persuasión de las personas o del órgano Judicial pertinente son válidas, y no todas pueden considerarse como válidas para su utilización dentro de la instrucción del proceso sino solo aquellas que han sido obtenidas de acuerdo a la ley. El Juez tampoco puede formar su convicción basándose en estos medios fraudulentos, ilegales y obviamente no reconocidos dentro de nuestra legislación, a este tipo de pruebas o medios de obtención de las pruebas fraudulentos no se les otorga validez ni son pruebas legalmente obtenidas sino solo cuando es administrada u obtenida según las formas de procedimiento y los casos que determinan nuestra ley.

### **1.3.1 Importancia y Definición**

“La prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley”.(Cabanellas, 2003, pág. 497)

Con respecto a la importancia de las pruebas puedo decir que “La prueba permite que el abogado ejerza su profesión y se constituye en complemento indispensable de sus conocimientos”(Echendia, 1981, pág. 13)

Comparto en su totalidad con la frase de este autor puesto que, considero que la abogacía no es solo una profesión sino como muchas otras ramas o carreras, creo que la Abogacía es un arte, el arte de probar, el arte de convencer e inclusive aunque no lo considere moral en muchísimas ocasiones creo que se extiende en tal magnitud que se convierte en el arte de transmitir y no solo eso, sino de convencer de que somos los dueños de la verdad.

Si la prueba como tal me parece un arte y de suma importancia en el ejercicio de la profesión creo que muchísimo más al ser revestidas de la calidad de judiciales ya que ingresan al proceso a través de medios idóneos y que sean expresamente reconocidos en nuestra ley.

Es de tal importancia la prueba dentro del proceso y dentro de la profesión en sí; que si no existiese la prueba fuera imposible el ejercicio de la misma, estaríamos expuestos a una constante inseguridad y a una constante violación de nuestros derechos puesto que no tendríamos como defendernos porque no habría fundamento ni sustento para poder defenderlos y muchísimo menos hacerlos respetar o restituir nuestros derechos.

Cabe mencionar que así como he dicho y no solamente por esa razón, sino porque de esta manera reconoce nuestra legislación, si no cumple con los requisitos mínimos legales establecidos en nuestra legislación no se puede considerar a la prueba como judicial. Tiene que cumplir con los requisitos, caso contrario toda prueba se consideraría judicial y esto significaría un quebrantamiento a nuestra propia ley.

### **1.3.2 Características**

La calidad de prueba se le otorga solamente a los hechos y no al derecho porque sería absurdo que tengamos que probar la veracidad de un artículo determinado además que la ley se la entiendo conocida por todos, por principio general como nos dice nuestra propia ley al decir que la Ignorancia de la ley no excusa a persona alguna en el artículo 13 de nuestro Código Civil y como dice el aforismo Jurídico; Ignorantia facti, non iuris excusatur **que se lo traduce como:** Se excusa la ignorancia del hecho, mas no la del derecho.

Lo cual es básicamente lo que prevé nuestra legislación con respecto al desconocimiento de la ley y lo cual justifica también el hecho de que no debe probarse lo que nuestra ley prevé sino lo que puede ser visto como un elemento de convicción para que el Juez lo considere y que emita su criterio con fundamento y fundamentos válidos, comprobados y veraces.

Lo que sí se puede determinar con claridad es que necesariamente debe existir una relación entre lo que es el derecho y la prueba como un hecho determinable y como elemento de convicción. Puesto que es estrictamente necesario que el hecho que se está tratando de probar que ha ocurrido de una determinada forma, bajo tales circunstancias, con ciertos participantes, de determinada autoría, etc., este revestido de un fundamento eficaz para el o los derechos que se pretende justificar o probar que ha existido una violación, irrespeto, negligencia, inobservancia, etc. Es decir, primeramente que exista una relación entre el hecho que se pretende probar y el derecho o los derechos que lo cobijan y que le dan peso a su existencia, además; que debe existir una relación entre estos dos, todos los hechos que se pretenden probar deben tener relación entre sí, por obvias razones pero vale mencionarlo porque en muchas y repetidas ocasiones en el ejercicio de la profesión se ha observado que nosotros los abogados llevados por lo que para mi criterio se podría definir como orgullo, petulancia y probablemente hasta desconocimiento; argumentamos, mencionamos y tratamos de probar situaciones, hechos y actos que no tiene ninguna relación con el derecho que se busca hacerlo respetar o que sea restituido, por aparentar cosas que no están a nuestro alcance, muchas veces cometemos imprudencias que nos traen consecuencias dentro del proceso en sí.

Dentro de esta misma imprudencia al probar determinados actos debe mencionarse que los hechos en los que las partes se hallen de acuerdo no se encuentra ningún sentido en tratar de probarlos ya que existe un acuerdo y los interesados lo que

prima dentro de un proceso es la voluntad de las partes pudiendo esta terminar inclusive con obligaciones adquiridas entre las partes.

Es importante determinar a quién corresponde la carga de la prueba en este punto, ya que cuando los hechos son negativamente expresados es a la persona que ha expresado el hecho a quien corresponde probar que ha sido o no de la manera como el argumenta a menos que se considere tal negativa como que ha sido vaga o indeterminada ahí correspondería probar a quien se niega en la existencia de los hechos, cuando se invierte la carga de la prueba es cuando en la negativa que se manifiesta se infiere una afirmación como cuando por ejemplo; en un juicio de inquilinato que se está pidiendo que el inquilino cancele los valores que adeuda esa es la pretensión que automáticamente es una afirmación que debe probar quien alega la existencia de la deuda, pero si el inquilino por su parte niega la existencia de dicha deuda, se entiende que esta afirmación que la deuda ya no existe, es decir que la deuda ya ha sido cancelada o cumplida así que; al decir que ya no existe la deuda estaría diciendo que la obligación ya fue cumplida lo cual le exige al inquilino probar que dicho argumento es cierto, aun así expresamente no manifieste que la deuda ya ha sido cancelada se entiende como una afirmación que deriva de la negación del inquilino.

Actori incumbit onus probando **que se traduce como**; el actor tiene la carga de la prueba.

Affirmanti incumbit probatio **que se traduce como**; a quien afirma, incumbe la prueba.

Apoyo lo que he mencionado en estos dos aforismos Jurídicos que el primero menciona la obligación que el actor, es decir la persona que ha iniciado el proceso, tiene en probar lo que menciona como un acontecimiento, un hecho o un suceso. Y seguidamente el segundo aforismo que trata del deber de la persona que afirma un hecho en probar su tesis. Resolviendo el problema del caso de la negación que encierra una afirmación que habíamos tratado y desarrollado anteriormente.

#### **1.4 Medios de Prueba de las Obligaciones reconocidos en la legislación Civil Ecuatoriana**

En nuestro sistema jurídico procesal se aceptan los siguientes medios de prueba para la determinación de la veracidad de los hechos, en el artículo 121 del Código

de Procedimiento Civil se enumeran los siguientes: “la confesión Judicial, los instrumentos públicos y privados, declaraciones de testigos, la inspección judicial y el dictamen de peritos o de intérpretes reconocidos y aptos para la realización del trabajo.

Además también se consideran las grabaciones magnetofónicas, radiografías, fotografías, cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos y electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así también como los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar el juzgado en el día y hora señalados por el Juez los aparatos los aparatoso elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán las circunstancias en que hayan sido producidos”(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 121)

A continuación voy a referirme a la forma que considera nuestra legislación para valorar las pruebas y seguidamente hacer una pequeña mención a los medios de prueba que están enumerados en el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil.

#### **1.4.1 Valoración de las Pruebas**

Valorar equivale a evaluar; valorar es la aptitud o el grado de utilidad de las cosas para satisfacer las determinadas necesidades que se presentan, de alguna forma el Juez lo que estaría haciendo es satisfacer las necesidades como he dicho determinadas dentro del proceso, ahora; sería demasiado arbitrario si se dejaría que el legislador simplemente a su juicio vea lo que más beneficie o perjudique a determinada parte o por último que se supone debería hacerlo busque la solución más imparcial y justa para resolver en beneficio del derecho que ha sido violado o el derecho que ha sufrido desmedro; para que no existan este tipo de controversias se han interpuesto sistemas para que las pruebas presentadas puedan ser valoradas y para que el legislador tenga por su lado también un cierto apoyo y una cierta certeza de lo que va a resolver, de lo que va a formar parte de los elementos de juicio que van a formar su criterio para tomar la mejor decisión con respecto a la controversia, pretensiones y posiciones de cada una de las partes que interviene dentro de un proceso. Existen en total cerca de unas 16 formas de valoración tomando en cuenta las reconocidas en nuestro sistema legal y en el de otros países pero en nuestro ordenamiento se reconocen básicamente a 3 sistemas de

valoración de las pruebas y vamos a desarrollar uno a uno los que nuestra ley considera como los más óptimos según cada caso.

#### 1.4.1.1 Sistemas de Valoración de las Pruebas

- a) **Tarifa Legal.**- En este medio de prueba, el procedimiento y el valor probatorio están determinador por la ley, por un método de prioridades o aprioris o sea extrajudicial. La convicción del Juez debe formarse con respecto a lo que determina la ley, es decir a los medio de prueba autorizados por la ley, por lo tanto, el Juez en este medio está limitado a la ley en lo referente a la prueba de los hechos.
  
- b) **Sana Crítica.**-En este sistema le permite al legislador aplicar o basar su tesis en las reglas de la sana crítica.Se ubica dentro de los sistemas a posteriori es decir que son judiciales.Al igual que Sergio Dunlop Rudolffi quiero citar a Couture quien nos da un concepto para mi criterio muy acertado con respecto a la sana critica “Son reglas del correcto entendimiento humano” y agrega; “pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”; lo que nos dice Couture en este fragmento es que estos factores objetivos son cambiantes y como los dice Couture son contingentes y variables pero permanentes y estables en cuanto a los principios lógicos. Es confortante saber que dentro de cada sana crítica existe una lógica y no solo se basa en la lógica sino en la ética y en los principios universales del derecho, etc. Es decir la libertad del Juez está limitada por los factores objetivos que se mencionan.(Eduardo, 1942)
  
- c) **LibreConvicción.**- Al hablar de “libre” estamos hablando de que alguien se halla en la facultad de actuar bajo su propio criterio y sin tener que obedecer a ninguna cosa o estar sujeto a alguien.

En este medio depende el órgano Judicial el dar por probado o no un determinado hecho. Sin importar cuales sean las pruebas aportadas en el proceso, el Juez no está sometido a procedimientos para probar la veracidad de las pruebas, ni reglas de valoración.

Habiendo analizado uno a uno los diferentes medio pertenecientes al sistema de valoración de las pruebas reconocidos dentro de nuestro sistema, siendo el uno estrictamente legal y muy estricto, y yendo al otro extremo de dejar la valoración de las pruebas al arbitrio casi en su totalidad al Juez procedemos al análisis de los medios legales de prueba.

#### **1.4.2 La Confesión Judicial**

La confesión Judicial es denominada por algunos La Reina de las Pruebas por el peso que ejerce dentro de un juicio la confesión Judicial es determinante y una prueba totalmente contundente en el proceso; según el artículo 122 de nuestro Código de Procedimiento Civil “es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, de la verdad de un hecho o la existencia de un derecho”(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 122)

Cabe mencionar aquí que la persona quien solicita la práctica de este medio de prueba es quien por obvias razones debe presentar el pliego de posiciones (preguntas) a las que el confesante deberá regirse y contestar en su debido momento, las mismas que deberán ser presentadas en sobre cerrado o cualquier método que impida a la otra parte el conocimiento de su contenido en cualquier momento antes de la práctica de la diligencia. En este momento procesal cabe mencionar que el Juez es el encargado de velar por la seguridad, derechos e integridad del confesante puesto que él es el encargado de calificar las preguntas en el momento en que se abre el sobre ya que no está permitido como bien tenemos conocido que se realicen preguntas que acarreen consecuencias penales o que puedan representar sanciones penales por las respuestas que puede dar o no el confesante.

Por otro lado el confesante no puede dar respuestas evasivas o ambiguas debe necesariamente tomar una posición de afirmación o de negación ante el hecho preguntado además, el medio de valoración de la confesión Judicial es la sana critica.

La práctica de este tipo de diligencias se pueden pedir como diligencia preparatoria, es decir, antes del inicio del juicio como tal, antes de presentar cualquier trámite o, dentro de la primera instancia ante Corte de Justicia o segunda instancia; ante corte Provincial siempre y cuando sea pedida antes de que fenezca el termino para pronunciamiento de sentencia o de auto definitivo como consta en el artículo 126 del Código de Procedimiento Civil.

### **1.4.3 Declaración de Testigos**

Con respecto a la declaración de testigos me atrevo a mencionar y dar un concepto ya que en nuestra ley no existe uno expresamente determinado puedo decir que la declaración de testigos; se trata de un relato que terceras personas hacen acerca de los hechos que son materia del litigio ya sea por haberlos presenciado o por tener conocimiento de los mismos.

Es importante anotar que las declaraciones de los testigos se valoran por medio de la sana critica además deben cumplir con los requisitos que determina nuestra legislación como ser mayor de edad, probidad, conocimiento e imparcialidad aunque el Juez puede de acuerdo al convencimiento que exista en la declaración del testigo basar su fallo o no en el caso que no cumpla con todos los requisitos inclusive.

El autor Hugo Rocha Degreeef opina que la declaración debe ser hecha con espontaneidad lo menos dirigida y que exista el menor número de preguntas posible ya que lo que muchas veces tiene más valor son las declaraciones espontaneas, las declaraciones independientes que en las que el declarante o testigo es guiado a decir algo, en las que el testigo sobreactúa, exagerando los hechos y sentimientos de ira o desilusión, que los testigos que tratan de manipular la situación para su propio beneficio o perjuicio de la contraparte, etc.

Los testigos pueden ser calificados como no idóneos a aquellos que no cumplen con los requisitos que hemos mencionado con anterioridad y en nuestra legislación Ecuatoriana nos habla de ciertas circunstancias y nos hace una descripción de los testigos que serían no idóneos por el incumplimiento de estos requisitos desde el artículo 208 al 216 del Código de Procedimiento Civil.

En caso que exista tacha de un testigo es decir la no idoneidad de un testigo se encuentra regulado en el artículo 218 del mismo Código y nos dice que “Si se tachare a algún testigo, se expresara la causa, determinándola clara y precisamente; la tacha deberá probarse, a no ser que conste de autos. El Juez la apreciara conforme a las reglas de la sana critica” (Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 217)

Al tratarse de un medio de prueba no podía ser de otra manera, debe exigirse que por lo menos cumpla las formalidades que se exige por ser un medio probatorio. Nos dice que deberá ser expresa la causa y debe ser clara ya que no se puede prescindir de un testigo por un simple hecho irrelevante o personal que pueda haber entre las partes y el testigo ya que puede tratarse de un testigo determinante y muy importante para el veredicto del Juez y ni se diga para el litigio en general; por lo tanto sería absurdo no argumentar de una manera explícita y fidedigna la razón por la que debería ser tachado un testigo.

Si no existe argumento suficiente, simplemente el testigo será válido y será tomado en cuenta cada palabra que el testigo con certeza sepa manifestar en su declaración, un factor que el testigo debe tener siempre en cuenta el artículo 230 del Código De Procedimiento Civil donde manifiesta que si en su declaración se puede determinar que no ha sido totalmente sincero o que ha mentido o aumentado o quitado partes en su declaración; simplemente ha fallado a las advertencias que se le hacen al principio, acerca de cometimiento de perjurio si ha hecho juramento o de falso testimonio si no lo ha hecho, lo que está penalizado por nuestra ley y se puede iniciar tranquilamente un proceso penal en su contra.

Habiendo en nuestra legislación una regulación muy extensa sobre este medio de prueba me remito solamente a tratar lo básico que para mi criterio es lo que me va a ayudar para tratar en este trabajo, sin quitar valor ni menospreciar lo que consta en nuestra legislación sobre el número de testigos permitidos del artículo 220, la notificación y la obligación de los testigos a declarar e inclusive la intervención de la fuerza pública en los artículos 222, 223 y 224 respectivamente, etc.; sino refiriéndome netamente a lo necesario para este tema.

#### **1.4.4 Inspección Judicial**

Este medio de prueba al igual que la confesión Judicial está permitido y es muy común que se practique como un acto preparatorio es decir que se lo practique antes de dar inicio a cualquier proceso.

En el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano define a la inspección Judicial como “el examen o reconocimiento que el Juez hace de la cosa litigiosa o controvertida para juzgar de su estado o circunstancia”(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 242)

Ante un hecho controvertido que es difícil probar por el estado de las cosas, por ejemplo, el estado de deterioro de una vivienda, el daño que ha causado una determinada negligencia de un constructor en cuanto al uso de los materiales de construcción, el grado de destrucción que causo una persona en una pared por el uso de maquinaria pesada, etcétera. Ante este tipo de circunstancias lo más probable y recomendable es solicitar al Juez que mande la práctica de una Inspección del lugar de los hechos para determinar el estado de los bienes en presencia de autoridad competente quien deberá ser por el mismo nombre de la diligencia el Juez quien esté presente en el lugar de los hechos.

Como todo medio de prueba tiene sus limitaciones esta también no puede ser la excepción la Inspección Judicial hace prueba en asuntos sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos que demanden examen ocular o conocimientos especiales.

El sistema de valoración que se aplica en los casos de inspección Judicial es el mismo que en los casos anteriores, la sana critica obedeciendo a todas las especificaciones que se requieren en este sistema de valoración para la validez de la misma como medio de prueba.

El Juez en este tipo de prueba puede pedir que se consiga o que se grafique en caso de no existir planos, mapas del lugar donde se va a practicar la inspección Judicial en el caso de considerarse necesario o que se determine que son imprescindibles. Practicada la Inspección Judicial, el Juez debe presentar un acta que es donde va a constar la situación de los bienes y todos los resultados obtenidos en la práctica de la diligencia. Al acta que debe presentar el Juez se le agregara el informe del perito y los mapas o planos que se hubieran levantado; y

cada una de estos documentos obtenidos tendrán que ponerse en conocimiento de las partes.

#### **1.4.5 Nombramiento de Peritos**

No es nada más que la designación que se hace a personas conocedoras de una determinada rama o de una determinada materia con un grado tal que puedan dar a conocer a las personas y por sobre todo al Juez acerca de los sucesos que acontecen en un hecho, explicarlos, justificarlos, determinar el origen, cesarlos en caso de ser necesario, dependiendo del caso y del hecho que se trate.

El Juez nombrara a un perito de entre los profesionales que estén inscritos en la nómina que proporciona el Consejo de la Judicatura, pero sin embargo las partes podrán de mutuo acuerdo pedir que se nombre otro perito lo cual será obligatorio para el Juez hacer lo que las partes han acordado mutuamente. Cuando ha habido nombramiento de dos peritos en el caso exclusivo que he nombrado si los informes son contrarios, es decir, existe una discordia evidente entre los dos informes, se nombrara a un tercero para que de su informe y se determinada cual es el que estaba más acorde con el del nuevo perito.

Si el perito designado por el Juez no se presentare dentro del término de cinco días o si no se presentara el día que debe practicar la pericia que ha sido determinado por el Juez caducara el nombramiento del perito y se designara inmediatamente a un nuevo perito para que realice la experticia.

#### **1.4.6 Interpretación**

En este punto no se refiere a la interpretación que se hace a la ley cuando hablamos de la interpretación a falta de determinadas regulaciones o en caso de vacios legales o en caso de que existan leyes contradictorias o similares, se refiere a la interpretación que se da en el momento que empieza a formar parte de un litigio una persona que no tiene conocimiento del lenguaje en el que se mantiene el litigio, “cuando se presentan documentos, archivos, datos en caracteres anticuados o inteligibles, en el caso de los sordomudos cuando simplemente se encuentran documentos en lenguaje extraño”. (Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 264)

En estas regulaciones existe un artículo que me quiero referir, contemplado en nuestra legislación que quiero criticar por su ambigüedad y por su falta de criterio para mi punto de vista.

La crítica es con relación al artículo 268 en donde el legislador manifiesta que el intérprete no podrá excusarse sino por justa causa. Mi aporte, crítica y contra pregunta es ¿Y que causas son y no son Justas? Porque como veíamos en tempranos años de la carrera de Derecho para unos una situación puede significar mucho más que para otros y para otros muchísimos menos por lo tanto mantengo que el legislador debería ser mucho más descriptivo en el tipo de causas que se consideran justas y en las que no se consideran justas. Ya que, para mí una palabra puede ser soez mientras que para otra persona en otro país o simplemente en otra región de un mismo país la misma palabra puede tener un contexto totalmente diferente y nadie está capacitado para juzgarla ya que se tratan de culturas diferentes.

### **1.5 Instrumento Público y Privado**

Hemos tratado lo referente a los medios de prueba que constan en nuestro Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, con excepción de lo referente a la prueba Instrumental y quiero tratar este medio de prueba separadamente de los anteriores porque haciendo una pequeña reseña de lo que se va a tratar más adelante vemos que en nuestra ley se considera un mensaje de datos tal como si fuera un documento escrito y los documentos electrónicos son uno de los tipos de mensajes de datos, tal como la firma electrónica. Por lo tanto, si consideramos este factor estaríamos considerando que un mensaje de datos al ser igual a un documento escrito podemos decir que este viene a ser un tipo de prueba Instrumental dependiendo de quién emane y bajo que formalidades se enmarcaría como un Instrumento Privado o si emana de una autoridad Pública en ejercicio de sus funciones; Instrumento Público que al igual siendo este Instrumento Privado tiene la posibilidad de convertirse en Instrumento Público.

Este momento voy solo a referirme en cuanto a la parte procesal como lo he estado haciendo sin meterme en lo que se refiere a la parte informática ya que como mencione brevemente existe una relación entre la prueba Instrumental y el Mensaje de datos pero para tratar eso más adelante debo tratar en este momento acerca de la prueba Instrumental como se regula en nuestro Código de Procedimiento Civil.

## **1.6 Instrumento Público y Privado en la Prueba**

### **1.6.1 Instrumento Público**

“Es aquel autorizado con las solemnidades legales por el competente servidor Público, si fuese otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público a este se lo denominara Escritura Pública”. Esa es la definición que nos da nuestro Código pero además acota más adelante la parte que nos interesa en este tema; dice: “Se considera también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”.(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 164)

Esto es básicamente a lo que me refería en el punto anterior acerca del reconocimiento de los mismos como prueba Instrumental.

El instrumento público que se agrega o se actúa dentro del término de prueba con orden Judicial y notificación a la parte contraria, se constituye como prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera del Juicio.

La prueba Instrumental hace fe inclusive contra terceros, es decir contra personas que ni siquiera intervienen dentro del Proceso pero solamente en cuanto a su fecha y al hecho de haberse otorgado el Instrumento pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho.

Lo que versee en el Instrumento acerca de las obligaciones y descargos hace solamente prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos a título universal o singular.

#### **1.6.1.1 Requisitos**

En el artículo 167 del CPC nos enumera los requisitos para que un documento público sirva como prueba refiriéndose al primero:

1. Que no existan diminutos.- No se refiere exactamente a que consten en el documento letras con fuente ilegible sino, a que el sentido que se quiere dar a las cosas no sea dado en menos. Que no hayan resúmenes o segmentos del el sentido que tenga el documento, es decir, que este integro en forma y fondo.

2. Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad.- En este punto se refiere a que en fondo del documento no exista alteraciones en el sentido del documento de tal manera que lo que se esté versando en el mismo se entienda negativamente o que pueda ser argumentado falsamente sobre lo que trate el documento.
3. Que en los autos no haya instancia ni recursos pendientes sobre el punto que con tales documentos se intente probar.- Aquí quiere referirse a que sobre el hecho que se quiera justificar con el documento no existan recursos impuestos, pendientes o en trámite ni que estén en tramites por apelación o por casación en segunda y tercera instancia de ser necesario, respectivamente.

#### **1.6.1.2 Partes esenciales de un instrumento público**

Un instrumento público por ser tal tiene que estar revestido de ciertas formalidades que son esenciales para su validez, para que pueda ser utilizado dentro de un proceso como prueba contundente que es. Partes que están reguladas expresamente en el artículo 169 del CPC. y son:

1. Nombres de los otorgantes, es decir del funcionario público que otorga o de quien emana el documento, testigos que hayan presenciado o que tengan conocimiento del otorgamiento del documento, notario o secretario ante quien se otorga el documento y quiénes son los que revisten de validez el documento y le dan la categoría de públicos a los documentos.
2. La cosa que se quiere justificar con el documento, la cantidad en caso de tratarse de un hecho cuantioso calculable o determinable en términos de dinero, cantidad, peso, medida, etc. o inclusive de que materia se trata.
3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y sus efectos, es decir, si es de naturaleza contractual, onerosa, gratuita, etc.
4. Lugar y la fecha del otorgamiento, no hace mucha falta aclararlo sino solamente que debe ser exacta la fecha y la hora en la que se ha otorgado

por cuestiones de prescripción, caducidad y validez del documento obviamente.

5. Y por último la suscripción o firma de las personas o funcionarios que han intervenido en el otorgamiento del documento que es lo que deja constancia de la intervención de los mismos.(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 169)

Después de haber analizado cada uno de los requisitos de validez y de las partes esenciales se puede concluir que ante la falta de alguno de los requisitos o de la inobservancia de los requisitos esenciales, ordenanzas o reglamentos descritos anteriormente producen la nulidad del instrumento.

Algo que es muy importante dentro de la prueba instrumental es que el instrumento es prueba contundente dentro del proceso pero este no puede ser tomado en parte sino debe ser tomado íntegro, ya que es indivisible la fuerza probatoria del instrumento, no se puede aceptarlo en una parte y no en otra como dice el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil.

### **1.6.2 Instrumento Privado**

El instrumento Privado según el artículo 191 del CPC lo define como el “el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio”

El concepto para mi criterio está muy bien referido en nuestra legislación y que prevé las posibilidades de una manera expresa por medio de las cuales se puede otorgar este instrumento; e inclusive en el artículo siguiente, encontramos una manera de extensión del artículo anterior donde nos indica que los actos y contratos que no necesitan de solemnidad de ser declarado instrumento público se los considera como tales.

Hace también una pequeña clasificación de los instrumentos privados viéndose de esta manera en el artículo 193 del CPC que los enumera de la siguiente manera:

1. “Los Vales simples y las cartas
2. Partidas de entrada y las de gasto diario
3. Los libros administrativos y los de caja
4. Las cuentas extrajudiciales

5. Los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados; y,
6. Los documentos que se refieren en los artículos 192 y 194” (Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 193)

Hay que considerar que esta enumeración o clasificación que hace nuestro código es solamente en forma ejemplificativa, es decir, para que las personas que se les otorgue instrumentos de este tipo o similares puedan tener una idea, ya que en el código en ningún instante se refiere a que solamente esos que están descritos son los que se dará validez sino aunque no diga expresamente se está refiriendo nuestra ley de una manera ejemplificativa como manifesté.

Con respecto a este último numeral recordemos que el artículo 192 nos hacía mención de los contratos y actos que no necesitan de la solemnidad del Instrumento Público, y en el artículo 194 nos enumera los casos en que unos instrumento privado corre con la suerte de poder ser convertido en Instrumento Público.

Veíamos que el Instrumento Público tiene una validez procesal muy grande, hace prueba plena y es contundente dentro de un litigio, por varias razones, por ser otorgado por funcionarios públicos, por haber estado en el ejercicio de sus funciones, porque su otorgamiento se lo hace de cierta forma en representación o con el aval del estado por lo tanto este tiene mucho más peso que un Instrumento Privado, pero como había dicho antes, existen maneras y existen procedimientos por medio de los cuales un Instrumento Privado puede hacer las veces de Instrumento Público“si en este primero la persona que otorga se obliga a dar, hacer o no hacer algo o en que confiesa haber recibido o que manifieste expresamente estar satisfecho o conforme con el cumplimiento de alguna obligación.

Los Casos son los siguientes:

1. Si el que hizo o mando hacer lo reconoce como suyo ante cualquier Juez civil, notario público o en escritura pública.

Basándonos en lo que dice el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, Cabe hacer constar que este reconocimiento que hace el otorgante para la validez del documento Privado como público no se refiere a una

reconocimiento en cuanto al contenido o la afirmación o negación que se haga en el documento sino solamente en cuanto a la firma o rubrica que en el consta si se trata de la rúbrica del otorgante o no, y en caso de que sea firmada por otra persona debe haber una autorización al mismo.

En caso que el otorgante reconozca la firma o rubrica pero le documento ha sido alterado o falsificado tendría consecuencias en otras materias para los falsificadores, teniendo esta que ser antes determinado por un perito grafólogo o el que sea necesario que el documento ha sido alterado o falsificado.

2. Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial.

Si el llamado a reconocerlo asiste, pero se negare a responder si reconoce o no o responde de manera ambigua el Juez lo declarara como reconocido y tendrá el valor de Título Ejecutivo además de ser reconocido como Instrumento Público.

3. Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la Republica, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de este; a no ser que el asunto sobre el que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos.

Por lo que si el instrumento privado apareciera otorgado en una fecha posterior al evento de la muerte de alguno de los firmantes seria que el instrumento ha sido adulterado". (Nieves Galarza, 2009, pág. 36)

4. Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le cito y notifico la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos".(Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 194)

Al contrario de los anteriores, en este caso nuestra legislación no se refiere de una forma abierta ya que los casos o ejemplos están expresamente descritos y nuestra ley de manera taxativa reconoce solamente estos 4 circunstancias o casos para

que un instrumento privado pueda tener la misma validez o peso que un Instrumento Público, y venir a ser prueba plena dentro de un proceso.

En el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil referido a los medios de prueba se refiere primeramente a los medios que acabamos de ver con detenimiento y como una parte adicional en el segundo inciso se refiere a algunos medios de prueba adicionales y entre ellos los documentos electrónicos y obtenidos por medio de vías telemáticas, creo que esto es totalmente innecesario porque en nuestra legislación a los documentos electrónicos son un tipo de mensaje de datos y estos últimos a su vez se los prevé como documentos escritos los cuales son considerados como Instrumentos Públicos al cumplir con las solemnidades necesarias. En el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil se los considera como tales Instrumentos Públicos a los Mensajes de datos inclusive, si cumplen con los requisitos de Instrumento Público.

Así que creo que esta enumeración por lo menos con respecto a lo que se refiere a lo que he mencionado es innecesaria.

### **1.6.3 Conclusión**

Habiendo hecho un pequeño análisis y habiendo sintetizado en muchas formas lo que nuestra legislación y lo que algunos autores dicen con respecto a la prueba y sus diferentes sub temas que tratamos, nos hemos dado cuenta que existen diferentes puntos de vista, que pueden ser tan divergentes y todo sobre un tema que aparentemente está bien regulado de una manera expresa, clara, extensa y diáfana.

He visto la importancia de considerar este tema dentro de mi trabajo de graduación porque como podemos ver la parte procesal y específicamente de la prueba es un tema medular en lo que se refiere al tema principal de mi trabajo de graduación.

Podemos determinar varias cosas pero entre ellas podemos determinar con claridad es que necesariamente debe existir una relación entre lo que es el derecho y la prueba como un hecho determinable y como elemento de convicción, ya que como había mencionado no en solo una sino en repetidas ocasiones, nosotros como representantes de la Justicia pasamos por alto ciertas normas o formalidades e inobservados hechos que son de extrema relevancia como este, que los hechos que debemos probar deben relacionarse, no solamente como se dice, probar por probar y poseer o presentar documentos que no están relacionados directamente o

que mucho peor; no tienen ninguna relación que los hechos que se quieren probar en cuanto a su veracidad y que el hecho ha ocurrido de una determinada manera mas no de otra que puede ser esta segunda la que la contraparte defienda.

Micrítica es con relación al artículo 268 en donde el legislador manifiesta que el intérprete no podrá no podrá excusarse sino por justa causa. Mi aporte, crítica y contra pregunta es Y que causas son y no son Justas? Porque como veíamos en tempranos años de la carrera de Derecho para unos una situación puede significar mucho más que para otros y para otros muchísimos menos por lo tanto mantengo que el legislador debería ser muchos más descriptivo en el tipo de causas que se consideran justas y en las que no se consideran justas. Ya que, para mí una palabra puede ser soez mientras que para otra persona en otro país o simplemente en otra región de un mismo país la misma palabra puede significar algo totalmente diferente.

En cuanto a lo que había mencionado referente al artículo 121 del Código de Procedimiento Civil creo que como había dicho, es innecesario el referirse en un segundo inciso a los mensajes de datos ya que los mensajes de datos son pruebas instrumentales dentro de un juicio como ya lo había mencionado y como consta en nuestra legislación en el momento en que cumple con las solemnidades necesarias por lo tanto creo que es totalmente innecesario esa parcialización y enumeración separada de los mensajes de datos o documentos electrónicos de la prueba instrumental. Si ya está considerada como prueba instrumental para mi criterio no debería mencionársela nuevamente o por lo menos es redundante el hecho como lo he mencionado.

## **CAPÍTULO II: DOCUMENTO ELECTRÓNICO**

### **2.1 Introducción**

En nuestra legislación, se puede identificar claramente el interés del legislador por regular las nuevas y diferentes figuras que van apareciendo con el paso del tiempo y con la aparición de los abundantes y diferentes problemas, conflictos, situaciones que tienen que ser resueltos para que nadie salga perjudicado o que al menos la resolución sea lo más Justa posible.

El tema anterior trató acerca de la parte procesal, la parte que como abogados nosotros debemos tener conocimiento vasto y suficiente para saber a qué nos enfrentamos más, con este precedente, me corresponde ahora tratar la parte que probablemente para muchos sea nueva o distinta a lo que un abogado aprende en las aulas de clase.

Me parece muy importante empezar dando algunos conceptos claros y básicos para no dar lugar a ninguna confusión ni mala interpretación.

Así como décadas atrás, Julio Verne escribía acerca de viajes a la luna, máquinas capaces de navegar por debajo del mar, etc., y que eran quizás para la gente de esa época un producto de algún desorden mental o psicológico y también quizá para otros simplemente un producto de la imaginación y nada más que una novela de ciencia ficción, vemos actualmente que la Fe en aquel ilustre, docto y gran escritor fue mucho más grande que cualquier crítica, injuria, agravio y/o maldición.

Hoy en día ha ocurrido algo muy similar con la tecnología, hace décadas la gente no podía ni imaginarse que comunicarse de un extremo del mundo al otro, podía ser posible, y peor aún que podríamos comunicarnos en tan solo cuestión de segundos y no solo eso sino de hacerlo las veces que quisiéramos y por el tiempo que deseemos.

Conocer acerca de la vida, social y privada de las personas, de los planes, ideales, ideologías, etc., de las personas, que inclusive desconocemos y que sin temor a equivocarme, ni siquiera llegaremos a conocerlos nunca, todo esto, gracias a la gran mega red llamada Internet.

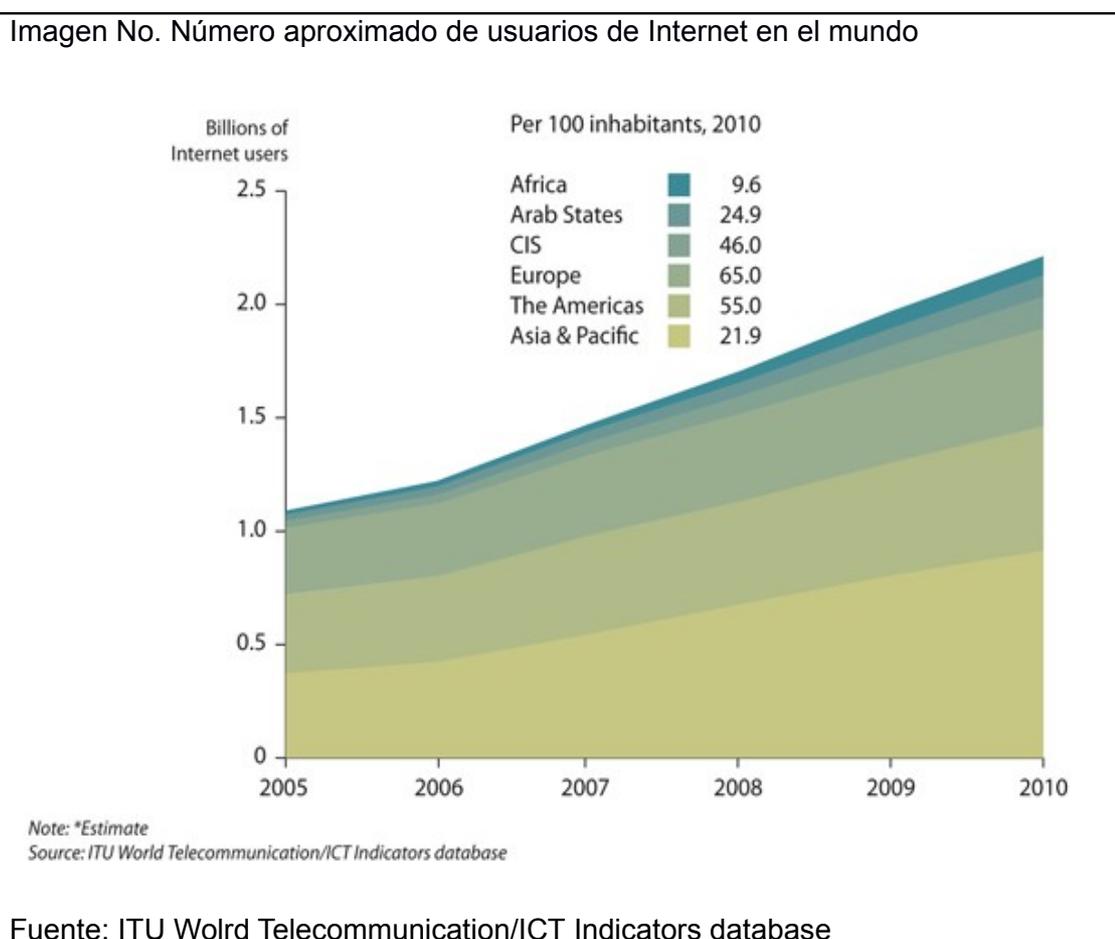
A finales del año 2010 según la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones) alrededor de 500 millones de hogares, lo cual corresponde más o menos a 1.600 millones de personas, tienen acceso a internet desde sus hogares.

(www.itu.int)

A continuación, examinaremos un gráfico que explica el creciente acceso a internet que se tuvo en el año 2010, de los beneficiarios y usuarios del internet según la UIT.

(www.itu.int)

El mundo en 2010: Hechos y cifras de las TIC Usuarios de Internet por región



En definitiva, lo que quiero probar con esto es que lo que para algunos de nuestros antepasados significaba motivo de risa, imaginación o de incredulidad inclusive; actualmente es una realidad que crece y cada vez más y más gente accede a estos medios, y esto demuestra que cada vez más, la tecnología avanza, pero que avanza de una manera muy apresurada.

Al enfrentar esta realidad no podemos dejar de lado ciertos hechos con los cuales estamos nosotros relacionados, o haciendo uso de ellos absolutamente todos los días, por enumerar algunos; mensajes de texto, compras, ventas, subastas virtuales, por otro lado, estafas, abusos de confianza, complots, injurias, etc., que por la red, se vuelven cada día más frecuentes y que existen cada día más grandes, graves y frecuentes.

Tratare de esta forma el tema concerniente a este capítulo “El Documento Electrónico” utilizando: definiciones, nociones generales, clasificación, diferencias entre Documento e Instrumento Electrónico, críticas, sugerencias, tratare con respecto a su regulación en nuestra legislación y más temas relacionados con estos.

## **2.2 Internet y el Documento Electrónico**

Para tratar este tema, necesariamente tenemos que adentrarnos íntimamente con el comercio electrónico para lo cual, factores primordiales como el derecho informático, el documento electrónico y la firma electrónica son imprescindibles.

Uno de los instrumentos o herramientas principales y que definitivamente determino la aparición del comercio electrónico como tal, es el Internet, anteriormente el acceso al Internet se veía limitado por la capacidad adquisitiva de las personas y porque no decirlo, era una medida para determinar el grado de desarrollo de un país, mientras más desarrollado era un país, más fácil se volvía el acceso a esta herramienta, debido al costo del mismo para acceder al mismo, para ventaja de todos, el acceso al Internet se ha vuelto ya no más, una muestra de status o desarrollo sino en muchos casos, una necesidad, herramienta de trabajo, fuente de información, etc.

El crecimiento en el uso de esta herramienta es evidente, podemos darnos cuenta que en el mundo entero cada día más, se vuelve una herramienta primordial en el momento de pensar en comunicación, relaciones, socializar, viajar, organizar, administrar, buscar información y como no, en el momento de negociar.

Para demostrar la importancia del Internet, con un simple hecho cotidiano en la época actual, me referiré al momento cuando estamos en busca de una oficina para el ejercicio de la profesión o cuando visitamos un centro público, inclusive antes que

buscar servicios básicos como el teléfono, fax o aire acondicionado, muchas veces preferimos optar por planes o servicio de Internet, este caso inclusive se presentan en nuestros hogares actualmente.

A diferencia de otros medios como la radio, televisión, el computador u ordenador como se denomina en las distintas regiones del mundo, el Internet, no se trata de una herramienta que no puede ser localizada físicamente en ningún lugar más que en el Ciberespacio, el cual no es nada más sino que de un sitio constituido por Bits, que no es posible su asimilación, conceptualización, ubicación o localización en un espacio real o físico. Es decir, al contrario de una radio que comunica, informa, y fue una herramienta revolucionaria en su época, este es palpable y por ende se lo puede ubicar en el espacio, puede tocarse y manipularse físicamente, el internet es todo lo contrario a un medio físico como lo mencione, no puede tocarse, ni ubicarse en un lugar físico palpable, sin embargo, el hecho ineludible de estar frente a una herramienta “abstracta”, no ha impedido que se disipe y evolucione inclusive muchísimo más fácil y rápido que cualquier otra herramienta, además que me atrevería a decir que no hay actualmente una herramienta que pueda cumplir con todas las funciones juntas, que las que nos ofrece el Internet. Como decía, el hecho de ser una herramienta virtual, no ha sido un impedimento para su propagación, más bien, ha sido un facilitante para que en tan poco tiempo esta herramienta este a disposición de mayor cantidad de usuarios y en menor tiempo que lo que cualquier otra herramienta le tomó, estar a disposición del mismo número de usuarios y quizás hablo de menos tiempo con respecto a los otros medios. Por ejemplo la radio demora 38 años en tener 50 millones de usuarios, el teléfono 25 años, el ordenador o computador 16 años, el Internet apenas le tomo 4 años en tener la misma cantidad de usuarios, vemos que el internet se ha extendido casi 10 veces más rápido que la radio, 6 veces más rápido que el teléfono e inclusive 4 veces más rápido que el computador.

No podemos determinar un espacio geográfico donde se encuentre ubicado el Internet pero podemos determinar el origen del mismo.

“En una red experimental promovida a finales de la década de los sesenta por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, para la investigación y el direccionamiento automático de comunicaciones en una red informática que evitase que esta información sobrecargara la red y la colapsara, red a la que se llama ARPANET, sistema que fue rápidamente adoptado por las Universidades

hasta llegar a ser utilizado por empresas y particulares actualmente siendo Internet, la red que conecta la mayor parte de redes del mundo”. (Asencio, 2002, pág. 27)

De esta manera y con esa finalidad da inicio el internet, empezando como una red de inteligencia militar que fue evolucionando y cambiando y, por sobre todo, expandiéndose y abriéndose terreno para ser la gran red de información que es como un Universo de Información, infinito.

Este medio nos permite la comunicación de redes de un lado del mundo con redes del otro lado de mundo en cuestión de segundos, por ejemplo un mensaje de datos que sea enviado desde el Ecuador a un destinatario localizado en la China, se lo puede recibir y ser leído o revisado en cuestión de segundos como había mencionado, casi inmediatamente.

Esto es posible en gran parte, por el World Wide Web (www) que traducido de por si nos habla ya de una malla o red a nivel mundial a las cuales las diferentes páginas de internet pertenecen y por lo tanto facilita su acceso. La información es desglosada en forma de páginas Web que son estas hipertextos llenos con documentos de texto, sonido, gráficos, fotografías, imágenes, macros, videos, etc. Que estarán sujetos a un sistema de control de determinados estándares comunes, refiriéndose a un formato común que permita el almacenamiento de la información y también, que permita la transferencia de la misma y a pesar de ello, que facilite al usuario navegar, disfrutar y compartir la información.

Estos ficheros se los conoce como el HTML que significa *HyperText Markup Language* («lenguaje de marcado de hipertexto»), es el lenguaje de marcado predominante para la elaboración de páginas web. Es usado para describir la estructura y el contenido en forma de texto, así como para complementar el texto con objetos tales como imágenes. (es.wikipedia.org) Y HTTP que significa Hypertext Transfer Protocol o HTTP (en español protocolo de transferencia de hipertexto) es el protocolo usado en cada transacción de la World Wide Web (www). (es.wikipedia.org)

El Internet actualmente no se maneja solamente por medio de hipertextos dentro de las páginas Web, existen actualmente métodos de transferencia de información o acceso a una inmediata comunicación o a la entrega de tan variadas formas de publicidad, entre estos medios tenemos las ventanas de chat inmediato, Facebook,

Hi5, ICQ, Skype, compañías de correo electrónico, Hotmail, Gmail, Yahoo, los grupos de discusión, foros de opinión, ayuda, etc. o los tableros de anuncios que se encuentran en las tantas y distintas páginas Web, en todo lo largo y ancho e esta red Cibernética.

Inclusive podemos encontrar páginas Web que nos permiten la celebración de Negocios Jurídicos, de una manera muy ágil; además, sobre Inmuebles ubicados en otros países en la presencia de comprador, vendedor y cada uno de los abogados virtualmente por medio de video conferencias y sellar los negocios con el uso de firmas electrónicas.

Todo esto se ha hecho posible con el trabajo conjunto de la tecnología y las leyes ya sean internas de cada país de origen de las páginas web e inclusive tomando en cuenta las regulaciones de la Comunidad Internacional en general o las de otros países.

En nuestro país actualmente en el artículo 2 de la Ley de Comercio Electrónico, equipara los documentos escritos a los mensajes de datos, regulando inclusive con respecto a su eficacia, valoración y efectos, es decir, les toma como similares en las áreas que he mencionado, lo cual para mi punto de vista, y ya veremos más adelante porque, es muy positivo.

El avance de la tecnología de esta manera exige al derecho a evolucionar al mismo paso, para que una herramienta tan útil como es el Internet, preste las mismas o quizás hasta mayores seguridades a las personas o usuarios de este servicio al momento de hacer uso de este medio y que puede tener consecuencias legales en ese momento o posterior.

### **2.2.1 Definiciones y Etimología**

Siendo este un tema muy actual y prácticamente nuevo dentro de nuestro Sistema Jurídico, a más de que muchos de los conocedores del derecho no tendrán conocimiento ni relación con el tema informático, veo necesario contemplar ciertos conceptos básicos que necesitaremos conocer para que el tema sea desarrollado y comprendido adecuadamente.

“Primeramente debemos tener presente que, el documento electrónico por el simple hecho de ser producto de un medio informático, tiene una particularidad intrínseca referente al lenguaje binario del cual está conformado, el lenguaje binario tiene un origen dentro del sistema hexadecimal, este es precisamente el caso del sistema numérico de base 2 que emplea solamente los dígitos “0” y “1”, que con el surgimiento de los ordenadores resultó ser adecuado para desarrollar un lenguaje llamado Código Máquina, que facilita a los ordenadores mediante su sistema electrónico la distinción entre dos dígitos agrupados en combinaciones, permitiéndole entender y ejecutar las órdenes a ellos introducidas mediante signos conocidos por el usuario que forman parte de cada uno de los tipos de teclado alfanumérico”.(www.asifunciona.com)

“Cada uno de los “0” y “1” del sistema numérico binario que forman las combinaciones del código máquina recibe el nombre de “Bit”, este término es el acrónimo de la expresión inglesa “Binary Digit” o Dígito Binario, que no debe ser confundida con “Byte” que es la agrupación de ocho “Bit” todo esto obedece a la necesidad de que el ordenador comprenda la información que introducimos en el mediante los caracteres alfanuméricos que forman el documento electrónico”. (www.asifunciona.com)

En nuestra legislación se define al documento electrónico como; “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio”. (Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Disposiciones Generales, Sección Novena 2do Inciso, 2011)

Cuando se refiere a “que pueda ser intercambiada por cualquier medio” hace referencia a los medios de transporte y almacenamiento de información digital, desde los antiguos diskettes flexibles de 5,25 pulgadas de apenas unos pocos bites de memoria hasta los mecanismos más avanzados como son: las memorias flash de 128 Gigabytes de almacenamiento o los discos duros extraíbles de varios Terabytes de espacio de almacenamiento, (equivale a 1000 GigaBytes de memoria), siendo este último ni remotamente el límite que se ha puesto el avance de la tecnología en las diferentes casas fabricantes y desarrolladoras de tecnología, pasando por los discos duros como tal y las memorias stick y quien sabe que otras tecnologías serán desarrolladas en poco tiempo más, además también más adelante en nuestra legislación, hace una enumeración de algunos de los

documentos que serán considerados como documentos electrónicos, como los correos electrónicos, los servicios en la Web, los telegramas, fax y el intercambio por medios electrónicos de datos.

Como había mencionado anteriormente nuestra legislación da el mismo valor a los documentos electrónicos y a los documentos escritos o físicos, ya que son igualmente documentos que contienen declaraciones de voluntad de las partes sin que tenga relevancia el medio del que emanen ni el soporte en el que consten. Como soporte nos referimos netamente al medio de almacenamiento.

Decimos que la palabra documento, tiene su origen en el término griego dék correspondiente al verbo latino docere, “instruir”, de donde proviene el vocablo documentum, que originalmente significa “Lo que se enseña, con lo que alguien se instruye”, más ampliamente podemos traducir el verbo latino “docere” y el griego “dékomai” por hacer ver a alguien algo claro instruido”, por lo que un documento es algo que muestra, que indica varias cosas.

## **2.3 El Documento Electrónico**

### **3.2.1 Noción de Documento Electrónico**

El documento electrónico debe cumplir con un proceso que bien podemos establecer en tres etapas:

- a) **Etapas de Creación.**- En esta etapa lo que sucede básicamente es que el computador u ordenador con ayuda de un programa informático traduce, transforma o convierte la información que, en un origen y principio esta expresada en lenguaje binario en el computador, a un lenguaje que es susceptible de entendimiento y comprensión para todo tipo de usuarios, ya que en un principio el lenguaje binario como hemos visto anteriormente es una combinación de “0” y “1”, soporta todos los procesos del computador, pero dificultaría completamente la comprensión a las personas cuando quieran revisar o disponer del contenido de un determinado documento electrónico. Por lo tanto con la utilización del software adecuado el computador es capaz de traducir del lenguaje binario al idioma que sea predeterminado o deseado.

- b) **Etapa de Almacenamiento.**- Dentro de esta etapa encontramos el momento cuando el documento que ha sido elaborado en lengua común es almacenado, guardado, soportado en algún dispositivo, ya sea que hablemos de un software o hardware propio del computador como el mismo disco duro del hasta sistemas extraíbles como los que mencione anteriormente, además de los discos externos de avanzada tecnología que pueden soportar hasta algunos Terabytes (un terabyte equivale a mil veinte y cuatro Gigabytes), cabe mencionar que en el momento que el documento es almacenado automáticamente es almacenado en lenguaje binario, independientemente de cuál sea el medio o dispositivo que se use para su almacenamiento, ante lo cual ineludiblemente tenemos que pasar a la siguiente etapa.
- c) **Etapa de recuperación o lectura.**- Esta etapa concierne desde el momento en que el documento electrónico que se encuentra almacenado en lenguaje binario necesita ser revisado o se requiere traspasar la información de un computador a otro o; simplemente ser recuperado desde un medio extraíble en la que fue almacenado, por medio de la utilización del mismo software o por lo menos del software adecuado que permita su traducción del lenguaje binario a la lengua común para ser aprovechado por las personas.

### **2.3.2 Del Documento Electrónico**

Puedo decir que, un documento electrónico, es aquel que estando escrito en lenguaje binario y que ha sido almacenado en un medio adecuado para ser proyectado por medio de un computador por medio del cual se traduce a lenguaje común para ser entendido por todos.

Con respecto al tema de tesis nace la siguiente cuestión: ¿en qué casos, en qué forma y hasta cuando es posible presentar un documento electrónico de esta naturaleza, dentro del periodo de prueba de las obligaciones, indistintamente del tipo de proceso que se siga en relación con: la admisibilidad, autenticidad y posibilidad de verificación?

Esta cuestión será resuelta posteriormente en el siguiente capítulo a tratarse.

### **2.3.3 Clasificación**

### **2.3.3.1 Documentos Electrónicos Originarios**

Son aquellos documentos cuyo origen, ya sea de un medio electrónico, que tenga como documento original un medio informático, es decir, el simple documento que ha sido tipado en un computador, como este mismo trabajo de tesis, o puede tratarse de una foto digital, siempre y cuando se la mantenga en la memoria del aparato electrónico, o inclusive un mensaje de texto de un celular.

### **2.3.2.2 Documentos Electrónicos Derivativos**

Por otro lado se encuentran los documentos electrónicos derivativos o derivados, que son aquellos que tienen como medio de origen un documento físico o un documentos que no provenga de medios informáticos, o que sean escritos y permanezcan en un lenguaje común pero que posteriormente hayan sido sometidos a procesos de digitalización creando de esta manera una versión electrónica, virtual o digital de la versión que antes permanecía física, este proceso dentro de nuestra legislación se lo denomina “Desmaterialización electrónica de documentos” tomando en cuenta que no es nada más sino que la transformación de un medio físico a un mensaje de datos. Este es el caso de una fotografía impresa o de un manuscrito que por medio del escáner se digitaliza y por ello adquiere su calidad de documento electrónico, en la misma forma que si hay un documento que puede ser digitalizado por medio de la utilización de software adecuado cuando son susceptibles de ser digitalizados por el dictado a viva voz.

## **2.4 Soporte Informático y Soporte en Papel de los documentos**

Tenemos que hacer algunas especificaciones en este punto, ya que primero voy a referirme a lo que muchas personas piensan que no es aceptable y lo que está regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Existen autores como Antonio Rodríguez; quien en su obra “El Documento Negocial Informativo en Notarias y Contratación Electrónica” manifiesta que el documento electrónico en sí, es un documento de muy fácil falsificación por la falta de un documento físico en el que la gente pueda cerciorarse y distinguir entre el original y una copia del mismo, además menciona que “el documento electrónico es de una

naturaleza especial y necesita de una regulación específica y especial para su actuación sin la cual no podrían prestar una seguridad apropiada y se distinguiría una apreciable disfunción en tal documento”(Rodríguez, 2000, pág. 361)

Con este comentario, estoy totalmente de acuerdo ya que, siempre es necesario que un hecho este previsto o regulado en un ordenamiento Jurídico, para que no se presenten vacíos legales y tenga que dejarse en manos de la interpretación, situaciones que de por si son muy comunes ya y que representarían un grave peligro por la controversia en verificar la autenticidad de un documento

## **2.5 Ventajas y Desventajas**

El documento con soporte en papel puede distinguirse fácilmente entre el documento original y de una copia del mismo.

En el documento con soporte en papel puede diferenciarse muy rápidamente y fácilmente si existen correcciones, enmendaduras, alteraciones, cambios, etc.

En el documento con soporte en papel con la firma manuscrita, rubrica, nombre, etc. puede determinarse con facilidad la autoría del documento en papel, lo cual puede ser beneficioso dependiendo de la forma en la que se utilice, por ejemplo en un proceso litigioso si sabemos de quien proviene el documento es casi imposible que el autor niegue su autoría y se libere de toda responsabilidad.

“Los diversos criterios respecto del documento electrónico, desde la óptica probatoria civil, se originan a partir de las comparaciones de las características propias del documento en soporte papel, y aquellas que presenta el documento en soporte informático, así varios autores señalan las ventajas de los documentos contenidos en papel y que automáticamente se convertirían en desventajas para los documentos informáticos”(Nieves Galarza, 2009, pág. 56)

Una de las ventajas que quiero compartir es con respecto a la manera de utilización; el documento físico demanda de nosotros esfuerzo, concentración, tiempo, e inclusive paciencia, porque para encontrar un documento físico necesitamos de todos esos y más factores solamente para poder llegar a tener el documento en nuestras manos y corriendo el riesgo de que el documento físico se encuentre desmejorado, gastado, opaco, inteligible, etc., mientras que el

documento electrónico necesitaríamos solamente el aparato adecuado y una terminal como un monitor, un iphone, etc. que nos permita plasmar el contenido del documento electrónico que se encuentra en lenguaje binario en algún dispositivo de almacenamiento como los que habíamos enumerado con anterioridad.

Otra de las ventajas que se encuentra en la utilización de los documentos electrónicos es la agilidad con la que se puede disponer, modificar, resolver, analizar, etc. Esta ventaja no es solamente para las personas que pueden necesitar aquel documento para justificar algo, por ejemplo, no solo para el abogado y su representado que necesitan un documento electrónico para presentarlo como prueba, sino también ayuda a la celeridad de un proceso en el ámbito Judicial, el Juez solamente necesitaría el computador o una maquina terminal para revisar y analizar el contenido del documento electrónico.

Y la tercera ventaja es inclusive una que no ayuda solamente a la celeridad de las personas y al órgano Judicial, sino inclusive es una ventaja ecológica.

Debido a la pequeña porción de memoria que un documento electrónico ocupa en un medio de almacenamiento no solo vuelve un proceso más ágil sino se desperdicia menos papel. Un documento de 100 hojas de extensión que en un medio físico sería muy grande, extenso, pesado e inclusive fastidioso lidiar con él, sin mencionar el espacio físico que ocuparía, se vuelve más que un beneficio un perjuicio para aquella persona que tenga que analizar su contenido. Además, es un derroche de papel ya que al momento de finalizar su análisis el documento físico no haría nada más sino que, desperdiciar el papel, que estaría por demás especificar que el papel proviene de los además que es verdad que la deforestación es un problema que nos aqueja como humanos.

Por otro lado, el mismo documento de 100 hojas de extensión en un medio informático o electrónico no ocuparía más que solamente unos cuantos bytes de memoria virtual dependiendo del software utilizado, lo cual sería aparte de ágil su análisis, disposición y manipulación, sería una contribución con el mismo medio ambiente.

Por lo tanto estas tres razones para mi criterio muy personal son inclusive más beneficiosas que el mismo medio físico.

Mi aporte consiste en que debería considerarse la posibilidad de digitalizar cualquier tipo de prueba para que pueda ser presentado en cualquier medio electrónico o dispositivo de almacenamiento o inclusive porque no, ver una manera de digitalizar títulos de propiedad, escrituras públicas, contratos, títulos valores, etc., como ya se está haciendo en otros países. Esto significaría un ahorro de tiempo, dinero y una ayuda al medio ambiente que sería muy importante en los tiempos actuales. Obviamente que para que se produzca un cambio de esta naturaleza debería existir los medios necesarios como los que veremos en el tercer capítulo de este tema de tesis, ya sea de control, verificación, autenticidad, origen, procedencia, que deberían estar regulado claramente con anterioridad. También teniendo en cuenta que como todo cambio necesita un proceso, y por lo tanto esto sería un proceso de cambio que significaría un sacrificio muy grande pero la recompensa para mi criterio sería mucho más grande y gratificante a no muy largo plazo.

Una de las muestras más claras de que los medios informáticos facilitan las cosas, los procesos y, que lo hacen inclusive de una manera segura, son los **negocios jaricos** que se realizan, sellan y pactan a diario en cantidades inimaginables y que van en aumento por la gran seguridad que prestan las tantas y diferentes páginas Web y compañías facilitadoras de este medio, este tema es de gran injerencia en nuestro medio y en este tema de tesis específicamente porque además de agilizar las cosas proporciona un título o un documento electrónico que representa la prueba de las obligaciones obtenidas y todo esto de una manera más ágil, fácil y practica sobretodo.

## **2.6 Posibles debilidades del Documento Electrónico**

Lo expuesto anteriormente posiblemente nos lleve a pensar que el documento informático o el documento electrónico tiene una falla en cuanto a su credibilidad, veracidad, procedencia, y por lo tanto de su validez, para lo cual cabría preguntarse si los documentos electrónicos están lo suficientemente bien regulados y si los documentos electrónicos se encuentran cumple o no con las exigencias mínimas para que produzca efectos jurídicos válidos.

Por lo que se ha expuesto podemos determinar claramente que la naturaleza del documento físico y el documento electrónico es totalmente diferente pero no podemos descuidar que en el momento de introducir un documento electrónico

dentro de un proceso estamos introduciendo un documento físico, según lo que en nuestra Ley de Comercio Electrónico nos permite, mas, el que tenga una naturaleza distinta, no significa que deje de ser un medio de prueba que debe cumplir con todos los requisitos y exigencias de nuestra ley así como cualquier otro documento, debe cumplir con las reglas del derecho probatorio en un proceso, desde la capacidad de probar hasta la titularidad de un derecho.

Esto, será motivo de análisis en nuestro próximo capítulo, por ahora nos limitamos a analizar solo lo concerniente al documento electrónico, particularidades y posibles desventajas tanto como sus ventajas.

Finalmente para cerrar el tema de las ventajas y desventajas, puedo decir que no existe una desventaja real o importante de los documentos electrónicos, más que pequeñas fallas de conocimiento y tecnología que al fin pueden ser solucionadas con los diferentes recursos como la educación, la lectura y por sobre todo la aplicación de la ley existente. Pienso que este tema se ha vuelto algo generacional, por obvias razones una persona que ha sido acostumbrada a disponer de documentos físicos soportados en un papel, le resultará muy complicado y difícil comprender y apoyar que un documento que no existe físicamente sino se encuentra en un lugar denominado “Ciberespacio” o red Cibernética supla al documento físico que claramente se puede distinguir, palpar y disponer en cualquier momento que se tenga acceso al mismo. El problema de la falta de capacitación, la falta de renovación de las personas en general y de los mismos profesionales del derecho que por su experiencia se han ganado el respeto, al cual no pretendo faltarle con este comentario, pero deberían renovar su forma de pensar y darse cuenta que hablar de un medio físico y virtual, electrónico o informático puede cumplir con exactamente las mismas funciones.

“Todo lo que he comentado, nos llevaría a casi prescindir del papel convirtiéndose de este modo, los medios electrónicos, en un medio versátil y cómodo; además, si consideramos que el papel proviene de los árboles, resulta que el documento electrónico es además ecológicamente conveniente”.(Nieves Galarza, 2009, pág. 63)

## **2.7 Documento e Instrumento**

Generalmente el concepto de Documento e Instrumento se toman por separado, refiriéndose el Documento como al Género del mismo e Instrumento a la especie, mas, por lo que podemos entender de esto diríamos que documento es: todo objeto, que exprese de forma manifiesta el pensamiento de una persona. Por lo tanto en la práctica se consideran sinónimos, siempre y cuando guarden relación con la materia y haciendo fe de acuerdo a su propia naturaleza y a los distintos procedimientos que para este efecto establece la ley.

## **2.8 Conclusión**

Podemos ver que actualmente existen tantos medios que para algunas personas podrían ser calificados como inconvenientes o inapropiados cuando de probar dentro de un proceso se trate.

Pero son tantos, tan diversos y de tanta utilidad, que resulta imposible dejarlos de lado, mecanismos, instrumentos, medios tan ágiles y versátiles que manejados de una manera correcta y adecuada, nos beneficiarían en más que un sentido, como hemos dicho nos daría más ventajas que desventajas, a decir verdad, la única desventaja es que nuestro sistema se encuentra un poco retrasado legalmente hablando y obviamente necesita ajustes legales. Pero este problema no se presenta solamente en este país, la tecnología avanza tan a prisa que sería imposible que un país lleve a la par, peor aún una ventaja en cuanto a sus regulaciones, por eso debemos estar en constante innovación y constante regulación de los diversos medios que en lugar de perjudicar y causar molestias, nos permite aprovechar mas los recursos que de por si nos están quedando cortos, por la tala indiscriminada por el mal uso de esta materia prima como son los árboles, el medio ambiente y hasta el tiempo.

Finalmente con respecto a los defectos o desventajas de los documentos electrónicos, puedo decir ciertamente que no se trata de ninguna desventaja verdadera pienso que es más un problema que se presenta a nivel generacional, por obvias razones una persona que ha sido acostumbrada a disponer de documentos físicos soportados en un papel, le resultará muy complicado y difícil comprender y apoyar que un documento que no existe físicamente, sino se encuentra en un lugar denominado “Ciberespacio”, es decir, virtualmente existente hasta que no sea proyectado en un medio adecuado y con el software apropiado, supla al documento físico que claramente se puede distinguir, palpar y disponer.

El problema de la falta de capacitación al personal de una empresa antigua o que tenga varios años de funcionamiento con personal que no se haya actualizado o que por situaciones ajenas al hombre, no ha nacido en la época del “boom tecnológico”, la falta de renovación en las distintas compañías y de los mismo profesionales del derecho que por su experiencia se han ganado el respeto, al cual no pretendo faltarle con este comentario, pero deberían renovar su forma de pensar y darse cuenta que hablar de un medio virtual, electrónico o informático puede cumplir con exactamente las mismas funciones que el documento con soporte físico.

“Todo lo que he comentado, nos llevaría a casi prescindir del papel convirtiéndose de este modo, los medios electrónicos en un medio versátil y cómodo, además, si consideramos que el papel proviene de los arboles resulta que el documento electrónico es además ecológicamente conveniente”.(Nieves Galarza, 2009, pág. 63)

Por lo que menciona el Doctor Nieves, puedo decir que es una verdad absoluta, y que sin temor a equivocarme, diré que dentro de un futuro no muy lejano las operaciones diarias que realizamos y los trámites legales que se siguen en las diferentes Cortes de Justicia Nacionales, contarán con sistemas digitales que les permita el aporte, reconocimiento, verificación, de los documentos electrónicos como prueba de las Obligaciones frecuentemente y con una facilidad única, así como otros usos que se pueden dar a la firma electrónica y mensajes de datos en general, puesto que, ante un medio que representa en su mayoría beneficios, no se puede dar la espalda, sino más bien perfeccionarlo hasta que sea un medio de uso común y permanente de todos. En no mucho tiempo, nos pondremos a la par con la tecnología necesaria y estaremos listos para ir aplicando y facilitando cada vez más las situaciones cotidianas y hechos Jurídicos de los cuales como profesionales del derecho dependemos cada día en el ejercicio de la profesión y que debería ser hacia donde apunte las nuevas tendencias Normativas en el País y el eje del Trabajo como Abogados, Juristas, Jueces, Jurisconsultos, etc., en si todo campo donde se aplique y se pretenda hacer respetar la Ley.

## **CAPÍTULO III: VALIDEZ PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS**

### **3.1 Introducción**

Sin lugar a dudas los documentos electrónicos son un aporte de tremenda importancia y además, de mucha ayuda; ya que el acceso a los mismos es muchísimo más fácil y versátil que a los tantos y diferentes medio físicos que hasta la actualidad se siguen utilizando por muchas razones por los Jueces y Profesionales del derecho en la actualidad, en fin, para mi criterio, no es más que por desconocimiento de este medio, la razón por la que no se hace uso del mismo.

Para abordar este capítulo considero muy importantemencionar la gran importancia del documento en soporte físico, este medio de soporte que a lo largo de la historia ha ido evolucionando y mejorando la forma en la que se mantiene el soporte de los hechos y obligaciones y, porque no decirlo, mejorando cada día más, con respecto a la digitalización de los medios, documentos, instrumentos, etc. ya sean públicos y privados, por el indudable avance de la tecnología y las técnicas humanas que se aportan día a día y que van siendo cada vez mejores y más eficientes.

Hablamos de todo tipo de soporte físico que se ha ingeniado la humanidad para traspasar sus conocimientos y costumbres, soportes que han existido desde hace miles de años inclusive antes de que se utilice la escritura, desde los tiempos donde se tallaba en piedra o fósiles, pasando por los tiempos de Jesucristo de cuya época existen registros actualmente, en los cuales podemos basar nuestra confianza, certeza, convicciones e inclusive para algunos la Fe. Son varios los temas que se transmitían por estos medios pero que lamentablemente a lo largo de la historia se han maltratado por la forma en las que los han conservado, o el lugar donde han permanecido cientos de años, por lo que se ha dificultado mucho su consulta e inclusive en algunos casos ha sido hasta imposible porque los documentos se hallan en un estado que imposibilita el manejo y manipulación de los mismos, estoy hablando de los famosos papiros que hay inclusive registros encontrados hace alrededor de tres mil años antes de Cristo que relatan escrituras religiosas que son temas que indudablemente el ser humano se ha interesado desde el inicio de su existencia, al igual que la filosofía, medicina, economía, etc.

Desde el inicio de la vida en sociedad, en la humanidad han existido conflictos entre las personas, el simple hecho de que las personas se relacionen entre si ya crea un gran motivo de posible controversia entre ellos ya que, cada persona trataba de hacer valer su criterio sobre el criterio del otro, y esto se podía ver mucho más marcado en épocas antiguas donde la Justicia era resuelta por las propias manos de la gente o del mismo pueblo. No es menos cierto que desde ese entonces igualmente la humanidad ha utilizado los documentos, imágenes, fragmentos, utensilios, accesorios, etc. De aquella época para probar muchas de las veces su inocencia frente al resto y a su vez, el pueblo utilizaba los mismos instrumentos para probar la culpabilidad o responsabilidad de las personas que cometían ilícitos o irrumpían simplemente el orden que había sido dado por la autoridad de esa época.

Existen sucesos, actos, situaciones, en fin, hechos que han quedado plasmados en un medio físico que nos sirve como un soporte acerca de la veracidad de aquel hecho o suceso histórico más, lo importante de esto es que los documentos hayan sido conservados de la manera adecuada ya que al tratarse de un objeto apreciable físicamente y más aún cuando hablamos de papel o sus derivados significa que puede este corroerse con mucha facilidad por causa de muchísimos factores, como la humedad, el moho, microorganismos, etc., y por lo tanto perder la información que la tenemos soportada en estos objetos.

En este medio físico puede ser soportado, conteniendo cualquier suceso y más aún documentos que su existencia representan mucho más que un suceso; tienen una relevancia histórica dentro de un Estado como serían las actas de Independencia o Fundación de una Ciudad o Estado, muy relevantes dentro de un Estado por su importancia dentro del mismo, documentos como estos están soportados dentro de este medio físico y así como este hay documentos con soporte físico en muchos otros lugares y en diferentes contextos como son las esculturas, pinturas, escritos religiosos, pergaminos, papiros, etc. que están expuestos en muchísimos lugares como templos, museos, lugares históricos, etc.

No pretendo de esta manera determinar el valor histórico de dichos documentos sino más bien, poder analizar antiguas disposiciones jurídicas y Constitucionales de años atrás y que gracias a esos soportes físicos antiguos podemos recurrir a ellos y consultarlos, analizarlos y hacer uso de ellos.

Esta es la finalidad, que para mi criterio, deben tomarse en cuenta para la utilización del documento electrónico, no solo como medio de prueba sino como un medio para economizar el tiempo que se invierte en los procesos judiciales, recordando su concepto como “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio”. Una de las finalidades del documento electrónico es: facilitar su recurrencia, consulta, archivo, análisis, e inclusive para mi forma de ver nos presta muchas más facilidades y beneficios que el mismo documento físico, cabe mencionar también la importancia que debe tener este como medio de convicción para el juzgador dentro del análisis y la toma de decisión final de este. Ya que sería mucho más fácil recurrir al análisis de un documento electrónico que uno con soporte físico que al final termina deteriorándose y como hemos visto inclusive perdiéndose información que podría resultar de vital importancia dependiendo del campo y del tema que se trate.

Nos encontramos frente de un sinnúmero de beneficios por parte de los documentos electrónicos sin mencionar los beneficios que este representaría para el gran problema ecológico a nivel mundial; al reducir la tala de árboles para la producción de papel y a su vez la reducción en el desperdicio y contaminación por el uso del papel o la extensa maquinaria que se utiliza para este mismo fin, tratando de lado el desequilibrio que se presenta en el ecosistema por la reducción desmedida de la flora y fauna que es un mal que afecta a todo el mundo y que extingue especies animales y vegetales diariamente.

Además al hablar de un medio de soporte y consulta que no se deteriora con su uso ni con el tiempo que transcurre desde su creación, estoy hablando de un medio Inmortal, Imperecedero, Perpetuo que prácticamente no tendría límites ni tiempo de expiración ya que su sustento es un medio impalpable que está ubicado en el ciberespacio como lo vimos en el capítulo anterior. Por lo tanto, al estar frente a un medio informático que prácticamente ofrece un acceso sin límites de tiempo, ni espacio, ni de ubicación, vemos que sus beneficios crecen con el paso del tiempo y, se vuelven más seguras al darse la mano con la justicia, la tecnología y las personas.

A continuación anotare de las algunas características concernientes a los documentos electrónicos.

### 3.2 Características de los Documentos Electrónicos

Es importante que si nos referimos al documento electrónico como un documento tan eficiente y seguro además, que cumpla con su finalidad, el hecho de poder ser creado, almacenado y recuperado como marcan sus etapas en el capítulo anterior, considero importante que se determinen las características que le enmarcan y lo describen como un medio importante, seguro y muy eficaz y más aún en el momento de contar con este como prueba de las obligaciones.

1. Para determinar la **primera** característica hay que revisar los capítulos anteriores y regresar al concepto de documento electrónico que decía que “el documento electrónico es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio”, de esto se desprende la primera características; pero primero recordar que todo documento electrónico primeramente es escrito en lenguaje binario que es automáticamente el que un aparato electrónico utiliza por su naturaleza, aquel lenguaje compuesto de “0” y “1” que es aquel que puede ser reconocido por cualquier método informático y/o computarizado que es capaz de traducir la lengua común al lenguaje binario y viceversa.

La parte relevante dentro de esta característica es que el documento electrónico tiene que necesariamente poder ser asimilado, traducido y comprendido por medio de un ordenador o cualquier medio electrónico que necesite de este lenguaje, como un celular, una cámara fotográfica digital, un ordenador portátil, etc.

2. La **Segunda** característica esta interrelacionada con la característica anterior ya que, el documento electrónico debe presentarse sin haber sido adulterado, es decir, que el documento electrónico se haya mantenido intacto desde el mismo momento que ha sido creado, esto es fácilmente determinable ya que cada documento que ha sido creado por algún medio informático, automáticamente este se crea con una fecha que obviamente corresponde a la fecha de su creación, si con el paso de tiempo este documento es adulterado, modificado, cambiado, haciendo referencia al contenido que reza en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil que nos dice que “no se aceptara como prueba aquel instrumento que se haya roto, raido, abreviado, con borrones o con testaduras” esto en la práctica del

documento electrónico sería imposible que presente un borrón, o una ruptura, se entiende que este documento es necesario que se encuentre en el estado que había mencionado: sin alteraciones, modificaciones, etc. Lo cual es fácilmente determinable como había mencionado haciendo uso de los tantos y distintos sistemas operativos que actualmente se han implementado para su uso y beneficio de la Justicia que es el tema que más relevancia tiene en este trabajo de tesis. En la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos en el artículo 7 nos dice “Cuando la ley requiera y obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedara 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. Se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación”.((Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 11))

Aparentemente se presenta en esta sección una contradicción en este artículo pero en realidad, aclarando la parte final; no es que se estaría desvirtuando o contradiciendo lo mencionado por el artículo sino se refiere a algún cambio que se tenga que hacer correspondiente al formato, fuente, tamaño de letra, o inclusive si se quiere cambiar de sistema operativo por ejemplo si se lo quiere cambiar de archivo .pdf a .doc es decir, de un archivo compatible con Adobe Acrobat Reader a que sea compatible con el programa Word.

3. La **tercera** característica igualmente ya ha sido mencionada dentro del concepto de documento electrónico más, hare una especial referencia diciendo que el documento electrónico deber poder ser almacenado en soporte informático, magnético, óptico, o cualquier otra clase de soporte que sea capaz de ser utilizado con esta finalidad.

Tomare para el entendimiento de esta característica el artículo 8 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos que mencionan lo siguiente que será explicado posteriormente:

“Toda información sometida a esta ley, podrá ser conservada; este requisito quedara cumplido mediante el archivo del mensaje de datos, siempre que se reúna las siguientes condiciones:

- a) Que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta;
- b) Que sea conservado con el formato en el que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida;
- c) Que se conserve todo dato que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y hora en que fue generado, creado, procesado, enviado, recibido y archivado; y,
- d) Que se garantice su integridad por el tiempo que se establezca en el reglamento a esta ley,

Toda persona podrá cumplir con la conservación de mensaje 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”(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 8)

Es decir, que primeramente correspondiente al literal “a” el juez, las partes o los peritos que intervengan posterior a que el documento electrónico sea presentado como prueba, debe ser completamente accesible ante cualquier tipo de consulta que se quiera hacer con respecto al contenido del documento. Posteriormente en el literal “b” menciona con respecto a la forma como debe ser mantenido el documento, dice que, debe ser mantenido en la misma forma en la que este haya sido generado, enviado o recibido y en caso que se haga una modificación tiene que ser no en la forma ni fondo del documento sino solamente puede modificarse con respecto a que si la manera de revisar un determinado documento hacemos uso de un determinado software, si se hace algún cambio debe hacerse por alguno que permita la reproducción exacta del documento, es decir, utilizado un mismo programa con una versión inferior o superior, o que cumpla con la

función exacta que puede ser en el mismo caso de tratarse de programas de proceso de palabras como Word, por ejemplo cambiarlo de Word a otro procesador como Wordpad.

En el siguiente literal, el literal “c” dice que debe conservarse cualquier dato que pueda ayudarnos a determinar el origen y el destino del documento en cuestión. Como pueden ser las fechas, las direcciones de correo electrónico, un número de teléfono, además de la fecha, la hora y valga también la pena mencionar en este momento, la dirección IP que es aquella que puede identificar a un computador o un ordenador sin importar el lugar en donde se encuentre, siempre y cuando el documento presentado se encuentre en formato digital o sea en lenguaje binario, que sea susceptible de ser consultados, manteniendo su integridad por el tiempo que se manifieste en la ley, cualquier dato que se autogenera con la creación del documento también está prohibido modificarlo y por ende no puede ser adulterado para así garantizar la autenticidad y origen del documento.

En este punto se hace referencia tanto a los datos que se puedan obtener tanto del contenido del documento como de los datos automáticos que se incluyen al documento con el simple hecho de haber sido generados en un medio electrónico.

4. La **cuarta** característica, el literal “d” se refiere a un punto que más que una característica para mí, es un requisito, nos dice que el documento debe ser susceptible de ser recuperado o decodificado, es decir, del lenguaje binario en el que se encuentre, debe ser posible la transformación o traducción a un lenguaje entendible, más bien conocido porque así nos hemos referido, ser traducido a una lengua común, una lengua común que dijimos que pueda ser comprendida por el hombre sin importar el idioma al que nos remitamos, el cual según nuestra legislación en el artículo 1, debe ser o el Castellano o el Quichua, Shuar o las demás lenguas ancestrales que se utilicen en los pueblos indígenas, para los cuales se utilizarían traductores o peritos para su plena validez, obviamente para dicho proceso debe adoptarse los medios necesarios como son los diferentes software, los diferentes sistemas operativos y objetos electrónicos o informáticos como los que hemos mencionado anteriormente.

5. **Unquinto** requisito que nace adicional y colateralmente o más bien dicho que se desprende de la característica anterior es que al documento electrónico, que en su debido momento será presentado, en caso que el juez o la autoridad competente así lo requiera, debe ser capaz de ser plasmado y soportado de la manera tradicional. El documento, si así es requerido, debe ser capaz de ser impreso o plasmado de la manera como se crea conveniente u obedeciendo al avance de la tecnología que puede ser tan asombroso y de lo más variado y versátil.

Cabe mencionar además que según el artículo 7 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos, es posible que los datos sean desmaterializados es decir, que no se necesite el soporte físico en caso de que sea requerido para su respectiva instrumentación, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y hayan sabido manifestar clara, oportuna y expresamente mediante un documento habilitante o por medio de la certificación de las correspondientes firmas electrónicas de las partes que hayan sido acertadamente certificadas.

### **3.3 Documento Electrónico y breve referencia a la Firma Electrónica:**

#### **3.3.1 Firma Autógrafa**

La firma según María Arias Pou es “una manifestación de la voluntad que compromete al firmante respecto de lo que figure al documento al que va incorporada la firma”(Pou, pág. 387)

Para mi criterio, este concepto no nos da una idea muy clara de lo que es una firma como tal refiriéndonos como; el rasgo gráfico que identifica, representa y compromete a una persona sobre lo que en el documento que se plasma este gráfico reza, pacta, contiene o acuerda.

La palabra firma proviene del vocablo “firmare” que significa afirmar, dar fuerza y refiriéndonos también al vocablo autógrafa que significa grabar o escribir por si mismo que se refiere a que; cualquier documento o cualquier obra que sea de origen del autor se identifica como tal cuando se plasma una identificación que hace al objeto una obra perteneciente al autor del documento u objeto referido.

La firma autógrafa como tal es un rasgo gráfico de una persona impreso por la misma de una manera casi automática en la cual muchas veces se pretende plasmar una grafía sin buscar en apegarse a ningún tipo de letra específica, ni algún gráfico determinado y usualmente va acompañado de una rúbrica que es de alguna manera el gráfico o rasgo que complementa a la firma autógrafa, usualmente van acompañados de letras y de una rúbrica que identifica a una persona, que obviamente debe ser repetida de una manera automática y muy similar cada vez que se requiera de esta grafía auténtica de cada quien ya que es única de la persona que la gráfica.

Existen otras maneras de constatar el origen, procedencia, destino del documento u objeto que ha sido utilizado como un método antiguo y en muchas veces como símbolo de analfabetismo la huella digital, ha sido utilizada como un método recurrente en estos casos como un medio alternativo para determinar estos factores en un documento u objeto.

La huella digital es una marca que no solamente es auténtica sino es única ya que no existe una huella digital ni similar peoraún idéntica a otra. Es por eso que en la actualidad con los avances de la tecnología esta marca única y auténtica se ha vuelto el mecanismo de seguridad y de identificación y porque no decirlo, un medio muy seguro y muy poco posible de ser violado, adulterado o cambiado, es el medio más exacto que se ha podido utilizar actualmente. Este método de identificación ha sido adoptado actualmente con muchas finalidades, desde la identificación de la autoría de un documento o autenticación de un objeto, supliendo de esta manera a la firma autógrafa o rúbrica, hasta los mecanismos de reconocimiento más avanzados, como para realizar transacciones o inclusive acceso a lugares de extrema seguridad. Aunque muchas veces actualmente se ha recurrido a sistemas igualmente de seguros e inclusive hasta más exclusivos por medio de la identificación del Iris del ojo, o del timbre de la voz, identificación del ADN, e inclusive hasta aromas de las personas, que estoy seguro que así como las novelas de Julio Verne estas ideas cuando nacieron fueron consideradas como motivos de burla y síntomas inclusive hasta de locura por algunas personas por pensar en sistemas tan sofisticados actualmente.

Este método dactilar es denominado la subdactilación que es adoptado por muchos países como un sistema muy avanzado y eficiente de identificación de las personas, sistema que se ha vuelto muy conocido y utilizado y cada vez a mayor

escala internacional en la identificación de los criminales y de las personas que huyen y salen del país ilícitamente, que resulta muy eficaz porque a pesar de que cambien su identidad queda un registro dactilar que permite a las autoridades y a los gobiernos llevar un registro que permite almacenar información de las personas con el simple hecho de estas haber grabado sus huellas digitales en un aparato electrónico.

Otros medios que podemos nombrar pueden ser los sellos húmedos que se utilizan en muchos casos como el soporte de una firma autógrafa para demostrar la autenticidad de dicho documento, no es nada más que una plantilla que contiene determinados datos de información como el nombre, título académico, la firma y número de RUC o cedula plasmados en un objeto maleable como caucho, plástico, metal, etc. que en el momento que se los pone en contacto con una almohadilla con tinta; los rasgos del sello se llenan de esa tinta y se plasman en el documento u objeto que se lo quiera autenticar, el problema de estos métodos es que la persona tiene que ser responsable de la utilización de los sellos ante algún uso no deseado o negligente, y por ese motivo es que en muchas ocasiones no se acepta este tipo de autenticación de documentos por esos factores y debido a que muchas instituciones la persona dueña o responsable del sello no está en poder del mismo y es algún secretario, secretaria o encargado quien hace uso de este medio.

Como había manifestado al inicio de este trabajo de tesis, la tecnología avanza a pasos agigantados más, eso no es motivo de desinterés, menos responsabilidad y de tener menos cuidado, sino todo lo contrario, a medida que la tecnología avanza y crece demanda de nosotros cada vez más versatilidad, preparación, presteza, ingenio, iniciativa y por sobre todo un uso muy responsable de los nuevos sistemas que aparecen día a día.

No sería producto de algún sueño fantástico ni mucho menos lejano que, dentro de poco tiempo se pueda hacer uso de mecanismos tan avanzados como para que al legalizar un documento y determinar su origen y destino se utilice métodos de reconocimiento del timbre de la voz, o lectura del Iris del ojo, o de reconocimiento de los olores o secreciones de las glándulas del cuerpo que para el olfato humano son imperceptibles o irrelevantes, porque de hecho actualmente determinadas sociedades ya están haciendo uso de esos sistemas o por lo menos los están desarrollando o implementado abiertamente.

### 3.3.2 Firma Electrónica

“La firma electrónica es el conjunto de datos en una forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.(Pou, pág. 388)

Muchas veces se confunde entre lo que es la firma electrónica y la firma digital, y se los toma como sinónimos pero la firma electrónica sería a rasgos generales como el género y la firma digital por su lado es aquella que identifica a una persona pero cumpliendo ciertos parámetros que han sido determinados por la ley o por la práctica.

Opino que nuestra legislación en el momento de definir lo que es la firma electrónica, lo hace de una manera diáfana, al decirnos en el artículo 13 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos 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 reconozca la información contenida en el mensaje de datos”.(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 13)

De esta manera que la firma electrónica es la que en nuestro código reza pero; a más de este concepto la firma electrónica se interrelaciona con otros conceptos como los documentos electrónicos, las claves criptográficas, los certificados digitales, las funciones y algoritmos matemáticos. Diríamos que; la firma electrónica por la gran cantidad de conceptos y principios con los que se relaciona permiten garantizar con gran certeza la autoría y garantizar exclusivamente lo que habíamos tratado con anterioridad, que los documentos sean íntegros y no hayan sido modificados.

Al decir que muchas personas confunden el concepto de firma electrónica y firma digital, no quiero decir que este concepto es equivocado pero si este concepto es aplicable para algunas legislaciones; en la nuestra no sería aplicable bajo ningún punto de vista ya que nuestra legislación es demasíadamente clara al definir a la

firma electrónica como los datos consignados de una manera electrónica, lógica y asociada al documento electrónico como tal y que nos sirva para identificar inequívocamente al titular de dicha firma y por lo tanto determinar el origen de determinado documento electrónico.

A continuación el concepto que comparte Francisco García Mas en un artículo publicado en una revista jurídica donde se puede observar que claramente el concepto que da es inaplicable para nuestra legislación al dar un concepto que para mi criterio y con respecto a mi análisis correspondería a lo que es la firma digital.

“Una firma electrónica sería simplemente cualquier método de símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adaptado con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. En este sentido, podemos entender incluidas dentro del concepto de firma electrónica desde las firmas numéricas o digitales hasta las firmas basadas en sistemas biométricos para identificar al firmante”.(Mas, 2005, p. 2064)

En el artículo 14 de la Ley de Comercio electrónico y firmas electrónicas, coloca a la firma electrónica al mismo nivel e inclusive menciona que esta producirá los mismo efectos jurídicos que la firma manuscrita en cuanto a los datos consignados en los documentos escritos y además hace una aclaración muy importante para este trabajo de tesis al decir que será admitida como prueba dentro de un juicio, lo cual es un aporte grande no solo para este trabajo sino para la legislación Ecuatoriana, el sistema Procesal y Judicial que, de por sí; ya ha sido regulado pero que no ha sido adoptado por el Juzgador.

La afirmación de este artículo; en cuanto a la apertura de poder presentar esta como prueba dentro de un proceso es de gran importancia dentro del ámbito procesal debido que el momento que hay esta facilidad, también existe la facilidad de poder determinar la autoría del mismo y por lo tanto vincular al documento electrónico que contiene dicho instrumento, como es la firma electrónica, con el verdadero titular o autor de dicho documento electrónico y por lo tanto con todo el contenido del mismo. Resultando de esta manera un medio ideal para presentar como prueba un documento electrónico.

### **3.4 Valor probatorio de los Documentos Electrónicos**

Para empezar con este siguiente punto debemos tener claro que la forma de comprobar la autenticidad de los documentos electrónicos inequívocamente es por medio de la utilización de la firma electrónica y para el entendimiento de su funcionamiento tenemos que recurrir a los métodos de encriptamiento que; no es nada más que un Criptosistema que le otorga a la firma electrónica la capacidad de brindar las funciones necesarias para que cumpla cabalmente sus funciones y desempeñe su finalidad.

El Criptosistema es un medio que surge de la utilización de cifras que se pueden determinar por medio de la utilización de sistemas, instrucciones o reglas matemáticas, instrucciones que si seguimos al pie de la letra nos darán un resultado inequívoco, mejor definidas como algoritmos matemáticos

Por lo tanto sería un conjunto de números que forman una clave de seguridad que podrían ser denominadas las tan conocidas claves de seguridad o “password” inclusive actualmente en nuestro país está en auge una clave que es utilizada por cada vez mas usuarios, estoy hablando del código PIN (Personal Identification Number) que es aquel código o identificación que hace de un teléfono celular único a nivel mundial, inclusive análisis muy avanzados y resultados obtenidos por científicos, han determinado que el código PIN de un teléfono celular Blackberry es imposible de clonar, violar o copiar. Estos son métodos actuales que claramente nos demuestran el funcionamiento de esta clave de seguridad que nos provee este sistema de encriptamiento tan evolucionado aplicado al campo de la comunicación, que está íntimamente relacionado con el tema procesal que nos compete ya que, un mensaje de texto o una fotografía, o un archivo de audio enviado por este medio sería exactamente el tipo de documento electrónico al cual nos estamos refiriendo y por lo tanto se podría utilizar dentro de un juicio como medio de prueba con bastas razones y fundamentos.

Los algoritmos matemáticos producidos por la criptografía pueden ser usados por medio de dos mecanismos, el uno denominado como los documentos encriptados con clave simétrica y los otros que serían los documentos encriptados con clave asimétrica, a continuación veremos estas dos posibilidades y las analizaremos de manera concreta para no desviar la atención del tema principal de este trabajo de tesis.

### **3.4.1 Encriptamiento con Clave Simétrica**

Hago una breve reseña explicando el funcionamiento del sistema de criptográfico; primeramente interviene la creación de un documento por medio de un mecanismo electrónico, como un ordenador, un teléfono celular, un cajero automático, una cámara de fotos, que sería la primera etapa del proceso, posteriormente la información pasa a través de una fórmula matemática llamada algoritmo matemático que es aquel al que me referí anteriormente y es aquel que se presenta en el caso del encriptamiento simétrico, esta la divide en bloques, luego cambia la información que se encuentra en cada uno de los bloques por números.

Obtenidos estos números empiezan a correrse por medio de fórmulas matemáticas que irán formando la clave, esto al repetirse varias veces forma la clave definitiva o llamada la clave criptográfica, que será la clave que deberá ser conocida por la otra parte quien recibe la información para poder descryptar el documento y que el contenido pueda ser revisado en lenguaje común, es decir, que sea entendible para el común de los mortales.

En definitiva, los documentos que se encriptan con clave simétrica, utilizan una clave para encriptar la información y utilizan exactamente la misma clave que será enviada o dada a conocer al receptor por un medio independiente o separadamente del documento que ha sido encriptado por este método, para descryptar el documento que contiene la información requerida por el receptor.

Unas de las observaciones que realiza el doctor Ricardo Nieves con respecto a esta forma de encriptamiento simétrico es que "este método primeramente adolece de la posibilidad de interceptación y decodificación de la clave privada". (Nieves Galarza, 2009, pág. 87)

Esto obviamente provocaría que, la información que contiene el documento electrónico encriptado pueda ser leída o revelada por personas a las cuales no se tenía como receptores finales y por lo tanto, podría filtrarse información que no se desea por este medio.

Con tal observación no estoy de acuerdo puesto que este hecho malicioso o ilícito inclusive en algunos casos, no sería posible sin las personas que conocen o encriptan el documento tuviera el debido cuidado en el momento de transmitir separadamente la clave que se haya producido por este proceso. No es un

problema de inseguridad para mi punto de vista sino, más bien un problema de inobservancia, negligencia y hasta irresponsabilidad o falta del debido cuidado, y principalmente la falta de familiarización del usuario con los medios de seguridad que presta este medio informático.

Respecto de este sistema se puede ubicar al mecanismo de PIN (Personal Identification Code) que utilizan las empresas de telecomunicaciones con algunos de sus dispositivos, donde cada equipo tiene una cantidad de información y cuenta con un código exclusivo que puede ser accedido solamente si se tiene acceso al equipo o es revelado por el dueño o poseedor del equipo celular; en el momento que el código es revelado el otro usuario de un equipo de esta naturaleza puede digitarlo en su equipo y de esta forma descifrar la información que por vía internet está siendo compartida con todas las personas que cuentan, poseen o tienen acceso al código número-alfabético que identifica a cada equipo celular.

### **3.4.2 Encriptamiento con Clave Asimétrica**

Si bien es verdad que al hacer uso de este tipo de clave asimétrica nos encontramos frente a un sistema un tanto más complejo que si haríamos uso de una clave simétrica pero, así como hablo de un sistema más complejo, hablamos también de un sistema más seguro.

Seguridad en el aspecto de que; como se vio en el sistema simétrico hacíamos uso de una sola clave que era generada por una persona y que si quería que alguien conozca o pueda tener acceso a el documento encriptado tenía que necesariamente revelar cuál es el código que fue generado por medio de los procesos de algoritmos matemáticos que habíamos visto.

Algunos autores se refieren al sistema simétrico como un sistema con desventajas como el Dr. Ricardo Nieves manifestó en su obra "El Documento Electrónico" y lo cual muchos autores lo comparten; mas yo sin desestimar lo que el Dr. Nieves manifestó muy oportunamente yo creo que el Dr. Nieves no se equivocó al manifestar tal hecho sino que desde el tiempo que se escribió su libro en el año 2009 a la actualidad ha habido cambios muy significativos en la tecnología que pueden garantizar que los métodos simétricos sean tanto o más seguros que los métodos asimétricos.

Para comprender un poco más a lo que me refiero, a continuación, explicare que son los métodos de encriptamiento con clave asimétrica.

En el método simétrico existe una clave privada que tenía que ser divulgada o conocida por el receptor, más en este tipo de clave asimétrica no se prescinde de esta clave privada sino, al contrario se la utiliza igualmente pero, la gran diferencia es que a más de la clave privada existe una clave pública, una clave que es, o puede ser conocida por todos y así se accede a la información que ha sido encriptada asimétricamente.

En fin estos dos tipos de encriptamiento tienen una finalidad y es la de garantizar que el documento o la información que contiene la firma electrónica sea cual sea el medio utilizado no haya sido modificado posteriormente además es la manera más precisa y podría decirse inclusive hasta inequívocamente de identificar al autor o titular del documento electrónico además que, proveen de privacidad, seguridad, eficiencia y hasta celeridad en el momento de utilizar esta herramienta que cada vez es más segura y garantizada, además que cada vez es más utilizada.

### **3.4.3 El Certificado de Firma Electrónica**

En el artículo 21 de la Ley de comercio Electrónico y firmas electrónicas, manifiesta lo siguiente: “El certificado de firma electrónica se empleara para certificar la identidad del titular de una firma electrónica y para otros usos, de acuerdo a esta ley y su reglamento”.(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 21)

Habíamos hablado de una clave pública utilizada dentro del método asimétrico de la forma de encriptar un documento, en este artículo que precede se pueden colegir que el certificado de firma electrónica es un documento que nos puede garantizar que por medio de la firma electrónica se pueda saber inequívocamente quien es la persona titular de la clave que se ha hecho uso para encriptar un documento determinado.

El certificado de firma electrónica es este medio por el cual se garantiza la identidad del titular de una firma electrónica. Por lo tanto en este certificado tiene que constar claramente: a) que una clave pública corresponde a una determinada persona la cual tiene que estar certificada por el ente de emisión del certificado, b) que corresponda a un determinado documento y, c) que el documento tiene su combinación o clave privada correspondiente.

#### **3.4.4 Validez Probatoria**

Al existir estos medio para garantizar la identificación y determinación de la autoría de un documento electrónico, estaría por demás decir que, los documentos electrónicos que por ende estén revestidos de estas seguridades y garantías son plenamente validos e inclusive de igual validez que el documento escrito que tenga una firma manuscrita de la persona misma que ha otorgado el documento. Entonces el documento electrónico por ende tiene exactamente el mismo peso y validez que un documento escrito dentro de un proceso.

En la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos especifica claramente cuáles son los requisitos que deben cumplir los mensajes de datos para que tenga valor probatorio.

**“Art. 55.-** Valoración de la prueba.- 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 efectuó 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.”(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 55)

Es importante mencionar que, la utilización de una firma electrónica puede garantizar la identificación de la persona, autora de un determinado documento y es decir, se puede garantizar que una clave perteneciente a una determinada persona ha sido utilizada. Puede determinarse la procedencia e inclusive el ordenador o el mecanismo que fue utilizado para la creación de un determinado documento pero, lo que no se puede garantizar con la firma electrónica es que el documento no ha sido modificado, cambiar o adulterado de alguna forma.

Por lo tanto, se desprendería de esto que, si en un documento se ha utilizado una clave de encriptamiento determinada, entonces se puede saber ciertamente quien lo creó, su procedencia, inclusive si el documento fue creado desde el ordenador del mismo dueño de una determinada firma electrónica, al documento se le atribuye la responsabilidad por ser el dueño de esa clave por ende, es muy importante guardar una privacidad extrema en cuanto se refiere a la divulgación de esta clave o por lo menos, una selección muy exclusiva en las personas con quienes se compartirá esta clave.

Debido al grado de responsabilidad que puede representar el uso de esta clave en caso que llegue a manos de una persona inescrupulosa y que actué con dolo al hacer uso del mismo, es recomendable que la clave se la mantenga en una manera personalísima y en total y absoluto secreto.

Un ejemplo muy claro de este mecanismo y la necesidad de que se mantenga en forma secreta son las claves o passwords que se utilizan en el campo financiero para realizar transacciones, depósitos en otras cuentas vía internet, revisiones de consumo, verificación de estados de cuenta, etc. Si alguien pudiera tener acceso o conocer alguna vez de este tipo de claves o passwords veríamos la importancia de mantener este código en secreto por la gran cantidad de malos usos y perjuicios que causaría una persona que haga un uso malicioso de este código.

### **3.5 Documento Electrónico como prueba de las Obligaciones**

En la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos habla de la forma en la que se practica la prueba electrónica como prueba de las obligaciones la cual veremos a continuación.

**“Art. 54.-** Práctica de la prueba.- La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en 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 adjuntar 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 del 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 electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados;

c) El faxcímile, 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 validez podrá ser objeto de comprobación técnica.”(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 54)

En la actualidad los medios y las circunstancias han empezado a exigir mucho de las personas, un obrero, un abogado, un empresario o, cualquiera que sea su rama requiere de mucha más preparación cada vez, depende de la expansión de sus conocimientos, de su curiosidad, de su disposición a ser cada vez más una persona preparada y a saber un poco más que el resto. Es por un lado la avidez de una persona por expandir sus conocimientos y ser superior a los demás y por otro lado también esta lo que la sociedad como consecuencia de este sentimiento exige actualmente de nosotros.

Antes, una persona que culminaba sus estudios de primaria era considerado una persona apta para desempeñar una actividad laboral y así sucesivamente las exigencias han ido cambiando hasta llegar al día de hoy donde se necesita ya no solo un título de tercer nivel para poder ser reconocido dentro de la sociedad sino de uno de cuarto y hasta quinto nivel, sin descartar que este límite pueda ser rebasado en cómo tiempo por la increíble demanda de empleo y la competitividad que es natural en las personas.

Entre algunas de las exigencias se puede considerar algo imprescindible el conocimiento de una segunda lengua y conocimientos ya no solamente básicos sino hasta a un nivel avanzado del manejo de un sistema operativo, y este segundo se da por la increíble dependencia que tenemos actualmente del Internet y los sistemas de software especializados en las diferentes ramas profesionales.

Por estos detalles, que se presentan en la actualidad en la sociedad, podemos deducir que, casi no existe actividad humana en la cual no intervenga algún tipo de sistema informático por lo tanto, en el momento de aportar prueba dentro de un juicio podemos hacerlo con varios tipos de documentos, ya sea, documentos públicos, documentos privados y esta nueva clase de documentos que son a los que nos hemos referido en este trabajo de tesis que son los documentos electrónicos, cuyo reconocimiento ha sido dado por la misma ley. Cabe mencionar que los documentos electrónicos no son sino solamente uno de todos los que vienen a ser los mensajes de datos que son los que en realidad están reconocidos como medios de prueba dentro de nuestra legislación, dentro de mensajes de datos podemos encontrar a las firmas electrónicas y a los entes de certificación que, son los que hemos visto anteriormente con más detenimiento, etc.

A pesar que según nuestra legislación se considera al documento electrónico de igual valor probatorio que el documento público o privado pero a pesar de ello no podemos decir que sean iguales, entre el campo civil y el electrónico existen diferencias tanto como existen similitudes en la prueba de las obligaciones, diferencias no tan obvias como que a simple vista podemos determinar que están contenidas en diferentes soportes, nos referimos a diferencias en cuanto a su naturaleza que hacen que tanto el documento electrónico como el físico o de soporte tradicional tengan sus características particulares que los harán de diferente naturaleza.

Cuando hacemos uso de una u otra herramienta por separado, podemos determinar ciertos beneficios, tanto de la una como de la otra, pero la mejor manera de determinar las diferencias a las que me he referido sería haciendo un análisis comparativo de tanto sus beneficios, perjuicios, similitudes y diferencias entre estos dos medios de prueba; el civil y el electrónico.

### **3.5.1 Similitudes**

- a) En referencia al procedimiento que deben seguir los documentos:

Tanto los documentos de soporte tradicional como los de soporte electrónico deben someterse a los procedimientos que se determinan en el Código de Procedimiento Civil, es evidente que los documentos de soporte tradicional se sometan a estas normas pero a los documentos de soporte informático son los que en la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos, en el artículo 54 se establece claramente que la prueba en lo concerniente a este tipo de documentos se las practicara de la misma manera como se establece en el Código de Procedimiento Civil, aclarando después claro está que; deben tenerse en cuenta ciertos parámetros y requisitos para poder hacerlo, es aquí donde encontramos la similitud en este sentido, en lo referente al procedimiento que se debe seguir para la práctica de la prueba ya se a si se trata de considerar un instrumento público o privado tanto como un documento electrónico.

- b) Otra similitud que encuentro es acerca de las notificaciones entendiendo como notificación el acto por medio del cual se le hace conocer a las partes sobre las resoluciones, fallos, autos, y providencias en general o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento.

Tanto en el Código de Procedimiento Civil como en La Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos, se especifica en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 56 de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos la forma como se debe proceder en lo referente a las notificaciones.

“Todo el que fuere parte de un procedimiento judicial, designará el lugar en que ha 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”. (Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 56)

Siendo el texto no solo similar sino casi idéntico, los efectos también son de la misma manera, ya que se está estableciendo los mismos parámetros para que

tanto dentro del ámbito civil como en el electrónico se proceda de la misma manera.

Como es de relevancia dentro de este tema de tesis notare que el uso del correo electrónico por parte de los abogados aun a nivel local, no es muy utilizado pero mediante aparecieron las nuevas instituciones de aglomeración de profesionales, se ha vuelto más común el uso de este medio y de lo cual estoy seguro que así como el uso de internet se hizo común y de fácil acceso en tan poco tiempo en relación a la radio por ejemplo como vimos en temas anteriores, el uso de este mecanismo va a crecer grandemente y resultara de gran beneficio como la gran facilidad que esto representara para la Justicia.

c) Por el tipo de soporte:

Todo documento ya sea electrónico o no, requiere de un soporte, hablando del medio tradicional que necesita de papel o de Algún tipo de objeto que pueda soportar texto o una rúbrica o una firma manuscrita y en el caso de una firma electrónica hablamos de un soporte como el dispositivo de almacenamiento o el ordenador o teléfono celular donde se puede almacenar y luego revisar la información.

La finalidad en este Caso es que, tanto el soporte tradicional como el dispositivo de soporte en caso de los documentos electrónicos sirvan de igual manera o tengan el mismo valor para lo cual debe garantizarse mediante los mecanismos que vimos anteriormente.

d) Cuando se trate de instrumentos públicos o privados en soporte tradicional o a su vez, ya sean digitales existe en ellos implícitamente una manifestación de voluntades y un acuerdo de las mismas.

Para esto muchas veces se recurre a los métodos de reconocimiento de firmas, ya Sean por medios tradicionales como se los practica en una notaría o con métodos electrónicos o digitales como habíamos visto que son los entes de certificación, esto se vuelve necesario ya que sin imponer de que medio se trate hay que garantizar aspectos básicos como la seguridad, verificación, identificación, certeza y autenticidad. De esta manera que las personas titulares de una firma manuscrita en soporte tradicional o una firma electrónica en un método electrónico o virtual está obligado a actuar

responsablemente y ser los únicos en la medida de lo posible que la utilicen puesto que serán ellos los responsables en caso que se haga un mal uso de la misma.

### **3.5.2 Diferencias**

Así como podemos encontrar semejanzas, existen también diferencias, diferencias que han hecho que los documentos con soporte tradicional por más que nuestra ley los considere con un valor probatorio similar, existen diferencias que vale mencionarlas a continuación:

#### **Soporte Tradicional**

- a) En los documentos con soporte tradicional debe existir una rúbrica en cada hoja y en la hoja final suscribir con una forma autógrafa perteneciente al creador de un determinado documento.
- b) En estos documentos la gran cantidad de documentación, de información, la dimensión de algunos archivos, y registros es demasiado extensa por lo que su búsqueda o recurrencia se vuelve demasiado torpe y obedece muy poco al principio de celeridad y economía procesal. Puesto que, el buscar en determinados archivos, o registros se vuelve un trabajo demasiado pesado, largo y entorpece demasiado el proceso.
- c) En el caso de los documentos de soporte tradicional, la firma autógrafa siempre es la misma.
- d) En este método, la afronta ecológica es cada vez mayor y más marcada, puesto que la utilización del papel

#### **Soporte Electrónico**

- a) En cambio en este caso la firma electrónica es la que facultara a todo el documento de validez y garantizara su autenticidad, autoría, titularidad.
- b) En los documentos electrónicos, no hay este problema porque; los métodos de almacenamiento primero representan un ahorro de espacio y luego un ahorro de tiempo puesto que recurrir a la información por métodos informáticos es muchísimo más rápido que por los métodos tradicionales ya que la cantidad de datos que procesa un ordenador o un sistema electrónico es muchísimo mayor que la que procesa la mente humana y ni se diga si hablamos de ahorro de energía y tiempo porque ubicar un documento en un registro de dimensiones descomunales representaría un

no disminuye sino incrementa y bien sabemos que, la materia prima para la elaboración de este recurso es la madera, madera que, proviene en muchos casos de la tala desmesurada y desmedida de los bosques ecológicos y mas no de bosques creados con ese fin y de esta manera las áreas verdes del planeta son cada vez menores.

esfuerzo físico muy grande, además la inversión de tiempo que se da a este proceso, significaría una pérdida de tiempo desmedido e innecesario ya que, requeriría de varios días para ubicarlo. Es por eso que actualmente en el Registro Civil y en varias instituciones Públicas han optado por digitalizar la información que ellos almacenan en soporte tradicional.

c) En el caso de los documentos electrónicos , no se utiliza la misma firma en cada documento encriptado sino es diferente en cada caso ya que los métodos de encriptamiento crean una nueva combinación o clave ya sea pública o privada en cada caso particular

d) La utilización de dispositivos de almacenamiento además de la celeridad que representa y, el ahorro de tiempo como vimos en la característica anterior, representa una disminución física muy representativa del papel que se utiliza para la elaboración de los documentos físicos ya sea que, se trate de instrumentos públicos o privados, por lo que sería igualmente un beneficio ecológico principalmente para nuestra sociedad.

### 3.5.3 Eficacia en el momento de Probar

Es natural que, cuando se menciona la palabra documento a nuestras mentes venga la imagen de una o varias hojas de papel, o de una hoja con contenido gráfico, o de cualquier otra grafía que puede ser expresada en una hoja de papel, lo cual de alguna manera refleja que la mente del humano tiene que irse adaptando a los tan variados y diferentes avances de la tecnología porque como hemos visto en capítulos anteriores, la tecnología avanza a pasos agigantados y muchas veces conceptos, ideas, avances que, para nosotros son tan comunes para personas de mayor edad se pueden convertir en hechos conflictivos en su adaptación, familiarización, aceptación y ni se diga para su uso que será inclusive más difícil aun.

Conceptos de términos tan básicos, como Internet, Correo Electrónico, Pagina Web, Hipertexto, Macros, etc., que son para nuestra generación algo de conocimiento general, para nuestros padres muchas de las veces se vuelve algo muy difícil de comprender su uso y funcionamiento, pero esto no es un problema de nuestros progenitores, sino es un problema general de la humanidad, muchas veces por la falta de iniciativa para leer un libro, una sección del diario, una revista de avances tecnológicos, produce que nos quedemos rezagados con mucho y eso no es un impedimento para que, en el mundo exterior la tecnología siga avanzando y que los procedimientos que antes se requería de horas, días, semanas meses e inclusive años ahora se los pueda culminar en solamente unas cuantas horas o es cuestión de solamente unos pocos intentos, constancia y perseverancia de nuestra parte.

De esta manera es como la aplicación de estos medios de prueba conocidos como mensajes de datos, entre ellos las firmas electrónicas, documentos electrónicos, certificados electrónicos, para muchas personas puede convertirse en algo tan escéptico, algo que, por las razones que antes expuse y por otras que muy probablemente ignore, las personas no están dispuestas a renovar sus metodologías sistematizadas comunes, que han trabajado muy bien desde su perspectiva, y sin decir lo contrario podemos ver que a más de estos métodos habituales existen actualmente un sinnúmero de vías alternas que, nos permiten obtener los mismos resultados y hasta mejores resultados en algunas ocasiones pero lo que si se obtiene resultados sin ser una afronta ni para la celeridad de los Jueces ni para nuestro ecosistema.

Es por estas razones que la legislación Ecuatoriana otorga total validez Jurídica a los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones, sujetándose claro está a lo que dispone por su parte el Código de Procedimiento Civil, viendo de esta manera el legislador que se trata de un documento plenamente eficaz, seguro, fiable, identificable y que es capaz de determinar la responsabilidad e inclusive la culpabilidad de quien sea el autor de dicho documento mediante el uso de los métodos adecuados expuestos claramente con anterioridad.

Por lo tanto, el documento electrónico no presenta obstáculos legales para que, tenga plena validez dentro de la prueba de las obligaciones pero si hay obstáculos e impedimentos de carácter personal, costumbrista y hasta generacional, contra los cuales las nuevas generaciones de abogados están llamados a combatir y hacer que, al fin las leyes se vuelvan efectivas, porque soy un partidario del pensamiento que, no tenemos leyes malas sino solo leyes que han sido ignoradas.

### **3.6 Impugnación**

Al Ser el documento electrónico equivalente a un documento físico y ponerla al mismo nivel probatorio del instrumento público al decir que es prueba plena tanto como el instrumento público, existen críticos que cuestionan el hecho de que este medio se lo considere prueba plena como lo hace la ley, por lo tanto debe considerarse el hecho de que este instrumento pueda ser impugnado referente a las diferentes vías para reclamar e impugnar este instrumento;

"En cuanto a las vías para reclamar la falta de fuerza probatoria del instrumento publico tenemos: la nulidad por la omisión de uno o más de los requisitos legales del funcionario público o del instrumento en sí mismo; la falta de autenticidad (es decir el no haber sido el documento o instrumento otorgado o autorizado por la persona o de la manera que en él se expresa; y la falsedad de las declaraciones efectuadas por las partes, en este último caso, la parte que impugna no lo hace en referencia a la calidad del instrumento público (este puede ser válido y autentico), sino que pretende desvirtuar el valor probatorio del mismo mediante la impugnación de la veracidad de las declaraciones de las partes en el contenidas" (Nieves Galarza, 2009, pág. 108)

Entonces entendemos que si por algún motivo el documento es impugnado deberá alegar su nulidad, falta de autenticidad, o falsedad del contenido y sus aseveraciones estado en este caso la carga de la prueba del lado de la persona que impugna ya que como determina la ley que, se presume la autenticidad de los documentos públicos por lo tanto quien tendrá que probar cualquiera que fuera la causa de la impugnación es quien presenta la inconformidad con la misma.

Por ejemplo, podemos ver claramente en caso que haya inobservancia de determinadas formalidades en el documento en cuanto a su otorgamiento o emisión del documento o instrumento o en caso que el funcionario quien autoriza el instrumento sea incompetente, se determina claramente esta situación.

Existen documentos electrónicos que son otorgados por funcionarios en el ejercicio de sus funciones los cuales no cuentan con una forma autógrafa sino una firma electrónica a tales documentos se los denomina Instrumentos público electrónicos. Al ser la firma electrónica un medio de identificación y de determinación de la identidad del otorgante, sería una causal para impugnación por la contraparte en caso que la firma electrónica no conste en este documento. Se podría pedir la nulidad de dicho documento.

Cosa que no ocurre en España por ejemplo ya que en España la firma electrónica no sustituye a la fe pública del notario, tanto los documentos físicos como los documentos electrónicos deben gozar de fe pública expresada por un Notario Público para que un Documento Electrónico goce del privilegio de ser un Instrumento Público. En el artículo 2 de la Ley sobre Firma Electrónica del Gobierno de España manifiesta que "las normas sobre prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge esta Ley, no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a Derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos."(Funcion Legislativa del Gobierno de España, 2010, Art. 2)

Yo personalmente pienso que el gobierno ecuatoriano agiliza las cosas y deja abierta la posibilidad a nuevas regulaciones que pueden ser para beneficio de este medio en cuanto a su agilidad y celeridad lo cual considero mucho más beneficioso esta regulación que la Española en este sentido.

Por otro lado la mejor manera de desvirtuar un documento que ha sido impugnado es probando que el documento electrónico ha cumplido con los requisitos de certificación y autenticidad con los que se reviste a los documentos para su validez.

“Este tipo de control los es realizado por determinados términos de control como son por ejemplo para los certificados digitales, X509, si queremos hacer una consulta sobre el estado de revocación de un certificado utilizaremos OCSP (Online Certificate Status Protocol), en caso de querer determinar la sintaxis de un mensaje criptográfico con firma electrónica, PKCS (Public Key Cryptography Standards)”, etc.(seguridata.com, Diapositiva #. 15)

### **3.7 El Documento Electrónico como Instrumento Público**

Habíamos mencionado a breves rasgos algo concerniente a este tema en el punto anterior más, debemos primeramente remontarnos un poquito en este trabajo al primer capítulo y revisar a breves rasgos y a manera de recordatorio lo que es un Instrumento Público de esta manera poder exponer más claramente lo que pretendo explicar en este sentido con respecto a este tema;

“Es aquel autorizado con las solemnidades legales por el competente servidor, si fuese otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público a este se lo denominara Escritura Pública. Se considera también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”. (Codigo de Procedimiento Civil, 2011, Art. 164)

Del concepto podemos desprender varias posibilidades, ya que nos dice que, un Instrumento Público es aquel que ha sido autorizado por el competente servidor, en este caso nos referimos a los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, cualquier documento que emitan estas autoridades en ejercicio de sus funciones y concernientes a sus funciones nada más, será un instrumento público, con esto me refiero a que si por ejemplo, un funcionario público desde su despacho firma un contrato de compra venta para adquirir un vehículo para su uso particular, esto no configura con las solemnidad suficiente para que sea un Instrumento Público el decir en “ejercicio de sus funciones” no solo se refiere al momento que realice un determinado acto sino del tipo de acto que realice también.

Como segunda posibilidad que nos da es para la intervención de Notario Público de donde debemos hacer hincapié en dos situaciones, la primera que nos habla de la intervención de la fe pública, representada por el Notario, tiene que haber sido otorgada ante este funcionario que es quien dota de fe pública a cualquier documento, en este caso muy particular tiene que haber sido otorgado completamente ante Notario Público y no solo eso sino necesariamente tiene que el notario inscribirlo o incorporarlo dentro del protocolo o registro público esto no es solo para conocimiento del Notario, sino se realiza esta inscripción para garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos e instrumentos que se registren en una determinada notaria, y al momento que cumple con todas estas formalidades será una Escritura Pública.

Existen actualmente temas de gran relevancia de aspecto internacional, en un diario cibernético de España expone acerca de; un proyecto que está lanzando los Estados Unidos de América acerca de un “Cibernetario” que sería un concepto muy innovador y de mucho interés para nuestra legislación.

Analizando lo que nos dice en este artículo y basándonos en la información del mismo, nos dice que el Cibernetario nace debido a la gran cantidad de delitos informáticos que se cometen a diario por miles de personas, y debido a la falta de control y seguridad en cuanto a la gran cantidad de información que contiene la red. Hace falta un órgano que controle que pueda revestir de seguridad, certeza y sobre todo dar fe sobre la autenticidad y veracidad de un determinado documento que estará contenido en el ciberespacio.

Las funciones que expone EE. UU. Con respecto a este proyecto, sería dos funciones básicas del Cibernetario, “La primera de ellas son las propias del notario latino, asegurando que los documentos y actos en los que interviene dando fe pública, cumplen con los requisitos legales necesarios para ser plenamente reconocidos por los países basados en el Derecho civil y común. La segunda función, la electrónica, es la más importante: el Cibernetario tendrá además capacidad de certificación y autenticación electrónicas”.(diariored.com)

Es muy importante que el Cibernetario tenga conocimientos bastos, sobre temas informáticos, legalización de documentos, firmas electrónicas, mensajes de datos, criptografía, etc., todo tema que pueda darle el suficiente conocimiento para determinar la veracidad y a su vez facultarle para dar fe de cualquier documento y

también de distinguir si se trata de un documento manipulado, modificado, borrado, etc., ya que la manera como este funcionario internacional daría fe de los actos, sería mediante una firma electrónica que este plasmaría en el documento y por lo tanto sería de gran responsabilidad para el funcionario por este hecho.

Este proyecto que hoy lo expone EE. UU. Es un proyecto que significaría gran beneficio para el comercio electrónico no solo a nivel de Estados Unidos si no a nivel mundial y en si todo lo que se maneja por medio de esta gran autopista que es la red cibernética.

### **3.8 Reconocimiento y Utilización Internacional**

Así como nuestra legislación ha tomado como base a otras legislaciones para la redacción de sus propios artículos e incluso porque no decirlo, ha tomado ciertos textos enteros de otras legislaciones; porque se considera que determinados cuerpos legales o determinadas normas sería de efectiva aplicación en nuestro Estado en lo que muchas veces se ha acertado y muchas no.

Pero en el caso que no interesa el legislador ha tomado muy en cuenta, por tratarse de una rama de nuevas regulaciones la del Comercio Electrónico, ha considerado mucho la regulación que hace sobre Comercio Electrónico las Naciones Unidas, para la Comunidad Internacional en el año de 1996 un 16 de diciembre aprueba “La ley de las Naciones Unidas para el Comercio Electrónico” y que, nuestro país en el Registro Oficial número 557-S del 17 de abril de 2002 se promulga la ley numero 67 la cual es a la que me he referido a lo largo de todo este trabajo de tesis la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

El Internet, por ser un tema con un trasfondo que no se limita solamente a nuestras barreras o límites nacionales, de hecho, por no tener límites que lo gobiernen o lo limiten, es la razón por la cual se vio la necesidad de tratar de unificar las diferentes regulaciones que, cada estado tiene dentro de sus límites unificar conceptos básicamente ya que en cuanto a sanciones o cuestiones de fondo obedecerán a las necesidades y disponibilidad de cada país, sin mencionar el avance tecnológico y desarrollo independiente de cada Estado.

Esto determinara que en cada estado que esta Ley ha sido adoptada o, que ha sido regulado ya el Comercio Electrónico por medio de un Cuerpo de Leyes las mismas obedezcan a las necesidades de cada Estado. Por ejemplo, en la normativa de la CNUDMI, que es el modelo de donde nuestro País baso su regulación, señala que un documento electrónico no se lo puede tomar como un equivalente al documento físico ya que desde la naturaleza hasta sus funciones son totalmente diferentes, mas nuestro estado como habíamos visto anteriormente los toma como semejantes y equivalentes bajo determinadas circunstancias y con determinados requisitos. (uncitral.org)

Por lo tanto, en el problema del reconocimiento y uso a nivel internacional vemos que, obedece estrictamente a la regulación de cada estado, sujeto colateralmente a lo que determine la comunidad internacional en el momento de resolver conflictos entre estados, sujetándolos a la normativa de la CNUDMI, teniendo en cuenta que esta regula con respecto a varios temas de relevancia informática, como los mensajes de datos, las firmas electrónicas, las entidades de certificación, promoción de servicios electrónicos, también, las compras y ventas electrónicas así como las contratación electrónica de personal, etc.

### **3.9 Conclusión**

No se puede por ningún motivo tener a menos los esfuerzos que hace el legislador por mantenerse al día con las nuevas tecnologías, que se implementan a nuestro mundo a diario, así que, mal podría yo criticar al legislador por los intentos que, bien intencionados el legislador realiza.

Si bien es verdad, no es posible mantenernos a la par con este factor tecnológico, pienso que el Ecuador ha dado un paso gigante con la aprobación de la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos ya que, es la primera puerta que se abre con respecto este factor tecnológico que a muchos nos deja rezagados.

Lo que sí quiero aportar a manera de crítica es lo que había mencionado con respecto a las personas y profesionales que nos toca la aplicación de estas nuevas normas, es nuestro deber como concedores de la norma, hacer efectivo su cumplimiento y que cada día, más y más personas se vayan familiarizado más con estos medios que se vuelven imprescindibles por el paso del tiempo y el desarrollo de la sociedad.

Mecanismos como el código PIN de un teléfono celular o el sistema biométrico que opera en el Banco del Pichincha actualmente que son dos de los tantos medios que últimamente se utilizan para garantizar a las personas ese Estado de Derechos y ese derecho a la Seguridad que nos habla nuestra norma Constitucional como base.

Así como poco a poco el Ecuador ha adoptado nuevos conceptos provenientes de otras legislaciones o; de otras regulaciones a nivel mundial, hay ciertos aspectos teóricos y aplicativos como el concepto tan cerrado que dispone la Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes electrónicos que deja cerrada la puerta a la aplicación de los nuevos conceptos y nuevos avances, que nos brinda la tecnología, por ser un concepto tan descriptivo y cerrado.

El punto de esto sería que las personas se sientan tan seguras de que los medios electrónico pueden ser medios auténticos de prueba que empiecen a aplicarlos y a aportan en los debates judiciales con tales documentos.

Creo que, comentarios como los que hace el Dr. Ricardo Nieves con respecto a esta forma de encriptamiento simétrico, manifestando que,este método primeramente adolece de la posibilidad de interceptación y decodificación de la clave privada, para mi criterio no hacen nada más que dotar a la sociedad con fundamentos de que estos medios son inseguros.

Para mi criterio esto no es un problema de inseguridad sino, más bien un problema de inobservancia, negligencia, e irresponsabilidad o falta del debido cuidado, y principalmente, la falta de familiarización de este con los medios de seguridad que presta este medio informático.

Hay que anotar también que, un gran avance requiere de una gran responsabilidad y que la gente que lo soporte sea gente calificada para hacerlo.

De esta manera, es como la aplicación de estos medios de prueba conocidos como mensajes de datos, entre ellos las firmas electrónicas, documentos electrónicos, certificados electrónicos, para muchas personas puede convertirse en algo tan escéptico, algo que, por las razones que antes expuse y por otras que muy probablemente ignore, las personas no están dispuestas a renovar sus

metodologías sistematizadas comunes, con las cuales han trabajado muy bien desde su perspectiva, y sin decir lo contrario podemos ver que, a más de estos métodos habituales existen actualmente un sinnúmero de vías alternas, permitiéndonos de esta manera obtener los mismos resultados y hasta mejores resultados en algunas ocasiones pero lo que si se obtiene resultados sin ser una afronta ni para la celeridad de los Jueces ni para nuestro ecosistema.

Por estas razones la legislación Ecuatoriana, otorga total validez Jurídica a los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones, sujetándose claro está a lo que dispone por su parte el Código de Procedimiento Civil, viendo de esta manera el legislador que se trata de un documento plenamente eficaz, seguro, fiable, identificable y que es capaz de determinar la responsabilidad e inclusive la culpabilidad de quien sea el autor de dicho documento mediante el uso de los métodos adecuados.

Es importante también resaltar la influencia tan importante que los países extranjeros y más desarrollados han tenido sobre nosotros y especialmente sobre nuestra legislación por eso, es muy importante también anotar que, el legislador Ecuatoriano tiene como tarea estar enterado y tratar de estar al tanto de las nuevas tendencias internacionales con respecto a los temas tecnológicos y por ende aspectos legales.

No considero que sea una equivocación el que nuestra Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos sea prácticamente una copia de lo que expone la ONU, más bien creo que es una pauta excelente para determinar el camino que debemos tomar con respecto a estas nuevas tendencias legales.

Creo también, que las personas por ser seres costumbristas, es decir, que nos acostumbramos a hacer las cosas u actividades casi automáticamente y rutinariamente, esta no podía ser la excepción, deberíamos capacitar a las personas que no aplican aun estas nuevas formas de aportación de pruebas para que empiecen a hacer efectiva nuestra ley y también que, de paso apliquen este beneficio en cuanto a la celeridad de los procesos ya que la forma de aportación de prueba sería mucho más ágil y efectiva.

Por lo tanto, el documento electrónico no presenta obstáculos legales para que tenga plena validez dentro de la prueba de las obligaciones pero si hay obstáculos

e impedimentos de carácter personal, costumbrista, generacional y porque no mencionar, hasta ambiental, contra los cuales las nuevas generaciones de abogados están llamados a apoyar a algunos y a combatir a otros para hacer que, al fin las leyes se vuelvan efectivas y no se queden solamente en el papel.

## CAPÍTULO IV: CASO PRÁCTICO

Me tomo algunas líneas para empezar dando a conocer una inquietud que, ha nacido a medida que buscaba un caso para adjuntarlo a este trabajo que me permita hacer un análisis de lo aprendido en los tres capítulos anteriores y es que, en nuestra función judicial es muy escasa o demasiado limitada la información dada con respecto a los casos que conciernen a este tema a mas que, de por sí; ya es muy difícil encontrar un caso que pueda reflejar lo que hemos analizado a lo largo de este trabajo debido que, no existe una aplicación de parte de los Jueces, Fiscales, Comisarios, etc. en si, agentes investigadores, con respecto al aporte de pruebas digitales o mensajes de datos como los denomina nuestra ley; por lo que me he visto forzado a tomar un caso que suscito en nuestro país vecino de Colombia para explicar claramente lo que hemos venido tratando.

Antes de exponer el siguiente caso, debo decir que, a lo largo de la evolución del sistema Judicial Ecuatoriano, se ha podido ver que, a pesar de que aun somos un país muy atrasado en cuanto a Justicia, Leyes, Aplicación de las normas, objetividad, eficiencia y sin estar por demás el mencionar nuestro grave problema de corrupción, lo que el Legislador busca en teoría es, tratar de hacer que, las normas sean lo más objetivas, veloces, eficientes, efectivas, económicas, etc. Lo cual sabemos que poco a poco el país entero lo va a ir logrando con la aplicación de estas nuevas normas y tendencias a medida del avance de la tecnología que, es un gran medio para facilitar las cosas en todos los campos de nuestra vida y de esta manera mejorar los resultados que se obtienen por la aplicación de estos medios

Vemos que en muchos países como en España, Colombia, Estados Unidos, etc., e incluyendo el nuestro, este tipo de sucesos ocurren todos los días, con la falsificación de: cuentas de correo electrónico, redes sociales, páginas web, servidores, matrices, inclusive sistemas tan complejos como los mismo sistemas de, la NASA(National Aeronautics and Space Administration), que traducido significa Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio o de la CIA (Central Intelligence Agency) que significa, Agencia Central de Inteligencia, han sido violada la seguridad y permitido la intromisión de mentes malisiosas y muy mal intencionadas, estos delitos que a pesar de los sistemas tan avanzados de identificación y control que tienen en otros países, aun quedan en la impunidad por

la dificultad o imposibilidad en la que se hallan las personas que investigan estos casos para poder dar con los autores de dichos ilícitos.

Aunque susciten hechos como los que manifesté anteriormente a diario, hay otros hechos que, no significan ningún atentado ni representan amenaza alguna, hechos que facilitan y hacen que las cosas sean muchísimo más rápidas, representan una verdadero ahorro de tiempo y brindan una gran seguridad en el momento de realizar determinados tramites. Por ejemplo en el Registro Civil de España, existe actualmente una opción para el reconocimientos y emisión de actas de nacimiento, defunción, matrimonio, etc. vía internet, solamente con una solicitud enviada a la dirección del Registro Civil de España ellos proveen de un “tracking number” ,número de registro, con el cual uno puede seguir el tramite paso a paso y puede revisar si la emisión del título ha sido realizada o no, inclusive en caso de que se presente algún problema se puede hacer el reclamo con el mismo código, sin embargo este número no es solo un código sino permite garantizar la autoría, destino, origen, etcétera sin temor a equivocarse. Este mismo sistema ha sido aplicado igualmente en Brasil, Argentina y en otros países más.

Otro tipo de trámite que nos muestra el avance de la tecnología, es igualmente en España lo que se vive en la ciudad de Aragón que la página [www.redaragon.com](http://www.redaragon.com) brinda a sus usuarios que, con el acceso a esta página sus usuarios pueden utilizar una tarjeta sanitaria electrónica que, permite consultar el historial clínico de un paciente, posibilitando a los médicos prescribir sus recetas digitalmente, y es un plan que proyecta nuevas tecnologías de información e impulsa la expansión y el desarrollo.

Así también en Perú por ejemplo; se pueden emitir títulos de propiedad por medio de un convenio entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y el colegio de Notarios de Callao que permite que los títulos de propiedad con fe pública sean otorgados por medio de un certificado digital.

En Ecuador también se ha optado por adoptar ciertos mecanismos digitales, que ayudan a agilizar los trámites y el otorgamiento de ciertos títulos o la realización de determinadas transacciones.

Por ejemplo; tenemos las transacciones bancarias que se pueden realizar vía internet, los comprobantes digitales que se crean por dicha transacción, de las

citaciones digitales que ahora ha incorporado la Función Judicial para la notificación a las diferentes partes intervinientes en un proceso al igual que la misma distribución del Registro Oficial a los tantos y distintos correos electrónicos que han inscrito en la Función tanto como, la actualización de los diferentes software que se les facilita a los profesionales de revistas, reformas, jurisprudencia y leyes en general.

A continuación presentare el caso que había mencionado, el cual considero será de muy entendible después del contenido analizado en los capítulos anteriores además del lenguaje y la forma casi coloquial que utiliza el Sr. Juez al redactar el texto de esta sentencia.

Aclaro que dentro de la misma sentencia, hare determinados comentarios los cuales estarán resaltados con letra “negrita” y “cursiva”, el resto del texto es tomado enteramente de la página web referida a continuación:

**República de Colombia**  
**Rama Jurisdiccional del Poder Público**  
**Juzgado Segundo Promiscuo Municipal**  
**Rovira Tolima**  
**Julio veintiuno (21) de dos mil tres (2003)**  
**Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00**

Procede esta instancia constitucional a proferir la sentencia que en derecho corresponda dentro de la presente acción de tutela, instaurada por el ciudadano JUAN CARLOS SAMPER POSADA en contra de JAIME TAPIAS, HECTOR CEDIEL YOTROS, no encontrando el despacho causal alguna de nulidad que pueda invalidar lo actuado. SITUACIÓN FÁCTICA PROCESAL

1. La narra el apoderado de la parte actora en los siguientes términos:

1.1 Juan Carlos SAMPER es titular del correo electrónico jcsamper@inetwork.com y de todos los demás correos creados bajo el nombre de dominio “i-network.com”.

1.2 Jaime TAPIAS es una persona natural que actúa bajo el nombre comercial “VIRTUAL CARD”.

1.3 VIRTUAL CARD ofrece los servicios de mailing, multimedia, bases de datos, boletines electrónicos y consultorías e-business a través de Internet.

1.4 El 21 de Julio de 2002, Juan Carlos SAMPER recibió el primer correo electrónico no solicitado de la firma VIRTUAL CARD

1.5 A este correo, Juan Carlos SAMPER respondió solicitando que fuera retirado de la lista de la base de datos de VIRTUAL CARD, ya que no había informado su correo a ninguna base de datos ni lista de correos.

1.6 El 21 de Julio de 2002 a las 20:31, Jaime TAPIAS, respondió a la solicitud de Juan Carlos SAMPER lo siguiente: i) que Juan Carlos SAMPER se encontraba fuera de la lista de VIRTUAL CARD, ii) que en mercadeo es permitido buscar prospectos de clientes por todos los medios de comunicación, incluido Internet y, iii) que no conocía ninguna legislación sobre privacidad que pudiera limitar la actividad desarrollada por su empresa.

1.7 El 22 de Julio de 2002, Juan Carlos SAMPER reitera su solicitud de ser retirado de la lista de correo y aclara que el problema radica en que la estrategia de mercadeo se realice sin solicitud ni autorización de los usuarios.

1.8 A pesar de que Jaime TAPIAS le había asegurado a Juan Carlos SAMPER en la comunicación enviada el 21 de Julio que se encontraba fuera de la lista de VIRTUAL CARD, el 2 de Septiembre de 2002, Juan Carlos SAMPER recibió un nuevo correo de VIRTUAL CARD en el que le “recordaban” los beneficios del correo electrónico como estrategia de marketing.

1.9 El 3 de Septiembre de 2002, Juan Carlos SAMPER envió dos mensajes a VIRTUAL CARD, en los que solicita una vez más que sus correos sean retirados de la lista de correos. Señala además que ya ha intentado eliminarse de todas las formas posibles

1.10 Un mes después, el 3 de Octubre de 2002, Juan Carlos SAMPER recibió un correo firmado por HECTOR CEDIEL y CONSUELO MORENO en el que le anunciaban la “alianza estratégica” de VIRTUAL CARD, OKSON GROUP y HECTOR CEDIEL y le solicitaban su autorización para enviar sus promociones a su dirección mail

1.11 Juan Carlos SAMPER contestó el 3 de octubre con un contundente “POR N-ESIMA VEZ SAQUEME DE SU LISTA...”

1.12 El 5 de Octubre de 2002, luego de recibir un nuevo correo de TIME SEMINARIOS, cliente de VIRTUAL CARD, Juan Carlos SAMPER intenta una vez más ser retirado de la lista.)

1.13 Ese mismo día TIME SEMINARIOS le responde que en efecto ha sido retirado de la lista

1.14 Todos los intentos anteriormente descritos resultaron fallidos. El 18 de Octubre de 2002, Juan Carlos SAMPER recibió un nuevo correo de la Corporación INNOVAR, otro cliente de VIRTUAL CARD.

1.15 El 19 de Octubre de 2002, Jaime TAPIAS, envió un nuevo correo a Juan Carlos SAMPER en el que señala que “sabe” que su forma de trabajo no es del agrado de Juan Carlos SAMPER. Agrega que “la base general se dejará de usar desde noviembre de 2002 en la cual ustedes se encuentran” y luego señala “creo que es hora de cambiar el método de esperar un permiso de una persona que nunca lo va a suministrar por el problema del spam y el junkmail opt in”. Y concluye su correo con la siguiente frase “Señor Samper no es por consolarlo pero a mi correo virtualcard me llegan 150 correos publicitarios, porno, basura, virus, etc. que filtramos en el servidor únicamente por colocar la dirección en un directorio de empresas de publicidad.

1.16 Por un tiempo pareció que VIRTUAL CARD esta vez había cumplido su promesa. Sin embargo, el 2 de Diciembre de 2002, Juan Carlos SAMPER recibió un nuevo correo de LAMY, cliente de VIRTUAL CARD.

1.17 Finalmente, el 27 de Mayo de 2003, Héctor CEDIEL, quien se identifica como el encargado de la base de datos, envió un nuevo correo a Juan Carlos SAMPER

1.18 En resumen, los DEMANDADOS y sus clientes, en conjunto, han enviado por lo menos ocho correos electrónicos a Juan Carlos SAMPER, y éste a su vez les ha enviado por lo menos siete correos electrónicos suplicando de todas las maneras, ser eliminado de la base de datos de VIRTUAL CARD.

## **TRÁMITE DE LA ACCIÓN**

La presente acción de tutela fue remitida al Juzgado Promiscuo Municipal Reparto, por correo electrónico oficial (adiazg@cendoj.ramajudicial.gov.co) por el accionante JUAN CARLOS SAMPER POSADA representado por apoderado judicial Dr., ÁLVARO RAMIREZ BONILLA, poder presentado virtualmente ante el Señor Notario Diecinueve del Círculo de Bogotá (info@notaria19.com) Dr. Norberto Salamanca F. quien da fe del contenido del mensaje/poder otorgado, acción que fuera repartida extraordinariamente en soporte electrónico, correspondiéndole al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal su trámite.

Mediante auto de fecha julio ocho de dos mil tres se admitió la solicitud de tutela y se corrió traslado a los accionados JAIME TAPIAS, HECTOR CEDIEL Y OTROS, a su domicilio virtual por medio electrónico (Hcediel@virtualcard.d2g.com; jtapias@virtualcard.d2g.com; virtualcard@007mundo.com yjaime@virtualcard.dns2go.com para que dentro del término de tres (3) días dieran contestación, todo lo anterior con base a los preceptos del artículo 12 de la ley 794 de 2003, que modificó el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, en donde se permite a los Despachos Judiciales hacer uso de las nuevas tecnologías

Quiero recalcar ciertos recursos que se utilizan hasta el momento, hacen mención primeramente de la forma en la que se presenta este recurso o tutela, el cual se lo hace por medio de correo electrónico del Juzgado Promiscuo Municipal, lo cual es ya, un recurso electrónico por tratarse de un mensaje de datos, posterior a eso, menciona el poder que otorga el Sr. Samper al Sr. Ramírez Bonilla que se lo hace virtualmente a través del Dr. Norberto Salamanca quien da Fe del contenido del mensaje y como conocemos es quien otorga a los documentos la calidad de Documento Público y como habíamos visto en el capítulo tercero, se facilita al Juez, el soporte extraíble del Documento habilitante para dar inicio a este trámite.

## **RESUMENES DE LAS CONTESTACIONES**

### **1. CONTESTACIÓN DEL CIUDADANO JAIME LEONARDO TAPIAS GONZÁLEZ**

Manifiesta el accionado que la competencia para conocer de la acción de tutela recae sobre los jueces donde ha ocurrido la violación

o la amenaza que motivan la solicitud en primera instancia sea contra autoridad pública o particular y por consiguiente no es el Juez promiscuo municipal de Rovira el competente para conocer y fallar la presente tutela ya que los hechos no ocurrieron en este Municipio.

Argumenta que el factor territorial es el elemento principal para que se conozca o no de la acción y que los hechos denunciados ocurrieron en la ciudad de Bogotá por lo cual sería éste el territorio donde se debió instaurar la acción de tutela pues ha sido desde esa ciudad donde se han enviado los correos electrónicos y donde el señor Samper supuestamente recibió los agravios.

Igualmente, agrega no estar de acuerdo con lo plasmado en el auto que admitió la tutela pues dice que la tesis plasmada por el señor Juez no tiene un respaldo legal, doctrinario ni jurisprudencial, pero que sí es aplicable para casos en que las comunicaciones puedan enviarse desde cualquier parte y para un usuario que supuestamente no se tiene conocimiento en donde se encuentra pero que en el presente evento se tiene conocimiento el lugar donde se produjo y donde se recibió el supuesto agravio.

Sigue argumentando el accionado que el accionante ha escogido este Despacho Judicial en forma deliberada pudiéndolo hacer en la ciudad de Bogotá donde funcionan cerca de ciento cincuenta (150) Despachos Judiciales competentes para conocer de la misma con competencia funcional y territorial para hacerlo y por consiguiente buscar:

Impedimento de ejercer el Derecho de defensa. Precisamente, ante la distancia existente y la dificultad de comunicaciones no se puede tener acceso a la totalidad del libelo de tutela. Vulneración del Debido proceso. Este aspecto manifiesta que todas y cada una de las pruebas se solicitan a entidades destacadas en esta ciudad o al suscrito en la misma ciudad de Bogotá. Por lo anterior no se puede tener un debido proceso, por no existir la inmediación, porque la práctica de Inspección Judicial, medio idóneo y eficaz para aclarar los supuestos alegados por el accionante y poder determinar que no

se ha vulnerado principio fundamental alguno al supuesto ofendido, no se podrá practicar debido a la distancia existente entre el lugar donde funciona este

Despacho y la ciudad, de Bogotá donde reposan los diferentes medios de prueba.

Respecto de los derechos vulnerados como lo son el de la intimidad y de Habeas Data, estos no han sido violados en ningún momento pues no se encuentran descritos en las sentencias aportadas y que por el contrario con estas sentencias se está explicando que estos derechos no han sido coartados pues ninguno de los textos enviados por él se ajustan a la descripción realizada por la Corte Constitucional y por el Congresista que defiende una ley relacionada con delitos y situaciones informáticos, luego no entiende de donde se pueda generar la vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

Respecto de la violación del Habeas data manifiesta que solo posee una dirección electrónica del señor JUAN CARLOS SAMPER, y no tiene almacenado algún dato personal. Es más que inicialmente no conocía el nombre de la persona que mantenía este correo, menos aún su actividad, lugar de residencia y cuales sus ocupaciones.

Argumenta el accionado que luego de cruzar algunas comunicaciones con el señor SAMPER, su correo electrónico desde finales del año pasado ha sido suprimido de sus bases de datos y en lo corrido del año no ha enviado correos ofreciendo productos. Que si ha sido otra persona en este caso el señor HECTOR CEDIEL y quizá otras personas quienes han remitido correos al señor SAMPER a ellos y solo a ellos corresponde abstenerse de hacerlo como el ya lo hizo desde finales del año 2002.

Que en su base de datos solo existía su correo electrónico, el cual puede ubicarse en cualquier seminario en el que el mismo actúe, en bases de datos que se adquieren de otras personas o clientes con fines comerciales, etc., pero que nunca contienen ninguna

información personal del supuesto ofendido como tampoco nada que pueda serle negativo en su intimidad.

Que no es un hecho cierto que el señor SAMPER continúe en sus bases de datos ya que para finales de 2002 fue definitivamente retirada esta dirección electrónica de su base de datos y que en sus comunicaciones siempre se da la opción al cliente de marcar si quiere recibir mayor información del producto que se le ofrece o si por el contrario, no quiere recibir más información y para ello, solo basta dar un clic en la casilla que se escoja. Este corresponde al permiso que se le solicita a la persona.

Por lo demás, el usuario puede bloquear o no abrir los correos no deseados o basura que diariamente inundan nuestras direcciones electrónicas, especialmente si las mismas corresponden a Hotmail, cuyos servidores operan en el exterior. Define el término Spam como aquella actividad por la cual se envía información no solicitada a un destinatario específico, sin su consentimiento u aprobación. Este se caracteriza por que no registra el origen donde procede entendiéndose por ello la dirección electrónica Email de origen y se envía a múltiples destinatarios. El sistema de envío de Virtual Card, por el contrario, detalla en sus mensajes la dirección de correo de origen, el asunto, la solicitud de permiso para recibir más información, la opción de salir de la lista de envío y la opción de salir de cualquier lista que se encuentre el usuario que lo solicita. Todo lo anterior dando cumplimiento a las características mínimas de cumplimiento de los boletines de permiso y las herramientas que debe contener para que el usuario no reciba más información.

Por lo anterior considera que no se ha violado el derecho fundamental de HABEAS DATA que alega el accionante, por lo que tampoco puede prosperar la acción elevada. Concluye diciendo que hará las averiguaciones correspondientes para verificar la legalidad del correo utilizado para su notificación ante el Consejo Superior de la Judicatura y lo relacionado con la reglamentación o cambio de competencia para que la tutela se tramite fuera de Bogotá.

## **2. CONTESTACIÓN DEL CIUDADANO HÉCTOR CEDIEL**

El despacho por el mismo medio electrónico notificó la acción de tutela al señor HÉCTOR CEDIEL, correo que según su manifestación escrita abrió el 14 de julio del año en curso y se “enteró “ del contenido de la acción respondiéndola escuetamente de la siguiente manera :

Dice haber enviado un propuesta como agencia de publicidad buscando nuevos productos por este medio electrónico ya que según él, el e-mail marketing es un medio novedoso y de refuerzo y asegura: “siempre y cuando no se maneje como SPAM “.Que es de conocimiento del accionante Juan Carlos Samper que al colocar el e-mail en tarjetas comerciales o en eventos empresariales está sometido a recibir comunicaciones en cualquier momento.

Argumenta que es totalmente viable por su parte y como publicista profesional utilizar las empresas que poseen los equipos para enviar esta información por esta razón recurrió a Jaime Tapias por la economía del servicio. Por lo tanto considera que no incurrió en ninguna violación de la intimidad al ya mencionado señor Samper por cuanto se trataba solamente de una propuesta comercial y que su mail es utilizado únicamente para recibir propuestas comerciales y que es solo su responsabilidad el envío del paquete promocional.

Concluye tomando esta situación como un impase y no como una situación que genere un conflicto judicial.

### **CONSIDERACIONES DE LOS DESPACHOS**

1. El problema jurídico planteado despacho determinar si es procedente la tutela contra el particular JAIME LEONARDO TAPIAS y determinar que la tutela es viable procesalmente, si analizada la situación que dio origen a ella deben ampararse o no los derechos fundamentales cuya protección invoca el actor.

2. La Competencia del Juzgado

Se ha planteado que el Juzgado no es competente porque la consumación de la conducta vulneradora del derecho fundamental acaeció en la ciudad de Bogotá y que el lugar de residencia de las partes es ese Distrito Capital. El demandado, algo extraño pues conocedor de las nuevas tecnologías, precisamente porque haciendo uso de ellas se le acusa de vulnerar un derecho fundamental, alega una jurisdicción material, olvidándosele la virtualidad que comprende todos las conductas informáticas con implicaciones jurídicas.

Ya sobre el lugar de los efectos que produce la vulneración de un derecho fundamental el Consejo de Estado<sup>1</sup> precisamente estudiando el decreto que el demandado arguye en su contestación, al respecto la Sala Plena de esa Corporación se ha pronunciado al afirmar que el lugar donde se produce la violación o amenaza al derecho fundamental no sólo es aquel donde se despliega la acción o se incurre en la omisión, sino también adonde alcanzan los efectos de tales conductas; si bien es cierto que no habla textualmente sobre los efectos virtuales, tal vez por lo novedoso del tema, no es menos verdad que los efectos jurídicos del manejo inadecuado de las nuevas tecnologías se desplegaron en el ciberespacio en donde está ubicado el domicilio virtual del actor; el hecho que ninguna norma lo establezca hasta este momento no nos impide considerar que este Juzgado como cualquier otro en cualquier parte de la República de Colombia, es el competente para conocer de un asunto de esta naturaleza hasta cuando taxativamente la ley señale lo contrario.

Los efectos jurídicos del uso de las nuevas tecnologías y su jurisdicción, considera el Estrado no se deben tomar con una simple subsunción, como lo pretende hacer ver el demandado de ubicarlo materialmente en un circunscripción física y formal como se le ha conocido desde antes que se creara la informática como medio de comunicación.

Además la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>2</sup>, contempla el uso de las nuevas tecnologías al servicio de la

administración de justicia, precisamente en su artículo 95, reza que los Juzgados, Tribunales y Corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medio técnico, electrónico, informático y telemático para el cumplimiento de sus funciones. Agrega la norma en comentario que los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales

También dice que los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contenga en el término que establezca la ley.

Como Juez Constitucional el ámbito jurisdiccional es todo el territorio nacional y la norma no excluye mi competencia en el ciberespacio, porque recordemos de que se está hablando de un hecho ocurrido en este ámbito así el demandado no lo quiera reconocer pese a que se trata de un informático, resultando muy asombroso su actitud de que querer quitarle relevancia al medio en donde precisamente está realizando sus tareas de e-marketing. La competencia, el demandado la está circunscribiendo a unas coordenadas físicas, pero se le ha olvidado que el meollo del asunto es la virtualidad y precisamente el domicilio virtual del señor JUAN CARLOS SAMPER es su correo electrónico, tan seria es esta dirección que nuestra legislación le dio amparo cuando obliga a los comerciantes a registrar su domicilio virtual en la cámara de comercio en donde aparecen asociados, tal es el caso del artículo 29, parágrafo único de la Ley 794 de 2003.

Sobre la implementación de los recursos informáticos, ya el Dr. Santiago Muñoz Medina<sup>3</sup> director del cendoj, realizó una dilecta conferencia en el Hotel Ambalá de Ibagué y para aquella oportunidad afirmó: “Con esto (la informática) tiene que ver con la descongestión física del despacho, no es fácil implantar la informática y la telemática, no es suficiente dotar una red para que nos mantenga

informados, lo más importante de esta nueva política es la resistencia a la tecnología que no hace fácil el uso de estos recursos, además el abuso en la utilización de este recurso porque en realidad no se utiliza para lo que debería utilizarse, no se le da eficiencia y eficacia que exige la Constitución. 4

” Sobre la competencia virtual, pese a que somos pocos los colombianos que lo exponemos, existen varios tratadistas latinoamericanos que hablan sobre el domicilio, entre otros, el Maestro Julio Núñez Ponce<sup>5</sup> que afirma que el tema de domicilio virtual está directamente relacionado con el tema de jurisdicción y competencia en Internet y que los comentarios efectuados a normas existentes a su ordenamiento jurídico (Perú) le permiten aproximarse al contenido que podría darse al domicilio virtual en sus implicaciones civiles, societarias y tributarias, esto es, que el domicilio material de un ciudadano se le toma como el de la dirección (o lugar) de la ciudad en donde habita ora en donde desarrolla sus actividades profesionales, igualmente pasa con la dirección del correo electrónico, es allí en donde desarrolla diferentes actividades virtuales las que puede realizar en cualquier parte del mundo, siendo éste su domicilio virtual que jamás debe ser asimilado en forma exacta con la materialidad de otros domicilios. .

El Domicilio Virtual estaría conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia permanente en la Web de la persona.

Pensemos que el domicilio ordinario de un ciudadano común lo constituye la residencia habitual que tiene en un lugar, lo que implicaría en tratándose de su domicilio virtual, la utilización constante de una dirección electrónica, la que puede ser su home page ora su e-mail, como lo son actualmente los comerciantes y personas jurídicas <sup>6</sup> inscritos en el registro mercantil, porque deben registrar su e-mail pop3 o smtp <sup>7</sup>ora el de su Homepage que es otra forma de notificación virtual, ya en otrora oportunidad este Estrado notificó a Ministros del Despacho de la Administración del Dr. Andrés Pastrana, por acción de tutela que se incoó para ese entonces en contra de la Nación, accediendo a su página virtual;

lugar en donde se le enviarían las notificaciones informáticas; algo igual acontecería, con las personas jurídicas o comerciantes para la ejecución de actos jurídicos electrónicos, sobre todo en materia de notificaciones judiciales, comercio electrónico y transferencia de fondos.

Por lo plasmado anteriormente, no es de recibo para el Estrado lo referente por el accionado respecto del contenido del auto admisorio de la tutela en donde manifiesta que lo anteriormente esbozado es una simple teoría sin respaldo legal, doctrinario o jurisprudencial, cuando la realidad legal es totalmente diferente, porque el parlamento no solo ha proferido las leyes 527 8 de 1999 y 794 9 de 2003, que se refieren al uso del dato informático, porque además existen toda una reglamentación que sobre el tópicó expiden las diferentes superintendencias del país.

Como habíamos visto, el desconocimiento del sector Judicial de este recurso electrónico, provoca no se haga uso de esta herramienta tan útil y por lo tanto perjudica a todos, tanto a Actores como Demandados, en el momento de presentar o de pronunciar prueba en la etapa procesal correspondiente. En cambio, en el vecino país, se tiene amplio campo y normas que regulan estas variantes del aporte de prueba.

Traigo a colación una frase sobre la aterritorialidad de la Internet de JOHNSON y POST: “ El ciberespacio no tiene fronteras basadas en el territorio ya que el costo y velocidad de envío de la transmisión de un mensaje en la Red es casi completamente independiente de la ubicación física: los mensajes pueden ser transmitidos desde cualquier ubicación a cualquier ubicación sin arruinarse, degradarse o demorarse sustancialmente más y sin que ninguna barrera física o que pueda mantener lugares y personas remotamente alejados separados unos de otros. La Red permite transacciones entre gente que no se conoce, y en muchos casos, entre gente que no puede conocer la ubicación física de la otra parte. La ubicación continua siendo importante, pero solo la ubicación dentro de un espacio virtual compuesto por las “direcciones” de las máquinas entre las cuales los mensajes y la información es ruteada” 10

## La Firma Electrónica

El demandado ha argüido que los documentos expedidos por este Estrado en soporte electrónico no tienen ninguna validez en razón a que no están firmados analógicamente y no tiene el amparo de ninguna entidad de certificación de firma digital. Se conoce en el mundo del Derecho Informático la diferencia entre firma digital y firma electrónica, precisamente el maestro Rodolfo P. Ragoni<sup>11</sup> define la firma digital como los datos expresados como formato digital utilizados como método de identificación de un firmante y de la verificación de la integridad del contenido de un documento digital, agrega que debe cumplir con los requisitos de pertenecer únicamente a su titular, encontrarse bajo su absoluto y exclusivo control, ser susceptible de verificación y estar vinculada a los datos del documento digital de modo que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia se alteración. El mismo define la firma electrónica como los datos en forma electrónica, asociados a otros datos electrónicos o vinculados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de identificación, y que no reúne uno o más de los requisitos para ser considerada como firma digital.

Parece que el demandado no ha comprendido el sentido de la ley 527 de 1999, en lo que se refiere a la validez de mensaje de datos. Precisamente el artículo 6° de la norma en estudio, establece que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Ahora bien en tratándose de la firma, motivo de preocupación del libelista, la ley de marras establece precisamente en su artículo séptimo que cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se ha utilizado un método que permita identificar al hincado de un mensaje e datos y para indicar que el contenido

cuenta con su aprobación. Igualmente que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Y en lo que se refiere al original, preceptúa que cuando la norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si existe alguna garantía confiable de que se 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 o en alguna otra forma.

Agrega que de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Como se puede observar, todos los requisitos relacionados en la ley en estudio se han surtido en el trámite de la presente acción de amparo, puesto que se han llenado a cabalidad. Hemos realizado la emisión de documentos en soporte electrónico y no hemos estampado allí firmas digitales toda vez que la Rama Judicial aún no cuenta con fedatarios que certifiquen tal situación. No obstante la firma electrónica, no digital, repetimos se debe entender en los documentos expedidos por el Estrado, toda vez que se ha utilizado un método que permite identificar al iniciador, como es el uso de la cuenta oficial del Consejo Superior de la Judicatura, las consecuencias originadas por los documentos emitidos son legales y el contenido ha contado siempre con mi aprobación, que soy su emisor. En cuanto a la integridad y conservación de la información digital creada por este Estrado ha permanecido en forma completa e inalterada en los equipos informáticos del Juzgado, en donde se custodia como cualquier expediente en soporte papel.

El método es confiable, pues se está haciendo uso del derecho constitucional de la Buena Fe y creemos que las partes, hasta cuando no se demuestre lo contrario, están actuando bajo ese derecho fundamental.

En nuestra legislación, vemos claramente que regula acerca de los requisitos que deben cumplir los mensajes de datos para poder ser aportados como prueba dentro de un proceso, nos dice en el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos; que, cuando se presente un mensaje de datos debe presentarse el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; además, no podemos dejar de lado lo que regula la misma ley en el artículo 55 donde habla acerca de la valoración de la prueba y dice que para que una prueba electrónica se valorara la seguridad y la fiabilidad además de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó, sin prescindir del hecho de que se efectuó la valoración con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología, o considerando esta situación actual presentada en este caso, en nuestra legislación también se prevé la posibilidad de que ante todo estará sometida a la valoración de la prueba y al libre criterio del Juez.

Seguramente la presente actuación electrónica generará algunas falencias, por razones propias, tal vez esta pieza procesal se torne en la primera en el país y origina una novedad en el uso de las nuevas tecnologías, pero el Estrado cree que a medida que pase el tiempo el uso de la informática será masivo, cumpliendo así los propósitos del CENDOJ de la descongestión (Despachos al día), economía (no más soporte papel) y celeridad (rapidez en la información) de las actuaciones judiciales. La firma digital, cuando se implemente en los trámites judiciales, tal vez superemos los escollos que hoy se presentan con el manejo de los documentos en soporte electrónico. Ésta consiste básicamente en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos, de esta forma, sólo serán reconocibles por el destinatario, el cual además podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y autenticación, preservando al mismo tiempo la confidencialidad. La seguridad del algoritmo va en relación directa a su tipo, tamaño, tiempo de cifrado y a la no violación del secreto.

Ahora bien, este despacho judicial está recibiendo correspondencia continuamente procedente de la oficina de la administración judicial, consejo seccional de la judicatura y otros entes judiciales, a la cual

se le da plena credibilidad, por provenir, precisamente de despachos acreditados y confiables, así la correspondencia llegue en fotocopia y sin una firma original; pero lo que se quiere dar a entender es la confiabilidad de su procedencia para así mismo no dudar del contenido; para citar el caso más reciente tenemos el recibo de la circular No. 47 emanada de la presidencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en donde el presidente Dr. Gustavo Cuello Iriarte, establece unas directrices para el trámite de las comisiones, comunicación que no viene con rúbrica analógica. Siguiendo el linderio interpretativo del demandado, el Estrado no debería acatar lo ordenado en dicha circular por la potísima razón de no venir firmada.

Con ello queremos significar que el método utilizado para el envío de dicho documento, la Dirección de Administración Judicial del Tolima, nos permite identificar el iniciador del mensaje, lo que indica que su contenido cuenta con su aprobación; el método de comunicación se torna confiable y apropiado para cumplir los propósitos de su contenido. Todo esto se le debe sumar el principio constitucional de la buena fe, que se entiende plasmado en todas las conductas del hombre hasta cuando no se le pruebe lo contrario.

#### 4. La Solución al problema

Considera el Estrado que desde el punto de vista procesal es procedente la acción de tutela contra el particular Jaime Leonardo Tapias, porque el solicitante con respecto a éste se encuentra en un estado de indefensión. En relación con el estado de indefensión, recordemos que en el texto constitucional correspondiente al artículo 86, dice que la ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

Es importante resaltar entonces que la indefensión se predica respecto del particular contra quien se interpone la acción. Este

particular es quien con su conducta activa u omisiva pone en peligro o vulnera un derecho fundamental correcto del indefenso.

Además la tutela se torna procedente porque el accionante acreditó cómo en varias oportunidades lo hizo la súplica a los demandados para que no le enviaran más mensajes no solicitados como también lo borrarán de sus base de datos, porque no había autorizado su difusión y recepción de mensajes

De conformidad con el numeral 4°. Del art. 42 del decreto 2591 de 1991, el estado de indefensión acaece o se manifiesta cuando la persona ofendida por la acción u omisión del particular, sea éste persona jurídica o su representante, se encuentra inerme o desamparado, es decir, sin medios físicos u jurídicos de defensa o con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o la amenaza de vulneración a su derecho fundamental; estado de indefensión que se debe deducir, mediante el examen por el Juez de la tutela, de los hechos y circunstancias que rodean el caso en concreto.

No es otra la situación del accionante puesto que el medio utilizado por el particular tiene el suficiente poder de penetración que no ha podido ser repelido por el agredido a pesar de sus múltiples súplicas para que se deje de bombardear con información no solicitada, lo cual denota la situación de indefensión pues este no parece disponer por sí mismo de una situación de equivalencia que le permita contrarrestar en igualdad de condiciones la sensación adversa generada en su contra.

## 5. Los presuntos derechos vulnerados

### 5.1. El medio empleado para vulnerarlos: El Spam

El apoderado del actor, alega que a su cliente se le vulneraron los derechos de habeas data, autodeterminación informática y el de intimidad, a través de correo spam; antes que analicemos si se han violado o no dichos derechos fundamentales, el Estrado considera

necesario entrar a hacer algunas consideraciones sobre lo que es el spam o ACE 12, como lo llaman en Europa. El Maestro Iñigo de la Maza Gazmuri 13 hace un juicioso estudio sobre la expresión “spam” en donde nos dice que corresponde originariamente al nombre de un tipo de carne enlatada con especias -jamón con especias (spiced ham)- producida por Hormel Foods a partir de 1926, cuya principal característica era que no requería refrigeración. Esta característica la hizo extremadamente atractiva para el ejército y la popularizó durante la Segunda Guerra Mundial 14. Según algunos comentaristas<sup>15</sup> la expresión adquirió relación con las comunicaciones electrónicas a partir de un episodio que tuvo lugar a mediados de los ochenta en el que un participante de un MUSH<sup>16</sup>, es un tipo de MUD es decir “Un entorno simulado [generalmente con base de texto]. Algunos son diseñados únicamente con fines de diversión y otros son desarrollados con propósitos más serios como el desarrollo de software o educación en general. Una característica significativa de la mayoría de los MUDs es que los usuarios pueden crear cosas que permanecen una vez que ellos han dejado el escenario y con los cuales otros usuarios pueden interactuar, permitiendo de esta manera la construcción gradual y colectiva un mundo” Enzer, Matisse, Glossary of Internet Terms 17. creó y usó un macro que repetidamente tipaba la palabra SPAM interfiriendo con la posibilidad de participar de otros.

Es muy probable que el creador del macro se haya inspirado en un sketch realizado en la televisión británica por Monty Python’s Flying Circus en el que la palabra SPAM se repetía en el menú de un restaurante hasta el absurdo. En un principio, la expresión se utilizó para referir a artículos u otros tipos de adiciones puestas en grupos de noticias (newsgroups) Usenet (Usenet es “un sistema mundial de grupos de discusión con comentarios pasados a través de cientos de miles de máquinas.”)<sup>18</sup> u otros foros de discusión vulnerando las reglas de dichos foros. Posteriormente el uso de la expresión derivó hacia los mensajes de correo electrónico no deseados enviados masivamente. Actualmente, la expresión spam se utiliza para designar cualquier especie de comunicación no solicitada (faxes, llamadas telefónicas, correo regular, etc.), en las páginas que siguen

su uso queda restringido a comunicaciones electrónicas no deseadas.

El envío de correos electrónicos no solicitados posee costos relevantes que se radican mayoritariamente en los usuarios y en los proveedores de servicios de Internet.<sup>2</sup> Se trata además de una práctica que se difunde con bastante indiferencia de las fronteras territoriales ora virtuales. De esta manera la distinción entre países tecnológicamente avanzados y atrasados pierde vigor. Finalmente, el spam es una práctica cuyas especiales características la hacen inédita en la historia de la humanidad.

A continuación el Estrado hará un pequeño estudio sobre el spam, examinaremos los elementos que deberían reunirse en una definición de spam y las controversias que giran en torno a las definiciones disponibles. Haremos una pequeña reseña histórica del spam. Argumentaremos las diferencias que existen con otras especies de marketing directo y la necesidad de restringirlo. Examinar las respuestas que es posible dar a este fenómeno desde el punto de vista del derecho, las normas sociales, soluciones tecnológicas o de “código”, y el mercado). Resaltaremos los avances legislativos sobre el tópico en Colombia y en las Comunidades Europeas.

No existe una sola definición generalmente aceptada de spam. Definirlo como correo electrónico no deseado no elimina este problema. Al reflexionar sobre la regulación del spam no interesa, en verdad, saber si el correo es deseado o no. De lo que se trata es de decidir cuándo resulta legítimo el envío de este correo no solicitado y cuando no.

Tomada esa decisión, recién es posible preguntarse qué modalidades regulatorias y en qué medida pueden ser utilizadas para enfrentarlo. Aun cuando para algunos cualquier correo no solicitado es spam, las dos definiciones más aceptadas de spam son: correos electrónicos comerciales no solicitados CECNS<sup>19</sup> y correos electrónicos masivos no solicitados CEMNS<sup>20</sup>.

Lo que resulta común en ambos casos es que se trata de correo electrónico no solicitado. Generalmente se ha entendido por no solicitado un correo en aquellos casos en que: no existe relación previa entre las partes y el receptor no ha consentido explícitamente en recibir la comunicación. Puede significar también que el receptor previamente ha buscado terminar una relación existente, usualmente instruyendo a la otra parte de no enviarle más comunicaciones en el futuro. Por supuesto no basta que se trate de correo no solicitado en los términos recién expuestos. Lo que, en principio, cualifica al correo no solicitado como spam es su carácter comercial, la cantidad enviada o, desde luego, una mezcla de ambos

Aun cuando la definición de comercial varía en las distintas legislaciones del mundo, lo que suele considerarse en el caso de las comunicaciones comerciales es la promoción de algún tipo de bienes o servicios. En este sentido, por ejemplo, la Directiva 2000/31 de las Comunidades Europeas<sup>21</sup> define en su artículo 2 letra f) comunicaciones comerciales como: “todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización con una actividad comercial, industrial o de profesiones reguladas...”

Con respecto al carácter masivo se plantean dos interrogantes. La primera es si debe tratarse del mismo mensaje enviado en forma multitudinaria para que califique como spam o puede tratarse de mensajes substancialmente similares. La segunda es cuántos mensajes deben enviarse para que dicho envío sea considerado masivo. La principal pregunta a este respecto es si debiese fijarse un umbral –por ejemplo, 1000 correos electrónicos- o dejar la norma abierta.

Aun suponiendo que las definiciones de comercial y masivo no sean problemáticas, un inconveniente que subsiste es si el spam debe ser definido como CECNS o como CEMNS. Existen argumentos a favor de ambas posturas. En el caso de definirlo como CECNS: ¿Por qué el traslado de costos desde el emisor hacia el receptor de los mensajes es particularmente susceptible de objeciones en el caso

comercial? ¿Si se define como CEMNS entonces resultará necesario fijar un umbral a partir del cual se trate de correo masivo? Los correos no comerciales –en particular los políticos y los religiosos– pueden estar protegidos por la normativa relativa a libertad de expresión. ¿En el caso de los comerciales la protección suele ser menor? La regulación destinada a limitar mensajes comerciales posee mejores probabilidades de ser aprobada que aquella que también cubre otro tipo de discursos. En el caso de definirlo como CEMNS: El principal argumento es que el daño que se inflige con los correos masivos es absolutamente independiente de la naturaleza del mensaje. Los costos soportados por los receptores de los mensajes y las redes intermedias no poseen así relaciones con el contenido de la comunicación. Si de lo que se trata es de cautelar ese daño, distinguir según el contenido no tiene sentido. Por supuesto una tercera alternativa es definir spam como correo comercial masivo no solicitado.

El spam es un gran negocio que invade nuestros buzones. La mejora de los accesos a Internet ha incrementado el volumen del spam tanto por parte de los emisores como destinatarios. Los emisores porque disponen de más posibilidades de ancho de banda y uso de servidores propios. Los receptores porque debido a las tarifas planas y la consecuente reducción del costo de recoger correo ya no es tan gravoso económicamente que la recepción de spam se asumen con resignación. El spam es un simple reflejo de la actual sociedad donde la publicidad inunda todos los rincones. Los contenidos del spam son variados y difíciles de clasificar, pero es cierto que los hay de carácter fraudulento e ilegal y sobre todo molesto. La naturaleza internacional de Internet y de las direcciones IP origina cualquier medida legal para reducir el spam.

5.1.1. Las diferencias entre el spam y otras especies de mensajes no deseados. Resulta evidente que el envío de publicidad no deseada como mecanismo de marketing directo es un fenómeno que antecede con creces a Internet y el spam<sup>22</sup>. Diariamente las casas y departamentos son bombardeadas con cartas, a veces nominativas y otras no, que ofrecen servicios no solicitados. Asimismo, aunque

quizás con menor frecuencia, no es extraño recibir o recuperar de la contestadora telefónica llamadas a través de las cuales, una vez más, se ofrecen servicios no solicitados. ¿Por qué entonces no tratar al spam como una más de estas prácticas?

Las respuestas son varias. Antes de examinarlas con mayor atención, una aproximación general sería responder que mientras las solicitudes comerciales no deseadas han sido un hecho de la vida por un largo tiempo, nunca antes ellas habían amenazado la viabilidad de todo un modo de comunicación. Para utilizar una imagen aproximada de lo que es el spam, para aquellos que lo toman simplemente como otra forma de comunicación directa equivaldría a tratar a un rinoceronte como si fuera un unicornio.

La economía del spam.

La ventaja de los mecanismos de marketing directo es que permiten llegar a los consumidores en términos que, al menos estadísticamente, llamarán su atención con mayor intensidad que mecanismos alternativos como publicidad en las calles o avisos en televisión. Lo anterior, sin embargo, posee costos. En el caso del envío de publicidad por correo regular, por ejemplo, es el avisador quien soporta la gran mayoría –sino todos- los costos del envío de la publicidad. De esta manera se invertirá en marketing directo en la medida que la ganancia proveniente de la respuesta de los consumidores supere a los costos de alcanzar a los consumidores. En el envío de publicidad masiva por correo electrónico, sin embargo, la ecuación entre costos y beneficios difiere. En el caso del spam la mayoría de los costos del envío no son soportados por quien envía las comunicaciones.<sup>23</sup>

En general los costos que asume quien envía el spam son el de encontrar un proveedor de servicios de Internet suficientemente inocente, la composición del mensaje y el establecimiento de un sistema de procesamiento de pago por los bienes o servicios, en el caso que los provea el mismo, o bien la contratación de este servicio en caso contrario. El costo marginal de enviar un correo electrónico

más es prácticamente inexistente, por lo tanto, los incentivos del emisor son enviar tantos mensajes como sea posible. Junto a los costos marginales prácticamente nulos, el envío masivo se justifica porque la tasa de retorno obtenida por el emisor dependerá del número de correos que envíe. Si se suman ambas cosas el resultado es que aún resulta económicamente razonable enviar 10.000.000 de correos electrónicos aún si las respuestas son muy pocas. Como ha advertido AMADITZ24

“(U)n spammer puede enviar avisaje a través del correo electrónico a un millón de personas por la suma de cien dólares. A este precio, aún si un solo receptor entre diez mil responde, el spammer puede obtener beneficios y olvidar a los restantes 9.999 enojados receptores.”

Una segunda razón de carácter económico milita a favor del spam. En el caso de la publicidad por correo normal la tasa de conversión (conversión ratio) es entre 0,5 – 2% en el caso del marketing a través de correo electrónico, esta asciende entre 5 – 15%. Igual cosa sucede entre el marketing a través de correos electrónicos y la publicidad de banners la que, en los Estados Unidos ha caído hasta un 0,65%.<sup>31</sup> En pocas palabras, el envío de correos electrónicos comerciales masivos no deseados es barato y produce resultados. En este sentido, constituye una práctica absolutamente inédita, “no existe otra forma de avisaje que se le pueda comparar”.

#### 5.1.2. Métodos de captura de direcciones para spam

Las tácticas más populares para recoger direcciones de correo de forma masiva son:

- Compra de bases de datos selectivas. Son bases de datos de direcciones de correo-e clasificadas por temáticas de interés. Estas bases de datos son creadas por responsables Web sin escrúpulos que recogen direcciones de los usuarios que pasan por su portal.

Listas Opt-In. Son servicios a los que cualquiera se puede suscribir de forma voluntaria. Muchas veces marcando la casilla que dice “No

me envíe ofertas”, al final las recibe. Evidentemente la mayor parte de las listas optin son legales pero hay mucho engaño e incumplimiento de lo que ellos mismos dicen y además difícil de demostrarlo. Páginas Web. Son robots capaces de hacer barridos en Internet o determinadas zonas para localizar miles de direcciones de correo-e. Los spammers los usan día y noche. Servidores de correo-e. Son robots que extraen direcciones de correo de los servidores de correo, simulando una transacción SMTP y preguntando si tal usuario es o no correcto. Hacen barridos automáticos de nombres de usuario con diccionarios. Virus y códigos maliciosos. Son virus que se propagan por correo-e consistiendo su actividad en capturar los datos de la libreta de direcciones del usuario contaminado y enviarlos determinadas direcciones para su procesamiento y almacenamiento.

Métodos de distribución de spam Distribuir un mensaje a miles de destinatarios es una tarea sencilla y económica. Basta con conocer el diálogo de las transacciones SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) descritas en el RFC822 (RFC2822). Los ingredientes para la distribución son:

Programa sencillo que reproduzca un diálogo SMP, colocando los campos Remite: y Destino: que le vengan en gana y falsificando algunas de las cabeceras de tránsito (Received: )

Base de datos de direcciones de correo a los que distribuirá el mensaje de spam · Máquina (Estafeta) con la que establecer el diálogo SMTP. En este caso puede ser: o Máquina local con un paquete de servidor de correo-e o Máquina remota a la que se accede por el puerto 25 (SMTP).Entendiendo como spam todo mensaje de correo electrónico no solicitado Podríamos clasificar al spam en dos categorías en función del uso de recursos (máquina, CPU, disco, ancho de banda) por parte de terceros. Spam legal: Uso de recursos propios. Es el spam procedente de Empresas distribuido desde sus propias máquinas dentro de sus campañas de marketing y promoción. También el procedente de Proveedores de servicios Internet (ISPs) que es usado por usuarios o Empresas que no

disponen de recursos propios de distribución masiva. Spam ilegal: Uso de recursos ajenos. Es el spam que para su distribución se aprovecha de Estafetas ajenas mal configuradas openrelay 25. Existe entre los spammers bases de datos de máquinas (IP) mal configuradas para poder ser usadas. El spam ilegal es uno de los más extendidos y suele ser el que viene en idioma inglés. Generalmente procede de USA pero utilizan para su distribución máquinas open-relay de cualquier parte del mundo con el objeto de evitar la legislación de dicho país. El spam en idioma castellano suele ser spam legal procedente de ISPs o empresas. El protocolo SMTP que regula todas las transacciones de correo de Internet se creó allá por 1981 de forma insegura para ser usado por científicos sin pensar en ningún uso comercial. Ya existían listas de distribución (LISTSERV-1984) que eran usadas para distribuir información de uno a muchos. La explosión de Internet en 1994 a nivel social y comercial hizo que se “descubrieran” los agujeros de SMTP para ser utilizado como el mejor y más barato mecanismos para distribuir y hacer llegar directamente a miles de buzones cualquier tipo de información. La gran explosión del spam empezó en 1995-1996 donde cualquier máquina con un servidor de correo podía ser usada por los indeseables spammers para distribuir su información. En esos años el spam que se recibía en el buzón era muy inferior al actual del 2003. El gran problema eran los ataques que sufría el puerto SMTP (25) para distribuir spam. Ya el Cendoj26 en alguna oportunidad ha recibido estos ataques masivos de spam. En dicha época el servidor de correo más extendido era Sendmail, el cual solucionó las deficiencias de SMTP con sus reglas de configuración y se empezaron a solucionar muchos de los problemas, los deservidores con otro tipo de sistema operativo llegaron más tarde. Aun así estos problemas de configuración no están erradicados en el 100% de las máquinas de Internet por lo que siguen existiendo máquinas open-relay.

### 5.1.3. Efectos del spam

Algunos de los efectos negativos y problemas del spam:

- 1 Inunda los buzones saturando la capacidad máxima de los mismos y por tanto provocando la pérdida de correo deseado y útil.
- 2 Reduce la efectividad del correo-e al ser molesto u ofensivo al receptor.
- 3 Afecta a los recursos de la Estafeta de correo-e ya que mientras está procesando spam ralentiza el procesamiento del correo normal.
- 4 Afecta al ancho de banda congestionando las infraestructuras de comunicaciones
- 5 Afecta el tiempo de los usuarios empleado en borrar, denunciar, filtrar etc. y al de los responsables del correo.
- 6 Afecta la imagen de la Empresa que distribuye spam. Por poner un ejemplo un servicio clásico en Internet como las News de Usenet está siendo bastante afectado en su funcionalidad por el incesante uso que se le está dando para distribuir spam a través de muchos de sus grupos. Otros ejemplos graves de efectos del spam en cualquier empresa son:

§ Tamaño del mensaje. La distribución masiva de spam incluyendo ficheros grandes puede perjudicar gravemente a las Estafetas de una empresa o inhabilitar el correo de algún usuario. De aquí la necesidad de limitar el tamaño del correo entrante.

§ Direcciones falsificadas. Este es un efecto difícil de explicar en pocas líneas. Básicamente consiste en atacar una Estafeta openrelay<sup>27</sup> (E1) para ser la distribuidora del correo. El truco está en que el mensaje de spam lleva como dirección de correo emisora la de cualquier dominio. La Estafeta de este dominio será la atacada. ¿cómo? Dicho dominio es quien recibirá los mensajes de error de las miles de direcciones inyectadas en la Estafeta (E1). Estos errores serán los producidos en las transacciones SMTP desde la máquina open-relay a los diferentes destinos. La máquina atacada (E2) recibirá miles de mensajes destinados a direcciones de su dominio con el agravante que la parte local de la dirección no existe generándose un nuevo error y una nueva transacción SMTP produciendo el colapso de los servidores de correo.

Todos estos problemas nos pueden llevar a pensar en la fragilidad del correo-e en Internet y la pérdida de confianza en este útil servicio. Si al spam habitual, se le añaden sus efectos colaterales más allá de la simple recepción de correo no deseado, los virus y la generación mensajes y confusión producida por los Antivirus en las Estafetas, la falsificación de mensajes etc. podemos llegar a la conclusión que el Servicio de Correo electrónico en Internet es inútil. Actualmente los virus es el problema más grave del correo-e pero éstos tienen sus patrones y por tanto son interceptables con los actuales Antivirus. El spam es un problema del correo-e por la dificultad de evitarlo. Un problema colateral del incesante aumento del spam es la regulación legislativa que puede llegar a encubrir la regulación de otros aspectos de Internet. Es claro que la legislación en Internet ya comenzó y mucha de ella está relacionada con la protección de datos, el correo-e y el spam.

#### 5.1.4. Medidas contra el spam

Qué es lo que se quiere solucionar: ¿ el correo basura en los buzones de los usuarios? o ¿reducir el impacto en los servidores de correo y líneas de comunicaciones? O por el contrario se quiere combatir el spam en general por ser un tormento en la Internet. En función de cuales sean nuestros objetivos, debemos enfocar las posibles alternativas al problema. No son iguales las soluciones o medidas a adoptar para una Empresa que para un Proveedor de servicios Internet que para una comunidad amplia como puede ser la Comunidad científica Colombiana o latinoamericana Alfa-Redi o mejor la mejor comunidad española Red IRIS. En función de cómo queremos reducir los efectos del spam podemos clasificar las soluciones en: Precavidas: Medidas que colaboran a evitar recibir o distribuir spam en o desde Empresa o Proveedores. En este bloque se englobaría: eliminación del tag htm "malito:" en las páginas Web, Políticas de Uso Aceptable en Empresas y Proveedores, Formación, cumplimiento de la LOPD y registro de ficheros etc. Reactivas: Medidas que se toman después que el correo (spam) haya llegado a los servidores y buzones. Son medidas del tipo Filtros de contenidos (Content-Filter) tanto para servidores como clientes de

correo. Filtros como los existentes en nuestras cuentas oficiales suministradas por el cendoj<sup>28</sup> para evitar el acceso de éstos. Proactivas: Medidas que se toman antes que el correo (spam) llegue a los servidores. Son medidas del tipo listas negras , denuncias y Legislación. Es necesario dejar claro que no hay solución ni exacta ni infalible ni global, la aplicación de todas si reducirá el impacto del spam. Esto no implica que no se deban tomar medidas porque las que se tomen siempre reducirán en mayor o menor grado el impacto del spam. Las técnicas de los spammers cambian continuamente a medida que aparecen nuevas técnicas para evitarlo.

Estas medidas son necesarias para prevenir la captura de nuestras direcciones de correo. La distribución de spam sólo es posible si se dispone de muchas de estas direcciones. La captura de direcciones escaneando páginas Web es una técnica habitual para la distribución de spam. Existen numerosos programas de manejo sencillo y distribución pública que permiten este tipo de técnicas. Un diseño de páginas donde se tenga en cuenta evitar utilizar el tag mailto: será un primer paso para evitar capturar direcciones que acaben alimentando estas bases de datos y reducir el spam. La mejor alternativa al uso de estos tag es la implementación de formularios Web cuya información sea enviada por correo al buzón correspondiente para lectura.

Otra de las medidas preventivas que debería ser adoptada es la disponibilidad de un documento que defina la Política de Uso Aceptable del correo-e en la Empresa o en Proveedores. Básicamente este tipo de documentos deben definir los derechos y obligaciones del uso del servicio con recursos de la empresa o Proveedor. El uso del correo electrónico e Internet en las empresas ha abierto un nuevo capítulo en el debate sobre los límites de la privacidad y el control. Es claro que se minimizan los conflictos en una empresa por aspectos relacionados con el correo-e cuando las empresas disponen de Políticas de Uso sencillas, claras y conocidas por todos. En dicho documento la Empresa debería aceptar que las técnicas de spam no forma parte de su mecanismo de marketing y publicidad. Un tema muy importante a tener en cuenta es la labor de

formación e información continua de los empleados en todos los aspectos relacionados con el correo: lo qué es, uso correcto, tipos de abuso, legislación relacionada y descripción del spam.

Evidentemente estas políticas de uso en un proveedor de servicios Internet (ISP) tendrían enfoques diferentes ya que no hay empleados sino usuarios/clientes que usarán los servicios. Los Servicios de los ISP son los que usan las empresas para distribuir spam por lo que deberían de disponer de una reglamentación contundente especificando claramente los tipos de abuso en el correo-e como la distribución masiva de correo así como sus penalizaciones. Este es un buen ejemplo de un extracto de la Política de Uso de Aceptable de un proveedor<sup>29</sup>:

“Por esta razón, se entenderá que los clientes han infringido la política de usos aceptables de VERIO y el Contrato de servicios cuando los clientes realicen las siguientes acciones consideradas como prohibidas: Spamming - Enviar correo no solicitado y/o mensajes comerciales no solicitados a través de Internet (llamado "spamming").

No es solamente por el impacto negativo que pueda crear en el consumidor hacia VERIO, además puede sobrecargar la red de VERIO haciendo que el servicio que se ofrece al cliente no pueda ofrecerse en condiciones plenas de calidad. De la misma forma, el mantener una pasarela SMTP abierta está prohibido. Cuando una queja es recibida VERIO tiene la potestad de determinar si cumple o no las características que infringen las normas o determinan que se ha realizado Spamming.”

Los ISP que ofrecen servicios de conectividad también deberían especificar en los contratos las condiciones de uso dejando claro que como responsables de las direcciones IP no se acepta la distribución de spam por sus líneas y por tanto cualquier denuncia recibida será canalizada convenientemente.

#### 5.1.5. Regulando el spam.

La forma en que regulan las normas jurídicas según el sistema de precios sombra postulado por autores como POSNER<sup>30</sup>. De acuerdo a este modelo, las sanciones que se adjuntan a determinadas conductas representarían el costo –o precio sombra- de esas conductas. Se trata de sanciones aplicadas al sujeto en forma centralizada por un órgano que posee el monopolio de la fuerza. Junto a las normas jurídicas existen un segundo conjunto de normas que constriñen la conducta de las personas. Estas son las normas sociales. Coinciden con las jurídicas en que los incentivos de la conducta quedan determinados por sanciones ex post. Difieren, sin embargo, en el hecho que dichas sanciones son aplicadas descentralizadamente.

Estas cuatro modalidades regulan la conducta de los sujetos independientemente de si esta tiene lugar en el espacio real o en el ciberespacio. De esta manera existen leyes que sancionan el robo con violencia e intimidación en las personas y leyes que sancionan violaciones a la propiedad intelectual en las plataformas digitales. Existen normas sociales que regulan qué decir en una reunión y normas sociales que regulan qué escribir en un grupo de discusión. Los precios constriñen nuestras posibilidades de viajar a la costa una vez al año en primera clase y limitan nuestra posibilidad de disponer de una conexión a Internet por cable para cada uno de los miembros de la familia. Finalmente, la arquitectura de una ciudad favorece la interacción social si posee amplios espacios verdes accesibles a todos sus habitantes, la lesiona si los espacios verdes son reemplazados por plazas cercadas. Asimismo la arquitectura –o el código en el caso de las plataformas digitales- regula la conducta en el ciberespacio, determinando a qué lugares se puede ingresar y a cuáles no, a dónde se recolecta información y en cuales se respeta el derecho a la privacidad del sujeto, etc.

En el caso de la transmisión de los sistemas de comunicación de información, este rango incluye encriptación, detección de duplicación de mensajes, secuenciamiento de mensajes, entrega garantizada de mensajes, detección de fallas de anfitrión, y recibos de envíos. En un contexto más amplio, el argumento parece

aplicarse a muchas otras funciones del sistema operativo de un computador, incluyendo su sistema de archivos.

#### 5.1.6. Utilizando el derecho para regular el spam.

Actualmente existe un nutrido conjunto de normas legales que regulan el tratamiento de datos personales y, con diversidad de enfoques y mayor o menor intensidad, el spam<sup>31</sup>. Aún cuando no es posible examinar detalladamente aquí la fisonomía de las distintas regulaciones, un rápido examen de algunas proposiciones para regular el spam puede dar noticia acerca de los contornos entre los cuales se mueven los cuerpos normativos. Según Maza Gazmuri pueden considerarse cinco opciones al momento de regular el spam: (1) la opción prohibitiva, (2) el “etiquetamiento” de spam como spam, (3) la opción anti-fraude, (4) La utilización de bienes muebles sin autorización (trespass to chattels), y (5) la opción “opt. out.”

(1) En su versión extrema, la opción prohibitiva consiste en proscribir todo tipo de publicidad comercial no consentida. Una versión más popular consiste en prohibir únicamente el envío de publicidad por correo electrónico cuando esta no haya sido solicitada –es decir el receptor haya prestado su consentimiento sobre la recepción de correos- o bien exista una relación anterior entre el emisor y el receptor. La ventaja de este enfoque es evidente, por una parte reduce significativamente el número de correos enviados, y por otra, solo reciben correos quienes lo desean.

(2) El etiquetamiento de los correos comerciales consiste en indicar en el “asunto”(subject) del mensaje su carácter comercial. De esta manera, solo serían permitidos aquellos correos que identificaran con suficiente elocuencia su contenido. Etiquetar correos posee dos ventajas, de una parte permite a los usuarios disminuir el tiempo y recursos que utilizan bajando correos, de otra facilita el funcionamiento de los filtros que utilicen los usuarios para evitar el ingreso de publicidad a sus respectivas casillas.

(3) El enfoque anti-fraude consiste en sancionar aquellos correos electrónicos masivos cuando (1) utilizan el nombre de dominio de una tercera parte sin su autorización o, de otra manera, disfrazan el verdadero punto de origen del correo electrónico o (2) contienen información falsa o engañosa en la línea del “asunto” del correo electrónico. La importancia de ambos mecanismos es que endosan dos de los problemas más frecuentes en el envío de correos no deseados, a saber la introducción de nombres de dominio falsos o información de enrutamiento (routing) y el despliegue de información engañosa en la línea de asunto del correo electrónico. Ambas prácticas son utilizadas por spammers más avanzados para engañar a los servidores y a los usuarios sobre la fuente de los correos electrónicos.

(4) Utilización de bienes muebles sin autorización<sup>32</sup>Cierta legislación basada en un nutrido contingente de casos resueltos por tribunales norteamericanos en los últimos años, ha utilizado esta figura para enfrentar el spam. Para que el spammer sea imputable de la utilización no consentida de bienes muebles, quien la alega debe acreditar algún tipo de interferencia sustancial al ejercicio de su dominio. En el caso del spam, quizás el precedente más famoso sea el sentado a partir de *Compuserve Inc, v. Cyberpromotions*, en el cual *Compuserve* alegó que el envío masivo de correos electrónicos por parte de *Cyberpromotions* había producido daño físico al equipo del demandante y, además, había dañado su reputación y buenas relaciones con sus clientes

(5) Opt-out. Las legislaciones que funcionan con esquemas de opt-out permiten el envío de correos masivos no solicitados a menos que el receptor le haya informado al spammer que no desea seguir recibiendo correos (opt-out específico) o bien el receptor se haya incluido en una lista o registro (registros de opt-out) a través de la cual se informa a los spammers que esa persona no desea recibir publicidad. Aunque el opt-out es una de las opciones preferidas al momento de legislar sobre spam presenta en sus dos versiones bastantes problemas. En el caso del opt-out específico, existe alguna evidencia que un número relevante de spammers utiliza las cláusulas

de remoción para verificar la dirección de correo electrónico del receptor y no lo remueve de sus registros aun cuando este ha utilizado la cláusula de remoción según las instrucciones del spammer. de los registros de opt-out, una de las principales críticas es que los mismos registros pueden ser utilizados para recolectar direcciones. En adición a lo anterior, un segundo problema –la Directiva 2000/31 reside en la administración de las listas o registros de exclusión, si existe una gran cantidad de ellos es muy improbable que los spammers asuman el costo de revisar cada una de ellas antes de enviar sus correos. La legitimidad de la legislación y su notificación. Desde Rousseau al menos afirmamos que la última fuente de legitimidad de la ley reside en el hecho que ella plasma la voluntad de los sujetos imperados por ella. Esta legitimidad se fractura al desvanecerse los límites territoriales en que habitan dichos sujetos. Respecto a la noticia, las fronteras físicas entre países constituyen recordatorios para quienes las traspasan del hecho que están ingresando a un espacio regido por leyes determinadas. En el ciberespacio no existe una diferencia relevante a estos efectos en el acceso a un sitio Web ubicado en Nueva Delhi, Tokio, La Paz o Santiago de Chile 33

La Red permite transacciones entre gente que no se conoce, y en muchos casos, entre gente que no.

Una defensa frente a la “aterritorialidad” de Internet consiste en sostener que esta puede ser corregida a través de tratados internacionales. Esto, sin embargo, supone uniformidad entre las diversas legislaciones sobre spam que, como se ha advertido, a la fecha no existe, sólo conocemos la ya referenciada española y el proyecto de ley colombiano. Junto al problema de la ateritorialidad de Internet, aún es posible registrar tres inconvenientes más al momento de utilizar la legislación para regular el envío masivo de correos no solicitados. El primero es el dinamismo de la tecnología, el segundo es la legitimación de ciertas formas de correo no deseado al prohibir otras

Finalmente, el tercero, tiene que ver con la especial protección que suele recibir la libertad de expresión.

Las normas sociales constituyen una modalidad de regulación privada caracterizada por un acuerdo tácito sobre la validez de un cierto esquema normativo. En el caso de Internet este tipo de acuerdos tácitos constituyeron, en los comienzos, la forma más común de regular la interacción social. Aproximadamente hasta 1996 la presión social fue el enfoque predominantemente utilizado para combatir el spam. Particularmente en las primeras etapas de Internet, las reglas informales de netiqueta (netiquette) y algunas políticas de uso aceptables perdidas por ahí, prohibían o al menos desincentivaban la mayoría de los usos comerciales de Internet. El spam, y en menor grado toda la actividad comercial, poseía un estigma suficiente para disuadir a la mayoría de los usuarios de Internet de incurrir en ella. El problema con este tipo de regulación, es que únicamente parece funcionar en comunidades pequeñas que presentan escasos cambios en el tiempo en la composición de sus miembros. Tanto la internalización de las normas sociales como la sanción por su incumplimiento se ven perjudicadas en comunidades demasiado extensas, particularmente cuando la composición de estas presenta altos grados de dinamismo. En el caso de Internet, la comunidad original estaba compuesta por un grupo pequeño y homogéneo de programadores y hackers que compartían una cierta visión de la Red. El grupo, sin embargo, ha crecido, actualmente la "comunidad Internet" cuenta con alrededor de 500 millones de miembros distribuidos alrededor de todo el mundo. En este escenario resulta difícil pensar en la internalización de normas sociales o en una sanción por su incumplimiento. Esta característica distingue a las normas sociales de otros esquemas de regulación privada como la regulación horizontal a través de contratos. El problema del spam, sin embargo, es que los costos de transacción involucrados dificultan la utilización de esquemas contractuales para regular privadamente el spam.

En la medida que el tamaño de un grupo aumenta resulta menos probable que todos sus miembros sigan compartiendo una

comunidad de intereses. Los miembros comienzan a sentirse anónimos y, por lo tanto, a sentir menos presión social sobre sus acciones. Alguien podría sentirse avergonzado de transgredir una barrera moral en frente de personas que conoce, pero deseoso de hacerlo en frente de extraños.

Respecto de esto último, a diferencia de los mecanismos de regulación legales, la sanción del incumplimiento de normas sociales carece de un ente centralizado que la aplique. Aun cuando exista un cierto consenso respecto a la reprochabilidad de una práctica, la aplicación de la sanción se encuentra distribuida al interior de la comunidad.

En el caso del spam, la sanción suele estar de cargo de tres actores: los proveedores de servicios de Internet, algunas asociaciones empresariales, generalmente relacionadas con servicios de marketing y los “vigilantes”. Proveedores de servicios de Internet. Un gran número de proveedores de servicios de Internet contempla entre sus términos de servicios la prohibición a sus suscriptores de incurrir en envío masivo de puede conocer la ubicación física de la otra parte. La ubicación continua siendo importante, pero solo la ubicación dentro de un espacio virtual compuesto por las “direcciones” de las máquinas entre las cuales los mensajes y la información es ruteada (Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace. Ob. cit. ).

Correo no deseado. Sin embargo, algunas de las prohibiciones son equívocas, de manera que la prohibición puede referirse únicamente al envío de correos no deseados a suscriptores de ese proveedor. Otro problema es que los mismos proveedores pueden obtener ganancias vendiendo a spammers las direcciones de sus propios suscriptores o enviar ellos mismos correos no deseados a sus suscriptores. Los vigilantes. Se trata en este caso de personas privadas que actúan en la Red sancionando a quienes incurren en actividades relacionadas con spam. De esta manera, alguna de las técnicas empleadas para sancionar son poner a los spammers en listas negras, “llamear” (flaming) al spammer o bien utilizar programas llamados Cancelbots que borran automáticamente los

avisos múltiples puestos en grupos de discusión. Si no es posible identificar al spammer, entonces se sanciona al proveedor de servicios desde donde se enviaron los correos.

El caso de los vigilantes ilustra aquello de tomar la justicia en las propias manos, con todas sus ventajas y riesgos. Por una parte, el vigilantismo contribuye a solucionar la falta de posibilidades sancionatorias a quienes violan una norma social comúnmente aceptada. Sin embargo su falta de institucionalización transforma el vigilantismo en una práctica con escasos niveles de predictibilidad y amplios márgenes de error y arbitrariedad.

El resultado de la aplicación de normas sociales como mecanismos reguladores del spam no es parejo. En Estados Unidos, por ejemplo, los miembros de la Asociación de Marketing Directo (DMA) han intentado enfrentar el problema del spam con mecanismos autorregulatorios. Estos mecanismos, sin embargo, han tenido escaso éxito. La explicación de lo anterior tiene que ver con dos razones, la primera es que el spam siempre ha sido una actividad que ha operado al margen de las convenciones sociales, por lo mismo, es poco lo que la presión social puede hacer sobre ella. La segunda es que este tipo de mecanismos carece, por lo general, de métodos suficientes para llevar adelante las sanciones.

#### 5.1.7 Cómo actuar frente al spam:

- No responder nunca un mensaje no solicitado. Lo único que hará es confirmar que su dirección está activa.

- No responda uno de estos mensajes con insultos y cosas por el estilo.

Puede volverse en su contra.

- Quejarse al postmaster de la persona que realiza el spam.

- Configurar filtros o reglas de mensaje en el programa de correo para no recibir más mensajes de una dirección determinada.

- No dejar la dirección de mail en cualquier formulario o foro de Internet.

Si está recibiendo demasiado correo basura, tal vez lo mejor sea cambiar la dirección de correo.

## 6.2. Los Derechos Fundamentales Vulnerados

6.2.1 La sensibilidad del dato electrónico, la autodeterminación informática, el derecho a la intimidad y habeas data.

Actualmente, todos los individuos – voluntariamente - proporcionan sus datos personales a distintas instituciones públicas o privadas, por distintas razones. El apropiado tratamiento de los datos, permite convertirlos en información útil para el logro de determinados objetivos. Pero esos datos pueden amenazar la dignidad de los hombres por el uso arbitrario y malicioso de la informática. El peligro se concreta con la capacidad de almacenamiento en la memoria de los ordenadores, la celeridad de todo el proceso, el desarrollo de las disímiles técnicas reservadas para el manejo de volúmenes de información, etc.

El ordenador puede verificar los datos sobre un individuo introducidos en su memoria y cotejar la imagen real de los datos del individuo en cuestión. Todos esos datos deben ser protegidos contra el acceso de quienes no estén autorizados. Esta necesaria protección es un límite al manejo de la informática ante el temor de que pueda atentar la intimidad de los ciudadanos y que pueda restringir el ejercicio de sus derechos.

Una base de datos, está compuesta por todo tipo de información aportados por las personas para determinados fines. Pero también existe una gran variedad de medios a través de los cuales se compila información de las personas sin su consentimiento, tal como sucede en algunos sitios de Internet que cruzan datos de las personas que las visitan y conforman un perfil del interesado.

La existencia de enormes bases de datos que contienen gran cantidad de información referida a las personas, es una

consecuencia de la informática y sin la cual sería imposible su existencia.

Lo importante es la finalidad para el cual se usara la información allí almacenada para evitar que seamos discriminados debido a un uso desatinado de sus datos.

La cuestión es aún más grave si especulamos que esas bases de datos pueden ser atacadas por crackers que son aquellos aficionados a la computación que obtienen accesos no autorizados a los sistemas de computación, robando o destruyendo datos, y que buscan información para si o para terceros.

En nuestro medio las bases de datos más grandes y completas, son las bases de datos que tienen la Policía, la Fiscalía y obviamente el Registro Civil, este último recientemente ha aplicado sistemas digitales de registro lo cual representa un arduo trabajo y muy fastidioso ya que tendrán que transcribir los registros de soporte físico a los de soporte digital, pero esto implica un gran avance y beneficio para toda la población. Por ser estas las fuentes de más información que tiene el Estado Ecuatoriano, sería una tragedia si algún tipo de hacker o pirata pudiera darse los medios para obtener esa información, por lo que deben estos medios gozar de un sistema de seguridad para proteger su información muy eficaz.

Tampoco podemos dejar de mencionar los virus o cookies que corren por las redes sociales, que aparecen con links comunes con alguna fotografía o grafico llamativo y ofreciendo determinados servicios o placeres que llaman la atención de las personas y que el momento de acceder al link ofrecido se produce una descarga de que no necesariamente es con conocimiento pero el momento que presionamos en el link estamos prestando de cierta manera nuestro consentimiento para que se acceda a esa información la cual, posteriormente podría ser utilizada totalmente para nuestro perjuicio.

La ambición para conseguir datos no es el mismo que para actualizarlos, rectificarlos, suprimirlos o modificarlos.

La doctrina especialista en el tema, se refiere al amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros de sus datos

personales susceptibles de tratamiento automatizado para confeccionar una información que afecte a su entorno personal, social o profesional en los límites de su intimidad.

La protección de datos esta prevista por las innovadoras legislaciones mediante el derecho a la intimidad y su transmisión telemática cuando aparece una nueva relación entre datos y personas que necesitan ser protegidos más allá de las normas referentes a la intimidad.

Lo primordial es que los datos no generen situaciones de segregación por cuestiones de salud, raza, ideas, costumbres y datos que pudieran llegar a limitar nuestras posibilidades.

Son base de datos privadas los datos que tienen regulados situaciones o circunstancias en que la persona se ve obligada a darlos o ponerlos en conocimiento de un tercero, debiendo impedir su difusión y respetar la voluntad de secreto sobre ellos, de su titular.

A su vez, dentro de los privados encontramos los datos personales íntimos, que son aquellos que el individuo puede proteger su difusión frente a cualquiera y que, de acuerdo con un fin determinado, está obligado a dar, salvo algunas excepciones. Estos datos secretos son los denominados datos sensibles, definidos por la Constitución Nacional en su artículo 15 que en su tenor literal dice: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer a actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”

Y como datos personales que requieren una protección especial, tales como ideas políticas, creencias religiosas, salud física o mental, comportamiento sexual de los individuos y la autodeterminación informática. Este es el derecho conocido como habeas data, considerado hoy como uno de los más importantes derechos fundamentales, especialmente dado el desarrollo de la cibernética, la

informática y la telemática y en general de la información y las comunicaciones<sup>34</sup> en la actualidad.

En forma errada el demandado constitucional alega que el derecho de habeas data sólo es viable para cuando se refiere a datos financieros, precisamente sobre el tópico el Dr. Nelson Remolina<sup>35</sup> en conferencia ofrecida en el Hotel Ambalá, en la ciudad de Ibagué, se refería que el habeas data se establece el manejo de cualquier dato sensible, de ahí por qué se torna viable una acción de tutela para cuando, v/gratia en un centro asistencial se le diagnostica a un paciente erradamente una enfermedad terminal y se publican sus datos. Compartimos la tesis del Dr. Remolina, porque no puede ser excluida en ninguna ley, la viabilidad de la acción de amparo para cuando se manejan datos diferentes a los financieros como los que usualmente manipulan la mayoría de las empresas que conservan bases de este tipo.

Podríamos decir que una de las más frecuentes violaciones de los derechos humanos en el presente la constituyen las actuaciones de entidades particulares o públicas que tienen por objeto recopilar información confidencial o personal de los individuos, sin que el dato sea verificado, ni conocido por la persona afectada por el mismo o ilegalmente manipulado. Igualmente este manejo informático del dato impide la actualización y el olvido con que la persona está sujeta irredimiblemente a soportar la carga de su pasado o de un uso impropio de la información confidencial o de sus registros informáticos, para ser utilizada como medio de presión para alcanzar fines desleales o propósitos ilícitos.

Para una mayor ilustración analizaremos el término de Intimidad: según el diccionario Jurídico Espasa<sup>36</sup> es un derecho constitucionalmente reconocido y protegido, es objeto de tutela en la diversas ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas la penal, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, es la zona espiritual y reservada de un grupo de personas; esta definición coincide con la llamada “doctrina de la autodeterminación informativa”, creada por el Tribunal Constitucional Alemán en un fallo

del 15 de diciembre de 1983, donde se instituye que es titular de los datos personales la propia persona y debe ser requerido su consentimiento por parte de terceros que deseen almacenarlos, cederlos o publicarlos; el Diccionario Jurídico de Ossorio y Gallardo, define al derecho a la intimidad como el derecho que tienen las personas a que su vida íntima sea respetada, que nadie se entrometa en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres y perturbando de cualquier otro modo su intimidad. Por su parte nuestra Corte Constitucional ya se ha referido al respecto sobre el derecho de la intimidad afirmando que: “Es un derecho entonces, personalísimo, según inspiración constitucional relativa a la dignidad humana, que debe ser tutelado cuando, por la acción de terceros, se produce una intromisión indebida en el ámbito personal o familiar del sujeto que conlleva la revelación de asuntos privados, el empleo de su imagen o de su nombre, o la perturbación de sus afectos o asuntos más particulares e íntimos relativos a su sexualidad o salud, con o sin divulgación en los medios de comunicación.

Se ha considerado doctrinariamente, que constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel.<sup>37</sup>

El avance de este derecho no es reciente, ya que podemos remontarnos al año 1890 donde una publicación en el diario “Harvard Law Review” salvaguardaba la propiedad de cada individuo sobre la propia privacidad, como el derecho de estar solo (to be let alone); pero en el siglo XX, el derecho a la intimidad adquiere un predominio especial ya que actualmente cubre un cúmulo de relaciones que el individuo mantiene sobre otros y que deben ser

preservados como de su reserva personal. El derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a que se le respete en su vida privada y familiar, y a evitar injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona. El nuevo derecho a la intimidad posee una faz preventiva y una faz reparadora: preventiva por la facultad de conocer los datos personales que constan en registros automatizados, de exigir la rectificación, actualización y cancelación de la información; y reparadora por la posibilidad de resarcimiento de daños y perjuicios por parte de quien lo padece.

En nuestro derecho positivo, que posee un rango constitucional, la evolución de este derecho puede resumirse desde el “secreto” al “control” de la información que se tiene de uno mismo en los bancos de datos.

Este derecho a la intimidad se encuentra por estos días seriamente amenazado por la capacidad que posee tanto el sector público como el privado, de acumular gran cantidad de información sobre los individuos en forma digital. Con el desarrollo constante e ininterrumpido de la informática y las telecomunicaciones, se permite a tales entidades a manipular, alterar e intercambiar datos personales a gran velocidad y bajo costo. Así obtenemos sociedades altamente informatizadas en la que nuestras conductas y acciones son observadas y registradas y será imposible evitar la estigmatización y encasillamiento.

No se trata aquí de agotar el problema de la definición, sino nada más de dar noticias sobre las dificultades que existen al momento de determinar los elementos que la componen. Como no es difícil advertirlo, estas dificultades son uno de los escollos que deben ser superados al momento de legislar sobre el tema o aplicar la legislación vigente.

En Colombia se tramita el proyecto de Ley No. 166 38 de 2003, el que “Por el cual se regulan las comunicaciones Vía Internet y mediante el uso de Fax ” y en lo que se refiere al spam los legisladores consignaron el siguiente tipo: “Artículo 5. Queda

prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”. Igualmente se consagró una sanción dentro del párrafo único del artículo 3º, que reza: “Parágrafo: Cuando por el mal uso del Internet o Fax se atente contra el patrimonio moral de las personas, se ponga en riesgo su vida o atente contra la seguridad y la estabilidad económica de las empresas, cualquiera que fuese su actividad, las autoridades competentes pueden, con fundamento en los libros de registro, aplicar a los responsables el rigor de las leyes preexistentes en materia civil, comercial o penal para castigar a dichas personas”.

Esteremos atentos del futuro legislativo que atañe la atención de este Despacho en el día de hoy, por lo pronto resulta oportuno acotar que España es de los pocos estados que prohíbe absolutamente esta técnica gracias a dos leyes: LSSICE y LORTAD (la primera regularía la utilización del spam y la 2º el origen de los datos ilícitos sin autorización del propietario), que imponen en ambos casos severas sanciones a los responsables.

*El hecho de que España sea de los pocos estados con estas situaciones reguladas, no significa que sea uno de los pocos que tiene este problema con la red, sino más bien diría yo que es uno de los tanto países con este tipo de problemas pero eso no significa que hay que estar con los brazos cruzados sabiendo que esto implica una falta de regulaciones, vacíos legales que cuando se presenten no tendremos más que hacer que consultar la Jurisprudencia y probablemente queden en la impunidad por desconocimiento y falta de experiencia en el tema. Por eso comparto con la idea que debe regularse ciertos hechos con base a regulaciones en otros países adaptándolas a la realidad de nuestro Estado.*

#### 6.2.2. La vulneración de los derechos fundamentales

Alega el demandado JAIME LEONARDO TAPIAS GONZÁLEZ, que se le vulneró el derecho al debido proceso, en razón a la distancia no

se practicaron las pruebas que se deberían hacer en la ciudad de Bogotá, y poder probar que no había vulnerado ningún derecho constitucional. Consideramos que dichas pruebas no eran necesarias precisamente por la confesión que el mismo ciudadano demandado hace en su libelo, porque reconoce que sí le ha enviado correspondencia no solicitada al actor del que conservaba la dirección de su correo electrónico en su base de datos.

Extrañamente no refiere el ciudadano TAPIAS tener vinculación alguna con su compañero de demanda, esto es, el señor HÉCTOR CEDIEL, pese a que éste en el traslado de la demanda constitucional acepta haber contratado los servicios del señor TAPIAS GONZALEZ en el manejo de su e-marketing .

El señor TAPIAS GONZÁLEZ, en toda la extensión de su escrito de traslado, ha intentado derrumbar por todos los medios la competencia del Estrado, pero se despreocupó de desvirtuar los cargos; no aportó prueba alguna que nos indicará que los argumentos del actor no eran verdad, esto es, que desvirtuara los cargos de haber vulnerado los derechos constitucionales del señor SAMPER, como hubiera sido a guisa de ejemplo, que nos hubiera aportado algún contrato virtual que nos enseñara que contaba con la anuencia de éste para recibir mensajes comerciales, como también de manipular su dirección electrónica, lo que en el medio se llama, e-marketing de permiso, en donde se invita al presunto o potencial cliente a recibir los catálogos de productos o servicios ofertados virtualmente, de esta manera una vez contando con la aprobación del futuro cliente, se le remitiría hasta cuando él quiera recibir, los mensajes comerciales 39. Así es como se debe manejar el mercado virtual, con principios éticos 40.

Aquella consigna que se agrega a todo spam de que si no quiere recibir más mensajes comerciales, sólo es remitir al postmaster su deseo de no querer recibirlos, es inconstitucional, puesto que se le pide una exclamación sobre un hecho no consentido.

Sabemos que el Spam es el envío indiscriminado de mails no solicitados. Si yo recibo un mail que no solicité de una persona que no conozco, y que al mismo tiempo es enviada a una cantidad de personas que tampoco lo solicitaron, eso es spam. No debería tener necesidad de enviar un mail para que me borren de una lista ya que no deberían agregar mi dirección a ninguna de ellas, puesto que no he autorizado a estar incluido, es ahí en donde se me vulnera mi derecho constitucional y continúa la vulneración cuando comienzan a comercializar mi dirección electrónica, que tampoco he autorizado. Esta advertencia sólo se torna viable si el titular de la cuenta de correo electrónico ha autorizado recibir dichos mensajes, como cuando aceptamos recibir noticias o catálogos al cargar un software en nuestros equipos que ha sido bajado de la Internet.

Además, la mayoría de las veces, al responder el mail pidiendo ser removidos de la lista, lo único que estamos haciendo es confirmar que nuestra dirección existe, con lo cual, en lugar de dejar de recibir mensajes, comenzamos a recibir más.

Recibir spam, es como cuando encuentro a un mismo vendedor golpeando insistentemente en mi casa, para ofertarme sus productos que vende, de los cuales no necesito, yo le replico no quiero nada suyo y le suplico a su vez no insistir ya que no me interesa su género de productos. Nuevamente el mismo señor u otro personaje, me vuelven a ofrecer los mismos productos, los que no me interesan.

El Habeas Data brinda el derecho a toda persona de conocer qué datos propios han sido incluidos en registros y bancos de datos o en registros privados, destinados a proveer de informes, para pedir su supresión, rectificación, confidencialidad actualización en caso de falsedad o discriminación.

Los riesgos a los cuáles está expuesta la vida privada de las personas en la sociedad de la información, en particular, aquellos derivados del tratamiento de datos personales a consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la

comunicación, nos hacen cuestionar cual debe ser el rol del derecho ante la referida problemática.

En relación con el derecho a la intimidad, este hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades la Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho a por que han trascendido al dominio de la opinión pública.

El derecho a la información expresa la propensión innata del hombre hacia el conocimiento de los seres humanos con los cuales se interrelaciona y de su entorno físico, social, cultural y económico, lo cual le permite reflexionar, razonar sobre la realidad, adquirir experiencias, e incluso transmitir a terceros la información y el conocimiento recibidos.

La Libertad Informática o Autodeterminación Informativa, ha sido denominada por la doctrina española y colombiana 41 como “un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas, para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos y controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar datos indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión”. Esta facultad, es lo que se conoce como Habeas Data que constituye, en suma, un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática.

En nuestro País, esta diferenciación entre la Libertad y la Libertad Informática, se debe volver común, igualmente, ya que no se consideraran como sinónimos en la vida práctica. Es de alguna manera, reducir la importancia o la esfera de injerencia

de una libertad informática. La Relevancia de esto es cada día más y más importante y necesario que sea reconocido, estudiado y regulado Internamente y por cada profesional del Derecho. Probablemente antiguamente, esta libertad no podía distinguirse esta libertad claramente, pero ahora con la existencia de las redes sociales, correos electrónicos, canales informáticos, perfiles, etc., se ha vuelto algo público y general. Y que están a disposición y a libre acceso de cualquier persona, en su mayoría, es cuando más se refleja esta situación y más claramente se nota la falta de una regulación especializada de cada área que se presenta constantemente en la web.

La Libertad Informática forma parte del núcleo de derechos denominados de tercera generación, debido a que el derecho a la intimidad adquiere una nueva dimensión al verse amenazado por el uso abusivo de la informática. El mismo, bajo la forma de libertad informática, aúna la noción clásica de los derechos de primera generación, la libertad, en cuanto define las posibilidades reales de autonomía y de participación en la sociedad contemporánea, que pueden verse amenazadas por el mal uso que se haga de determinados datos personales; la igualdad, valor guía de los derechos de segunda generación, en cuanto en informática se concibe como un instrumento de control que puede introducir asimetrías entre quien controla ese poder y quienes no tiene acceso a él. A éstos dos valores han de sumársele al hablar de derechos de tercera generación, el de la solidaridad ya que éstos derechos tienen una incidencia universal en la vida de los hombres, y con ella se apunta a garantizar su pleno disfrute, mediante un esfuerzo no egoísta de toda la comunidad.

En el art. 20 de la Constitución Política se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, es decir, se trata de una libertad que opera en doble vía, porque de un lado se reconoce la facultad de la libre expresión y difusión de las ideas, conocimientos, juicios u opiniones y de otro se proclama el derecho de acceder o receptor una información ajustada a la verdad objetiva y desprovista de toda deformación.

En corolario de lo anterior, el Estrado tutelar los derechos de habeas data, autodeterminación informática y el de intimidad al ciudadano JUAN CARLOS SAMPER POSADA, por habersele violado en las circunstancias que arriba se anotaron.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Rovira Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

PRIMERO: TUTELAR como en efecto se hace los derechos a: HABEAS DATA,

AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA y a la INTIMIDAD, del ciudadano JUAN CARLOS SAMPER POSADA.

SEGUNDO: ORDENAR a los señores JAIME LEONARDO TAPIAS GONZALEZ representante de la firma VIRTUAL CARD y HÉCTOR CEDIEL, una vez en firme esta providencia no remitir más correo no solicitado (spam o ace) al señor JUAN CARLOS SAMPER POSADA a su cuenta de correo electrónico [jcsamper@network.com](mailto:jcsamper@network.com) y todos los demás correos creados bajo el nombre de dominio [i-network.com](http://i-network.com).

TERCERO: ORDENAR a los señores JAIME LEONARDO TAPIAS GONZALEZ y HÉCTOR CEDIEL una vez en firme esta decisión, borrar la dirección de correo electrónico [jcsamper@network.com](mailto:jcsamper@network.com) y todos los demás correos creados bajo el nombre de dominio [i-network.com](http://i-network.com), cuyo titular es el ciudadano JUAN CARLOS SAMPERPOSADA, de sus respectivas bases de datos para el manejo de e-marketing en sus empresas.

CUARTO: Se procede a notificar a los demandados en sus correos electrónicos ([jtapia@virtualcard.d2g.co](mailto:jtapia@virtualcard.d2g.co); [jaime@virtualcard.dns2go.com](mailto:jaime@virtualcard.dns2go.com) [yhcediel@virtualcard.d2g.com](mailto:yhcediel@virtualcard.d2g.com)) surtiéndose la fórmula señalada en el artículo 29 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil. El presente documento electrónico está amparado en los preceptos

de los artículos 6°,7° y 8° de la Ley 527/99 que se refiere al mensaje de datos.

QUINTO: Contra la presente decisión procede el recurso de impugnación consagrado en el art. 31 Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEXÁNDER DÍAZ GARCÍA

Juez

Referencias:

1 Acción de Nulidad Decreto 1382 de 2000. Diciembre 18 de 2002. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo CP. Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Actor. Franky Urrego Ortiz y otros. Radicación 11001-03-2 4-000-2000-6414-0 1. Mayor ilustración en la web site del Consejo de Estado [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

2 Ley 270 de 1996

3 CENDOJ. Centro de documentación Judicial de la Rama Judicial de Colombia, adscrito al Consejo Superior de la Judicatura y encargada de todo lo relacionado con los recursos informáticos.

4 Conferencia del Dr. Santiago Muñoz Medina, director del CENDOJ dictada en el Hotel Ámbala de Ibagué Tolima, a los estudiantes de tercer año de derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Seccional Ibagué. Memorias reposan en la Biblioteca del Claustro.

5 NUÑEZ PONCE, Julio. Abogado, Magíster en Derecho Empresarial, Catedrático de Derecho Informático en la Universidad de Lima. Mayores detalles puede encontrarlos en la Revista Electrónica de Derecho Informático en [www.alfa-redi.org](http://www.alfa-redi.org)

6 Art. 315 Código de Procedimiento Civil, modificado por la Ley 794 de 2003

7 POP Postal Office Protocol: Servidor de correo entrante. SMTP Simple Mail Transfer Protocol: Servidor de correo saliente.

8 Ley 527 de Agosto 18 de 1999, por medio de la cual se define y reglamente el acceso y uso de los mensajes de datos, comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

9 Ley 794 de Enero 8 de 2003. Reforma al Código de Procedimiento Civil.

10 Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace. Para una mejor comprensión visite [http://www.cli.org/X0025\\_LBFIN.html](http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html)

11 RAGONI, Rodolfo P. E-money, la importancia de definir el medio de pago en el e-commerce, Ed. Prentice Hall, pag.242. 1ª. Edición Buenos Aires Argentina.

12 A.C.E. Abuso del correo electrónico. Mayor información podrá encontrar en [www.cauce.org](http://www.cauce.org)

13 Iñigo de la Maza Gazmuri Profesor Facultad de Derecho Universidad Diego Portales.

14 Ver Cyberangels. <http://www.cyberangels.com/law/spam/>

15 ver KHONG W. K., "Spam Law for the Internet" Refereed article, 2001 (3) The Journal of Information, Law and Technology (JILT). <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-3/khong.html/> ; SORKIN, David. Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail.U.S.F. L. REV. 325

16 Es el acrónimo de multi-used shared hallucination JUZGADO

17 Mayo ilustración si visita <http://www.matisse.net/files/glossary.html#M>

18 Glossary of Internet Terms. <http://www.matisse.net/files/glossary.html#U>

19 El acrónimo de unsolicited comercial e-mail [UCE]

20 El acrónimo de unsolicited bulk email [UBE])JUZGADO

21 Ver <http://www.rediris.es/mail/abuso/ace.html>

22 Ver Michael W. CARROLL, Garbage In: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations, 11 BERKELEY TECH. L. J. (1996). Disponible en <http://256.com/gray/spam/law.html>

23 Ver SINROD, Eric & JOLISH, Barak: Controlling Chaos: The Emrging Law of Privacy and Speech in Cyberspace. 1999 STAN. TECH. L. REV. 1. Parag 49. Disponible e [http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/99\\_STLRV\\_1/](http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/99_STLRV_1/)

24 AMADITZ, Keneth: Canning "Spam" in Virginia: Model Legislation to Control Junk E-mail. VA. J.L. & TECH. 4, 1999. Disponible en [http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol4/home\\_art4](http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol4/home_art4).

25 Estafeta open-relay: Son Servidores de correos mal configurados que permiten encaminar correo desde cualquier dirección IP. Esto permite un uso indebido de recursos de la empresa por parte de personas ajena a la misma. Estas Estafetas son las preferidas por los spammers para inyectar mensajes de spam y destinado a miles o millones de destinatarios.

26 Centro de Documentación Judicial de la Rama Judicial de Colombia, más información en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

27 Ob cit

28 Centro de documentación Judicial del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia. Mayor información [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

29 Tomado del trabajo denominado Evaluación de alternativas para reducir el spam, del profesor Jesús Sanz de las Heras (Coordinador del servicio de correo electrónico en la comunidad académica española, Red IRIS) Mayor ilustración en [www.rediris.es](http://www.rediris.es)

30 Ver, POSNER: Richard EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México D.F.: 1998.

31 En el caso europeo pueden citarse las Directivas 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 281 de 23/11/1995 P. 0031 – 0050); la 97/7 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Diario oficial de las Comunidades Europeas nº L 272 de 08/10/1998 P. 0022 – 0022); la 97/66 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 024 de 30/01/1998 P. 0001 – 0008); y la Directiva 2000/31 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). (Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº L 178 de 17/07/2000 P. 0001 – 0016). Las directivas pueden ser consultadas en <http://europa.eu.int/eur-lex/es/>. Visitado 15/03/2002. Una buena

selección sobre legislación nacional a nivel europeo puede encontrarse en Unsolicited Commercial Communications and Data Protection. (cit. Pp. 131-138). Una selección sobre regulación a nivel nacional puede encontrarse en DAVARA , Miguel Angel: LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA. Grupo Asnef Equifax, Universidad Pontificia Comillas ICAI – ICADE. Madrid 1998. En el caso estadounidense, más de una docena de estados han promulgado legislación antispam, entre ellos California, Illinois, Louisiana, Nevada, Tennessee, Virginia, Washington, Connecticut, Delaware, Missouri, Oklahoma, Pennsylvania) (Ver Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail. Ob cit. Supra nota 212). Finalmente, para el caso latinoamericano puede consultarse PUCCINELLI, Oscar: EL HABEAS DATA EN NDOIBEROAMÉRICA . Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1999. Sobre la situación de algunos otros países –Australia, Canadá, Checoslovaquia, India, Rusia y Yugoslavia- puede consultarse. Spam Laws. Disponible en <http://www.spamlaws.com/world.html>

32 Esta figura –el trespass to chattels- es un “tort” que proviene de la práctica jurisprudencial anglosajona del siglo XIX y que se configura cada vez que una persona usa, interfiere o de alguna manera desposee al dueño de un bien mueble tangible (para un análisis crítico del trespass to chattels respecto al spam ver BURKE, Dan: The Trouble With Trespass. Disponible en [http://papers.ssrn.com/papepr.taf?abstract\\_id=223513](http://papers.ssrn.com/papepr.taf?abstract_id=223513)

33 Como afirman JOHNSON y POST : El ciberespacio no tiene fronteras basadas en el territorio ya que el costo y velocidad de envío de la transmisión de un mensaje en la Red es casi completamente independiente de la ubicación física: los mensajes pueden ser transmitidos desde cualquier ubicación a cualquier ubicación sin arruinarse. degradarse o demorarse sustancialmente más y sin que ninguna barrera física o que pueda mantener lugares y personas remotamente alejados separados unos de otros.

34 Módulo sobre la Acción de Tutela. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla Pág. 46

35 Nelson Remolina Angarita. Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Master en Leyes the London School of Economics and Political Sciences, con énfasis en

derecho informático y económico (information Technology Law; Electronic Banking Law; International Economic Law; International Trade Law). Director de Pregrado y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de postgrados de las Facultades de Ingeniería y Administración de la Universidad de los Andes. Autor de los temas DATA PROTECTION E INFORMATICA EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO y DATA PROTECTION Panorama nacional e internacional, publicado en el libro INTERNET COMERCIO ELECTRÓNICO & TELECOMUNICACIONES por la Universidad de los Andes en asocio con Legis. 2002

36 Diccionario Jurídico ESPASA. Espasa Siglo XXI. Edi.1998. Pág. 534

37 Sentencia SU 089 de 1995 del Dr. Jorge Arango Mejía. Sentencia citada por la Corte Constitucional en la T-411 de 13 de Septiembre de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero. 13 de Septiembre de 1995 S. U - 089 de 1995.

38 PROYECTO DE LEY No. 166-02 "Por el cual se regulan las comunicaciones Vía Internet y mediante el uso de Fax " Ponente ALVARO ASHTON GIRALDO

39 Mayor ilustración en [www.comovender.com](http://www.comovender.com)

40 Mayor ilustración en [www.ispo.cec.be/Ecommerce/legal.html#legal](http://www.ispo.cec.be/Ecommerce/legal.html#legal)

41 Entre otras sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil uno (2001) Radicación número: 25000-23-2 4-000-2001-1338-01(AC-1529) Actor: Amparo Barajas García Referencia: Acción de Tutela.Y de la Corte Constitucional las siguientes, entre otras: T-157/94, T-164/94, T-094/95, T-096A/95, T-097/95, T-199/95)

Este caso fue obtenido de:

([www.informatica-juridica.com](http://www.informatica-juridica.com))

Debido a la gran similitud que existe entre la legislación Ecuatoriana y la legislación Colombiana con respecto a la regulación de los documentos electrónicos he escogido este caso para poder tomarlo como un ejemplo del cómo se llevan el

tramite al momento de afrontar delitos, ilícitos u hechos de mala fe como podemos determinar en este caso.

Dicha similitud se desprende de un análisis hecho de la misma ley 527 de la legislación Colombiana por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación entre otras funciones” Esta ley fue objeto de una acción pública por determinados artículos de esta ley en los que existía cierta inconstitucionalidad en el año 1999. Proceso que puede revisarse en la página de web descrita a continuación:

[www.informatica-juridica.com/anexos/anexo264.asp](http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo264.asp)

Por un lado el señor Jaime Leonardo Gonzales\*\* y Héctor \*\* abusan de la confianza de quien les contrata y no respetan las decisiones del mismo para convertir este caso en un Juicio Completo que requirió la intervención de la autoridad Judicial para poder ser resuelto.

**Aplaudo la decisión que toma el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Colombia puesto que de esta manera no se deja este tipo de actos que vulneran los derechos de las personas tan claramente, en la impunidad, más bien esta es la manera como debería ventilarse estos sucesos en nuestro País también.**

**Hablo como un futuro pero con certeza no como un futuro muy lejano ya que así como ha habido avances en la tecnología y como hemos dicho varias veces esto nos ayudara para poder implementarlos y juntarlos para que la facilidad, la eficiencia, la rapidez se tome nuestras Cortes y empiecen a emitir fallos sin desvirtuar Pruebas que son de gran valor ni dejar de lado pruebas que son en verdad contundentes dentro de los procesos en el momento de probar una obligación o un hecho o acto adquirido o cometido por las personas.**

**Probablemente el fallo emitido por la autoridad competente no supla las expectativas del actor pero ciertamente podemos observar que los hechos en este caso cometidos, han sido sancionados y han sido tomados en cuenta por la autoridad para emitir su fallo.**

También puedo decir que al ser un País que no está familiarizado con estos hechos no podemos exigir que “de la noche a la mañana” sean castigados, detenidos y parados todos estos infractores de la ley. Así cómo evoluciona la tecnología, evoluciona el derecho y nuestro deber es ser parte de este desarrollo aportando con los nuevos conocimientos y por sobre todo haciendo efectiva una ley que nos faculta y que nos da los instrumentos y fundamento necesarios para hacer valer al documento electrónico o mensaje de datos como prueba fidedigna, vinculante y contundente dentro de un Proceso Judicial.

En nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y Mensajes de datos existe una regulación que se incorporan como reformas al Código Penal en el cual puedo distinguir un artículo regulado que podría calzar en nuestra legislación para la identificación del delito cometido en este ilícito.

Art. 58.-“A continuación del Art. 202, inclúyanse los siguientes artículos innumerados:

Art. ....- El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida, así como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la divulgación o la utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

**Art. ....- Obtención y utilización no autorizada de información.- La persona o personas que obtuvieren información sobre datos personales para después cederla, publicarla, utilizarla o transferirla a cualquier título, sin la autorización de su titular o titulares, serán sancionadas con pena de prisión de dos meses a dos años y multa de mil a dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica."**(Ley de Comercio Electronico, firmas electronicas y mensajes de datos, 2011, Art. 58)

**Principalmente el primer inciso y el último es donde veo que se configura de alguna manera el delito expuesto en el caso anterior.**

**Por lo tanto puedo decir que lo que está faltando en nuestro país no son las normas sino que se apliquen las normas que se hallan ya existentes en nuestro ordenamiento Jurídico actual.**

## CONCLUSIÓN

Es evidente que en los últimos años, el desarrollo en el ámbito de la tecnología nos ha dejado rezagados para poder conocer las tantas y diferentes resultados del ingenio humano y, si nos referimos al conocimiento de su funcionamiento podemos hablar casi de un atropello ya que existen una infinidad de aparatos electrónicos, virtuales, visuales, etc. Que no nos quedaría tiempo para revisarlo, ni siquiera dedicando el resto de nuestras vidas al conocimiento de cada una de las tendencias que marcan el avance de la tecnología de nuestra sociedad.

El desarrollo de nuevas tecnologías inevitablemente trae de la mano un sinnúmero igualmente de cambios dentro de nuestra misma vida y, ni se diga de la sociedad en la que nos desenvolvemos, donde el profesional en cualquier rama necesita estar vinculado directamente con esto ya que así como nos ayuda también se convierte en un hecho perverso puesto que no está a la espera de nadie, recordándonos de esta manera el primer mandamiento del decálogo del abogado que dice; **Estudia.**- El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos serás cada día menos abogado.

En nuestra legislación existe una regulación jurídica en el área informática, que presenta en cierto grado las directrices del cómo manejar este aspecto informático, tratando de regular las relaciones de las personas que, intervengan de una manera uniforme y sobre todo brindando certeza, esto permite en un sistema jurídico, en cualquier parte del mundo, actuar con bases sólidas y eficaces.

Sin embargo existe un tema que, aparentemente esta fuera de nuestras manos, el hecho de que nuestra legislación regule determinados actos no significa que en nuestro mundo socio jurídico, exista un cuidado con respecto a estos temas ni mucho menos un control sofisticado de los mismos. Mas este problema, no está totalmente fuera de nuestras manos ya que, si bien es verdad estas regulaciones son desconocidas o están en desuso, la razón principal por la que esto sucede es porque existe una falta de educación en el tema, no solamente por parte de los funcionarios públicos sino por parte de todos, incluyendo a los profesionales del derecho inclusive como personas principales y vitales dentro de esta puesta en práctica de las regulaciones a las que me refiero.

En realidad, el funcionario público tiene temor, o desconoce acerca de estas tecnologías es justamente esto lo que se debe tratar, educando a los mismos funcionarios públicos para mostrar que, estos medios son tanto o más eficientes y seguros que los ordinarios, y no solo a los funcionarios sino los mismo profesionales del derecho ya que muchas veces un ordenador o computador queda solamente como un aparato para procesar palabras o reproductor de música o video, en realidad debe explotarse y dar a conocer el verdadero uso de estos aparatos electrónicos que son el símbolo del desarrollo tecnológico.

Capacitar a los profesionales no solamente con los procesadores de palabras sino con respecto al uso de internet, y su aplicación en el área jurídica, en los recursos especializados en las diferentes ramas ya sea en el campo nacional e inclusive internacional.

**De esta manera se produciría un cambio no solo en el manejo del diferente software especializado en el área jurídica sino; comprendería un cambio en varias aéreas en las que se maneja una sociedad, por ejemplo; en el área registral, en el campo notarial, en el área jurídica, en la función Judicial. El desconocimiento en las diferentes aéreas no es solamente el retraso o la efectividad sino se convierte en un obstáculo para el entendimiento y la invocación de los documentos electrónicos dentro de un proceso judicial.**

**Existe otro obstáculo que impide que estos medios probatorios se puedan incorporar a los procesos en nuestro sistema judicial y es el inmenso miedo de los funcionarios públicos de involucrarse con mecanismos electrónicos por parte de los funcionarios públicos, los profesionales del derecho y la población en sí, que la consideran como una técnica de mucha complejidad y riesgo, es justamente lo que el Dr. Jorge Humberto Méndez Calle, Juez Segundo de lo Civil de Cuenca, me supo manifestar en una visita que realice a su despacho para consultarle del tema; por lo que creo que, es menesteroso que se incorpore en la enseñanza no solo a nivel secundario sino Universitario de los diferentes medios electrónicos, su manejo, su funcionamiento, su uso y su aplicación a los medios que sean necesarios, como el judicial, sería muy diferente si se exigiera a todo abogado que se gradúa, para poder ejercer su profesión que cuente con una firma electrónica, una cuenta de correo electrónico y ni se diga si se trata de un Notario o de un**

**Registrador Publico o Juez, con mayor razón debería exigirse este requisito, de esta manera al menos se aseguraría que las personas que ejercen la profesión, estén capacitadas para suplir las necesidades o las exigencias que da la profesión y la vida.**

**Con respecto a este tema he consultado al Dr. Ricardo Nieves vía e-mail y él hace un comentario manifestando lo siguiente:**

“En mi criterio el principal motivo por el que Jueces no acepten los documentos electrónicos como prueba de las obligaciones o como evidencia que en un determinado momento pudiese hacer prueba en un proceso Judicial, es el temor a causa del desconocimiento sobre el tema técnico y tecnológico que les permita aplicar las nuevas tecnologías a las formas jurídicas de aplicar la justicia que les son conocidas. Debemos recordar que incluso en el acomodamiento de la conducta humana al tipo penal, lo que se sanciona es el acto cometido por el ser humano independientemente de si el medio fue en soporte de papel o digital; por ello, de ser el medio para probar dicho acomodamiento de la conducta humana al tipo penal digital o no, es igualmente valido y debería ser considerado tal en base a la legislación y constitución vigente en el Ecuador.” (Ricardo Nieves Galarza, 2011, consulta. via e-mail)

**Por lo tanto, considero que el problema no es que nuestra ley es retrograda, o es ambigua ni mucho menos que no existe regulaciones que contemplen estos mecanismos. El problema real para mi punto de vista es que no se la conoce ni se la aplica ya que como vemos nuestra Ley de Comercio Electrónico esta casi a la par de la Ley que rige en Colombia la cual es efectiva y por lo que vemos, está siendo usada y respetada por los Juristas de mencionada Nación.**

**Finalmente considero que en nuestro país, el primer paso y aunque por ser primero no significa pequeño, más bien todo lo contrario, seria digitalizar cada proceso que exista en las cortes de Justicia, así de esa manera podrá tenerse un acceso rápido y sencillo a cada una de las causas, y de esa manera podría inclusive utilizar la Jurisprudencia como es debido, hacer efectiva esta fuente de Derecho y agilizar su consulta. Si bien esto sería un proceso que duraría varios años, estoy completamente convencido que; este camino sería un gran paso para la Justicia y sería un gran paso para nuestra**

**Nación, sin descuidar, desde luego, los nuevos procesos que surgen en el día a día en nuestro País y tener de esta manera un conocimiento actualizado del día a día de las causas registradas.**

**Así de esta manera es como doy por terminado mi trabajo de tesis, sin dejar de lado ese llamado o ese legado que nos han dejado nuestros abuelos de velar por la correcta administración de Justicia para que, no solo seamos nosotros los beneficiados sino toda la humanidad y así tener una Nación próspera y por sobre todo Justa para que Derecho y Justicia no sean más conceptos diferentes sino que al fin puedan ser enseñados y utilizados como sinónimos de Honestidad, Sacrificio, Respeto y temor a Dios que tanta falta hace a nuestra humanidad.**

## BIBLIOGRAFÍA

- Asencio, P. A. (2002). Derecho Privado de Internet. En P. A. Asencio, *Derecho Privado de Internet* (pág. pag 27). Madrid: Civitas.
- Cabanellas, G. (2003). Diccionario Juridico de Derecho Usual. En G. Cabanellas, *Diccionario Juridico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta, tomos: IV, VI, VII.
- Codigo de Procedimiento Civil. (2011). Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- database, W. T. (s.f.). Recuperado el 05 de 2011, de [http://www.itu.int/net/pressoffice/press\\_releases/2010/39-es.aspx](http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2010/39-es.aspx)
- diariorred.com. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de ([http://diariorred.com/analisis/1999\\_09\\_26\\_21\\_45\\_10.html](http://diariorred.com/analisis/1999_09_26_21_45_10.html))
- Echendia, H. D. (1981). Teoria General de la Prueba Judicial. En H. D. Echendia, *Teoria General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: 5 edicion Victor P. de Zavalía.
- Eduardo, C. (1942). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editores A. Lopez.
- es.wikipedia.org. (s.f.). *es.wikipedia.org*. Recuperado el 07 de 2011, de [es.wikipedia.org/wiki/Html](http://es.wikipedia.org/wiki/Html)
- es.wikipedia.org. (s.f.). *es.wikipedia.org*. Recuperado el 07 de 2011, de [es.wikipedia.org/wiki/Http](http://es.wikipedia.org/wiki/Http)
- Espinosa, T. E. (1967). Valoracion de la Prueba en el Proceso. En T. E. Espinosa, *Valoracion de la Prueba en el Proceso*. Bogotá: Temis.
- Funcion Legislativa del Gobierno de España. (2010). *Ley de Firmas Electronicas*. Madrid.
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Disposiciones Generales, Sección Novena 2do Inciso. (2011). Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Mas, F. J. (10 de 2005). La firma electronica: Clases de firma electronica, Los documentos electronicos. ANalisis del art 3 de la ley 59/2003 el 19 de Diciembre. (F. J. Mas, Ed.) *Actualidad Civil, Tomo 2(17)*, 2064 a 2075.
- Nieves Galarza, R. (2009). *Los Documentos Electrónicos*. Cuenca: Carpol.
- Pou, M. A. (s.f.). Manuel Practico de Comercio Electronico. En M. A. Pou, *Seguridad en el Comercio Electronico* (pág. 388). La Ley.
- Ricardo Nieves Galarza. (09 de 08 de 2011). Consulta personal Via E-mail. *Consulta personal Via E-mail*. Cuenca, Azuay, Ecuador.

- Ripert, P. y. (1945). Tratado practico de Derecho Civil Frances. En P. y. Ripert, *Tratado practico de Derecho Civil Frances*. Habana: Cultural S.A.
- Ripert, P. y. (s.f.). Tratado Practico de Derecho Civil Frances. En P. y. Ripert.
- Rocio. (s.f.). *Foro abierto de consulta de Yahoo.com*. Recuperado el 05 de 2011, de <http://mx.answers.yahoo.com/question/index?qid=20070228220200AAzxr2v>
- Rodriguez, A. (2000). El Documento Negocial Informatico en Notariado y Contratacion Electronica, Consejo General del Notariado. En A. Rodriguez, *El Documento Negocial Informatico en Notariado y Contratacion Electronica, Consejo General del Notariado*. Madrid.
- seguridata.com. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de [http://www.seguridata.com/pdfs/presentacion\\_Firma\\_electronica.pdf](http://www.seguridata.com/pdfs/presentacion_Firma_electronica.pdf) diap. 15)
- uncitral.org. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453\\_S\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf)
- www.asifunciona.com. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de [http://www.asifunciona.com/informatica/af\\_binario/af\\_binario\\_1.htm](http://www.asifunciona.com/informatica/af_binario/af_binario_1.htm)
- www.asifunciona.com. (s.f.). Obtenido de [http://www.asifunciona.com/informatica/af\\_binario/af\\_binario\\_6.htm](http://www.asifunciona.com/informatica/af_binario/af_binario_6.htm)
- www.informatica-juridica.com. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de [http://www.informatica-juridica.com/jurisprudencia/Colombia\\_Sentencia\\_23072003.asp](http://www.informatica-juridica.com/jurisprudencia/Colombia_Sentencia_23072003.asp)
- www.itu.int. (s.f.). Recuperado el 06 de 2011, de [http://www.itu.int/net/pressoffice/press\\_releases/2010/39-es.aspx](http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2010/39-es.aspx)