



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

“LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS”

*Tesis previa a la obtención del Grado
de Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador*

AUTOR: RICARDO ENMANUEL NIEVES GALARZA

DIRECTOR: DR. ANTONIO MARTÍNEZ BORRERO

CUENCA, ECUADOR

2007

DEDICATORIA:

Por su amor inagotable y apoyo incondicional, dedico respetuosamente este trabajo a mis Amados Padres:

Señora Doña Marianita de Jesús Galarza Granda y

Señor Licenciado Don Segundo Ricardo Nieves Astudillo.

AGRADECIMIENTOS:

A la Universidad del Azuay, su cuerpo docente y personal administrativo, por su valioso concurso en la culminación de esta anhelada meta.

Mi especial reconocimiento para el Señor Doctor Don Antonio Martínez Borrero, por su guía en la realización del presente trabajo de investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

Dedicatoria.....	Pág. ii.
Agradecimientos.....	Pág. iii.
Índice de contenidos.....	Pág. iv.
Resumen.....	Pág. vii.
Abstract.....	Pág. viii.
 Introducción.....	 Pág. 1.

CAPITULO I

1. Nociones y concepto general de prueba.....	Pág. 4.
 2. La prueba Judicial.....	 Pág. 5.
2.1. Importancia y definición.....	Pág. 6.
2.2. Características.....	Pág. 7.
 3. Medios de prueba de las Obligaciones reconocidos en la legislación Civil Ecuatoriana.....	 Pág. 8.
3.1. La prueba Literal.....	Pág. 10.
3.1.1. Características específicas.....	Pág. 12.
 4. Instrumentos Públicos y Privados en la prueba de las obligaciones.....	 Pág. 14.
4.1. Características esenciales del instrumento público y privado.....	Pág. 15.
4.2. Valor Probatorio de los instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones.....	Pág. 16.

CAPITULO II

1. Problemática de la prueba documental informática.....Pág.21.
2. El Derecho, Internet y el Documento Electrónico.....Pág. 23.
 - 2.1. Definiciones Generales.....Pág. 27.
 - 2.2. El Documento Electrónico.....Pág. 29.
 - 2.2.1. Raíz Etimológica de Documento.....Pág. 30.
 - 2.2.2. La noción de Documento Electrónico.....Pág. 30.
 - 2.2.3. Concepto de Documento Electrónico.....Pág. 31.
 - 2.2.4. Clasificación.....Pág. 32.
3. los documento electrónicos y su diferencia con los documentos contenidos en medios tradicionales.....Pág. 32.
 - 3.1 Diferencia entre Documentos e Instrumentos.....Pág. 37.

CAPITULO III

1. Documentos Electrónicos.....Pág. 39.
 - 1.1.Características esenciales.....Pág. 41.
2. El Documento electrónico y la firma.....Pág. 44.
 - 2.1. Firma Autógrafa y rúbrica.....Pág. 46.
 - 2.2. Firma Digital y Electrónica.....Pág. 47.
3. Valor Probatorio de los Documentos electrónicos.....Pág. 51.
 - 3.1. Documentos encriptados con clave simétrica.....Pág. 51.
 - 3.2. Documentos encriptados con clave asimétrica.....Pág. 53.
 - 3.3. Validez probatoria y diferencias.....Pág. 54.

CAPITULO IV

1. Análisis comparativo de los instrumentos Públicos y Privados con los Documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones.....	Pág. 59.
1.1. Coincidencias.....	Pág. 61.
1.2. Diferencias.....	Pág. 63.
1.3. Eficacia probatoria.....	Pág. 64.
2. Impugnación de los Documentos Electrónicos en la prueba de las obligaciones.....	Pág. 66.
2.1 ¿Puede el Documento electrónico constituirse en instrumento público?.....	Pág. 70.
3. Marco Jurídico Aplicable.....	Pág. 74.

CAPITULO V

1. Análisis de Caso Práctico.....	Pág. 79.
2. Conclusiones y Recomendaciones.....	Pág.131.
Bibliografía.....	Pág. 134.

RESUMEN

El mundo entero ha visto como la revolución tecnológica lo ha transformado profundamente. Los nuevos medios de comunicación permiten a la humanidad acortar las distancias y conseguir nuevos objetivos hasta hace poco inalcanzables, la telemática permite al hombre vencer todo obstáculo físico mediante el uso del adecuado medio informático para realizar innumerables relaciones socio jurídicas.

En estas últimas décadas la humanidad tecnológicamente ha tenido un vertiginoso asenso, tan dinámico que apenas y ha podido ser alcanzado por el Derecho que no es ajeno al cambio, relacionándose directamente con esta nueva forma de comercio y con esta nueva posibilidad de manifestar el acuerdo de voluntades dentro de los negocios jurídicos.

Los tratados internacionales de comercio y las leyes modelo han permitido en cierto modo que la sociedad halle forma de encarrilar su conducta en este nuevo ciberespacio que se presenta tan misterioso y maravilloso como es el mundo real, hoy ya casi no hay banderas negras en los mares que asechan a barcos mercantes, la razón es que hoy los piratas no usan garfio sino teclados alfanuméricos, por lo que en el desplazamiento por el ciberespacio se encuentran tal como en el mar aguas seguras y también peligrosas, por ello que la seguridad solo la otorga al navegante el cabal conocimiento de las nuevas tecnologías, sus métodos de encriptación, de certificación y versatilidad, permitiéndole navegar en un ilimitado mar de posibilidades entre las que aflora maravillosa la posibilidad de invocar a los documentos electrónicos como medio de prueba dentro de los procesos judiciales.

El miedo a la aplicación de las tecnologías y el desconocimiento han favorecido para que las ventajas de los soportes informáticos de documentos pasen casi inadvertidas, pocos son los que sabiéndose en un mundo moderno han cumplido con responsabilidad su papel capacitándose para no ser ciegos a la deslumbrante luz de las nuevas tecnologías y su aplicación respecto del área jurídica.

El presente trabajo pretende aportar para que mediante el conocimiento de la aplicación de las nuevas tecnologías al área jurídica, se permita que el compromiso social que tiene el derecho con la humanidad halle su real fin también basado en pruebas de soporte electrónico, considerando a esto una nueva posibilidad de atender a la celeridad procesal y otorgando reales matices a la aplicabilidad de la dinámica del intercambio informático, como al aprovechamiento de las ventajas del soporte electrónico de documentos, en espera de que esta concienciación produzca favorables repercusiones que aumenten el índice en la eficacia de la administración de justicia.

ABSTRACT

The entire world has seen as the technological revolution has transformed it deeply. The new mass media allow the humanity to shorten the distances and to obtain new aims even it does slightly unattainable, the telematic one allows the man to conquer any physical obstacle by means of to the use of the suitable computer way to realize innumerable relations associate juridical.

In the last decades the humanity technologically has had a dizzy ascent, so dynamically, that it could have been reached by the law that is not foreign to the change, being related directly to this new form of trade and with this new possibility of demonstrating the agreement of wills inside the juridical business.

The international agreements of trade and the model laws, have allowed in certain way that the society has found a way of putting its conduct back on track in this new cyberspace which presents so mysteriously and wonderfully like the real world, today almost there are no black flags on the seas that threaten to merchant ships, in those days the pirates do not use gaffs they use alphanumeric keyboards, such as navigation of the cyberspace we found just like on the seas sure waters and also dangerous, the knowledge of the new technologies, methods of encryption, of certification and versatility grants the security in the cyberspace, allowing the navigator an unlimited sea at possibilities, one of them will be the wonderful possibility of invoking the electronic documents as way of proof inside of judicial processes.

The fear to the application of the technologies and the unknowledge have favored in order that the advantages of the computer supports of documents happened almost inadvertent, few ones are those who being know in a modern world have accomplished with responsibility their paper qualifying not to be blind person to the dazzling light of the new technologies and their application concerning the juridical area.

This present study pretend contribute by means of knowledge the application of new technologies to the juridical area, it allows that the commitment the law has with human society find its real purpose also based in the proof of electric support, consider this a new possibility of the dynamic at the new computer exchange, like the development of the advantages of electronic documents support, I hope this Study will make us realize and produce favourable repercussions that increase the efficiency of the administration of justice.

LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Introducción.

A través de la historia y en un esfuerzo por alcanzar al tiempo, el legislador ha procurado que la norma positiva vaya acorde lo más posible a la época y exigencias sociales en que le ha tocado vivir, con el afán de alcanzar una armoniosa convivencia social y un consecuente desarrollo Jurídico.

Actualmente en un Estado Social de Derecho, regido por la Constitución Política de la República y las leyes del Estado, dentro de un complejo sistema jurídico, dirigimos la mirada a la legislación civil, que nos muestra en uno de sus variadísimos aspectos el camino para nuestro actuar respecto de los negocios jurídicos, así como del cumplimiento de las obligaciones que muchas veces generan conflicto, por ello es evidente la necesidad de probar la existencia de un derecho, accionando los determinados medios presentes expresamente en la norma positiva para que éste se respete o restituya.

En el libro cuarto del código civil ecuatoriano encontramos a los instrumentos públicos y privados como medios reconocidos en la prueba de las obligaciones, y dentro de esta denominación hallamos a los documentos que tradicionalmente han tenido su soporte en papel. El avance de la tecnología ha permitido que los documentos se presenten en un soporte distinto y así hemos llegado a los documentos electrónicos, mismos que son reconocidos por la legislación ecuatoriana mediante la ley de comercio electrónico firmas y mensajes de datos y su reglamento, otorgándoles igual valor jurídico que a los instrumentos privados escritos y conservados en soporte de papel.

El comercio electrónico como nueva forma de contacto entre proveedores de bienes y servicios por una parte y consumidores por la otra, hace que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta nueva forma de comercio, o siendo aplicables no regulan ciertos aspectos que deben ser considerados al momento de

hablar de comercio electrónico, este es el caso de los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones.

En el desarrollo de la presente tesis doctoral, analizaré la problemática de los documentos electrónicos, así como su eficacia y validez en la prueba de las obligaciones, partiendo del análisis de los documentos en soporte tradicional en la prueba en las obligaciones y el reconocimiento que la legislación ecuatoriana da a los mismos, para luego pasar a analizar el reconocimiento legal del documento electrónico, su equivalencia con el documento impreso en papel y su admisibilidad como prueba en juicio.

La importancia de este estudio en la realidad jurídica actual, radica en lo imperioso que resulta destacar las ventajas de los medios electrónicos de soporte de documentos en relación con los soportes en papel, esto no se ha dado en mayor grado en el Ecuador, probablemente por la dificultad de nuestro sistema jurídico para acomodarse a las modernas exigencias, lo que ha creado un verdadero rezago, mismo que es explicable y al que puede hacerse frente gracias al desarrollo de la tecnología.

Cabe entonces preguntarnos: ¿es en verdad una ventaja acudir a los medios electrónicos para el almacenamiento de documentos?, ¿Realmente son eficaces y admisibles como prueba en las obligaciones los documentos electrónicos?, ¿Pueden los documentos electrónicos constituir instrumento público?, estas y otras interrogantes tratarán de ser respondidas en el transcurso de esta investigación.

El presente estudio, no pretende sino ser un pequeño aporte para comprender adecuadamente la cuestión de los documentos electrónicos aplicados a la prueba de las obligaciones, sin pretender en modo alguno resolverla, claro está que no por ello se dejarán de considerar modernos aspectos técnicos y tecnológicos que aunque se consideren actualmente en la legislación ecuatoriana no necesariamente agotan toda su potencialidad o su contenido, y que por el vertiginoso ascenso de la tecnología y su constante innovación merecen ser considerados, estudiados y aplicados.

CAPITULO I

1. Nociones y concepto general de prueba.
2. La prueba Judicial
 - 2.1. Importancia y definición.
 - 2.2. Características
3. Medios de prueba de las Obligaciones reconocidos en la legislación Civil Ecuatoriana.
 - 3.1. La prueba Literal
 - 3.1.1. Características específicas.
- 4 Instrumentos Públicos y Privados en la prueba de las obligaciones.
 - 4.1. Características esenciales del instrumento público y privado.
 - 4.2. Valor Probatorio de los instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones.

CAPÍTULO I

1. Nociones y concepto general de prueba.

“Probatio est demonstrationis veritas”

La noción de prueba trasciende en todos los aspectos de la vida humana, nada escapa a ser probado, en cualquier área una afirmación de carácter científico requiere de la experimentación y comprobación del resultado para considerarse como “verdad científica”, igualmente en el cotidiano vivir se muestra la verdad o exactitud de una proposición con la prueba que a decir de Domat es lo que persuade al espíritu de una verdad¹, cuanto más en el Derecho, siendo la prueba una demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho², probar es convencerse de algo pero más aún es convencer de algo, por ello en derecho la prueba se utiliza para convencer, todo apunta a que no se tiene un derecho si este no es susceptible de probarse³.

La prueba en el derecho tiene muchas acepciones, entre una de ellas y quizá la más amplia nos es señalada como los medios de los que podemos valernos para probar un hecho; otra acepción se muestra como el mismo hecho de producir la prueba, considerando que la prueba de la acción corresponde al demandante y la prueba de la excepción al demandado; se emplea también para designar al resultado obtenido con el empleo de los medios de prueba y así podemos determinar si el actor probó su demanda y si el demandado probó o no su excepción.⁴

Considerando lo anotado, la prueba permite el desvanecimiento de la duda respecto de una afirmación, cuando para ello se ha infundido un adecuado grado de

¹ DOMAT, Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel, París, 1689, lib. III, Pág. 137.

² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, Lib. VI Pág. 497.

³ DEVIS HECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial, Editor Víctor P. de Zavalía. Quinta Edición, Buenos Aires, 1981, Tomo 1, Pág. 13.

⁴ ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones, Editorial Jurídica Editorial-Conosur Limitada. Santiago de Chile, 1988, Pág. 493.

convicción respecto de los hechos o verdades, por ello la prueba sería entonces un medio para conocer con certeza la verdad de los hechos⁵.

Cuando hablamos de la prueba de las obligaciones, debemos considerar que también se toman en cuenta a todos los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, reales o personales y no solamente los derechos personales, participando la materia de la prueba tanto en el aspecto civil como procesal, puesto que es precisamente durante el proceso cuando las partes a través de los medios de prueba pueden hacer valer sus derechos, correspondiéndole al derecho civil determinar los medios de prueba de que se puede hacer uso, señalar a cada uno su mérito probatorio, declarar su admisibilidad y correspondiéndole al derecho procesal todo lo relativo a la manera de producir la prueba en juicio, a la oportunidad para que pueda producirse, etc., resultando de este modo difícil separar el campo de acción del derecho civil y del derecho procesal en materia de prueba, conduciéndonos ello a la idea de complemento del uno respecto del otro.

2. La prueba Judicial

“Prueba es averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa”

“En la prueba judicial , excepto en materia penal la determinación del objeto de ella, su extensión, la elección del procedimiento, corresponden a las partes en litigio y su función respectiva se encuentra distribuida en términos precisos”⁶

la prueba civil que es la que consideramos en la presente investigación, apunta normalmente a la comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio. Es así que la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación⁷, cabe entonces advertir que en conformidad a ello se desarrolla la prueba

⁵ ESPINOSA, Tulio Enrique. Valoración de la prueba en el proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1967, Pág. 14.

⁶ PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Editorial Cultural S. A. Habana, 1945, Libro III Pág. 751.

⁷ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones A. López, Buenos Aires, 1942, Pág. 215.

judicial, encaminándose a la determinación de la verdad de una afirmación o hecho que ha de cumplir las características Jurídicas expresamente determinadas en la ley y que de este modo ha de conducir al juzgador a determinar lo que ceñido al derecho corresponde o no a cada parte, sin que el juzgador este autorizado para declarar la constancia de un hecho refiriéndose a su personal conocimiento si este conocimiento ha sido adquirido fuera de la instrucción de un proceso, al cumplir con estas exigencias legales y ser admitida en juicio adquiere la prueba su denominación de prueba judicial, que consiste en la demostración de un hecho sin que este pueda emanar sino de medios autorizados en la ley, por lo que como habíamos señalado no todo medio naturalmente destinado a persuadir y a convencer a los hombres constituye prueba y el juez en su calidad de tal, no puede formar su convicción sino en virtud de los medios legales de prueba, lo que no se reputa legalmente hecho sino cuando es administrada según las formas de procedimiento y en los casos determinados por la ley.

2.1. Importancia y definición.

No hace falta mayor análisis para reconocer la enorme importancia de la prueba en el desarrollo humano y jurídico, cuanto más si las pruebas a las que nos referimos están revestidas de la calidad de judiciales, estas recaen sobre hechos que ocurren en la vida, sobre los hombres y las acciones por estos realizadas, adquieren su calidad de Judiciales porque ingresan al proceso a través de medios idóneos y reconocidos por la ley, sin las pruebas no sería posible la administración de justicia, estaríamos expuestos a la violación de nuestros derechos que no verían forma de ser reconocidos o restituidos. “La prueba permite que el Abogado ejerza su profesión y se constituye en complemento indispensable de sus conocimientos”.⁸

La palabra prueba para algunos autores procede etimológicamente de *probe*, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; para otros de *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, paternizar, hacer fe. Según el *Vocabulaire juridique*: la prueba sería

⁸DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial, Quinta Edición. Editor Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1981, Tomo 1. Pág. 13.

entonces la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas determinadas por la ley.⁹

Baudry Lacantinerie nos dice que “la prueba es el establecimiento por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama”. Me adhiero totalmente al criterio citado, considerando que necesaria y taxativamente han de encontrarse expresamente enumeradas las exigencias y determinaciones que constituyan prueba judicial, ya que no todo lo que se consigue probar ni todos los medios de que se disponga se revisten de la calidad de prueba judicial si antes no se han encontrado expresamente determinados en el derecho positivo.

2.2. Características

La prueba se refiere a los hechos, no al derecho, las cuestiones de derecho no pueden ser objeto de prueba, las leyes no se prueban y más aún se entienden conocidas por todos,¹⁰ Los medios de prueba se encuentran enunciados en la ley, así como también están determinados los casos y condiciones para que puedan ser admitidos, haciéndose valer en el tiempo y la forma que la ley determine, evidenciándose de este modo el sentido de plena igualdad de las partes respecto de poder probar, pero no por cualquier medio del que dispongan para conseguir convicción de verdad a su favor, sino única y solamente a través de los medios y formas establecidos en la ley.

Es necesario que el hecho que se trata de probar sirva eficazmente de fundamento al derecho que se pretende, procurando producir convicción de la existencia del derecho pretendido y haciendo referencia solamente a los hechos que guarden relación con la materia en debate ya que existen hechos que por su impertinencia no necesitan ser probados en juicio, siendo también innecesario probar los hechos en que las partes se hallen de acuerdo.

⁹CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Pág. 497.

¹⁰ Código Civil Ecuatoriano, Art.13.- “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”.

En cuanto a los hechos negativamente expresados, estos han de probarse por parte de quien los ha expresado a menos de que se le considere a tal expresión con la calidad de vaga o indeterminada, pero si por el contrario al negar se afirma a su vez un hecho, este hecho ha de ser probado, por ello los hechos negativos pueden y deben probarse cuando envuelven una afirmación, así por ejemplo si una persona afirma que un contrato no reúne todos los requisitos legales, está afirmando que le faltan requisitos y esta afirmación necesariamente ha de ser probada.

En los casos en que la ley se remite a la costumbre hay que probar los hechos constitutivos de la costumbre puesto que los mismos no le constan al juzgador; en el caso de querer probar la existencia de una ley extranjera no estando obligado el juzgador a conocer tal regulación, es imperioso que se pruebe su existencia en el caso de que se invoque.

3. Medios de prueba de las Obligaciones reconocidos en la legislación Civil Ecuatoriana.

Tanto en la prueba de las obligaciones en materia civil, como en el resto de las áreas jurídicas, es posible adquirir elementos de convicción para convencerse de la verdad o falsedad de un hecho de tres maneras, la primera mediante una constatación de los hechos por medio de la observación personal del lugar en donde han sucedido, lo que jurídicamente se conoce con el nombre de inspección judicial, la segunda mediante el raciocinio que permite deducir el hecho desconocido en base a los hechos conocidos y probados en juicio, este medio de prueba se denomina presunciones, y finalmente por las declaraciones de las partes o de terceros que pueden ser verbales o escritas, encontrándonos de este modo con la presencia de los documentos, testigos, confesión de parte, juramento deferido e informe de peritos.

Los medios de prueba deben ser expresamente reconocidos por la ley para ser admitidos en un proceso y necesariamente hay que acudir al derecho positivo para la determinación de los mismos, el título XXI, del libro cuarto, del Código civil Ecuatoriano se refiere a la prueba de las obligaciones y precisamente en el segundo párrafo del Art. 1715 es donde se encuentra determinado cada uno de los medios de

prueba que se reconocen como tales por la legislación Civil Ecuatoriana en la prueba de las obligaciones:

“Art. 1715 Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.”¹¹

En el sentido de saber quien ha de probar, el artículo es totalmente explícito puesto que el que alega una obligación de dar, hacer o no hacer algo en su beneficio es quien ha de probar la existencia de tal obligación, *actor probat actionem*, por lo que es el actor el que ha de suministrar los elementos de juicio o producir los medios que permitan determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción¹². Si bien es cierto que de acuerdo a lo anotado al demandante le corresponde el peso de la prueba, no significa que en todos los casos se le imponga el peso de la prueba a quien intenta la acción, puesto que también el demandado puede verse obligado a rendir prueba, sin dejar de considerar que: quien se limita simplemente a negar nada está obligado a probar, y en este caso será necesariamente el demandante quien deba probar, sin embargo si se pretende desvanecer lo manifestado por el demandante es preciso que se presente una excepción por parte del demandado alegando un hecho nuevo que consiga este objetivo, que de no ser probado le condenaría, puesto que la excepción supondría el reconocimiento de la obligación¹³.

El citado Art.1715 Del Código Civil Ecuatoriano evidencia también el reconocimiento de los instrumentos públicos y privados como medios en la prueba de las obligaciones y dentro de ellos a los documentos con soporte en papel, que constituyen lo que jurídicamente llamamos Prueba Instrumental, literal o también llamada escrita, por lo que a continuación procuraremos considerar los aspectos más destacados de la misma.

¹¹ Código Civil Ecuatoriano Art. 1715.

¹² DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría general de la prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

¹³ MORALES, Jorge. Teoría General de las Obligaciones, Pudeleco Editores S. A., Quito, 1995, Págs. 328 y 329.

3.1. La prueba Literal

Dentro de la prueba de las obligaciones en el ámbito civil, la preeminencia de lo escrito es apreciable claramente en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, esto ocurre también en el caso del sistema jurídico Español, Chileno, Francés, entre otros; es de entender que tal importancia se le da al escrito por razones de seguridad Jurídica, puesto que entre uno de los tantos aspectos a señalarse el documento escrito nos permite preconstituir pruebas y conservar estas pruebas en soporte de papel por largo tiempo.

Históricamente se ha privilegiado al documento escrito desde el comienzo mismo del Derecho, así nos ilustra Carrascosa, Bauza, Gonzales, que expresa:¹⁴ “Ya en el siglo VII A. C. en el antiguo Derecho Hebreo para probar la genealogía, el matrimonio y la venta de inmuebles, el documento escrito era obligatorio. En el código de Hammurabi (2250 A. C.) se encuentra ya la exigencia de la prueba escrita. (.....). La ordenanza de Moulins del 23 de Julio de 1566 exige que la prueba sea establecida por documento auténtico, La ordenanza de Luis XIV de 1667 otorga el mismo valor a los actos privados firmados, disposiciones que luego fueron recogidas por el Código de Napoleón de 1804”. Es innegable destacar la decisiva influencia que tubo entre otros ordenamientos el código de Napoleón en el Derecho Civil que actualmente rige en el Ecuador¹⁵, de allí que se entiende la importancia de lo escrito, que también se materializa en las disposiciones del Código Civil Ecuatoriano determinando por ejemplo a los actos que deben constar por escrito en el Art. 1726 que dispone: “Art.1726.- Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.

¹⁴ CARRASCOSA, Valentín; BAUZA, Marcelo; GONZÁLES Audilio. El Derecho de la Prueba y la Informática . Problemas y Perspectivas, UNED Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1991, Pág.44 y 45.

¹⁵ COELLO, Hernán. Epitome del Título Preliminar, Universidad del Azuay, Cuenca, 1995 Pág. 17

No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, (....)”.¹⁶

En el Art. 1727 Ab ídem no se admite la prueba de testigos al demandar una cosa de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América lo cual es consecuente al Artículo nombrado previamente, igualmente en menos de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, cuando lo que se está demandando es parte o resto de un crédito que debió ser consagrado por escrito y no lo fue. En el Artículo siguiente, 1728 del mismo cuerpo legal se muestra un principio de prueba por escrito:

“Art. 1728.-Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

Así un pagaré de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, en que se ha comprobado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda, porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que, por medio de testigos, se supla esta circunstancia.

Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este código y en los códigos especiales.”¹⁷

Existen otras disposiciones del Código Civil que exigen la escritura así como disposiciones de otras áreas jurídicas que tienden al amparo del documento, como por ejemplo los distintos tipos delictivos destinados a reprimir la Falsificación de documentos en general, incluidas desde luego en estos tipos la falsedad instrumento públicos y privados así como la falsificación de documentos electrónicos¹⁸.

Podemos de este modo comprender la preeminencia del documento escrito, y concretamente de la prueba literal que se nos muestra como el escrito destinado a probar la existencia de una situación jurídica.

¹⁶ Código Civil Ecuatoriano. Art. 1726.

¹⁷ Código Civil Ecuatoriano. Art. 1728.

¹⁸ De las Falsificaciones de Documentos en general , título III Art. 337 y siguientes del Código Penal Ecuatoriano.

3.1.1. Características específicas.

Son dos las características elementales y específicas que forman la noción de prueba literal: La escritura y la firma o suscripción.¹⁹ La escritura es un elemento esencial, a través de esta se expresan las relevantes ideas jurídicas que en este caso son exigidas expresamente por ley, en el caso de la segunda característica lo que se consigue generalmente es la conexión del contenido del documento con su autor o con quienes llevan a cabo el acuerdo de voluntades en un negocio jurídico, tradicionalmente se le han atribuido a la firma manuscrita importantes funciones, sin embargo no es menos cierto que documentos sin firma también pueden apoyar la convicción para determinar la prueba de un determinado hecho como por ejemplo los asientos, registros, papeles domésticos y libros de comerciantes.²⁰

La escritura es imprescindible en la prueba literal, aunque la ley no define la escritura sino que la señala directamente, por ello cabe que brevemente hagamos un análisis al término “escrito”, etimológicamente proviene del latín “*scribere*” es decir grabar, lo cual significa representar algo en una determinada superficie, en una de sus acepciones entendemos escritura como la representación del pensamiento a través de signos perceptibles generalmente por la vista.

Existen criterios que defienden el que necesariamente ha de concurrir exclusivamente la percepción visual para que se considere propiamente escritura, sin embargo, concuerdo con que “eso nos llevaría al absurdo de negar el carácter de escrito a los realizados con letra muy pequeña o, a plantearse si emplear lentes ópticos haría perder al escrito su naturaleza documental”²¹ tendríamos además que dejar de lado la escritura en lenguaje que mediante códigos de alto relieve utilizan los ciegos, que en la actualidad es totalmente aceptado como lo demuestran las últimas elecciones presidenciales en Ecuador, en donde a más del voto asistido también se

¹⁹ CARRASCOSA, Valentín; BAUZA, Marcelo; GONZÁLES, Audilio. El Derecho de la Prueba y la Informática Problemas y Perspectivas, UNED Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1991Pág. 47.

²⁰ Tribunal Supremo Español , Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo 3 de Noviembre de 1997 (RJ 1997 8251 y 8252).

²¹ SIMÓ, Diego. Las Nuevas Modalidades de Prestación del Consentimiento: La Función Notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, Pág. 410.

contaba con tablillas con lenguaje escrito para el sufragio de los no videntes, por lo que el concurso de la vista es como hemos manifestado el modo más frecuente y general de acceder a escritos y documentos, pero no el único.

En los últimos siglos, lo normal ha sido que el soporte de la escritura haya sido el papel, puesto que es el medio más conocido e idóneo para contener y conservar lo escrito, por ello en la época en que las leyes fueron redactadas el legislador debió mentalmente considerar el soporte en papel por sus características de fiabilidad y durabilidad, sin que por ello se limite actualmente en modo alguno la utilización de otros medios, para respaldar lo dicho consideremos que ULPIANO señalaba ya en su tiempo que las tablas de un testamento podían ser de madera, papel, pergamino, cuero o de cualquier otro material, y que se debían llamar rectamente tablas²².

Concretamente hablando de la prueba literal o instrumental, el instrumento es todo escrito en el cual se consigna un hecho, caracterizando al instrumento el hecho de estar escrito, ejemplo de ello son las escrituras públicas, los diarios, inscripciones, etc. que en derecho son instrumentos reconocidos y a considerarse para la prueba de las obligaciones, tal como se establece en el Código Civil Ecuatoriano.²³

La segunda característica elemental de la prueba literal es la firma que es una especie del genero “suscripción” como bien lo explica Muñoz Sabaté:²⁴ “... Caben otras modalidades de suscripción o firma como la subdactilar, por impresión de las huellas digitales y el sello mediante su aposición al final del documento”. De acuerdo a lo citado, lo que realmente se busca en el documento es que exista en él la posibilidad de verificación y autenticación, y desde aquello la determinación de la identidad del autor o autores del documento y la conexión de estos con la voluntad expresada en el documento.

²² “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram, sive igitur tabulae sint lignae, sive cuiscunque alterius materiae, sive chartae, sive membranae sint, vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur*”. Ulpiano 1.39, Ad edictum.

²³ Código Civil Ecuatoriano, Art. 1715 y siguientes.

²⁴ MUÑOZ, Luis. Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, tercera edición corregida y aumentada, Editorial. Praxis S.A., Barcelona, 1993. Pág.440.

En la antigua Roma los documentos no eran firmados, existía una ceremonia llamada *manufirmatio*, por la cual luego de la lectura del documento por su autor o el *notarius*, se desplegaba el documento sobre una mesa y se pasaba la mano por el pergamino como signo de aceptación, solamente después de cumplida esta ceremonia se estampaba el nombre del autor.²⁵

En nuestra realidad, la autoría y autenticidad de un documento se determina por elementos intrínsecos al documento, en este caso hablaríamos de la suscripción, constituyéndose esta en la manera más fácil de determinar la posible autoría de un documento, y no siendo sino un procedimiento realizado por el autor en el documento mismo y que por regla general se hace por medio de la firma manuscrita.

Es precisamente en el ámbito del negocio jurídico donde la función de la suscripción documental adquiere especial trascendencia, pues quien se vincula por un acuerdo de voluntades expresándolo a través del documento, halla certeza y se interesa en facilitar la prueba de la existencia de tal relación Jurídica. Lo importante es que la suscripción cumpla con la función de permitir la verificación y autenticación del autor o autores del documento en el que se expresan sus voluntades, para los consiguientes efectos jurídicos.

4. Instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones.

Cuando hablamos de instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones, nos estamos refiriendo a ellos como los papeles o documentos en los que se expresa el acto jurídico²⁶, por ello que el instrumento es todo escrito en el que se consigna un hecho, comprendiendo de este modo que las palabras instrumento y documento son sinónimas y corresponden a la misma idea, estos documentos o instrumentos se dividen en públicos y privados²⁷, los primeros son autorizados por funcionarios públicos guardando para ello ciertas solemnidades en cierto grado

²⁵ CARRASCOSA, Valentín; BAUZA, Marcelo; GONZÁLES, Audilio. El Derecho de la Prueba y la Informática Problemas y Perspectivas, UNED Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1991 Pág.49.

²⁶ ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones, Editorial Jurídica Editorial-Conosur Limitada. Santiago de Chile, 1988Pág. 501

²⁷ Código Civil Ecuatoriano, 2006, Art. 1715.

rigurosas y los instrumentos privados son ajenos a estas formalidades y se otorgan por parte de particulares.

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

Tanto los instrumentos públicos como los privados pueden ser exigidos en un proceso judicial ya sea por vía de prueba como por vía de solemnidad²⁸, pudiendo ello producir cierto grado de confusión entre lo que se constituye prueba y la solemnidad a cumplirse por parte de los instrumentos públicos, por ello merece considerarse tal como lo explica el Catedrático Universitario Jorge Morales Alavarez,²⁹ que la prueba tiene por objeto justificar la existencia del acto o contrato cuya ejecución se persigue, mientras que la solemnidad es un requisito indispensable para la existencia del contrato, sin la solemnidad el contrato no se perfecciona³⁰, la ley en la prueba de las obligaciones nos exige el documento como un medio de prueba y no como una solemnidad, así en el ya citado Art. 1726 del código civil ecuatoriano se establece que actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América deberán constar por escrito, con lo que claramente podemos determinar que dentro de las prueba de las obligaciones el instrumento no es exigido como solemnidad sino como medio probatorio.

4.1. Características esenciales del instrumento público y privado.

El Art. 1716 del Código Civil Ecuatoriano define a los instrumentos públicos o auténticos³¹ como los autorizados con las solemnidades legales por el competente

²⁸ ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones, Editorial Jurídica Editorial-Conosur Limitada. Santiago de Chile, 1988Pag. 502

²⁹ MORALES, Jorge. Teoría General de las Obligaciones, Pudeleco Editores S. A., Quito, 1995 Pág. 330

³⁰ Código civil Ecuatoriano, 2006, Art. 1718.

³¹ El Art. 1716 del Código Civil Ecuatoriano al referirse al instrumento público hace sinónimas a la palabra público y a la calidad de auténtico, entendiéndose que cuando la ley habla de instrumento público alude también al instrumento auténtico. lo cierto es que los instrumentos públicos casi siempre son auténticos, pero hay muchos instrumentos auténticos que no son públicos.

empleado, y que otorgado ante notario público e incorporado a un protocolo o registro público se llamará escritura pública. Lo que caracteriza entonces al instrumento público es necesariamente la intervención de un funcionario público en su otorgamiento, por ello son instrumentos públicos los decretos del presidente de la República, las resoluciones de los tribunales, los testamentos, escrituras públicas, etc., lo que no puede faltar es la intervención de funcionario público y que se cumpla con las correspondientes solemnidades legales según sea cada caso, entendiendo claramente que ha de extenderse el documento por parte del funcionario público en ejercicio de su función para que se considere instrumento público, puesto que si el funcionario se halla destituido o simplemente emite un documento de modo particular e independiente a la función que se le ha delegado por la autoridad del Estado, de ningún modo se podría considerar como instrumento público, debiendo además el funcionario ser competente en cuanto a la materia y en cuanto al territorio para el otorgamiento del instrumento público.

Los instrumentos privados son otorgados por particulares sin la intervención de un funcionario público, se considera tales a las cartas, los contratos privados, los cheques y en general a todo acto escrito caracterizado esencialmente por el hecho de ser otorgado por un particular sin la intervención de un funcionario público ni ser sometido en su otorgamiento a ninguna formalidad, pudiendo inclusive escribirse en un idioma extranjero, a mano, a máquina, ser impresos, etc. Siempre que las firmas sean escritas a mano por los otorgantes, sin ser exigida la datación de los mismos, con las excepciones que se dan en el caso de documentos privados que no necesariamente requieren de firma y de los que necesariamente han de llevar fecha como en el caso de las letras de cambio.

4.2. Valor Probatorio de los instrumentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones.

El instrumento público tiene un inmenso valor probatorio, es otorgado con la intervención de un funcionario del estado encontrándose por ello provisto de fe pública, siendo de tal eficacia y valor probatorio que quien exhibe un instrumento público halla en ello el mérito probatorio suficiente, a tal grado que ha de ser quien

impugne el documento quien ha de probar su falta de autenticidad o falsedad ya que la misma ley presume la autenticidad de un instrumento público mientras no se haya esto desvirtuado, el instrumento público prueba plenamente por si solo sin necesidad de producir ninguna otra prueba, de acuerdo al Art. 1717 del Código civil ecuatoriano, el instrumento público hace plena fe, sin embargo no se refiere a la verdad de las declaraciones se que hayan hecho en él por parte de los interesados, sino que se refiere al hecho de haberse otorgado y a la fecha del documento, haciendo plena fe de las declaraciones respecto de los declarantes. Concretamente el instrumento público hace plena prueba en cuanto a su fecha, al hecho del otorgamiento y a la verdad de las declaraciones contenidas en él, así como respecto a las personas que han suscrito el instrumento, teniendo igual valor probatorio para terceros ajenos a su suscripción, sin que ello impida el que se pueda impugnar el instrumento público, ya que las declaraciones contenidas en él pudieren no ser verdaderas, pero ello ha de probarse por parte de quien impugna, ya sea que lo haga aduciendo falta de autenticidad o falsedad en las declaraciones que el instrumento público contiene.

El instrumento privado a diferencia del instrumento público, al haber sido otorgado sin la intervención de ningún funcionario del estado sino por particulares, está expuesto a adulteraciones, no hace prueba por si solo y no se le presume autenticidad por lo que esta ha de ser probada por parte de quien lo exhiba en caso de ser impugnado, bastándole a quien impugna rechazar o desconocer el instrumento privado, sin tener que probar nada.

El instrumento privado hace prueba en juicio en base a su reconocimiento realizado por la parte a quien se opone o cuando el juez declara al instrumento privado como autentico, tiene el valor de escritura pública cuando ha sido reconocido necesariamente por la parte de la cual emana, sin tener valor de ninguna especie ni probar nada respecto de terceros.

Existen particularidades en cuanto al instrumento privado, siendo una de ellas la referente a la fecha de los mismos, que a diferencia de los instrumentos públicos en los que hace fe la fecha constante en el documento, en el caso de los instrumentos privados hay que precisar cual es la fecha y cuales las exigencias específicas para

que esta fecha cuente, según el artículo 1720 del código civil ecuatoriano “la fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado³², o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal”. Entonces en materia civil la fecha del documento no sería la que consta en el instrumento privado sino la del día en que ocurriera alguno de estos acontecimientos.

Los asientos, registros y papeles domésticos que no son sino los escritos firmados o no, que una persona redacta en hojas sueltas o encuadernadas, como por ejemplo las libretas de apuntes, cuadernos, diarios, registros de gastos, etc. Solo hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, debiendo aparecer con total claridad, e imposibilitando que quien busque aprovecharse de ellos rechace alguna parte del instrumento que le fuere desfavorable, igual imposibilidad de rechazo existe en el caso de una nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, respecto de hacer fe en todo lo favorable al deudor, ocurriendo del mismo modo si la nota escrita o firmada por el acreedor se halla en el duplicado de una escritura que se está en poder del deudor.³³

En definitiva y de acuerdo al Art. 1723 del Código Civil Ecuatoriano “ El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”.³⁴

Determinar claramente que es lo dispositivo y que corresponde a lo meramente enunciativo y respecto de si se relacionan o no, dependerá de las específicas

³² Por lo que si el instrumento privado apareciera otorgado en una fecha posterior al evento de la muerte de alguno de los firmantes sería claro que el instrumento ha sido adulterado.

³³ Art. 1722 Código Civil Ecuatoriano 2006.

³⁴ “Lo dispositivo del instrumento es aquello que constituye el objeto del acuerdo de las voluntades de las partes , por ejemplo en un contrato de compra venta el elemento dispositivo del instrumento sería la determinación de la cosa y del precio que es lo que le constituye en esencia al contrato de compra venta. Lo meramente enunciativo son aquellos hechos o actos anteriores a la relación del acto mismo, o a que el acto mismo se refiere, y corresponden a indicaciones meramente accidentales que pueden o no acompañar al acto jurídico y que pueden faltar, sin que por eso falte el instrumento de que se trate.” ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones, Editorial Jurídica Editorial-Conosur Limitada. Santiago de Chile, 1988 Pág. 507.

circunstancias de un caso concreto, correspondiéndole hacer esta diferenciación al juez en ejercicio de su función dentro del proceso que se ponga a su juzgamiento.

CAPITULO II

1. Problemática de la prueba documental informática.
2. El Derecho, Internet y el Documento Electrónico.
 - 2.1. Definiciones Generales.
 - 2.2. El Documento Electrónico
 - 2.2.1. Raíz Etimológica de Documento.
 - 2.2.2. La noción de Documento Electrónico.
 - 2.2.3. Concepto de Documento Electrónico.
 - 2.2.4. Clasificación.
- 3 los documento electrónicos y su diferencia con los documentos contenidos en medios tradicionales.
 - 3.1. Diferencia entre Documentos e Instrumentos.

CAPÍTULO II

1. Problemática de la prueba documental informática.

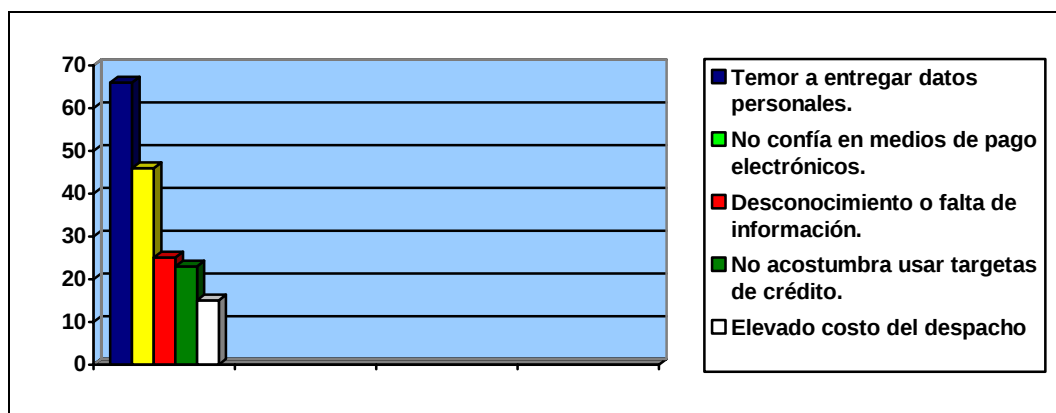
Actualmente existe gran interés por las ventajas que ofrece Internet en lo referente al comercio electrónico, ya que en su ejercicio y mediante el uso de documentos electrónicos se beneficia la celebración de negocios jurídicos alrededor del mundo, pudiendo incluso estos documentos ser considerados como medios admisibles en la prueba de las obligaciones dentro de un proceso judicial.

Sin embargo es innegable que no todos consideran a Internet como el medio más adecuado para realizar negociaciones, ni encuentran beneficios en lo que en Derecho informático se denomina Comercio Electrónico, menos aún consideran conveniente el que los documentos electrónicos utilizados hagan prueba; la razón es comprensible puesto que si bien para estar conectado a Internet no se necesita más que un proveedor del servicio de Internet, un ordenador (*hardware*)³⁵ y los programas adecuados (*software*)³⁶, no todos los conocen ni tienen acceso a ellos, de esto deriva el que a diferencia de las formas tradicionales, los documentos electrónicos tanto como medios para expresar el acuerdo de voluntades en el negocio jurídico como para probar las obligaciones no hallen buen sitio, el mayor motivo para ello es el temor que se tiene al uso los nuevos medios tecnológicos como a la ineficaz aplicación de documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones, este criterio es muy claro si prestamos atención a los índices que muestra el siguiente gráfico respecto de las razones para no comprar en Internet:

³⁵ Hardware: Es el conjunto de todos los dispositivos y unidades físicas tangibles que se conectan o forman parte del ordenador, para nuestro caso de estudio: El propio computador o equipo específico que permita conexión, el Módem y la Línea telefónica.

³⁶ Software: Es el conjunto de todos los programas necesarios para que el Hardware funcione y se caracteriza por ser intangible, en este caso en particular son los programas que nos posibiliten Conexión y navegación en Internet

RAZONES PARA NO COMPRAR EN INTERNET:



www.americaeconomia.com

Si el temor y la desconfianza son los mayores motivos para no comprar en Internet, es fácil imaginar como influyen estos dos factores respecto de invocar un documento electrónico como prueba de las obligaciones, más si aún habiendo vencido el miedo de realizar la compraventa por Internet, lo único que podría probar la existencia de la obligación es un documento electrónico, agudizándose este temor con la presencia de los HACKER³⁷ que han puesto en peligro grandes redes de comunicación y grandes servidores.

Sin embargo la utilización de documentos electrónicos en el comercio electrónico ha logrado tanta aceptación, que los montos de negociación y los datos transmitidos son cada vez mayores en cantidad y en importancia, así como en razón de los temores de negociar en Internet se ha dado paso a la búsqueda de los mecanismos que permitan incrementar la seguridad en cada una de las transacciones que se realizan a través de medios electrónicos, procurando que los datos no sean interceptados ni manipulados por personas ajenas, por ello se hace necesaria la existencia de elementos que contribuyan a la identificación de los participantes en el acuerdo de voluntades.

³⁷ Hacker: Temibles piratas virtuales que ingresan a las redes y capturan la información que ella contiene o que por ella se transmite.

Algunos de los medios que contribuyen con la seguridad electrónica son la criptografía, el empleo de la firma electrónica, los procesos de encriptación y desincryptación de información, el uso de claves públicas y privadas, que de alguna manera permiten garantizar la seguridad y autenticidad de los documentos electrónicos en el supuesto de considerarlos en un proceso judicial como prueba de las obligaciones.

2. El Derecho, Internet y el Documento Electrónico.

Dentro del Derecho informático, el Documento Electrónico y la Firma Electrónica son los antecedentes básicos y necesarios para la consolidación y consumación del comercio electrónico, que presenta situaciones jurídicas muy variadas en su desarrollo, tal como ocurrió desde el comienzo de la historia cuando el comercio se produjo utilizando medios orales o escritos en soporte tradicional. Una de las principales variaciones en el desarrollo del comercio electrónico es el aparecimiento y uso del Internet, que es una red internacional de computadores en interconexión que permiten la comunicación y el acceso a una inmensa cantidad de información a decenas de millones de personas repartidas alrededor del mundo, red que ha producido una aceleración en el tiempo histórico considerando que la radio demoró 38 años en tener 50 millones de usuarios, el teléfono 25 años, la PC 16 años y el acceso a Internet apenas 4 años, por lo que esta red abierta internacional e interactiva a la que cualquier persona puede tener acceso, ha generado una verdadera revolución en la manera de realizarse la comunicación global y la expresión del acuerdo de voluntades dentro de los negocios jurídicos, lo que a su vez ha incentivado la actualización de los ordenamientos jurídicos mundiales.

Al hablar de Internet, debemos referirnos también al espacio donde esta mega-red se desarrolla, espacio que es muy diferente del espacio físico conocido, este es: el *ciberspacio*, término que fue tomado de una novela llamada *Neuromancer* de William Gibson que data de 1984, un espacio constituido por *bits*, que no es asimilable al espacio real puesto que no es localizable mediante pruebas empíricas como por ejemplo el tacto³⁸, no reconoce límites geográficos y permite que la

³⁸ LORENZETTI, Ricardo. Comercio Electrónico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 13 y 14.

distancia en relación al tiempo halle forma de vulnerarse mediante medios informáticos, es precisamente en el ciberespacio donde se desarrolla la red mundial llamada Internet, que encuentra su origen en una red experimental promovida 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 llamó ARPANET³⁹ y que surgió al final de la década de los sesenta, poco a poco este tipo de redes empezó a funcionar a nivel de Universidades hasta llegar a ser utilizada por empresas y particulares en general, produciéndose un intercambio de información libre, siendo actualmente Internet la red que conecta a la mayor partes de redes del mundo.

En la llamada sociedad de la información Internet es un elemento clave, siendo técnicamente un entramado mundial de redes conectadas entre sí de un modo que posibilita la casi instantánea comunicación de un lugar del mundo a otro totalmente distante, así por ejemplo la información de un mensaje de datos enviada desde Ecuador hacia cualquier país del mundo, puede ser consultada en cuestión de segundos por el destinatario del país elegido para el envío, realidad que de acuerdo a la legislación ecuatoriana, comprende al Emisor o Persona que origina un mensaje de datos y al Destinatario o Persona a quien va dirigido el mensaje de datos⁴⁰.

Nos encontramos de este modo frente a un medio de comunicación instantáneo y global, dentro del que la *World Wide Web* (www)⁴¹ o malla mundial, simplifica la utilización de la gran mayoría de las aplicaciones y servicios ofrecidos en Internet, mostrando toda la información necesaria a través de páginas Web que son hipertextos cargados de documentos, sonidos, imágenes, archivos de video, etc., lo que supone que para que se pueda transferir e interconectar esta información se ha de recurrir a estándares comunes, esto es un formato que permita almacenar información

³⁹ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derecho Privado de Internet, Editorial Civitas, Madrid, 2002, Pág. 27.

⁴⁰ Glosario de Términos de la Ley de Comercio electrónico firmas y mensajes de datos ecuatoriana.

⁴¹“WWW”: es una malla mundial de redes y sistemas localizados en diferentes ubicaciones geográficas, diseñado por el científico británico Timothy Berners-Lee, en el año 1989, el cual proporciona un carácter descentralizado, que de cierta forma ha imposibilitado el hecho de que sea un solo organismo el que dirija Internet

(HTML)⁴² así como un protocolo que permita transferirla mediante ficheros que contengan a los hipertextos y permitan que esa información pueda navegar en Internet (HTTP)⁴³, facilitándose de este modo que cualquier empresa o particular que cuente con un ordenador o un sistema informático adecuado, acceda a las posibilidades que ofrece el servidor “www” y mediante la contratación del uso del Internet acceda a paginas Web que contengan los hipertextos o inclusive establezcan o publiquen información mediante una página Web que se mantenga en el ciberespacio y sea accedida libremente.

Dentro de las posibilidades que ofrece Internet nos encontramos con distintas modalidades que no solo obedecen a la condición de hipertextos contenidos en páginas Web, sino que mediante ellos se permite el acceso a una inmediata comunicación, que puede incluir la entrega de publicidad, así tenemos el llamado correo electrónico⁴⁴, los grupos de noticias, discusión o debate llamados *newsgroups*⁴⁵; la transmisión de mensajes mediante el sistema de los tabloides de anuncios o *Bulletin Board Systems* (BBS)⁴⁶ y, la posibilidad de diálogo en tiempo real de dos o más personas mediante mensajes, utilizando para ello el teclado alfanumérico de un ordenador y siendo visualizados por los usuarios en la pantalla o

⁴² HTML: “*Hypertext Markup Language*”. Lenguaje usado para escribir documentos para servidores World Wide Web, HTML sigue un modelo de desarrollo abierto. Cuando una nueva característica es propuesta, es implementada en algunos clientes y probada en algunas aplicaciones. Si la demanda para esta nueva característica es suficiente, otras implementaciones son animadas a seguir esta nueva demanda, y la nueva característica llega a ser ampliamente empleada. En este proceso, el diseño es revisado y quizás modificado o potenciado. Finalmente, cuando existe suficiente experiencia con esta nueva característica, llega a ser parte del conjunto Standard de HTML.

⁴³ HTTP : “*Hypertext Transfer Protocol*” HTTP es un protocolo con la ligereza y velocidad necesaria para distribuir y manejar sistemas de información hipermedia. Es un protocolo genérico orientado al objeto, que puede ser usado para muchas tareas como servidor de nombres y sistemas distribuidos orientados al objeto, por extensión de los comandos, o métodos usados. Una característica de HTTP es la independencia en la visualización y representación de los datos, permitiendo a los sistemas ser contruidos independientemente del desarrollo de nuevos avances en la representación de los datos, HTTP ha sido usado por los servidores World Wide Web desde su inicio en 1.990.

⁴⁴ El Correo electrónico es una comunicación individualizada , que permite enviar y recibir mensajes escritos a otro u otros usuarios, a diferencia del correo convencional, el correo electrónico no proporciona propiamente el documento original sino que entrega una copia idéntica a cada receptor , constando generalmente el nombre y la dirección de correo electrónica del remitente, a menos que se utilice un sistema de: “*anonymous remailers*”, lo que garantizaría el anonimato del remitente.

⁴⁵ “*Newsgroups*”: Son medios especializados de comunicación colectiva, los mensajes se envían mediante el correo electrónico.

⁴⁶ Básicamente un BBS es un sistema al que acceden los usuarios para dejar y tomar información por medio de mensajes, artículos y ficheros.

monitor del computador, sistema que es conocido como IRC⁴⁷ que es una forma de “chat”, constituyéndose este modo de comunicación como uno de los predilectos dentro de la sociedad, tanto como lo es el de la video conferencia, mediante cámaras Web incorporadas o conectadas en un ordenador, que permiten la visualización de ambos interlocutores, pudiendo incluso mediante el uso de hardware y software especializados poder escuchar en tiempo real el dialogo, prescindiendo del uso del teclado para que se realice la comunicación mediante Internet⁴⁸.

Todos estos sistemas han permitido que la forma de realizar la comunicación y de permitir expresar la voluntad de las partes en el negocio jurídico evolucione vertiginosamente, así por ejemplo con el uso de la video conferencia, un grupo de ejecutivos pudiesen acceder a la prestación de servicios o brindarlos mediante una negociación directa e instantánea en dos extremos del mundo totalmente distintos, pudiendo estar presentes los abogados de cada parte y recurrir a ellos en todo momento, con lo que bastaría el uso de la firma electrónica para dejar establecida la validez de los negocios jurídicos producto del acuerdo de las partes conectadas mediante la Web, considerando además que el objeto de la ley de comercio electrónico firmas y mensajes de datos vigente en el Ecuador es el de regular los mensajes de datos y la firma electrónica, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas⁴⁹ y más aún que en el Art. 2 de esta misma ley se establece que “los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos.” Y “ Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”. Por ello las ventajas de la comunicación global e instantánea mediante Internet, así como el uso de software de navegación para el acceso a los diferentes servicios de la red, generan el apareamiento de nuevos retos para la aplicación del derecho positivo respecto del surgimiento de

⁴⁷ IRC: “Internet Relay Chat” Es un sistema de conversación multiusuario, donde la gente se reúne en canales (lugar virtual, normalmente con un tema de conversación) para hablar en grupo o en privado. Consiguió fama internacional durante la guerra del Golfo Pérsico, cuando las noticias llegaban a través de telegramas a todo el mundo, la gente que estaba en irc, recogía estas noticias en un simple canal de irc.

⁴⁸ En cuanto a funcionamiento interno, Internet no se ajusta a ningún tipo de ordenador, tipo de red, tecnología de conexión y medios físicos empleados. Internet no tiene una autoridad central, es descentralizada. Cada red mantiene su independencia y se une cooperativamente al resto respetando una serie de normas de interconexión.

⁴⁹ Art. 1 Ley de Comercio Electrónico Firmas y mensajes de Datos Ecuatoriana

negocios jurídicos⁵⁰ a través de medios de comunicación informática, así como el uso del documento electrónico en la prueba de las obligaciones en caso de ser invocado como tal dentro de un proceso judicial.

2.1. Definiciones Generales.

Cabe que abordemos ciertas definiciones que permitan apreciar con claridad, las particularidades esenciales que el documento electrónico por su propia naturaleza de informático posee de modo intrínseco; me refiero al hecho de que el documento electrónico está constituido por un lenguaje que obedece a un sistema numérico binario.

Para definir lo que entendemos como sistema numérico binario, es preciso recurrir a la historia, puesto que desde tiempo remotos la humanidad desarrolló diferentes sistemas matemáticos que poseían su correspondiente base numérica; entre estos sistemas tenemos: el sistema Babilónico, Romano, Hindú y Árabe.

El sistema Babilónico utilizaba una base 60 y producto de ello es que en la actualidad se considere la base 60 para la medición de horas, minutos y segundos, así como del sistema Romano conservamos los números I, V, X, L, C, D y M, siendo nuestro actual sistema numérico decimal (*de base 10*) producto de la influencia directa del sistema numérico Árabe e Hindú, y sin que por ello dejen en la actualidad de existir sistemas numéricos de base distinta a 10, como el octal⁵¹ y hexadecimal⁵²; este es precisamente el caso del sistema numérico binario de base 2 que emplea sólo los dígitos: “0” y “1”, que con el surgimiento de los ordenadores resultó ser el 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 ordenes a ellos introducidas

⁵⁰ Existe posibilidad (entre muchas otras) de realizar compraventa de bienes y servicios mediante Internet, por medio de páginas Web especializadas, que realizan entregas en días y hasta en minutos, ya sea con la introducción de los dígitos correspondientes al número de tarjeta de crédito o al llenado de una forma y la realización de un depósito o transferencia bancaria, ello ha generado una variación drástica en la forma de negociar respecto del uso de Internet.

⁵¹ De base 8.

⁵² De base 12.

mediante signos conocidos por el usuario que forman parte de cada uno de los tipos de un telado alfanumérico.

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 él mediante los caracteres alfanuméricos que forman el documento electrónico⁵³, para ello se creó el código ASCII⁵⁴(*Código Standard para el intercambio de Información*), de este modo tanto la capacidad de memoria RAM⁵⁵, como la de otros dispositivos de almacenamiento masivo de datos, imágenes, video o música, se mide en bytes.

Cuando se hace referencia a grandes cantidades de bytes, se emplean los términos: Kilobyte (KB)⁵⁶, Megabyte (MB)⁵⁷, Gigabyte(GB)⁵⁸ y Terabyte(TB)⁵⁹.

Estas precisiones técnicas son necesarias, puesto que nos permitirán en lo posterior, comprender la capacidad y condición de los distintos dispositivos en que pueden almacenarse los documentos electrónicos, el espacio que se requiere para ello y las ventajas que esto podría verificar al considerarse a los documentos electrónicos como medio de prueba en las obligaciones.

⁵³ Información obtenida en la página Web: www.asifunciona.com

⁵⁴ ASCII: American Standard Code for information Interchange

⁵⁵ RAM es el acrónimo inglés de **R**andom **A**ccess **M**emory, se trata de una *memoria* en la que se puede tanto leer como escribir información. Es una memoria volátil, es decir, pierde su contenido al desconectar la energía eléctrica. Se utiliza normalmente como memoria temporal para almacenar resultados intermedios y datos similares no permanentes. Se dicen "de acceso aleatorio" o "de acceso directo" porque los diferentes accesos son independientes entre sí. Por ejemplo, si un disco rígido debe hacer dos accesos consecutivos a sectores alejados físicamente entre sí, se pierde un tiempo en mover la cabeza hasta la pista deseada (o esperar que el sector pase por debajo, si ambos están en la misma pista), tiempo que no se pierde en la RAM.

⁵⁶ KB = Mil Bytes.

⁵⁷ MB = Un millón de Bytes.

⁵⁸ GB = Mil millones de Bytes.

⁵⁹ TB = Un billón de Bytes.

2. 2. El Documento Electrónico

El documento electrónico es en esencia lo que se denomina un mensaje de datos, los mensajes de datos conocidos originalmente como *data message*, fueron definidos por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de Comercio Electrónico como: “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”⁶⁰, al respecto y en total conformidad con lo anotado nuestra ley los define como: “toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio”. y extiende esta calidad aún más cuando establece que “Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”.⁶¹ por ello es apreciable la importancia que tiene los documentos electrónicos como antecedente lógico del comercio electrónico, a partir de ello y jurídicamente hablando se trata de documentos electrónicos que contienen actos o declaraciones de voluntad⁶², sin importar el medio del que emanen ni del soporte en el que consten.

Los Documentos electrónicos en algunos de los casos, pueden requerir de elementos adicionales, para que de esta forma basándose en la legislación y reglamentación existente tengan el mismo valor jurídico que tienen los documentos escritos y firmados en soportes tradicionales, elementos que analizaremos posteriormente en el presente trabajo de investigación.

⁶⁰ Información obtenida en la página Web de Las Naciones Unidas: <http://www.un.org>

⁶¹ Glosario de Términos de la Ley de Comercio electrónico Firmas electrónicas y mensajes de datos ecuatoriana.

⁶² Art. 1461 del Código Civil Ecuatoriano.

2.2.1. Raíz Etimológica de Documento.

Etimológicamente, 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, instruirlo*”, por lo que un documento es algo que muestra, que indica alguna cosa.⁶³

El verbo griego *dékomai* y sus derivaciones *dokeimoi* y *dokéo* tienen una significación originaria casi idéntica a los vocablos latinos⁶⁴. Lo mismo sucede con el sustantivo “*document*” en el idioma inglés y en el francés y “*documento*” en el español, en el italiano y en el portugués⁶⁵.

2. 2. 2. La noción de Documento Electrónico.

El documento electrónico para ser tal debe cumplir un proceso que bien podemos establecer en tres etapas: etapa de creación, etapa de almacenamiento y etapa de recuperación o lectura.

En la etapa de creación el computador utiliza un programa informático para traducir la información expresada en lenguaje humano a un lenguaje que le sea comprensible y susceptible de ser almacenado en el ordenador, este lenguaje es el binario al que ya nos hemos referido previamente, que consiste en una combinación de unos y ceros que representan a cada uno de los caracteres del lenguaje humano, en este proceso el computador usa chips o sistemas integrados que le permiten realizar estas operaciones en base a la programación y software adecuado.

⁶³ CARRASCOSA, Valentín; POZO, M^a. A.; Rodríguez, E.P. La Contratación Informática: El Nuevo Horizonte Contractual, 2 Edición, Editorial Comares, Granada, 1999, Pág. 30.

⁶⁴ PELOSI. El documento notarial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, Pág. 4 y 5, (citado por Ruiz Fernando <http://vlex.com/cl/revista/5>).

⁶⁵ RUIZ, Fernando. El Documento Electrónico frente al Derecho Civil y Financiero, publicada electrónicamente en vlex Chile, 2001, <http://vlex.com/cl/revista/5>

Dentro de la etapa de almacenamiento, los documentos electrónicos pueden almacenarse en diversos soportes mismos que pudieren ser el mismo disco duro del ordenador, disquetes, discos compactos, memorias flash, y más dispositivos⁶⁶ que permiten el almacenamiento y conservación de los documentos electrónicos, una vez que estos documentos son almacenados se vuelven datos incomprensibles para el ser humano, pues al estar expresados en lenguaje binario no son legibles para el ojo humano, debiendo ser traducidos informáticamente a un lenguaje de signos comprensibles para el hombre, para ello la correcta programación y la suministración del software adecuado al ordenador permite que ese ilegible lenguaje se convierta en el lenguaje susceptible de ser comprendido por el entendimiento humano.

2. 2. 3. Concepto de Documento Electrónico.

Trascendiendo el campo de lo jurídico y entendiendo al documento como una cosa capaz de representar un hecho⁶⁷ no hay duda de que el denominado documento electrónico como lo es toda cosa intervenida de algún modo por el hombre es como tal un documento.

No cabe duda que jurídicamente el documento electrónico es técnicamente un documento, por ello y atendiendo a las características anteriormente señaladas podemos considerar que los documentos electrónicos “son aquellos que están escritos en un lenguaje binario, dentro de un soporte adecuado para ser leído por un computador (soporte magnético u óptico generalmente) por medio del cual son traducidos a lenguaje natural⁶⁸ y así se hacen comprensibles”.⁶⁹ Entendido de este modo, es claro que indiscutiblemente el documento electrónico se ha vinculado de forma precisa a la manifestación de voluntades, ahora cabe preguntarnos en que

⁶⁶ La tecnología avanza vertiginosamente y con ella el desarrollo de nuevos dispositivos de almacenamiento, así por ejemplo en un tiempo los disquetes de 3 ½, con una capacidad de 1,38 Mega Bytes fueron superados por los discos compactos de mayor capacidad (700 Mega Bytes), hoy en día encontramos discos duros de mucho más de 250 G.B. y dispositivos sumamente versátiles y móviles como el Flash Memory que tienen una capacidad de 1 a 8 Gigas sin que esta última cifra sea en modo alguno el límite del desarrollo de la capacidad de este tipo de dispositivos.

⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil, Ediciones Arayú Buenos Aires, 1954, Pág. 156.

⁶⁸ Al hablar de lenguaje “natural” nos referimos al lenguaje Alfanumérico comprensible para el entendimiento humano.

⁶⁹ SIMÓ, Diego. Las Nuevas Modalidades de Prestación del Consentimiento: La Función Notarial ante las nuevas tecnologías en su valor jurídico, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000 Pág. 407.

casos y en que determinada forma es posible presentarlo dentro de la prueba de las obligaciones, respecto de su admisibilidad, su autenticidad y posibilidad de verificación.

2. 2. 4. Clasificación.

El documento electrónico puede ser originalmente electrónico o tener su origen en un documento no electrónico. Originalmente electrónico será el documento que haya sido creado por primera vez como electrónico por medios informáticos, como cuando se digita un texto en un ordenador o se toma una fotografía por medio de una cámara digital (mientras se mantengan los archivos fotográficos dentro de la memoria de la cámara digital); serán derivativos los documentos que inicialmente tenían otro soporte pero que posteriormente han sido sometidos a diversos procesos de digitalización con lo que se consigue crear una versión electrónica de los mismos, en la legislación ecuatoriana la ley de comercio electrónico firmas y mensajes de datos llama a este proceso “Desmaterialización electrónica de documentos”⁷⁰ considerando que no es sino “la transformación de la información contenida en documentos físicos a mensajes 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 categoría hallamos a los documentos que llegan a ser electrónicos en base al uso de software que permite el dictado de viva voz.

3. los documento electrónicos y su diferencia con los documentos contenidos en medios tradicionales.

Existe una fuerte tendencia a considerar los documentos electrónicos dentro de una categoría fácilmente integrable y comprensible dentro de la teoría documental propiamente civil, apuntando a que el documento electrónico reunía las mismas características del documento en soporte de papel y, por ello posibilitaba el poder aplicar para el documento electrónico toda la normativa aplicada para la prueba documental clásica, sin embargo son más los autores que tienen un punto de vista totalmente opuesto, considerando que el documento electrónico es de especial

⁷⁰ Glosario de términos de la Ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos.

naturaleza y que requiere para su actuación práctica una regulación específica sin la que no podría alcanzar una aceptable seguridad, ni una apreciable difusión.⁷¹

Los diversos criterios respecto del documento electrónico desde la óptica probatoria civil, se originan a partir de la comparación de las características propias del documento en soporte papel, y aquellas que presenta el documento contenido en soporte informático, así varios autores señalan ventajas en el soporte en papel, que se constituirían en desventajas del soporte electrónico y entre las cuales señalo las siguientes:

1. La posibilidad de distinción entre original y copias.
2. La rápida posibilidad de reconocer alteraciones y enmendaduras introducidas en el documento.
3. La firma manuscrita, que permitía determinar la autoría de los documentos.
4. La posibilidad de demostrar la integridad del documento y el origen de sus datos, imposibilitando en cierto modo la repudiación del mismo por parte de su autor.

Lo anotado nos conduce a la afirmación de que por su propia naturaleza informática el documento electrónico adolecería de debilidades, lo cual debería ser subsanado antes de que la doctrina y jurisprudencia, estuvieren dispuestas a la aceptación de la realidad electrónica como una categoría más de la realidad documental civil. Por ello cabría preguntarse si el documento electrónico cumple las exigencias mínimas requeridas para producir efectos jurídicos en el contexto probatorio civil, e indudablemente de la posibilidad de suscripción del mismo.

Nos compete entonces analizar a que grado cumpliría el documento electrónico las exigencias para producir efectos jurídicos, puesto que hay que considerar que toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser probada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre un derecho

⁷¹ RODRIGUEZ, Antonio. El Documento Negocial Informático en Notariado y Contratación Electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000 Pág. 361.

discutido o negado, siendo además necesaria una condición de seguridad jurídica esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva, de ello nos ocuparemos posteriormente en este mismo trabajo de investigación, por ahora nos concretaremos a expresar algunas particularidades de los documentos electrónicos en frente de sus posibles debilidades.

Nos es preciso para ello considerar que esta relativamente nueva concepción documental electrónica halla su lugar de desarrollo y aplicación (al igual que se señaló previamente en el caso de Internet) en el denominado ciberespacio, consistente en una realidad virtual a través de la cual los seres humanos, estamos en condiciones de controlar a través de la computación otros espacios y tiempos diferentes a los reales o físicamente posibles. Con esta consideración y ya en el plano del Derecho es necesario elaborar un concepto más preciso consistente en una transformación del medio jurídico, que es posible a través de una cultura electrónica evolucionada, en la que la información resulta ser un aspecto básico y fundamental, es innegable que grandes cambios se han dado como consecuencia de los negocios jurídicos aplicados a través del comercio electrónico, que de modo indudable tiene gran ingerencia en el derecho y a su vez facilita la asimilación de los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones de un modo mucho más eficiente y práctico.

Analizando las potencialidades del documento electrónico podemos anotar que en relación con la distribución de la información jurídica, la comunicación a distancia permite el contacto a través del espacio como del tiempo de una manera prácticamente instantánea, sin que se afecte la seguridad y eficacia; en países como los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá entre otros, los sistemas de infraestructura informativa permiten una distribución del conocimiento jurídico de una manera expedita, instantánea y socialmente mucho más eficaz que el procedimiento clásico, siendo un valioso aspecto si consideramos que es claro que la ignorancia de la ley no excusa a nadie de su cumplimiento, posibilitándose que el porcentaje de la sociedad que tenga acceso al conocimiento de la ley sea cuando menos mayor al actual.

En el plano documental por ejemplo en el área del comercio electrónico, el que se

permita la conclusión de contratos mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones a distancia vía medios informáticos, nos brinda grandes posibilidades puesto que esta práctica, trae a su vez grandes cambios en la estructura de los contratos respecto de a la forma de llevarlos a cabo.

También podemos considerar a los documentos electrónicos en relación con los métodos de trabajo con la información, produciéndose variaciones importantes en la manera de utilización de los medios informativo-jurídicos, encontrándose la normativa jurídica a disposición de los interesados, de modo mucho más asequible, almacenados en un soporte computarizado y expresado a través de un código binario, ocupando el mínimo espacio posible; así, es frecuente observar la existencia de programas que recogen la legislación y que complementados con concordancias, comentarios doctrinarios y su correspondiente jurisprudencia artículo por artículo, permiten un considerable avance en relación a la realidad de otros tiempos, en los que esta posibilidad implicaba ediciones de múltiples tomos y que hoy, puede ser mantenida en un dispositivo de almacenamiento magnético⁷² u óptico⁷³, y esto facilita enormemente su almacenamiento si consideramos por ejemplo que un documento electrónico de 300 hojas ocupa un mínimo espacio de apenas 152 Kilobytes.

En cuanto a su estructura, el documento electrónico dentro del contrato es *interactivo y dinámico*⁷⁴, lo que implica que, por una parte, produce y crea información y por otra parte la incorpora, pudiéndose en base a estas características

⁷² Los dispositivos magnéticos por excelencia en el mundo de la informática por muchos años han sido los discos duros los cuales han evolucionando mucho desde que apareció el primer disco duro en el año 1.957 con 5 Megabytes de capacidad, actualmente se está trabajando con nuevas tecnologías para seguir aumentando la capacidad de los discos, que han aumentado desde principios del año 1.999, pudiendo resultar en un disco duro con una capacidad para contener entre 200 GB y 250 GB de información, capacidad que actualmente ha sido superada y que va en aumento.

⁷³ Los dispositivos de almacenamiento ópticos son entre otros : el **CD-R** que es un disco compacto de 650 MB de capacidad que puede ser leído cuantas veces se desee, pero cuyo contenido no puede ser modificado una vez que ya ha sido grabado, **CD-RW**: posee la capacidad del CD-R con la diferencia que estos discos son regrabables. **DVD-ROM**: es un disco compacto con capacidad de almacenar 4.7 GB de datos en una cara del disco, pudiendo almacenarse información en sus dos caras, y el **DVD-RAM**: este medio tiene una capacidad de 2.6 GB en una cara del disco y 5.2 GB en un disco de doble cara.

⁷⁴ LEEBAERT, Derek. “*Later than we think., How the future has arrived In Technolog*”y, publicado en la página electrónica www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=511.

incluir disposiciones nuevas al texto contractual preestablecido, o bien impedir la constancia en ellos de normas derogadas e incluso, en contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento, se podría lograr su cumplimiento permanente a través de todo su periodo de vigencia mediante herramientas informáticas, cálculo de intereses por mora, etc. Contando de este modo con una nueva forma de contratación que nos permitiría solucionar problemas que hasta el presente deben ser resueltos a posteriori y que generalmente alteran los efectos del acto.

Refiriéndonos a los medios de expresión y comunicación, la revolución cibernética implica grandes cambios en la mentalidad humana, tan importantes quizá como la aparición de la imprenta o de la máquina de escribir, produciendo cambios estructurales en los sistemas de escritura que se han vuelto dinámicos, autocreativos, y prescinden del elemento papel, pasando a ocupar el *corpus electrónico* y a utilizar un “alfabeto binario”. Todo ello se ha hecho posible debido a las llamadas *rutas de la información*⁷⁵ que permiten la transformación de las comunicaciones análogas en digitales o viceversa, así como la contratación electrónica. Estas rutas de la información, también llamadas *inforutas*⁷⁶ pueden ser redes abiertas como Internet y extranet⁷⁷, posibilitando el acceso a una red mundial de información, intercambio y contratación electrónica ilimitada y con plena libertad de acceso para cualquier persona que disponga de los medios informáticos básicos; de otro lado también contamos con redes cerradas o internas llamadas intranet⁷⁸ que permiten acceso exclusivamente a quienes forman parte de una empresa u organización determinada, impidiendo el ingreso de quienes no formen parte de la misma o no se hallaren autorizados .

Finalmente y en referencia a las formas de organizar y almacenar la información , los documentos electrónicos mediante archivos informáticos pueden ser almacenados debidamente clasificados en dispositivos que ya hemos mencionado como lo son: los

⁷⁵ PERRIT, Henry Jr.. *Law and the information superhighway*, publicado en la página electrónica www.alfa-redi.org

⁷⁶ AMBEGAONKAR, Prakash. “kit de Recursos de Intranet”, Editorial Interamericana de España, 1997.

⁷⁷ Extranet es una red que permite a una empresa compartir informaciones con otras empresas y clientes, las extranets transmiten información por Internet y requieren que el usuario tenga una contraseña para poder acceder a los datos de los servidores internos de la empresa.

⁷⁸ Intranet es una red interna, diseñada para ser utilizado en el interior de una empresa, universidad, u organización. Lo que distingue a un intranet del Internet de libre acceso es el hecho de que el intranet es privado, quienes usan intranet pudieren estar facultados para usar también internet abierto, pero no todos tienen acceso a una intranet a pesar de tenerlo a internet.

disketes, discos duros, discos compactos, tarjetas flash⁷⁹, memorias flash, etc. , permitiendo su análisis, a través de cualquier sistema de terminal (como lo es un monitor de computador o una impresora.) y su manejo y uso puede ser realizado dinámicamente, en un sistema de clasificación asociativa o combinatoria⁸⁰. Además su traslado es simple, por ser un medio de archivo poco voluminoso. Todo ello lleva a una casi prescindencia del papel, convirtiéndose de este modo los documentos electrónicos en un modo versátil, además si consideramos que el papel se hace de árboles, resulta que el documento electrónico es también ecológicamente conveniente.

3.1. Diferencia entre Documentos e Instrumentos.

Normalmente se usa el término Documento indistintamente en relación con el término instrumento, sin embargo la diferencia conceptual entre uno y otro está dada, así documento es el género y el instrumento la especie de aquel, por lo que entendemos que todo objeto que represente una manifestación del pensamiento humano es un documento, sin embargo de modo práctico procesal no se hace sino analogía o más que eso una suerte se sinonimia al respecto del término documento e instrumento, el documento normalmente nos permite representar hechos pero como ya hemos manifestado anteriormente estos han de ser relacionados a la materia que se trata en el proceso para que tengan valor y sirvan de medio de prueba en el ámbito procesal, el documento es entonces todo escrito en el cual se puede expresar hechos pasados, presentes o futuros, que para efectos de la aplicación de la legislación ecuatoriana ha de entenderse sinónimo del término instrumento, y que ha de guardar relación con la materia tratada, haciendo fe de acuerdo a su propia naturaleza y a los distintos procedimientos que para este efecto establece la ley.

⁷⁹Las flash Cards son tarjetas de memoria no volátil, es decir conservan los datos aun cuando no estén alimentadas por una fuente eléctrica, y los datos pueden ser leídos, modificados o borrados en estas tarjetas. Con el rápido crecimiento de los dispositivos digitales como: asistentes personales digitales, cámaras digitales, teléfonos celulares y dispositivos digitales de música, las flash cards han sido adoptadas como medio de almacenamiento de estos dispositivos haciendo que estas bajen su precio y aumenten su capacidad de almacenamiento muy rápidamente.

⁸⁰ COLL Vinent, Robert. Información y poder: el futuro de las bases de datos documentales, Editorial Herder, Barcelona España 1988.

CAPITULO III

1. Documentos Electrónicos.
 - 1.1. Características esenciales.
 2. El Documento Electrónico y la Firma
 - 2.1. Firma Autógrafa y Rúbrica.
 2. 2. Firma digital y electrónica.
 3. Valor probatorio de los Documentos Electrónicos.
 - 3.1. Documentos encriptados con clave simétrica.
 - 3.2. Documentos encriptados con clave asimétrica.
 - 3.3. Validez probatoria y diferencias

CAPITULO III

1. Documentos Electrónicos

Para referirnos a los documentos electrónicos y a las características que le son propias, permitiéndonos encontrar en ellos ventajas y potencialidades dentro de los procesos judiciales, y concretamente dentro de la prueba de las obligaciones, debemos analizar primero los documentos en soporte tradicional, creados generalmente mediante el uso del papel y la escritura manuscrita o mediante medios mecánicos o electrónicos de impresión que le constituyen como escrito o impreso, documentos que por sus características específicas (entre las que destaca el espacio físico que ocupan) han sido y son conservados en carpetas, cuadernos, libros, archivadores o diversos medios que se han desarrollado a lo largo de la historia, así se han formado bibliotecas, archivos, etc., en los que los documentos archivados y organizados pueden ser consultados o incluso mejorados con ediciones aumentadas y corregidas, permitiendo que la información se mantenga actualizada o se conserve durante siglos de investigación científica o de aporte literario que comprende los más variados géneros, dentro de estos parámetros podemos aún apreciar documentos en perfecto estado dedicados por ejemplo a meditaciones religiosas datados en 1893⁸¹, documentos aún más antiguos y trascendentales como la Biblia que a podido llegar a nosotros gracias a la conservación, traducción y reimpresión de textos que se hallaron contenidos en variadísimos soportes, el mismo caso se presenta con el Bhagavad Gita que data también de miles de años atrás y donde podemos hallar relatos de 3141 años antes de la era Cristiana, obras literarias como “Don Quijote de la Mancha” que en la edición de su IV centenario publica una página autógrafa de Miguel de Cervantes, documento que data de 1594 que hoy se halla en el Archivo de Simancas⁸² y que valiéndose de la digitalización y posterior impresión del mismo nos permite apreciar la letra manuscrita, firma y rúbrica del autor. Cabe mencionar (para ilustrarnos aún más de la importancia del soporte de estos documentos y su conservación) el caso del acta de fundación de la Ciudad de Santa Ana de los Ríos de

⁸¹ R. P. SAINT, Omer. El sagrado Corazón de Jesús, Editores apostólicos de la santa sede Apostólica Benziger & co. en Einsiedeln, Suiza. 1893.

⁸² MIGUEL DE CERVANTES. Don quijote de la Mancha, Edición del IV Centenario, Editorial Alfaguara, Sao Paulo, 2004.

Cuenca, que data de 1557 y que ha permitido que esta sea “una de las pocas ciudades hispano americanas donde se conservan religiosamente los nombres de todos los fundadores de aquel 12 de Abril de 1557”⁸³, sin que estos documentos aunque antiguos sean los más antiguos a los que podríamos tener acceso, ya que es sabido que los documentos más antiguos de la humanidad están presentes a lo largo y ancho del mundo y no necesariamente recogidos solamente en libros o actas sino que siguen presentes en templos, esculturas, pinturas rupestres, pergaminos, papiros, etc., todos estos documentos son técnica y jurídicamente protegidos y conservados. Analizados estos básicos aspectos acerca de los documentos en soporte de papel, es preciso que en este punto de la investigación hagamos referencia a las características y potencialidades que ofrecen los documentos electrónicos, ya por su economía física y alta capacidad de almacenamiento de información en dispositivos cada vez más pequeños en tamaño físico pero cada vez más grandes en capacidad de almacenamiento documental, ya por su condición universalmente estándar de conexión y direccionamiento inmediato de información, su grado de perennidad, factibilidad en la creación, uso, desarrollo y conservación de los mismos y realicemos un análisis del proceso que ha de cumplirse para que se constituya este relativamente nuevo soporte informático de documentos y el proceso que se ha de llevar desde su creación, su almacenamiento en los dispositivos adecuados y su recuperación para que sean susceptibles de ser consultados o actualizados.

Sin lugar a duda los documentos electrónicos son un aporte para la humanidad y puntualmente también lo son en el aspecto jurídico, puesto que si bien es ciertamente valioso jurídica e históricamente poder analizar antiguas disposiciones jurídicas, Constituciones y procesos judiciales que datan de siglos atrás y que aún pueden ser consultados mediante su archivo en un soporte tradicional, igualmente es relevante jurídicamente el que documentos contenidos en soportes electrónicos aporten a la dilucidación de aspectos que permitan llegar a una convicción que aclare el criterio del juzgador dentro de un proceso judicial permitiéndole administrar justicia, realizar la entrega de providencias judiciales o tener acceso al Registro Oficial⁸⁴ mediante el uso del correo electrónico, aplicar la digitalización de

⁸³ Cuenca de España y Cuenca del Ecuador, Pág. 17 1993.

⁸⁴ En el Ecuador La Corte Superior de Justicia de Cuenca realiza la entrega física y electrónica de providencias judiciales mediante una base de datos y el uso del correo electrónico, de su lado y con el

documentos que sean jurídicamente relevantes dentro de un proceso y se hallen en soporte tradicional y conseguir que estos se perennicen en soporte informático, o que se impriman pudiendo ser físicamente manipulados facilitando su acceso en cualquier etapa del proceso. Nos encontramos entonces de cerca con las potenciales ventajas de la aplicación del documento electrónico que obedece a una naturaleza informática y conlleva una serie de particulares características que procuramos sintetizar a continuación.

1.1.Características esenciales.

La legislación Ecuatoriana da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos al punto de otorgarles igual valor jurídico que a los documentos escritos; de acuerdo a ello citaré ciertas características que considero son esenciales para que el producto del proceso de crear, almacenar y recuperar emane un documento electrónico que pueda ser citado con eficacia en la prueba de las obligaciones:

1. El documento debe estar escrito en lenguaje binario y preferentemente ha de mantener su información original.

Necesariamente el documento electrónico ha de ser elaborado por medio de herramientas informáticas o la digitalización de otro soporte que permita que a través del lenguaje binario se estructure un documento comprensible para el ordenador o sistema informático específico, ya que siendo de otro modo no estaríamos hablando propiamente de un documento electrónico. Es también conveniente que el documento electrónico que invoquemos dentro de un proceso mantenga la información original del mismo, lo que permitirá que este se revista de la fuerza jurídica necesaria para hacer prueba del acuerdo de voluntades que contenga, consideración que se halla presente en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos: “Art. 7. Cuando la ley requiera u obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a la ley, puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en

que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos. Se considera que un mensaje de datos permanece integro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.”

2. El documento debe tener la posibilidad de almacenamiento en soporte informático, magnético, óptico o cualquier otra clase de soporte que pudiera ser utilizado para tales fines.

En este punto la Legislación Ecuatoriana contempla la regulación que norma la conservación de mensajes de datos, además de puntualizar respecto del cumplimiento de ciertas condiciones cuando para tal efecto el Art. 8 Ab idem manifiesta:

“Toda información sometida a esta ley, podrá ser conservada; este requisito quedará cumplido mediante el archivo del mensaje de datos, siempre que se reúnan 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 creado, generado, 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 mensajes de datos, usando los servicios de terceros, siempre que se cumplan las condiciones mencionadas en este artículo.

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

3. El documento creado ha de ser susceptible de ser recuperado y decodificado a un lenguaje comprensivo para el entendimiento humano, mediante la aplicación del software correspondiente, además de permitir de ser necesaria la impresión del contenido del mismo en soporte tradicional.

El Art. 8 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y mensajes de Datos citado anteriormente, determina claramente en su literal a) que el documento creado ha de ser susceptible de ser recuperado, siendo igualmente importante que esta recuperación del mensaje de datos sea comprensible para el entendimiento humano, es decir una decodificación que permita que el código binario mediante el que se estructuran los documentos electrónicos sea “traducido” a un determinado idioma, que en el caso ecuatoriano de acuerdo a la Constitución Política de la República Art. 1⁸⁵ tendrá que ser el castellano, el quichua, shuar o los demás idiomas ancestrales para los pueblos indígenas según los términos fijados por la ley, sin perjuicio de que en el caso de que se invocare un documento electrónico que se halle en un idioma distinto del Castellano, se pueda utilizar para su entendimiento traductores y peritos. Dentro de la mencionada característica lo expresado en la legislación ecuatoriana va más allá al considerar que cuando la ley exija la constancia por escrito de una determinada información, esto quedará cumplido con la única condición de que el documento electrónico sea susceptible de ser consultado en el futuro⁸⁶; es también importante anotar que por acuerdo de las partes es posible que se desmaterialicen los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente, siendo claro así mismo que para ello ha de contarse con las firmas electrónicas y la certificación de las mismas.⁸⁷

⁸⁵ Constitución Política de la República del Ecuador.

⁸⁶ Art. 6 de la Ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes de datos ecuatoriana.

⁸⁷ Art. 7 de la Ley de Comercio electrónico, firmas y mensajes de datos ecuatoriana.

2. El Documento Electrónico y la Firma

La Firma es el “nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado u obligarse a lo declarado en el documento”⁸⁸ Ya sea que hablemos de un documento en soporte tradicional o de un documento en soporte electrónico, la firma constituye un verdadero nexo entre la persona y el documento suscrito, siendo sin duda el método idóneo para dotar a un documento de la debida autenticidad o para hacerlo propio de quien lo realiza, por lo que se entiende la importancia de la que se reviste debiendo estar dotada en el caso de ser electrónica de las mismas características de seguridad y seriedad que posee la suscripción autógrafa en los documentos escritos y mantenidos en soporte de papel.

Existen muchas maneras de llevar a cabo una firma, así podemos referirnos brevemente a otros medios o métodos de suscripción de documentos que nos permitirán determinar algunas características de los mismos y posibilitar un parangón entre estos y los medios digitales y manuscritos:

Un ejemplo de ello es la subdactilación como modo de suscripción documental, que se constituye en la impresión de las huellas digitales humanas que son un método para la identificación de personas, estampando en alguna superficie destinada para ello rasgos de la piel interna de las manos o pies que son irrepetibles y claramente identificables, comparables entre uno y otro ser humano, huellas digitales que se mantienen inalterables desde la vida intrauterina e incluso post mortem, razón por la cual y contrariamente a lo que podría pensarse –si se tomara con ligereza este modo de suscripción documental–, en la actualidad se lo considera como uno de los más efectivos y es ampliamente utilizado por los gobiernos de muchos países como por ejemplo el de Los Estados Unidos de América que lo utiliza para el control de actos ilícitos tendientes a la internación ilegal de emigrantes de otros países que aunque impostasen su identidad dejan un registro dactilar que permite a las autoridades almacenar la información necesaria para identificar a esa persona y llevar de ella un

⁸⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta, Tomo IV Pág. 76, Buenos Aires, 2003.

record migratorio. Contrastando con esta sofisticada aplicación, el método subdactilar de suscripción de documentos se vuelve a su vez inseguro en lo referente a la autenticación del contenido mismo del documento, puesto que si bien la impresión digital nos haría pensar en la autenticidad del suscriptor, no así respecto de que este individuo haya estado entendiendo completamente el alcance y sentido del documento por él suscrito, además en Ecuador generalmente se usa este medio de suscripción de documentos cuando quien suscribe no sabe leer ni escribir.

Otro de los medios a los que podemos referirnos es la aposición de sellos como medio de suscripción documental que se fundamenta en el uso de un mecanismo que permite a quien lo usa una vinculación con su persona o dignidad y los documentos en los que constara el sello o figura que el mecanismo permita imprimir al documento, teniendo el suscriptor la custodia y control del uso del sello, debiendo responder si el uso dado al mismo ha sido doloso o negligente, con lo que notoriamente es clara la razón para el generalizado rechazo de este tipo de suscripción en ciertos casos.

La tecnología también permite hoy en día que se pueda realizar el archivo de determinadas características biológicas de los seres humanos como por ejemplo las características anatómicas, el timbre de voz, el iris de los ojos o el mapa genético, información que es susceptible de ser digitalizada, con lo que se han generado medios biométricos que hasta hace pocas décadas eran impensables y que bien podrían determinar la forma en la que en un futuro no lejano se pueda activar medios de suscripción de documentos mediante la voz, el registro del iris ocular o la identificación dactiloscópica que cumplirían plenamente con las características de identificación del autor y autenticación del contenido documental, conectando a la persona con el documento suscrito.

Para efecto de la presente tesis cabe que nos refiramos (más que a los ya señalados medios de suscripción documental) a la firma autógrafa y a la firma electrónica como medios de suscripción de documentos, puesto que nos permitirán determinar la mayor admisibilidad y validez que estas permitan en la prueba de las obligaciones tanto a los documentos en soporte tradicional como a los documentos electrónicos, respecto de la conexión de la persona con el documento.

2.1. Firma Autógrafo y Rúbrica.

El vocablo firma proviene del latín “firmare” que significa afirmar, dar fuerza, y el vocablo autógrafa significa grabar o escribir por si mismo y se aplica a un escrito realizado por la mano del propio autor de los signos o trazos sin que para ello se acuda a ningún tipo de medio mecánico⁸⁹, indiscutiblemente la firma autógrafa es el medio más generalizado de suscripción documental. “Por la misma asociación del vocablo firma con el verbo suscribir – escribir debajo de algo – se entiende que la firma tiene que ir tras lo escrito (...) con lo que se entiende que la firma final legaliza o prueba todo lo precedente, siempre que no exista indicios de adulteración, contra lo cual se estila la Rúbrica”⁹⁰.

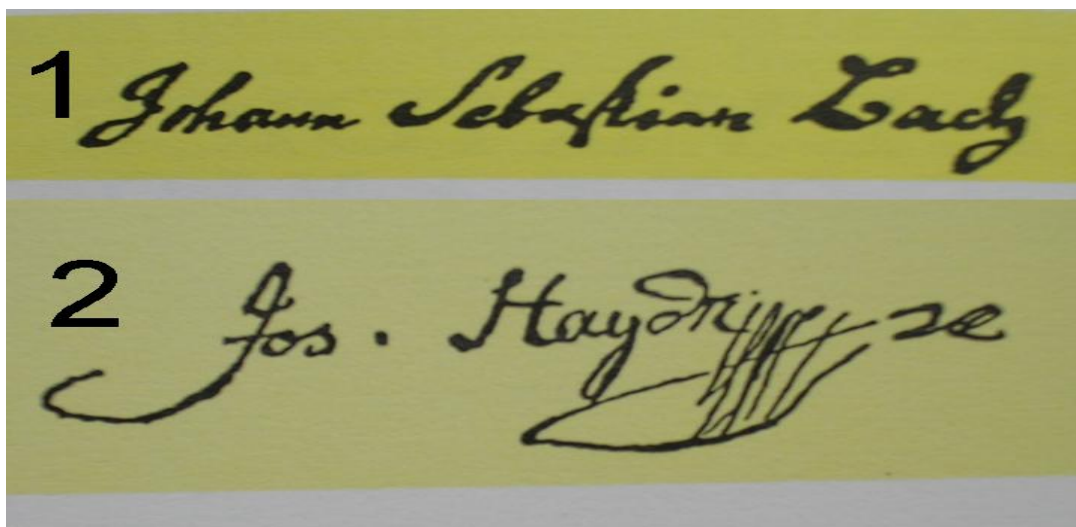
La firma autógrafa se realiza generalmente con rasgos gráficos que emanan del autor casi de un modo automático, con una grafía totalmente informal sin buscar ajustarse a ningún tipo de letra específico y de un modo relativamente rápido, la rúbrica suele acompañarle y no es más que el “rasgo, trazo que complementa las letras de la firma. Es costumbre poner la rúbrica a continuación (o debajo) del nombre y apellido. En ciertas actuaciones judiciales y otras administrativas, el funcionario público se limita a rubricar, sin necesidad de poner la firma. (...)”⁹¹. En la siguiente ilustración podemos apreciar con el número 1. la firma autógrafa del Compositor Alemán Johann Sebastian Bach (1685-1750), y con el número 2. la firma autógrafa y rúbrica del compositor Austriaco Joseph Haydn (1732-1809).

⁸⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill, Buenos Aires, 1986, Tomo XII Pág. 290.

⁹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta, Tomo IV Pág. 76, Buenos Aires, 2003.

⁹¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003, Tomo VII Pág. 258.

FIRMA AUTÓGRAFA Y RÚBRICA



Fuente: Consultor didáctico Base 10. Editorial Creds, Barcelona, 1983, Tomo 10, Pág. 176 y 180.

2. 2. Firma digital y electrónica.

Al referimos a la firma digital lo que debemos tener claro es que “la firma electrónica es un género, y la firma digital o avanzada es una especie caracterizada por elementos de seguridad especiales”⁹², debemos también considerar que esta se relaciona directamente con otros conceptos, entre los cuales figuran los documentos electrónicos, las claves criptográficas, los certificados digitales, las funciones y algoritmos matemáticos, las entidades de certificación, las infraestructuras de clave privada y pública, etc. Partamos de considerar que la firma electrónica digital es una herramienta tecnológica que permite garantizar en alto grado la autoría e integridad de los documentos electrónicos que precede, posibilitando que éstos gocen de una característica que en el pasado solo le era propia a los documentos en soporte de papel, requiriendo para ello de procedimientos técnicos que permitan su creación y verificación así como de una legislación que respalde su validez jurídica.

⁹² LORENZZETI, Ricardo. Comercio Electrónico, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 80.

El vocablo digital hace referencia a dígito o “número”, siendo en el caso que nos ocupa la manera de representar información de cualquier tipo mediante el uso de un sistema numérico binario a lo que llamamos digitalizar, la noción de digital data aproximadamente de 1860 con cables que mediante pulsaciones emitían lo que se denominó clave Morse mediante el uso de puntos y rayas, guardando cierta similitud con el actual proceso para la digitalización de señales texto, imágenes, sonido o video.

Dentro de los parámetros de la digitalización se halla la firma Electrónica que la legislación ecuatoriana en la Ley de comercio electrónico firmas y mensajes de datos define de la siguiente manera:

“Art. 13.- Firma electrónica.- Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.”

A más de mostrarnos la precedente regulación la presencia y reconocimiento de la firma electrónica en la suscripción de documentos electrónicos dentro de la legislación ecuatoriana, nos permite comprender en los siguientes Artículos los efectos jurídicos de la misma:

“Art. 14.- La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.”

Atendiendo a las mencionadas regulaciones, la firma electrónica se constituye en el modo idóneo de “firmar” o suscribir los documentos electrónicos, permitiendo que se cumpla con la exigencia de vincular el acuerdo de voluntades con sus suscriptores, o al autor del documento con el contenido del mismo permitiendo que el documento electrónico sea idóneo para ser citado como prueba dentro de un proceso judicial.

“La Firma electrónica es pieza clave para la seguridad del Comercio Electrónico. En

consecuencia, no es fácil que éste crezca jurídicamente en paralelo a su crecimiento empresarial si no existe regla cierta de derecho y ejecutable sobre la firma electrónica”⁹³ por lo que se evidencia la importancia de la que se reviste el análisis de la firma electrónica desde sus características más prácticas y el valor probatorio del que ésta reviste al documento electrónico mismo, permitiéndole autenticidad y posibilidad de verificación en relación al contenido del mismo y al vínculo de éste con quien o quienes dejaron manifiestas en él sus voluntades o su creación.

Por las regulaciones citadas y lo considerado podemos apuntar a que la firma electrónica se encuentra en la misma posición que la manuscrita pero tiene una diferencia que debe ser considerada:

En el caso de la firma manuscrita la estampación de la misma por parte de su signatario se crea y existe físicamente en el documento al momento de firmar quedando impresa en él mediante el uso de la tinta, en cambio en el caso de la firma electrónica ésta “no existe” físicamente al momento de su aplicación para suscribir el documento, produciéndose el reemplazo del trazo autográfico por un signo electrónico o por un cifrado electrónico que se añade al documento, cifrado que se realiza mediante un criptosistema⁹⁴ que le otorga a la firma electrónica la posibilidad de brindar las funciones necesarias para que cumpla a cabalidad su cometido, en este punto me adhiero totalmente al criterio de Rafael Illescas Ortiz en su obra “Derecho de la Contratación electrónica” cuando expresa que: “la firma electrónica debe cumplir con una función de identificación y atribución del mensaje y de la información contenida en el mensaje –indicación del origen y de la voluntad del originador– ; función de privacidad –cifrado del mensaje y del nombre del firmante– y función de seguridad e integridad –evidencia de la apertura o alteración del mensaje entre el momento de su emisión firmada y el de su llegada a su destinatario–”. Actualmente la manera conocida de verificar estas funciones en la firma electrónica es la utilización de un cifrado constituido mediante algoritmos matemáticos que son una serie de números que forman una clave que restringe el

⁹³ ILLESCAS, Rafael. Derecho de la contratación electrónica, Editorial Civitas, Madrid, 2001 Pág. 77.

⁹⁴ La Criptografía es una disciplina que puede reunir muchas áreas de la ciencia, pero es en las matemáticas donde modernamente y para nuestro específico estudio encuentra sus fundamentos más trascendentes, siendo básicamente el uso de problemas de difícil solución a aplicaciones específicas, de este modo el fundamento y los procedimientos de operación para dar una efectiva solución a un problema específico constituyen un Criptosistema.

acceso y uso del mismo para la suscripción de documentos electrónicos, sistema que se originó inicialmente con claves simples que consistían en las denominadas palabras de paso (acceso) o *password* y medios más complejos como los PIN⁹⁵ o Números de Identificación Personal que se constituye en algo más que un medio de acceso, siendo de entre estos y otros métodos de cifrado hasta el momento el de mayor confianza y aplicación el sistema de Clave Privada y el sistema de Clave Pública, este último ha permitido el desarrollo de la denominada Firma Electrónica Segura o Avanzada, “sistema que se apoya en una infraestructura que se denomina Clave Pública –*Public key infrastructure* o PKI– mucho más compleja y sofisticada, tecnológica y jurídicamente, (...) que mantiene la seguridad y privacidad (del firmante y la atribución de los mensajes), (...) desde el momento de la emisión hasta el de la recepción”.⁹⁶ Es entonces claro que la creación de una firma Electrónica requiere de la utilización de complejos procedimientos matemáticos que relacionan al documento firmado la voluntad de las partes suscriptores o la autoría del firmante, permitiendo luego que terceros reconozcan su identidad y puedan asegurarse de que el contenido del documento electrónico no ha sido alterado, todo esto en base a la generación de una serie matemática de números que se cifra con una clave privada que usa el suscriptor del documento electrónico que acompañará al mensaje original adjuntando al documento una marca que es única para el mismo y que sólo el firmante es capaz de producir. En este evento al analizar el documento el receptor genera la serie numérica del emisor en base al mensaje recibido, luego descifrá la firma digital del documento utilizando la clave pública del firmante obteniendo de este modo la serie numérica del mensaje original; si ambas series numéricas coinciden, significa que no hubo alteración y que el firmante es quien dice ser. Lo que nos conduce inequívocamente en afán de comprender cabalmente el valor probatorio de los documentos electrónicos a realizar un análisis detenido de las claves Privada y Pública desde la óptica de la criptografía simétrica y asimétrica, mismo que emprendemos a continuación.

⁹⁵ “*Personal Identification Number*”.

⁹⁶ ILLESCAS, Rafael. Derecho de la contratación electrónica, Editorial Civitas, Madrid, 2001, Pág. 82.

3. Valor probatorio de los Documentos Electrónicos.

Para que la firma electrónica pueda brindar seguridad y valor jurídico a la información constante en un documento electrónico, debe tener la misma fuerza y admisibilidad en un proceso judicial que la que se desprende en un documento de soporte en papel de la aplicación del rasgo manuscrito.

Si bien como hemos anotado anteriormente la ley ecuatoriana de comercio electrónico firmas y mensajes de datos reconoce para los documentos electrónicos y la firma electrónica el mismo valor que a los documentos escritos y a la suscripción de los mismos mediante la firma autógrafa, es necesario que analicemos las características que le van a permitir al documento electrónico (mediante el uso de los criptosistemas) brindar la seguridad y valor probatorio en su uso e invocación dentro de un proceso judicial, en este sentido es necesario incursionar en el campo de la criptografía, término que proviene del griego *cripto*: oculto, y que según el Diccionario de la Lengua Española significa “Arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático.”⁹⁷ Siendo este el factor que posibilita el que se cumplan las garantías suficientes para que la firma electrónica pueda ser creada sólo por una determinada y determinable persona y no ninguna otra⁹⁸, por ello debemos analizar la condición en que se hallan los documentos electrónicos encriptados con clave simétrica y asimétrica, respecto de la posibilidad que brindan estos dos medios digitales para la autenticidad y autenticación de los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones que permitan al documento electrónico revestirse merecidamente del valor probatorio que le reconoce la ley .

Documentos encriptados con clave simétrica.

La criptografía es el arte de escribir documentos de un modo enigmático con claves secretas mediante las que es posible conocer lo que se ha escrito, “se empleó ya en la

⁹⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001, Página. 462.

⁹⁸ Ante esto la Ley de Comercio electrónico firmas y mensajes de datos Ecuatoriana determina en su artículo 15 ciertos requisitos para la validez de la firma electrónica y prevé validamente las características para la eficacia de la firma digital.

antigüedad con diversos métodos. El más célebre fue el sistema de Julio César que consiste en sustituir cada letra por la siguiente en el alfabeto, conviniendo que la A sigue a la Z.(...) Hoy las operaciones de cifrado militar y diplomático se hacen automáticamente con máquinas de discos intercambiables, o directamente por medio de ordenador”⁹⁹ en el caso de los documentos encriptados la utilidad de la criptografía consiste en un conjunto de símbolos cuyo significado es conocido por pocos, siendo este el motivo por el que la aplicación de estas claves se constituyen un medio seguro para la suscripción de documentos electrónicos.

Son básicamente dos los problemas que en este punto debemos resolver en cuanto a los documentos electrónicos y su modo de encriptación, el uno es la Confidencialidad y el otro la Autenticidad, cuando hablamos de confidencialidad nos referimos a la posibilidad de mantener al documento electrónico accesible exclusivamente a una lista de determinadas personas para lo que se utiliza técnicas de encriptación, la autenticidad por su parte es la capacidad de determinar si esa lista de personas reconocen el contenido de los documentos en cuestión, lo que es posible mediante las técnicas de la firma digital o electrónica basada en los sistemas de encriptación que sirvieron para crearlas, la información pasa a través de una fórmula matemática llamada algoritmo que en el caso de la criptografía simétrica divide la información en bloques, luego cambia la información de cada bloque en números, comprime y expande la información, después corre estos números a través de fórmulas matemáticas que incluyen la clave, siendo este proceso es repetido por el algoritmo unas cuantas decenas de veces, lo cual lo convierte en información encriptada llamada ciphertext, reduciéndose en definitiva la cuestión a la aplicación de procedimientos criptográficos de encriptación y desencriptación, realizado mediante un programa de cómputo mediante el cual se crea un documento a ser suscrito y una clave privada que solo es conocida por su autor, constituyéndose esta última en lo que conocemos como la firma digital que conjuntamente con el documento constituyen a su vez el documento firmado.

Los documentos encriptados con clave simétrica en definitiva usan la misma clave para criptografiar el documento como para luego hacerlo comprensible, de un modo

⁹⁹ La Enciclopedia. SALVAT ediciones, Tomo V, 2004, Pág.3997.

simple lo que ocurre es que se procesa la información a través de un software adecuado que crea una clave, después se transmite electrónicamente el documento encriptado y separadamente se envía la clave privada utilizando para ello la aplicación del mismo software que para encriptar, entonces llega al receptor que usa la clave privada para acceder a la información del documento electrónico.

La encriptación simétrica adolece de la posibilidad de interceptación y decodificación de la clave privada, dando como resultado que el documento pueda ser accedido por quien no debía tener acceso a él, sin embargo es muy utilizada por la ligereza con que puede desplazarse en el ciberespacio.

Documentos encriptados con clave asimétrica.

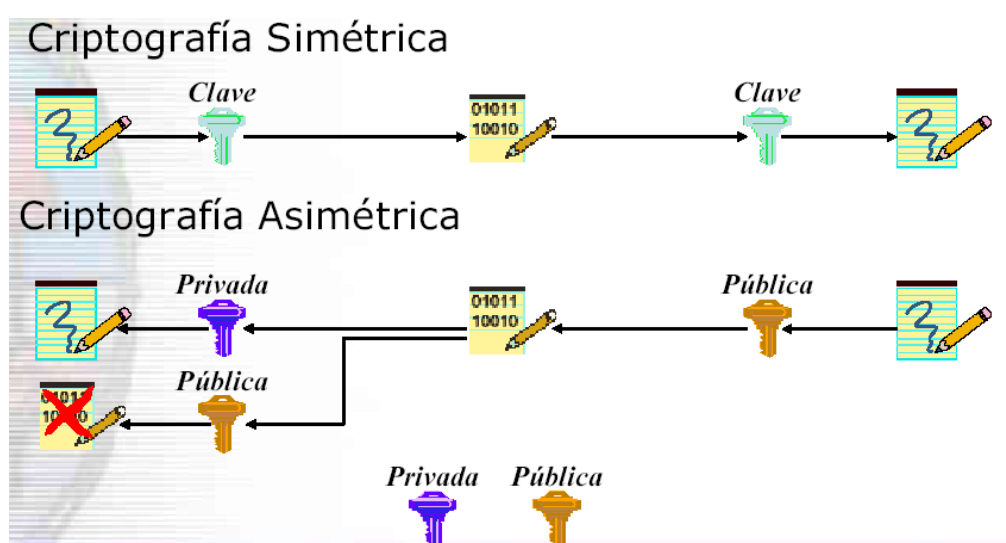
La criptografía asimétrica combina a la clave privada con la denominada clave pública, el criptosistema asimétrico es en si un algoritmo con el que se obtienen las dos claves y la relación que tienen entre sí.

La clave pública es la que se proporciona cuando se envía la información encriptada a cualquier persona, información que se proporciona codificada en modo ciphertext que puede ser decodificado exclusivamente con la clave privada que se relacione con este documento y que solo es conocida por su emisor.

La aplicación del sistema de encriptación asimétrico es el que a permitido el surgimiento de la denominada Firma Electrónica Avanzada que en gran medida es donde convergen de modo efectivo las funciones de identificación, atribución, privacidad, integridad, reconocimiento y seguridad respecto del documento y su contenido como de su autor o suscriptores. De modo que en este caso el receptor tendría en su poder un documento firmado y una clave pública del firmante, siendo este último el único que tendría la clave privada para decodificar la firma del documento y comprobar que la clave privada se relaciona con la clave pública que se facilitó al receptor.

La encriptación asimétrica si bien es mucho más compleja en comparación a la

simétrica, también brinda mayor seguridad y permite que los documentos a los que se haya adjuntado una firma electrónica elaborada con encriptación asimétrica gocen a su vez de un alto grado de “seguridad respecto de la integridad de la información contenida o, cuanto menos, pronta indicación a su destinatario de cualquier alteración padecida por el mensaje de datos durante su circulación electrónica, a más de la identificación del iniciador y signatario del documento como la atribución al mismo de la información en él contenida.”¹⁰⁰



Fuente: <http://www.legistdf.gov.ar/sitio/documentos/firmadigital>

Validez probatoria y diferencias

Encriptada simétrica o asimétricamente, la firma electrónica tiene en definitiva los mismos efectos jurídicos y valor probatorio que el que posee la firma manuscrita, sin que en modo alguno se le pueda restar validez por el solo argumento de que no está escrita físicamente.

¹⁰⁰ ILLESCAS, Rafael. Derecho de la Contratación Electrónica, Editorial Civitas, Madrid, 2001, Pág. 84.

Para la firma electrónica que cumple con los requisitos de certificación existe la presunción de autenticidad, los datos que conforman el documento tienen la presunción de integridad considerándolos inalterados, más aún estando presente la firma electrónica.

Un importante aspecto a considerarse es que la firma electrónica sólo prueba que se utilizó la clave de una persona y no necesariamente el contenido de lo firmado, por lo que no es posible hacer irrefutable el que se haya firmado un documento, lo que si es irrefutable es que quien la posee es el responsable de que un documento haya sido firmado con su clave. En otras palabras, si un documento firmado se autentica con la clave de una persona, entonces esa persona, aunque no lo haya hecho, deberá reconocer –a menos de que pueda demostrar lo contrario– al documento como auténtico, siendo oportuno para evitar esta situación responsabilizarse de mantener su clave en total secreto y no revelársela a nadie, puesto que de hacerlo, se vuelve responsable del potencial mal uso que pudieren darle a la misma.

Una solución al problema del manejo de claves es el certificado de firma electrónica, posibilidad que está contemplada en la Ley de Comercio Electrónico Firmas y mensajes de datos ecuatoriana: “Art. 21.- El certificado de firma electrónica se empleará para certificar la identidad del titular de una firma electrónica y para otros usos, de acuerdo a esta ley y su reglamento.”

En definitiva el certificado de firma electrónica es un documento firmado digitalmente por una persona, entidad o autoridad certificadora en el que debe indicarse:

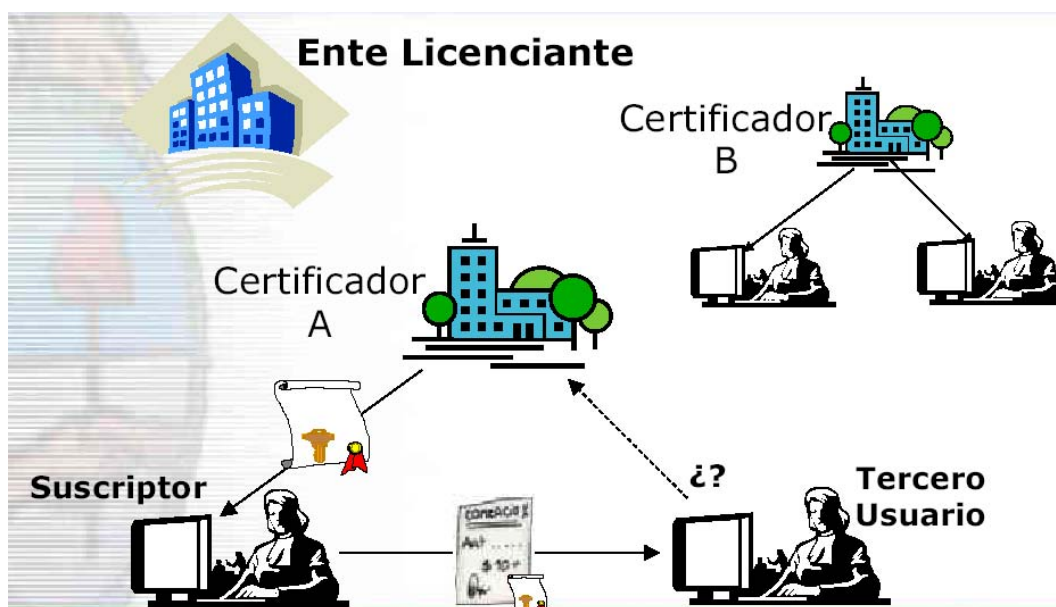
- a) Que una clave pública corresponde a una determinada persona (clave emitida en este caso por el ente de certificación)
- b) que corresponde a un determinado documento, y
- c) que tiene su combinación o clave privada correspondiente,

La entidad o autoridad certificadora avala esta operación, y asegura la autenticidad del

certificado y su contenido, añadiendo la firma digital de dicha entidad¹⁰¹.

Lo verdaderamente importante es que una certificación de firma no puede limitarse a certificar solo la identidad del suscriptor, sino que tiene también que avalar el contenido del texto enviado o recibido. Son también admitidos en la legislación ecuatoriana los certificados electrónicos emitidos por entidades de certificación extranjeras, teniendo el mismo valor legal que los certificados expedidos en el Ecuador, permitiendo además que cuando las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, se reconocerá que este acuerdo es suficiente en derecho.¹⁰²

El siguiente gráfico nos ilustra a cerca de la forma de obtener una certificación de firma:



Fuente: <http://www.legistdf.gov.ar/sitio/documentos/firmadigital>

Tanto las encriptaciones simétricas como asimétricas usan algoritmos para producir el ciphertext que luego ha de ser decodificado, sin embargo a diferencia de lo que ocurre con las encriptaciones simétricas, el algoritmo utilizado en la encriptación asimétrica tiene un proceso de transformación de la información en un número bastante largo, mismo al que luego se compara con otro número, obteniendo una

¹⁰¹ DEVOTO, Mauricio. Comercio Electrónico y Firma Digital, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, Pág. 173.

¹⁰² Ley de Comercio Electrónico Firmas y mensajes de Datos ecuatoriana, Art. 28.

diferencia entre estos dos números que luego se divide para un tercer gran número, el resultado de esta operación es otro número que finalmente es convertido de vuelta a texto. Las claves que se utilizan mediante los sistemas de encriptación asimétrica son más eficientes y menos vulnerables mientras mas largas sean, sin que por eso dejen de existir también utilidades de estos sistemas de encriptación que formen combinaciones sencillas que pueden ser por ejemplo de cuatro cifras constituyéndose un tipo de password que generalmente facilita las transacciones en el área financiera y bancaria .

CAPITULO IV

1. Análisis comparativo de los instrumentos Públicos y Privados con los Documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones.

1.1. Coincidencias.

1.2. Diferencias

1.3. Eficacia Probatoria.

2. Impugnación de los Documentos Electrónicos en la prueba de las obligaciones.

2.1 ¿Puede el Documento electrónico constituirse en instrumento público?

3. Marco Jurídico Aplicable.

CAPITULO IV

1. Análisis comparativo de los instrumentos Públicos y Privados con los Documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones.

Previamente me he referido a los instrumentos públicos y privados como medios de prueba de las obligaciones, considerándolos desde el punto de vista del área Civil, en resumen los documentos o instrumentos pueden clasificarse en públicos y privados, teniendo estos últimos la característica de dejar constancia de un hecho sin solemnidad alguna y en cuyo otorgamiento no interviene un funcionario en calidad de tal; distinta situación respecto de los documentos otorgados por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, pues solo cuando es otorgado por un funcionario público un documento se constituye como instrumento público, revistiéndose de este modo de mayor seguridad, autenticidad e integridad, así como del máximo valor probatorio.

En la actualidad casi no existe actividad humana en que no intervenga algún tipo de sistema informático, así en lo jurídico la actividad probatoria a más de considerar a los documentos públicos y privados en la prueba de las obligaciones, también nos permite la consideración de una nueva modalidad de documentos mediante el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, firmas electrónicas y entes de certificación, lo que a su vez nos inclina a pensar en la aplicabilidad de la teoría general de la prueba judicial para el caso de los documentos electrónicos, Devis Echandía manifiesta que “Así como existe la unidad de jurisdicción a pesar de sus diversas ramas, así también existe una teoría general de la prueba judicial aplicable a todos los procesos, sin que por esto se desconozcan las artificiales diferencias que todavía se conservan en algunos países principalmente entre el penal y el civil”¹⁰³ podríamos entonces pensar que también existen “artificiales diferencias” entre lo civil y lo electrónico en la prueba de las obligaciones, sin embargo como ya hemos manifestado las diferencias entre uno y otro no solo obedecen al soporte en el que están contenidos sino a particularidades que les son propias a cada uno de acuerdo a

¹⁰³DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial, Editor Víctor P. de Zavalía, Quinta Edición, Buenos Aires, 1981, Tomo 1, Pág. 18.

su naturaleza, por lo que sus “artificiales diferencias” aparentan no ser tan sutiles, cobrando esto mayor importancia si consideramos que la función procesal de la prueba “tiene un fin extraprocesal muy importante, que es el de brindar seguridad a las relaciones sociales y comerciales, prevenir y evitar los litigios, servir de garantía a los derechos subjetivos y a los diversos status jurídicos”¹⁰⁴, por ello es cabal un análisis comparativo que determine las diferencias y coincidencias que pudieren existir entre los documentos que se constituyen instrumentos públicos o privados en soporte tradicional comparados con los documentos electrónicos, sin que ello haga a unos y otros incompatibles con la posibilidad de aplicar en ambos casos los criterios de la teoría general de la prueba judicial; la telemática¹⁰⁵ en este aspecto juega un papel fundamental, ya que mediante su aplicación se puede dar paso a la creación, almacenamiento y desplazamiento en el ciberespacio de los documentos electrónicos, mismos que en atención a determinadas características técnico-jurídicas podrían también ser considerados instrumentos públicos o privados dentro de un proceso judicial, a más de ello sin duda ha sido importante superar el obstáculo de la ausencia de una legislación en las relaciones jurídicas dentro del área electrónica, con el fin de que sea efectiva la consideración de los documentos electrónicos en la prueba de las obligaciones, lo que se ha posibilitado mediante la Ley No. 67, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 557 del 17 de Abril del 2002 donde se reglamenta la materia concerniente al comercio electrónico, las firmas y mensajes de datos, sin perjuicio de que en la actualidad deban ser superados otros obstáculos jurídicos y culturales para la aplicación práctica de esta Ley; entre los que destaca como ya lo hemos manifestado previamente la arraigada desconfianza frente a todo lo que no se encuentre impreso, ya que si bien hoy en día se realizan diversos actos jurídicos por medio de computadores, redes digitales o redes telemáticas, todo esto se contradice con la realidad de estar aún inmersos en la cultura del papel. Por ello en este punto de la Investigación cabe el parangón entre los instrumentos públicos o privados y los documentos electrónicos, mismo que contemple sus coincidencias y diferencias así como su eficacia probatoria dentro de un proceso judicial.

¹⁰⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba Judicial, Editor Víctor P. de Zavalía, Quinta Edición, Buenos Aires, Pág. 15.

¹⁰⁵ Telemática es el conjunto de técnicas en las que se aúnan las telecomunicaciones y la informática (La Enciclopedia. Ediciones SALVAT Vol. 19, 2004, Pág. 14778,).

1.1. Coincidencias.

En referencia al procedimiento que deben seguir los documentos de soporte tradicional en la prueba de las obligaciones nos es claro remitirnos a las regulaciones del Código Civil y de procedimiento Civil, hallando en este punto total coincidencia con el procedimiento que se ha de seguir en el caso de invocar a los documentos electrónicos dentro de un proceso judicial, esta coincidencia se aclara si consideramos además el Art. 54 de la ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos donde se establece que la prueba ha de practicarse de conformidad con lo previsto en el código de procedimiento Civil, debiéndose presentar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos, permitiendo además la admisión del facsímil siempre que haya sido enviado y recibido como mensaje de datos manteniendo su integridad.

Como se puede apreciar si bien son considerados aspectos específicos de la naturaleza misma del documento electrónico (como lo es el de la presentación del soporte informático), las normas que han de observarse para su invocación dentro de un proceso judicial son las mismas que debe cumplirse en caso de considerar a los instrumentos públicos o privados en la prueba de las obligaciones dentro del área civil.

También hallamos coincidencias en el caso de las notificaciones judiciales. El término notificación proviene de la voz *notificare* derivada de *notus*: conocido y de *facere*: hacer, en síntesis quiere decir “*hacer conocer*”. En virtud de este principio las decisiones del juez deben ser comunicadas a las partes y conocidas por éstas con el fin de que puedan hacer uso de los derechos que la ley consagra para impugnarla o simplemente para que enteradas de su contenido se disponga a cumplir lo ordenado en ellas, en este aspecto hallamos un avance con el reconocimiento de las notificaciones electrónicas, así el Art. 56 del mismo cuerpo legal establece que “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.

Las notificaciones a los representantes de las personas jurídicas del sector público y a los funcionarios del Ministerio Público que deben intervenir en los juicios, se harán en las oficinas que estos tuvieren o en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico que señalaren para el efecto.”

Es claro entonces que las notificaciones que se realizaren dentro de un proceso judicial pueden ser evacuadas por medios electrónicos o mediante el uso de una casilla judicial (incluso de ambas formas), ya sea que en el proceso se haya o no citado como prueba de las obligaciones instrumentos públicos o privados en soporte digital o tradicional e incluso si se tratare de otra materia en cuestión dentro de un proceso judicial totalmente ajeno a la materia electrónica.

Los instrumentos públicos o privados en soporte tradicional o digital permiten mediante su creación la expresión del acuerdo de voluntades de las partes, posibilitando el establecimiento de diversos negocios jurídicos y requerirían en ambos casos tanto de suscripción como del reconocimiento de la misma, ya sea que esto se realice de modo tradicional mediante el reconocimiento de firmas ante notario, o mediante métodos digitales en base a los entes de certificación, además que en los dos casos el nexo que se busca de la suscripción respecto de su autor es el mismo y responde a la misma necesidad de seguridad, verificación y autenticidad, por ello tanto el titular de una firma manuscrita como el de una firma electrónica está obligado a actuar diligentemente y tomar todas las medidas en pos de mantener la exclusiva utilización de la misma.

Todo documento ya sea electrónico o no requiere para su representación de un soporte, mismo que se constituye como el elemento que sirve para almacenar la información permitiéndole constancia dentro de un proceso judicial, si bien en un caso el soporte es papel y en el otro un dispositivo de carácter electrónico, en ambos casos se requiere de un determinado soporte, siendo el papel una especie del género soporte, con lo que es claro que soporte es todo substrato material sobre el que se asienta la información contenida en el documento, reconociendo de este modo otros elementos que pueden cumplir la función de soporte documental, lo importante en este punto es que puedan considerarse equivalentes al soporte papel, en tanto sea capaz de contener o almacenar información para su posterior reproducción, pudiendo

de este modo ser admitido como medio dentro de la prueba de las obligaciones siempre que reúnan las características de la inalterabilidad¹⁰⁶, autenticidad y conservación, lo que ha podido en cierto modo superarse con el desarrollo de claves de cifrado y otras medidas criptográficas procurando que los documentos electrónicos se consideren equivalentes (en cuanto a la seguridad que ofrecen) al instrumento escrito y firmado sobre soporte tradicional de papel.

Finalmente La coincidencia más grande e importante entre los documentos o instrumentos públicos y privados en soporte tradicional e informático, es sin duda el reconocimiento jurídico que la ley ecuatoriana les otorga, sin que ello determine el que se agoten en modo alguno las particularidades y requerimientos que han de cumplir los mismos de acuerdo a su particular naturaleza para ser efectivamente invocados en un proceso judicial.

1. 2. Diferencias

Así como existen coincidencias podemos también hallar diferencias entre los documentos en soporte tradicional que se constituyen instrumentos públicos o privados, y los documentos en soporte informático que pudieren constituirse tales, que van más allá de su forma de creación y del lenguaje que se use para ello, como de su apareamiento en la historia o su preferencia y admisión en las relaciones socio-jurídicas actuales.

En el documento tradicional por ejemplo, se requiere rubricar cada hoja y suscribir firmando de modo autógrafo la última¹⁰⁷, situación distinta a la que ocurre en el caso digital puesto que la suscripción mediante firma electrónica da validez a todo el documento que le precede impidiendo que se altere sin que sea notorio.

¹⁰⁶ La inalterabilidad en muchos casos se considera como el principal obstáculo para la admisibilidad y eficacia probatoria de los nuevos soportes de documentos.

¹⁰⁷ Considerando este aspecto, es claro que la rúbrica podría ser replicada fácilmente por su simplicidad, además de no constituir como tal una identificación oficial a menos que se de su reconocimiento por parte de su autor.

En el caso de los documentos en soporte tradicional la firma autógrafa siempre es la misma, mientras que en el caso de los documentos electrónicos la firma electrónica con la que son suscritos tiene una combinación de clave pública y privada siempre diferente.

En atención a la actual realidad ecológica¹⁰⁸, los documentos electrónicos a diferencia de los documentos en papel vuelven económico y sobre todo ecológicamente conveniente el almacenamiento de los mismos, ya que “se evita excesivos gatos en papel, cintas, toner o cartuchos para impresoras, posibles gastos de mensajería por el traslado de documentos y el riesgo que estos correrían si fuesen confidenciales, aprovechándose además el espacio que antes se reservaba para grandes archivos que albergaban miles de folios, situación que además disminuye el tiempo de búsqueda de los mismos”¹⁰⁹, permitiendo que lleguen a tiempo, adecuada y claramente a quien los requiera, procesalmente hablando y en atención al principio de celeridad esta particularidad resulta conveniente a la hora de citar o consultar documentos que se admitan como medios de prueba o que consten en autos dentro de un proceso judicial.

Eficacia Probatoria.

En un sentido amplio hemos llegado a comprender mediante esta investigación, que el legislador y la doctrina tienden a identificar el documento en general con el documento escrito, siendo las nuevas tendencias del derecho y la tecnología las que han dado como resultado de su avance una especie de documento que conocemos como documento electrónico y que permite tanto la expresión de la voluntad como la representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen o una idea.

¹⁰⁸ A pesar de ser tan solo una de las tantas agresiones humanas en contra del medio ambiente, cabe recordar que la materia prima básica para el proceso de fabricación del papel es la madera, sabemos que la humanidad ha estado cortando los bosques desde hace miles de años, por ejemplo, se ha encontrado evidencias de cortes en parcelas pequeñas desde hace 7000 años en América Central y más de la mitad de la deforestación total en Brasil hasta el año 1978 ocurrió realmente entre los años 1975 y 1978. El Ecuador no es ajeno a este tipo indiscriminado de explotación de la madera, mismo que ahonda el desequilibrio ambiental que se siente en todo el mundo. información obtenida de: www.jmarcano.com/bosques/threat/index.html

¹⁰⁹ información obtenida de la página electrónica: www.seguridata.com

Sin embargo y pese al imparable desarrollo tecnológico, hay diferentes autores que discuten apasionadamente manteniendo una postura que deja ver su desacuerdo con reconocer la validez y eficacia probatoria de los documentos electrónicos. Con respeto debo manifestar que a mi criterio esto obedece en mayor grado a la falta de actualización científica y al miedo que se tiene de la tecnología, sus aplicaciones y su avance, que como en toda actividad humana que se desarrolla a este nivel requiere del acomodamiento del derecho a la misma y no en inverso sentido.¹¹⁰ Es por eso que la ley con el mejor de los criterios otorga validez jurídica al documento electrónico¹¹¹, admitiendo que los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, cualquiera sea su procedencia o generación, sean considerados medios de prueba, estando su valoración y efectos legales sujetos a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, valorando la prueba bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó el documento y la firma del mismo pudiendo acudir para ello a la técnica y al peritaje, incluso (en atención a las diversas circunstancias que podrían presentarse) se considera también el libre criterio del juzgador, que según el Art. 55 de la Ley de comercio electrónico firmas y mensajes de datos puede ser tanto el juez como el árbitro competente, lo que es totalmente acorde al reconocimiento que la Constitución Política de la República del Ecuador le otorga a los medios alternativos de solución de conflictos dentro de los que se halla el arbitraje¹¹².

En realidad “no hay obstáculos para que el Juez dentro de sus facultades, admita los documentos electrónicos, pero subsiste la incertidumbre respecto de la posibilidad de que, en el caso, se evalúe que no es un instrumento seguro”¹¹³, sin embargo es claro que los documentos electrónicos tienen validez jurídica al mismo grado que los documentos escritos y son medios idóneos de prueba dentro de la legislación ecuatoriana, sin perjuicio de poder ser impugnados.

¹¹⁰ En este sentido el profesional del Derecho está desde hace mucho profundamente inspirado por Couture y su magnífico decálogo, sobre todo por su primer norma o consejo en el que incentiva al estudio que ha de entenderse como profundo estudio del Derecho y de toda área del conocimiento que le permita al abogado moderno ejercer con propiedad su profesión.

¹¹¹ Art. 2 de la ley de Comercio Electrónico firmas y mensajes de datos ecuatoriana.

¹¹² Art. 191 párrafo tercero de la Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo. Comercio Electrónico, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, Pág. 66.