



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS APLICADAS
A LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL
CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE
PROCESOS**

Autor:

Cristopher Alejandro Heras Nieves.

Director:

Dr. Olmedo Piedra Iglesias.

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a quien me apoyo incondicionalmente desde el primer momento que tome la decisión de estudiar, a mi querida mamá
María Eugenia.

A Mami Merchán; a mis hermanas Litzy y Juliette; a mis tías Anita, Soledad, Gaby; a mis primos Aaron, Julián, Romina y Douglas; quienes me han acompañado durante mis estudios.

AGRADECIMIENTO

Debo agradecer en primer lugar a Dios, nuestro Señor, por haberme bendecido durante el trayecto de mi vida; por la oportunidad de estudiar, por la sabiduría y ciencia.

Agradezco a mi mamá María Eugenia Nieves por su amor y apoyo incondicional.

A mi insigne Maestro y Director de tesis. Dr. Olmedo Piedra Iglesias, por su apoyo y guía durante la elaboración de este trabajo investigativo.

Agradezco a todos mis profesores por todo su conocimiento impartido.

Agradezco a la Universidad del Azuay por su apoyo en mis estudios y por la oportunidad de estudiar en sus aulas.

Agradezco a mi familia materna, por apoyarme y confiar en mí durante mis estudios, por el ánimo de seguir adelante.

RESUMEN:

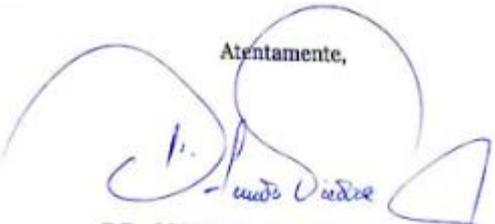
El presente trabajo “*Las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba documental en el Código Orgánico General de Procesos*”, desarrolla algunos temas, que giran en torno al tema probatorio, ya que ayudan para probar los hechos controvertidos, en relación con los demás medios de prueba.

La prueba recogida por la tecnología, como imágenes, videos, audios, conversaciones por chats, redes sociales, correos electrónicos, y en diversas plataformas tecnológicas; que ayudan a recabar prueba, que puede servir para un posterior juicio, son de gran importancia.

Específicamente en el campo civil, el Código Orgánico General de Procesos, ha regulado de manera muy general. Generando una serie de inconvenientes en el proceso civil, como el valor probatorio, cuáles son los puntos que deben tenerse en cuenta al momento de incorporar al proceso, su práctica, por parte de los sujetos procesales.

Palabras clave: Práctica de la prueba, proceso civil, prueba documental, prueba electrónica, valoración probatoria.

Atentamente,



DR. OLMEDO PIEDRA IGLESIAS.
DIRECTOR DE TESIS.

ABSTRACT:

This research called "*The new technologies applied to the documentary evidence in the Código Orgánico General de Procesos*", developed some topics, which deal with an evidentiary theme, since they help to prove the controversial facts, in relation to the other means of proof. The evidence collected by technology, such as images, videos, audios, chat conversations, social networks, emails, and on various technological platforms; that help collect evidence, which can be used for a later trial, are of great importance. Specifically in the civil field, the *Código Orgánico General de Procesos*, has regulated in a very general way. This has generated a series of problems in the civil process, such as the probative value, the points that must be taken into account when incorporating the process, its practice, by the procedural subjects.

Keywords: Practice of evidence, civil process, documentary evidence, electronic evidence, probative assessment.



Translated by. -

A handwritten signature in blue ink, enclosed in a large, oval-shaped loop. The signature appears to read "CP Heras Nieves".

Cristopher Alejandro Heras Nieves

ÍNDICE

Índice de Contenido

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN:.....	IV
ABSTRACT:	V
ÍNDICE DE FIGURAS:	X
INTRODUCCIÓN:.....	XI
CAPÍTULO I.....	1
1. INTRODUCCIÓN A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.	1
1.1. CONCEPTO DE PRUEBA:	1
1.2. PRUEBA COMO ACTIVIDAD HUMANA:	2
1.3. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	2
1.3.1 Averiguación o investigación:.....	2
1.3.2 El aseguramiento:.....	3
1.3.3 Anuncio de los medios de prueba:	4
1.3.4 Admisibilidad de los medios de prueba:	5
1.4. OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA:	8
1.4.1. Tema de prueba:	8
1.4.2. Hechos que no requieren ser probados:	9
1.5. FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	11
1.6. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA.....	11
a) Principio de publicidad:.....	11
b) Principio de contradicción:.....	12
c) Principio de Preclusión:	12
d) Principio de Legalidad:.....	13
e) Principio de inmediación:.....	13
f) Principio Igualdad de oportunidades:	14
g) Principio de necesidad y prohibición de aplicar el conocimiento propio del Juez:	14
h) Principio de interés público:	15
i) Principio de libertad probatoria:.....	15
j) Principio de comunidad o de adquisición:	16

1.7.	CARGA DE LA PRUEBA. _____	16
1.7.1	<i>Iniciativa probatoria:</i>	16
6.1.	<i>Carga de la prueba:</i>	17
CAPÍTULO II.....		21
2.	PRUEBA DOCUMENTAL Y DOCUMENTO ELECTRÓNICO:.....	21
2.4.	<i>HISTORIA E IMPORTANCIA.</i> _____	21
2.5.	<i>NATURALEZA JURÍDICA DEL DOCUMENTO:</i> _____	22
2.6.	<i>DEFINICIONES DE PRUEBA DOCUMENTAL.</i> _____	24
2.7.	<i>NOCIONES Y SEMEJANZAS CON EL DOCUMENTO TRADICIONAL.</i> _____	27
2.4.1.	<i>SEMEJANZAS CON EL DOCUMENTO TRADICIONAL:</i> _____	28
2.5.	<i>ELEMENTOS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.</i> _____	29
a)	<i>Sujetos:</i>	29
b)	<i>Objeto:</i>	29
c)	<i>Actividad:</i>	29
d)	<i>Modo:</i>	31
2.6.	<i>CLASES DE DOCUMENTOS.</i> _____	31
2.6.1	<i>Según su contenido:</i>	31
2.6.2	<i>Según del sujeto del cual proviene:</i>	31
2.6.3	<i>De acuerdo con el acto jurídico, que se hace constar en el documento:</i>	32
2.6.4	<i>Si interviene o no un funcionario público:</i>	32
2.6.5	<i>De acuerdo con la forma:</i>	32
2.6.6	<i>De acuerdo con su autenticidad:</i>	33
2.6.7	<i>De acuerdo al sitio donde se otorgue:</i>	33
2.6.8	<i>De acuerdo con el idioma:</i>	34
2.6.9	<i>Si el documento esté o no suscrito, se lo clasifica en firmado y sin firmar:</i>	34
2.6.10	<i>Según se conozca o no a su autor:</i>	35
2.6.11	<i>Según su autor:</i>	35
2.6.12	<i>Según su naturaleza:</i>	35
2.7	<i>CLASES DE FIRMAS:</i> _____	35
2.7.1.	<i>Firma convencional, ológrafa o manuscrita:</i>	36
2.7.2.	<i>Firma electrónica o digital:</i>	36
2.7.3.	<i>La firma digitalizada:</i>	37

2.7.4.	<i>Firmas biométricas:</i>	38
2.8	<i>TRADUCCIÓN DE LOS DOCUMENTOS AL CASTELLANO.</i> _____	38
2.9	<i>ANUNCIO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.</i> _____	39
2.9.1	<i>Respecto del actor:</i>	39
2.9.2	<i>Respecto de la nueva prueba:</i>	39
2.9.3	<i>Respecto de la prueba nueva:</i>	39
2.9.4	<i>Respecto del demandado:</i>	39
2.9.5	<i>Prueba para mejor resolver.</i>	40
2.9.6	<i>Prueba nueva dirigida al perito:</i>	40
2.9.7	<i>Prueba para las excepciones previas:</i>	40
2.9.8	<i>Prueba nueva en apelación:</i>	41
2.10	<i>VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS Y MENSAJE DE DATOS.</i> _____	41
2.10.1	<i>Principios a tener en cuenta:</i>	43
a)	<i>Principio e equivalencia funcional:</i>	43
a)	<i>Principio de Conservación</i>	44
b)	<i>Principio de identidad atado al de conservación:</i>	45
c)	<i>El principio de incorporación por remisión:</i>	45
d)	<i>Principio de envío y recepción:</i>	45
e)	<i>Principio de protección de datos, confidencialidad y reserva:</i>	46
CAPÍTULO III:		48
3. NUEVA TECNOLOGÍA APLICADA A LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.		48
3.1.	<i>MEDIOS DE PRUEBA POR LOS CUALES SE PUEDE INCORPORAR AL PROCESO.</i> _____	48
3.1.1.	<i>Limitación en la forma de incorporación:</i>	48
3.1.2.	<i>A través de la prueba documental:</i>	49
3.1.3.	<i>A través de la prueba testimonial.</i>	50
3.1.4.	<i>A través de la prueba pericial.</i>	52
3.1.5.	<i>A través de la inspección judicial.</i>	52
3.1.6.	<i>Incorporación de la prueba electrónica en otro momento procesal.</i>	54
3.2.	<i>SOPORTES MATERIALES Y ELECTRÓNICOS:</i> _____	54
3.3.	<i>VALIDEZ JURÍDICA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS Y MENSAJE DE DATOS.</i> _____	55

3.3.1.	<i>Copias del mensaje de datos, documento electrónico:</i>	56
3.4.	<i>MATERIALIZACIONES, CONFORME LA LEY NOTARIAL.</i>	57
3.5.	<i>INFORMACIÓN GENERAL QUE REPOSA EN LAS REDES SOCIALES, PÁGINAS WEB, PLATAFORMAS DIGITALES.</i> 58	
3.5.1.	<i>Correo electrónico.</i>	58
3.5.2.	<i>Mensajes de teléfono móvil (SMS).</i>	59
3.5.3.	<i>La fotografía.</i>	60
3.5.4.	<i>Los chats y “los pantallazos”.</i>	61
3.5.5.	<i>Las notas de voz, audios, videos.</i>	62
3.6.	<i>PRÁCTICA DE ESTOS MEDIOS DE PRUEBA:</i>	66
3.7.	<i>VALORACIÓN PROBATORIA:</i>	68
3.8.	<i>NORMATIVA COMPARADA.</i>	71
3.8.1.	<i>Legislación de España:</i>	71
3.8.2.	<i>Legislación de Colombia:</i>	73
3.8.3.	<i>Legislación de México:</i>	77
3.9.	<i>ENTREVISTAS A JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DE CUENCA Y ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO, NECESIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN NORMATIVA, SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS APLICADA LA PRUEBA DOCUMENTAL, EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.</i>	80
3.9.1.	<i>Entrevista N° 1, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:</i>	80
3.9.2.	<i>Entrevista N° 2, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:</i>	81
3.9.3.	<i>Entrevista N° 3, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:</i>	82
3.9.4.	<i>Entrevista N° 4, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:</i>	82
3.9.5.	<i>Entrevista N° 5, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:</i>	83
3.10.	<i>ENCUESTA REALIZADA A LOS PROFESIONALES DE DERECHO EN LIBRE EJERCICIO:</i>	84
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	92

Índice de figuras:

FIGURA 1 PREGUNTA 1.....	85
FIGURA 2 PREGUNTA 2.....	85
FIGURA 3 PREGUNTA 3.....	86
FIGURA 4 PREGUNTA 4.....	86
FIGURA 5 PREGUNTA 5.....	87
FIGURA 6 PREGUNTA 6.....	87
FIGURA 7 PREGUNTA 7.....	88
FIGURA 8 PREGUNTA 8.....	88
FIGURA 9 PREGUNTA 9.....	89
FIGURA 10 PREGUNTA 11.....	90
FIGURA 11 PREGUNTA 12.....	91

Introducción:

En el presente trabajo se abordará un tema procesal civil, relacionado con la prueba documental, esto es lo producido por la nueva tecnología, que puede llegar a ser usada en procesos, que sirven para demostrar los hechos controvertidos, permitiéndole al Juez tener pruebas sobre las cuales pueda formar su convicción.

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 202, ha reconocido a los Documentos digitales, así como sus anexos, serán considerados originales, es decir nuestra legislación franquea la posibilidad de que los mismos sean incorporados como prueba dentro de un proceso, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, lo llama mensaje de datos, la doctrina lo llama de diversas maneras, prueba informática, documento electrónica, prueba electrónica, prueba digital, prueba producida por la nueva tecnología, es decir, tiene muchos nombres, pero que en conclusión hace referencia a lo mismo.

Para el presente trabajo nos referiremos a las fotografías, videos, grabaciones de audio, notas de voz, las capturas de pantalla, los chats, todo aquello que sirve para comunicarse diariamente, donde el humano ha desarrollado la mayor parte de su información, tanto personal, económica, laboral, etc.

Así también, su práctica establecida en el artículo 196 numeral 3, ha regulado la forma en la cual se ha de llevar a cabo la práctica de la fotografía, grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o de carácter electrónico, capaz de producir fe, estableciendo que se reproducirá en su parte pertinente, así como el uso de cualquier medio para la percepción tanto para las partes procesales, cuanto para los asistentes a la audiencia, esto con base al principio de publicidad de las audiencias, ya que estas no pueden ser ocultas el escrutinio público, salvo que por su naturaleza requieran que sean reservadas.

Siendo un mundo que avanza a pasos grandes, la tecnología cada vez va descubriendo nuevas formas de registrar los hechos que pasan en ese momento, y que permitirá usarlos en un proceso posterior, por ello siendo necesario su uso, para ayudar tanto a las partes procesales, para su teoría del caso, así como para los operadores de justicia, para resolver el fondo del asunto, de los casos sometidos a su conocimiento.

El Código Orgánico General de Procesos, no regula de manera detallada la forma

de incorporación de estos medios de prueba, única y exclusivamente el artículo 202 y el artículo 196, dan solución a ciertos problemas, en el presente trabajo abordaremos, soluciones a temas de gran relevancia a ser tomados en cuenta por los jueces, abogados, tanto al momento de incorporar la prueba, el anunciar, practicar, así como al momento de valorar la prueba, temas como la autenticidad, integridad, inalterabilidad, licitud. Etc. Que necesariamente deben tenerse en cuenta.

Así también el tener que remitirnos a otra ley, esto es la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, para solventar la mayor parte de soluciones, a pesar de ello tendremos normativa comparada, que han creído conveniente regular dentro de su cuerpo procesal, de manera detallada cada uno de estos particulares, porque saben que hay mucho temas que pueden darse cuando acudimos a las nuevas tecnologías para usarlas en un proceso, regulando de manera detallada situaciones que pueden darse, por ejemplo, si es necesario o no las masterizaciones que hacen los notarios, que pasa si incorpora solo una fotografía impresa, sin mayor formalidad, como el Juez ha de valorar dicha prueba, que debe tener en cuenta el Juez al momento de tomar su decisión.

Además, cuál es el criterio que tienen los jueces que son quienes toman las decisiones de admitir o no esta prueba, sobre qué parámetros lo hacen, qué parámetros deben cumplir, sabremos cuál es su criterio sobre este particular, que sin duda son criterios muy disímiles, que entenderíamos que dependerá del criterio que tenga el Juez, antes de lo que regule la norma, o si se apegan a la ley, los problemas que pueden representar al momento de su anuncio, admisión, práctica, valoración.

CAPÍTULO I.

1. INTRODUCCIÓN A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.

1.1. Concepto de prueba:

Dentro de todo proceso que se desarrolla ante la administración de justicia, habrá necesidad de prueba, las partes procesales que ejerzan su derecho de acción, esto es la facultad que tiene de acudir ante la administración de justicia, tendrán la necesidad de probar los hechos manifestados en sus actos de proposición, entonces la prueba, se torna fundamental, ya que no basta con hacer meras alegaciones.

Las partes procesales, deberán de incorporar las pruebas de las cuales se crean asistidos, para la probanza de los hechos, y así poder confirmar su teoría del caso, pues las partes procesales, probarán los hechos y será el Juez, quien luego de un análisis de los medios de prueba en conjunto, determinará si se ha formado su convicción, para poder tomar una decisión, acerca del fondo del asunto.

Pero, ¿qué es la prueba?; de la definición de la Real Academia Española (RAE), lo define como: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”. De la revisión etimológica de prueba, nos encontramos con el vocablo latín, *probatio, probationis*, el mismo que se deriva de *probus*, que significa, bueno, por ende, todo lo que resulte probado, será bueno. (Cornejo & Piva, 2020)

Se puede concluir que prueba, significa, comprobar, verificar las afirmaciones que hayan realizado las partes procesales en sus actos de proposición, esto es la demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación de la reconvencción.

Entonces la prueba en un entorno procesal, es muy importante, sobre todo para las partes que se encuentran en esa relación jurídico procesal, así lo dispone el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 162, que debe probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que por su naturaleza no lo requieran, esto sería en el caso del derecho, por la aplicación del principio *Iura Novit Curia* (el Juez conoce el derecho), salvo que sea en el caso del derecho extranjero, allí sí deberá de probar la parte que quiere beneficiarse de su aplicación. Devis Echandía: (...) la administración de justicia sería imposible sin la prueba” (Devis Echandía citado en Cornejo & Piva)

Por consiguiente, si una parte procesal, no tiene prueba, se aplicaría el principio “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”, ya que la prueba en todo

proceso es fundamental, de nada serviría un buen argumento o alegato, si el mismo no va acompañado de prueba, ya que el Juez no tiene conocimiento de la realidad extraprocesal, es una persona que recién con las alegaciones y práctica de los medios de prueba que incorporen y practiquen las partes procesales, llegará a tener conocimiento de lo sucedido, y verificará luego de una análisis en conjunto de la prueba que le hayan servido para tomar una decisión y a consecuencia de ello, se forme su convicción, para poder destrabar la litis.

1.2. Prueba como actividad humana:

Pero, la prueba no solo es de aplicación en el campo procesal, sino también como actividad humana, precisamente, la actividad de las personas en su vida diría, estará relacionada con hechos, que pueden llegar a ser cuestionados y requieren que las personas, lo prueben o demuestren, lo que han manifestado, al ser una actividad humana, la misma ha sido recogida en el derecho.

La prueba como comprobación o verificación de la exactitud de una afirmación no es una actividad que se realice exclusivamente en el campo del derecho, sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas, e incluso, en la vida cotidiana (Cornejo & Piva, 2020, pág. 2)

1.3. Etapas de la actividad probatoria.

En el desarrollo del proceso, las partes procesales deberán de ir pasando por fases o etapas de la prueba, cada uno de ellos tiene su finalidad, pudiera decirse que tenemos la fase pre procesal y procesal.

Con base a lo expresado por el procesalista colombiano Jaime Azula Camacho, considera la fase de averiguación o investigación, la de aseguramiento; que podría decirse que son anteriores al inicio del proceso; en cambio una vez ya dentro del proceso y en aplicación del Código Orgánico General de Procesos, tendremos las siguientes fases: el anuncio de los medios de prueba, la admisibilidad, práctica y su valoración.

1.3.1 Averiguación o investigación:

Esta fase consistirá en la averiguación de los hechos, la forma en cómo estos sucedieron, estos hechos constituirán luego el objeto de prueba, siempre que estos sean

hechos controvertidos, ya que habrá otros hechos sobre los cuales no será necesario prueba alguna.

Azula Camacho (2015) dice, “La averiguación o investigación tiene importancia en todos los ordenamientos procesales, y constituye actuación previa al proceso propiamente dicho” (p. 60); de lo referido por el autor esta fase es anterior al inicio del proceso, conforme el artículo 141 de nuestra normativa procesal, dispone que todo proceso inicia con la presentación de la demanda, a la que podrán preceder las diligencias preparatorias, sin embargo, a esta diligencia, también inicia con una demanda.

Entonces la parte procesal deberá de hacer una averiguación previa al inicio del proceso, para poder entablar los hechos, que le servirán de fundamento fáctico a su acto de proposición.

En el proceso penal esta averiguación previa, recae sobre la Fiscalía General del Estado, sobre los hechos que llegará a su conocimiento, a través de la *notitia criminis*, del informe o parte policial.

En el proceso civil les corresponderá a las partes procesales o sus apoderados, a quienes les corresponde la averiguación de los hechos, con la finalidad de determinar los hechos y a consecuencia de ello los respectivos medios de prueba que les han de servir para un juicio posterior.

1.3.2 El aseguramiento:

Esta fase es importante en la práctica, ya que habrá elementos o situaciones sobre los cuales será necesario tomar ciertas medidas, con la finalidad de evitar que estos desaparezcan, pierdan, modifique o se destruya, es así que, en materia civil, pueden tomarse estas medidas, el Código Orgánico General de Procesos, a partir del artículo 120 que regula las Diligencia Preparatorias, esto a lo que habían manifestado antes, que todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria.

Por ejemplo, cuando queremos verificar el estado en el cual se encuentra una vivienda que se ha dado en arriendo, y que el inquilino ha provocado daños en su infraestructura y que requieran de una pronta intervención, no podremos esperar que llegue el momento procesal de la inspección judicial; ya que la situación por sí, es crítica.

1.3.3 Anuncio de los medios de prueba:

Una vez averiguado los hechos y asegurada los elementos o situaciones, tendremos la siguiente etapa procesal, que será el anunciar los medios de prueba de los cuales se crean asistidas las partes procesales, este anuncio deberá de ser de tal manera, que sirva para la teoría del caso, sea del actor o del demandado, así lo dispone el artículo 142 numeral 7,

El anuncio de los medios de prueba que se ofrecen para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. (Asamblea Nacional, 2021)

Además, si una de las partes procesales, no tiene acceso a cierto medio de prueba deberá de solicitarlo con la debida fundamentación, es lo que se llama el auxilio judicial; que sería en el caso de la información bancaria, que, por el principio de reserva, las personas que no sean titulares de dicha información, no pueden tener acceso, la forma legal de traer al proceso es mediante oficio del Juez a dichas entidades para que remitan dicha información.

Algunos de estos casos serían la Historia Clínica, artículo 7 Ley Orgánica de Salud; Información bancaria y financiera, art 353 Código Orgánico Monetaria y Financiero; Historial laboral de un trabajador artículo 247 Ley de Seguridad Social; registro personal único que custodia la Dirección General de Registro Civil, art 74 y 75 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Así también la parte demandada, tiene su momento procesal para anunciar los medios de prueba, conforme el artículo 152, al momento de contestar la demanda deberá de anunciar todos los medios de prueba que sirvan para sustentar su contradicción, frente a la pretensión de la parte actora. También podrá, de ser el caso, solicitar pruebas a las cuales no tenga acceso.

Al momento de contestar la demanda, el demandado, por disposición del artículo 151 inciso 2, está obligado a pronunciarse sobre la autenticidad de la prueba documental, que ha sido adjuntada por la parte actora, teniendo en cuenta que, de no hacerlo, en la calificación de la contestación y reconvencción, el Juez considerará que la contestación está incompleta, conforme el artículo 156, ordenará que se aclare o complete en el término de 3 días, con la advertencia de tenerla como no presentada.

Sobre este particular Mazón (2020), cuando el Juez dispone que se complete o aclare, se deja entrever una violación al principio de igualdad procesal, ya que el actor tiene 5 días término para hacerlo, mientras que el demandado tiene solo 3 días; craso error del legislador ecuatoriano, ya que esta situación se torna en injusta. Dicha reforma del 2019, sobre la ampliación del término de 5 días, debió de aplicarse tanto para el actor cuanto para el demandado.

Por consiguiente, una vez anunciado los medios de prueba, en específico la documental, deberán de incorporarlos o acompañarlos como dispone el artículo 143, no basta solo con anunciarlos, sino que debe de incorporarlos con el acto de proposición. Con la salvedad de la prueba a la cual no tenga acceso, como ha quedado explicado.

1.3.4 Admisibilidad de los medios de prueba:

Luego de la calificación de clara y completa de los siguientes actos de proposición: la demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, en el caso de haberlos; una vez admitidos a trámite, llegamos a la fase de la audiencia preliminar y primera fase de la audiencia única, dentro de la cual tenemos la admisibilidad de los medios de prueba.

Nuestra normativa procesal, regula la admisibilidad de las pruebas en el artículo 160, la cual deberá de reunir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia, así también el Juez en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

Además de la utilidad, pertinencia, conducencia, la prueba debe haber sido obtenida sin haber violado la constitución o la ley, en dicho caso, este particular debe de ser alegado por la parte procesal que conozca de dicha situación. Entonces decimos que la prueba debe ser legal.

Si al momento de la admisibilidad de los medios de prueba, puede darse el caso que esta carezca de eficacia probatoria, conforme el artículo 160 inciso tercero del Código Orgánico General de Procesos, “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir”

1.3.4.1. La prueba debe ser conducente:

Otro de los requisitos exigidos por el Código Orgánico General de Procesos, es que el medio probatorio debe ser idóneo para demostrar los hechos. Así el artículo 161 inciso primero, establece:

Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. (Asamblea Nacional, 2021)

Para Azula Camacho (2015) define a la conducencia de la siguiente manera, “consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho” (p. 72). Agrega este autor: “la conducencia es cuestión de derecho que el Juez examina al pronunciarse sobre la procedencia del medio probatorio solicitado y si no se cumple lo rechaza in limine” (p. 72).

En este sentido la prueba conducente, que por sus propias características sirven para probar un hecho determinado, en este sentido, sería el caso que se quiera probar la propiedad de un bien, mediante conversaciones realizadas por medios tecnológicos, como una conversación por WhatsApp, que hayan tenido las partes procesales en un caso de reivindicación. Cuando para el perfeccionamiento de la venta de bienes raíces, se da cuando se haya otorgado escritura pública, conforme el artículo 1740 del Código Civil.

1.3.4.2. La prueba debe ser pertinente:

Cuando hablamos de la pertinencia de la prueba, hacemos referencia, a que la prueba que ha de ser anunciada por las partes procesales, debe tener relación con el asunto materia del proceso. Según el autor colombiano Tirado Hernández (2016), “La prueba es pertinente o relevante cuando tiene por objeto un hecho que guarda relación directa o indirecta, inmediata o mediata, con el asunto materia del proceso.” (p. 363).

Así la doctrina ha dicho que para determinar la pertinencia de la prueba debe existir una relación tripartita, entre la prueba, el hecho, y el asunto materia del proceso. Por ende, la prueba es impertinente cuando está dirigida a probar hechos absolutamente ajenos al asunto materia del proceso.

En este sentido, Azula Camacho (2015) ha dicho. “(...) la pertinencia es una cuestión de hecho, por relacionarse con lo que constituye materia del debate o la litis.”, (p. 72)

En este sentido, un ejemplo sería cuando se requiere probar la existencia de un matrimonio, el mismo será mediante la partida de matrimonio otorgada por el Registro Civil, por ende, sería pertinente.

1.3.4.3. La prueba debe ser útil:

La prueba que ha sido anunciada por las partes debe ser útil, nada peor para el principio de economía procesal, es que se admita y se practique una prueba inútil, en este sentido, se ha dicho que la prueba inútil, se da cuando no cumple un objetivo, Tirado Hernández (2016). “Y la prueba es superflua cuando resulta innecesaria por haberse producido ya en el proceso el acervo probatorio suficiente para darle al Juez claridad suficiente sobre los hechos alegados, o también cuando es inverosímil o imposible de practicar.” (p. 369)

También la prueba es inútil, cuando tiene por objeto demostrar los mismos hechos, mediante el anuncio de muchos testigos, por ejemplo, el abandono en un divorcio. Recordar que el Juez puede rechazar de oficio o a petición de parte la prueba inútil, conforme el artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos.

En este sentido Azula Camacho (2015). “(...) vale decir, cuando el hecho que con ella se pretende demostrar ya lo está por otros medios probatorios” (p. 73). Por consiguiente, la prueba que redundante, se torna en inútil.

1.3.4.4. Licitud de la prueba:

El artículo 160 inciso tercero, hace referencia a que la prueba será improcedente cuando haya sido obtenida con violación a la Constitución o la ley, en el mismo sentido cuando la prueba haya sido obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza o soborno.

En este sentido el tratadista Jairo Parra Quijano citado por Tirado Hernández (2016), hay que hacer una diferencia, entre las pruebas irregulares y las ilegales e ilícitas. Las primeras serían subsanables, mas no las ilegales e ilícitas, ya que se estaría inaugurando un terrible antecedente, sea por violar derechos y garantías fundamentales o por no observar las normas legales, en este caso se deslegitimaría el proceso, si se da paso a estas pruebas que carecen de legalidad. Jorge Tirado Hernández (2016). Refiere “(...) mas no las simplemente irregulares, pues estas son subsanables (...)” (p. 374)

El no haber anunciado la prueba en el momento procesal oportuno y el pretender hacerlo en una etapa posterior, será ilegal, va en contra del trámite previsto para cada procedimiento.

Podría darse el caso que una persona pretenda usar información constante en un correo electrónico violando las seguridades, la misma se obtiene de forma ilegal. En todo caso carece de eficacia probatoria.

1.3.4.5. Recurso de apelación e inadmisibilidad del medio de prueba.

Luego de haber pasado por todos estos filtros o requisitos, la prueba podrá ser practicada en la audiencia de juicio, o en la segunda fase de la audiencia de juicio, respecto de las pruebas que no hayan sido admitidas por el Juez, las partes podrán apelar, con efecto diferido. Sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos nada refiere si la prueba que fue admitida por el Juez y que ha criterio de una parte procesal, no debió de admitirse, la norma no concede recurso alguno, si la misma fue admitida.

1.4. Objeto de la actividad probatoria:

Llegado a este punto, nos preguntamos, ¿Qué es lo que se debe de probar en un juicio? La doctrina ha establecido dos grupos sobre lo que ha de ser objeto de la prueba, un grupo, dice que lo que es objeto de prueba, que serán las *afirmaciones* que se hayan hecho en la demanda, para otro grupo ha dicho que el objeto de prueba, recae sobre los *hechos*, el fondo del asunto recae sobre la existencia o inexistencia de hechos.

“El objeto de la prueba son los hechos en abstracto, presente, pasados y futuros, entendiéndose la palabra hechos en un sentido amplio, es decir, como todo aquello que pueden ser percibido o como todo aquello que es susceptible de probanza” (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 163)

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 159 cuarto, señala que, “Para demostrar los *hechos* en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley” (Asamblea Nacional, 2021). Así también el artículo 162, dispone que debe de probarse todos los hechos alegados por las partes, con la salvedad de que no requieran ser probados. En definitiva, lo que se prueban son los hechos.

En materia penal lo que se deberá de probar son los hechos constitutivos del delito, es decir, los supuestos de hecho establecidos en el tipo penal.

1.4.1. Tema de prueba:

El tema de prueba tiene relación con el objeto de la prueba, en este caso hablamos de algo más específico, es decir, los hechos que constituyen relevantes, que interesa e importa al proceso en concreto, estos hechos serán sobre los cuales girará la

controversia o investigación, y deberán ser probados, porque con base a ellos, el Juez tomará la decisión sobre el fondo del asunto.

A manera de conclusión, podríamos decir, que el objeto de prueba deberá de responder a la pregunta: qué hechos pueden ser probados; a su vez el tema de prueba: qué hechos deben ser probados en un caso específico y la carga de la prueba: a quién le interesa probar determinado hecho en su beneficio.

1.4.2. Hechos que no requieren ser probados:

Hay ciertos hechos que por su naturaleza no requieren ser probados por las partes procesales que aleguen tal circunstancia, conforme el artículo 163 del Código Orgánico General de Procesos, enumera cuatro hechos que no requieren ser probados.

Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvenición o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única.

Una vez que la partes hayan manifestado en sus actos de proposición los hechos que sirven de fundamento, estos hechos al ser aceptados por la otra parte, dejan de ser controvertidos, no tendría sentido probar un hecho que ha sido aceptado por la otra parte, tomando en consideración el principio de economía procesal y celeridad.

2. Los hechos imposibles.

Lo imposible es lo que sencillamente no puede hacerse, realizarse, o llevar a cabo, si decimos que un hecho imposible no es objeto de prueba, es por la naturaleza de ese hecho, que no permite al menos por las condiciones actuales, probarlo.

En este sentido, sería el querer probar la existencia de otros planetas con vida, pues las condiciones tecnológicas, por el momento no permite aún determinar eso, por supuesto, ciertos hechos imposibles, dejarán de serlo, con el transcurso del tiempo y el avance de las nuevas tecnologías.

3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.

Nos referimos a los hechos que son conocidos por la totalidad del público o por parte de ellos, son hechos de amplia divulgación en toda o en cierta población. Por ejemplo, la existencia de un río, de ciertas calles, autoridades, terremotos, guerras, catástrofes, etc. Que por ser conocidos no requieren ser probados, se entiende que los mismos al ser públicos son suficientemente conocidos. De lo contrario deberá de ser probado.

4. Los hechos que la ley presume de derecho.

Esta hace referencia a la presunción *iuris et de iure*, es decir que son presunciones de pleno derecho y que no admiten prueba en contrario, la conclusión establecida, no permite ser desvirtuada, pero deberá de establecer la norma.

En sentido contrario, sería la presunción de hecho o *iuris tantum*; que admite prueba en contraria, si bien hay una conclusión o consecuencia, la norma franquea la posibilidad de que la misma sea desvirtuada, como, por ejemplo, la presunción establecida en el artículo 10 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, que un mensaje de datos, proviene de quien lo envía, salvo prueba en contrario.

Hay otros hechos que la doctrina establece que no requieren ser probados, tales como:

Las normas jurídicas nacionales, por aplicación del principio *iura novit curia*, pues el Juez, está en la obligación de conocer; no solo las emitidas única y exclusivamente por el órgano legislativo, sino todo el ordenamiento jurídico.

La existencia y representación de personas jurídicas de derecho público: se entiende que, al ser instituciones creadas por la constitución o leyes orgánicas, no es necesario que se prueben, además que tiene relación con los hechos públicos y notorios.

Las reglas de la experiencia: en este sentido que por haber tenido diferentes casos de la misma situación y que por analogía se infiere, y se va adquiriendo esta experiencia de la conducta reiterada de las personas en sociedad, permite entonces deducir o establecer una presunción de circunstancias, comportamiento o manera de proceder en determinadas situaciones. Estos principios generales de la experiencia, no requieren de prueba, ya que estaríamos obligados a probar cuestiones básicas de la vida, que todos conocemos.

Hechos amparados de cosa juzgada: sería el caso de las decisiones que no pueden ser desvirtuadas, al ser inimpugnables e inmutables, su contenido se considera verdadero a efectos de las partes procesales (inter partes), salvo que sea con efecto erga omnes, la parte resolutive de la sentencia puede ser usada como prueba, y el Juez al momento de valorarla, no podrá formar su propia convicción, estará obligado a aceptarla tal cual ha sido emitida, ni las partes podrán controvertir.

1.5. Finalidad de la actividad probatoria.

La doctrina ha establecido que la prueba tiene fines procesales y extraprocesales; los fines extraprocesales, tiene por finalidad dar seguridad a las diferentes relaciones que se van dando, tales como las sociales, familiares, laborales, etc.

Mientras que los fines procesales, tiene por finalidad, llevar al Juez a la convicción para que pueda tomar una decisión sobre el fondo del asunto, con certeza. Por ende, una vez que el Juez esté plenamente convencido y apoderado de la verdad, puede tomar una decisión, dicha convicción se reflejará en la sentencia que tome, a pesar de que la verdad objetiva u ontológica sea diferente. Tirado Hernández al respecto sostiene.

(...) que el fin de la prueba judicial es llevarle convicción al Juez, para que decida conforme a la verdad resultante de sus razonamientos, aunque la verdad ontológica este eventualmente en un sentido diferente, porque siempre que el Juez profiere sentencia convencido por la prueba de que está en posesión de la verdad, se tendrá por cumplido el fin procesal de ella en el respectivo proceso. (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 188)

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 158 acoge lo antes expresado:

Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. (Asamblea Nacional, 2021)

En definitiva, la finalidad de la prueba es la convicción del juzgador, la mayor parte de los doctrinarios se han decantado por el convencimiento en el juzgador.

1.6. Principios generales de la prueba

Los principios referentes a la prueba necesariamente deben ser observados por el Juez y las partes procesales, no pueden pasar por alto, estos principios son de carácter constitucional o legal que se aplica a todos los casos sometidos a conocimiento del Juez. Hay muchos principios que informan a la prueba, para el presente estudio, explicaremos los más relevantes, estos son:

a) Principio de publicidad:

La prueba que haya sido incorporada al proceso ha de ser pública, en el sentido de que las partes procesales tengan acceso a las mismas, y que puedan revisarlas, para

poder formular las objeciones que el caso amerite, el Código Orgánico General de Procesos, en diversas disposiciones se asegura de que este principio no sea violentado.

Así el artículo 159 regula el momento procesal para que la prueba sea incorporada con los actos de proposición, siempre que se tenga acceso, lo contrario, sería el auxilio judicial, además el artículo 151 determina que en la contestación se deberá de pronunciar sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, de tal manera que para poder pronunciarse se debe tener acceso a la misma; en todo caso la prueba no puede ser oculta, ni que cause sorpresas a última hora, como veremos luego está relacionado con el principio de preclusión. En este sentido las partes tendrán conocimiento de estos medios de prueba revisando el proceso.

También la doctrina ha referido que, la práctica de la prueba, también se hace de manera pública, y el artículo 196, regula la producción o práctica de la prueba en audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única, dispone que la prueba documental se leerá y exhibirá públicamente en su parte pertinente. Además de que las audiencias son públicas, salvo las que la ley considere reservadas, toda persona que asista a la audiencia, podrá ver la práctica de las pruebas.

b) Principio de contradicción:

Este principio está relacionado con el anterior, ya que, si una persona no tiene acceso a una prueba, no podrá hacer las objeciones del caso, ya que simplemente es oculta, el artículo 165 del Código Orgánico General de Procesos, regula esta situación:

Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla. (Asamblea Nacional, 2021)

Por lo tanto, los diferentes medios de prueba que hayan sido anunciados por las partes, pueden ser controvertidos por la otra parte, por ejemplo, cuando ha sido anunciado un testigo, en la práctica de este medio de prueba, la contradicción será con el contra interrogatorio, si es que se hace o no ejercicio de este derecho la contra parte, en todo caso, se ha garantizado este principio.

c) Principio de Preclusión:

Las distintas etapas que integran el camino que la prueba debe recorrer, tales como el anuncio, admisibilidad, práctica y valoración, debe ser en el momento procesal oportuno, ya que una vez que pasamos a la etapa siguiente, no puede regresar

a la anterior, esto por el principio de seguridad jurídica. De tal manera que, si ha pasado la etapa de anuncio de los medios de prueba, fenecido los términos, no puede en la valoración probatoria, querer anunciar el medio de prueba, esto está prohibido.

En este sentido el artículo 164, primer inciso del Código Orgánico General de Procesos. “Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.” (Asamblea Nacional, 2021)

Por consiguiente, las partes procesales, deben de hacerlo dentro de las oportunidades que regula el cuerpo adjetivo.

d) Principio de Legalidad:

Habíamos hablado sobre el principio de *licitud* de la prueba, este quiere decir que la prueba debe ser obtenida, sin violación de la ley o Constitución, los derechos fundamentales, pues de lo contrario, se tornará en ineficaz. Así también cuando la misma es obtenida mediante fuerza física o moral, soborno, dentro de estas causas la prueba es ilícita, por ejemplo, cuando se accede a una conversación privada, sin el permiso del Juez.

Pero tratándose de la *ilegalidad* de la prueba, sobre este particular Jaime Azula Camacho, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombiana, dice. “(...) se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o el procedimiento previsto en la ley.” (Azula, 2015, pág. 17)

Se refiere a las distintas fases que implica la prueba, estas son: la obtención y práctica, si se omite, constituye una irregularidad que afectará su eficacia. Es decir, si la prueba no es practicada u obtenida conforme las reglas procesales, establecidas para cada medio de prueba, la prueba será ilegal, porque ha contravenido las disposiciones que regulan la producción o práctica. En este sentido, generaría su ineficacia. Es decir, si la prueba no ha sido practicada conforme lo dispone el Código Orgánico General de Procesos.

e) Principio de inmediación:

El principio de inmediatez procesal, consiste en la relación entre el Juez y el medio de prueba, hay ciertos medios de prueba, en los cuales el Juez, debe intervenir personalmente, por ejemplo, en la práctica de la inspección judicial, en la prueba testimonial, será ante su presencia, que se haga el interrogatorio y contrainterrogatorio;

a fin de que sea el Juez que conozca de la causa el que tome una decisión, con base a lo anunciado, admitido y practicado ante su presencia en audiencia convocada para el efecto.

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 159, inciso cuarto, establece que la práctica de la prueba se hará de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Así también el artículo 194 numeral 7 literal e ibídem; hace referencia a la prueba que deba ser practicada antes de la audiencia de juicio, el Juez y las partes harán los señalamientos respectivos, para llevar a cabo dicha práctica. El artículo 81, dispone que el Juez que inicie una audiencia debe de permanecer en ella, hasta su conclusión, su ausencia injustificada, dará lugar a la nulidad.

El artículo 72 ibídem, refiere que el Juez tiene la facultad de ordenar la práctica de alguna diligencia, mediante deprecatorio y comisión, pero no incluye la realización de audiencias, ni la práctica de pruebas. En relación a este artículo, el 143 inciso final, refiere que el Juez no puede ordenar ninguna práctica de prueba en contravención a la norma, si aquello acontece, carece de valor probatorio.

f) Principio Igualdad de oportunidades:

Este principio se refiere a que las partes procesales, tiene las mismas oportunidades para anunciar los medios de prueba que consideren pertinentes para la probanza de los hechos, sin restricción alguna, siempre que las mismas no contravengan las disposiciones de la normativa procesal, es así que el Código Orgánico General de Procesos, desarrolla este principio en varios articulados. Por ejemplo, el actor podrá proponer los medios de prueba en la demanda, y el demandado en la contestación, así también, cuando luego de contestada la demanda, el actor tiene 10 días término, para anunciar nueva prueba, que se refiera sobre los hechos expuestos en la contestación de la demanda.

Además, las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba, orientada a probar los hechos, siempre que no viole el debido proceso, ni la ley, así regula el artículo 159 inciso final del Código Orgánico General de Procesos.

g) Principio de necesidad y prohibición de aplicar el conocimiento propio del Juez:

Las partes están obligadas a probar, de tal manera que el Juez tendrá conocimiento de la realidad, en la medida de las pruebas que se hagan llegar al proceso,

por ende, los hechos deben estar debidamente probados; de nada sirve una simple alegación de la parte, sin que esté acompañada de prueba.

El Código Orgánico General de Procesos regula la necesidad de la prueba en el artículo 162, en el cual las partes deberán de probar todos los hechos que haya alegado, salvo que los mismos no lo requieran; en la misma disposición, el Juez no puede aplicar el conocimiento propio, que tenga acerca del hecho controvertido, el Juez debe dejar todo eso atrás, y conforme dispone el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual regula que el Juez resolverá atendiendo a los elementos que hayan aportado las partes.

El Código Orgánico General de Procesos, permite la prueba para mejor resolver, en el artículo 168, cuando el Juez considere necesario para esclarecer los hechos, el límite, solo sería, que el Juez deje expresa constancia del motivo por el cual toma esa decisión. La misma podría interpretarse como el darle haciendo el trabajo a la parte procesal que no anunció en el momento procesal oportuno.

h) Principio de interés público:

En todo proceso siempre habrá un interés público, ese interés radica, en la correcta administración de justicia de un país, cuando este principio es quebrantado, entra en tela de duda la administración de justicia, inicia su deslegitimación, y la poca credibilidad. Para lograr la seguridad y armonía de las personas, será necesario que el Juez tenga un conocimiento, lo más apegado a la realidad posible, y eso lo consigue a través de los medios de prueba.

i) Principio de libertad probatoria:

Este principio establece, que las partes procesales tienen la facultad de anunciar los medios de prueba que consideren pertinentes, no hay una limitación, el Código Orgánico General de Procesos establece un sistema abierto, el artículo 159 inciso final, permite que las partes hagan uso de cualquier medio de prueba. Además, el artículo da la posibilidad de que el Juez pueda ordenar la prueba que juzgue necesaria, para mejor resolver; entonces llegamos a la conclusión que, tanto el Juez y las partes les asiste este principio de libertad probatoria, limitado por la pertinencia, utilidad y conducencia.

Al respecto Jaime Azula Camacho dice que el principio de libertad probatoria, “Consiste en que las partes y el funcionario jurisdiccional, cuando goza de esa facultad,

puedan solicitar o decretar, según el caso, todas las pruebas que consideren necesarias para establecer los hechos que constituyen objeto del proceso.” (Azula, 2015, pág. 10)

j) Principio de comunidad o de adquisición:

Al respecto Jaime Azula Camacho dice. “(...) consiste que la prueba, como acto procesal que es, pertenece al proceso y no al sujeto del cual proviene o que toma la iniciativa para que se decrete” (Azula, 2015, pág. 5)

El principio de comunidad, puede beneficiar a la misma parte que incorpora la prueba, así también puede beneficiar a la otra parte, entonces no se considera a la parte que ha anunciado e incorporado este medio de prueba, sino que la misma pasa a pertenecer al proceso, y allí corresponde a la parte procesal, hacer uso de la misma, de acuerdo a su estrategia.

Incluso podría llegar a desistir de la prueba anunciada o admitida, sin embargo, la otra parte procesal, a quien beneficia, podrá hacer uso de la misma; así el Juez valorará las pruebas que hayan sido solicitadas, practicadas e incorporadas, conforme el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos.

1.7. Carga de la prueba.

1.7.1 Iniciativa probatoria:

Cuando hablamos de iniciativa probatoria, hacemos referencia a cuál de las partes que interviene en el proceso, recae la iniciativa para practicar prueba; doctrinariamente se habla de 3 sistemas, esto son: el dispositivo, inquisitivo y mixto, que es la mezcla de los dos anteriores.

a) Sistema dispositivo:

En este sistema la iniciativa probatoria recae sobre las partes. Sin embargo, también se permite al Juez la facultad de decretar la práctica de la prueba de oficio, al respecto Azula Camacho sostiene. “(...) el hecho de que se le otorgue al Juez la posibilidad de decretar pruebas no implica que el proceso pierda su calidad de dispositivo, por cuanto dicha facultad está referida para establecer o aclarar los hechos que son materia de la controversia (...)” (Azula, 2015, pág. 41)

El Código Orgánico General de Procesos, dispone:

Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el

esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días. (Asamblea Nacional, 2021)

Art. 5.- Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo. (Asamblea Nacional, 2021)

b) Sistema inquisitivo:

La iniciativa probatoria la tiene el Juez, no de forma exclusiva, ya que las partes también pueden pedir pruebas, pero será el Juez a quien le corresponda averiguar las circunstancias del hecho, su existencia, particulares, etc. Es decir, el Juez tiene un rol fundamental, cuando de pruebas se trata, ya que hace el rol de parte procesal y de Juez, investiga, practica la prueba, y luego será él mismo el que valore las pruebas que ha ordenado.

c) Sistema mixto:

En este sistema tenemos los dos anteriores, acusatorio e inquisitivo, tanto las partes como el Juez tienen la iniciativa probatoria, ellos podrán solicitar las pruebas que consideren pertinentes.

6.1. Carga de la prueba:

La carga de la prueba está orientada a establecer a cuál de las partes procesales, le interesa probar los hechos que les sirven de fundamento. Al respecto Azula Camacho. “(...) pues sobre las partes recae el interés para establecer los hechos que fundan el derecho que reclaman en el proceso” (Azula, 2015, pág. 46)

La carga de la prueba es una facultad o un poder que tiene las partes, pero no es obligación, ni deber, el mismo de acuerdo a la parte a quien corresponda, podrá hacerlo voluntariamente, sin embargo, de no hacer uso de esta facultad, podrá traer graves consecuencias para sí misma. Tirado Hernández, sostiene que,

“La Carga de la Prueba, que viene a resolver la pregunta procesal *¿A quién le corresponde probar?*, es la facultad discrecional o acto voluntario de presentar y proponer pruebas y de intervenir en su práctica, para acreditar ante el funcionario judicial el supuesto de hecho en que se ampara la norma jurídica aplicable a la investigación o el proceso (...)” (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 563)

Entonces si la parte a quien le correspondía probar, no lo hace, quedará una duda, “La finalidad de las normas sobre la carga de la prueba es precisamente resolver la cuestión de a quién perjudicará la circunstancia de que no se haya alcanzado la

certeza positiva o negativa de un hecho y, consiguientemente, se deduce de ellas a quien le corresponde probarlo.” (Gascon, 2019/2020, pág. 275)

La carga de la prueba se puede hablar en dos sentidos, el sentido formal y el sentido material.

Sentido formal:

Se determina a quién le corresponde la carga de la prueba sobre los hechos relevantes. Fernando Gascón, refiere. “(...) se dice que el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos, mientras que al demandado le incumbe la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes”. (Gascon, 2019/2020, pág. 276)

Sentido material:

Determina a quien le perjudica la falta de la prueba del hecho, el Juez tendrá duda acerca de la existencia o no de un hecho. En la misma línea Fernando Gascón, “(...) se dice que debe perjudicar al demandante la falta de certeza o la duda en relación con los hechos constitutivos, del mismo modo que debe de perjudicar al demandado la duda del tribunal en relación con la concurrencia o no de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.” (Gascon, 2019/2020, pág. 276)

6.1.2. Carga probatoria en el Código Orgánico General de Procesos.

Respecto de la carga probatoria que recae sobre la parte *actora*, se encuentra regulada en el artículo 169 primer inciso:

Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. (Asamblea Nacional, 2021)

Como regla general tenemos la aplicación del aforismo *onus probandi incumbit actori*, pues le corresponde a la parte actora el probar los hechos, tiene la obligación, así dispone este artículo.

Respecto de la carga probatoria que recae sobre la parte *demandada*, el inciso segundo del artículo 169 *ibídem*:

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. (Asamblea Nacional, 2021)

Habíamos dicho que la parte actora tiene la obligación de probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda, en el caso del demandado, dispone, que no estará obligado a producir pruebas, con la salvedad de que haga afirmaciones; esto

es concordante con un adagio, que dice, “el que alega prueba”, si el demandado en un proceso de alimentos dice que se encuentra sin trabajo, debe de probar esa situación, lo contrario sería que se falle en su contra. En todo caso el demandado tiene dos alternativas, hacer una contestación con negativa simple; o si contiene afirmaciones, en este caso deberá de probar.

6.1.3. Inversión de la carga de la prueba en el Código Orgánico General de Procesos:

La finalidad de la inversión de la carga de la prueba, está dirigida a que la parte que tenga la facilidad de obtener la prueba, sea quien tenga la carga de incorporarlo al proceso, ya que podría constituir un perjuicio desproporcionado a una parte el que tenga la obligación de probar, en aplicación de las reglas generales de la carga probatoria; al respecto Fernando Gascón. “Así, la carga de la prueba supone liberar a un litigante de la carga que normalmente le correspondería y el paralelo gravamen del litigante contrario.” (Gascon, 2019/2020, pág. 277)

Al respecto nuestro código, en el artículo 169 inciso cuarto, ha introducido esta inversión probatoria, tanto en materia de familia como ambiental; cuando de por medio, exista procesos en materia de familia, en relación con los ingresos del demandado.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. (Asamblea Nacional, 2021)

Este artículo tiene una lógica, en el sentido de que el demandado por pensiones alimenticias, se halla en la facilidad de suministrar la información, acerca de sus reales ingresos económicos; sin embargo en la práctica sucede y en la mayoría de los casos, que termina siendo la parte actora la que debe recabar las pruebas, incluso con auxilio judicial, sobre la información de los reales ingresos y condiciones económicas en la cual se desarrolla el demandado, con la finalidad de fijar una pensión alimenticia.

De la misma manera, el Código Orgánico General de Procesos, ha establecido la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental, regulado en el artículo 169 inciso quinto, dispone que deberá de ser el demandado quien demuestre que no ha contaminado. Entonces el demandado deberá de basar su defensa, en que no ha contaminado y no solo a negar la demanda.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado. (Asamblea Nacional, 2021)

En definitiva, se la denomina *la carga dinámica de la prueba*, cuando la carga gravita alrededor de una parte, sin embargo, dicha parte no está en condiciones de suministrarla, porque le resulta difícil o imposible obtenerla. Azula Camacho, citando lo referido por el Consejo de Estado de Colombia.

“(…) *la carga dinámica de la prueba* (…) se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado.” (Azula, 2015, pág. 51).

Este principio, incluso lo vemos reflejado en otras materias como la constitucional, laboral, derechos de los consumidores. Etc.

CAPÍTULO II.

2. PRUEBA DOCUMENTAL Y DOCUMENTO ELECTRÓNICO:

2.4. Historia e Importancia.

La existencia del documento es tan antigua, cuando nos referimos a las primeras apariciones de expresión de las civilizaciones, desde que aprendieron a dejar en roca tallada figuras o historias, así en las cavernas, donde se puede evidenciar dibujos, que de alguna manera expresan algo; sin embargo la importancia jurídica del documento, es muy importante a lo largo de la historia, su uso no ha decaído con el transcurso de los años, sino más bien se ha venido constituyendo y transformando, en un medio fiable y seguro.

Históricamente cuando se habla del documento, se lo considera como testigo muerto, en contrasentido, a la prueba testimonial, como testigo vivo. En este sentido nace el documento, para las relaciones económicas, sociales, negocios, actividades mercantiles que necesitaban dejar constancia de las diversas transacciones que se daban.

Es así, que, en Asiria, Babilonia, Persia y Egipto, el documento se lo destinó a fines contractuales, en temas sociales, aplicando al matrimonio, a decir del autor Jorge Tirado (2013), se cree que, en Persia, nació el catastro inmobiliario, la escritura para la transferencia de inmuebles y para su prueba; en tanto que en Egipto se le dio obligatoriedad a esta forma de transmitir ciertos bienes (...)” (p. 557); lo que luego se los conocería como contratos solemnes.

En Grecia, la importancia del documento fue muy posterior al testimonio, al juramento, incluso a la confesión, su importancia caló en una época muy avanzada del derecho griego, luego admitido como prueba, aparecieron los notarios o archiveros.

En Roma, la prueba testimonial tuvo relevancia y predominó, desde la existencia del imperio, hasta su caída; con la posterioridad, en Roma aparecieron los *notarii*, que eran simples escribas, que tenían la función de anotar lo que las partes les dictaban, estos *notarii* eran usados como auxiliares de los tabeliones, que estaban autorizados para dar fe a las escrituras y demás documentos puestos a su consideración.

En la época de Justiniano, los tabeliones, se convierten en funcionarios públicos, para que los instrumentos elaborados, sean públicos y gocen de autenticidad, debían de ser depositados en archivos públicos, este vendría a ser el antecedente de la

protocolización. Con la caída del Imperio Romano, cae en gran desuso el documento, por la poca cultura de los invasores bárbaros, sin embargo, aparecería luego con el derecho canónico, se restableció las funciones tabularias, y se distinguió entre el instrumento público, que se redactaban en presencia de un Juez u obispo, en cambio el instrumento privado, se otorgaba ante testigos o un tabelion. Se dice que las actas redactadas ante el Juez, dieron origen a lo que hoy se conoce como la función notarial.

Es así que, a partir del siglo XV, se da un gran avance en el uso de los documentos, con el Estatuto de Bolonia, de 1454, cuando prohíbe usar testigos para probar obligaciones que superen las 100 libras, y se exige prueba mediante el uso del instrumento privado. Nuestro Código Civil, regula este particular en los artículos 1725, 1726 y 1727, sobre la inadmisibilidad de la prueba por testigos, sobre obligaciones que hayan debido de ser consignadas por escrito, sobre todo cuando se demanda una cosa de más de ochenta dólares.

La importancia del documento es tal, que incluso como prueba sigue siendo enorme, por el desarrollo de la tecnología y las diversas formas de comunicación que existen entre las personas, por eso la noción de documento en su sentido literal, hoy en día, es mucho más amplia. Incluso hoy tenemos el documento electrónico, que se ha desarrollado gracias a las nuevas tecnologías. que no consta en soporte material, sino en soporte digital.

2.5. Naturaleza jurídica del documento:

A decir del autor Jorge Tirado. “El documento medio de prueba presenta las siguientes características: es indirecto, real, objetivo, autónomo, histórico y representativo.” (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 561), en este sentido:

a) Indirecto:

Esta característica se refiere a que el hecho recogido o documentado, no llega a conocimiento del Juez de manera directa, sino que los hechos contenidos en él, se hacen allegar por las partes procesales. El Juez no conoce o percibe de manera directa el hecho relevante, sino que llega a conocer mediante otros, como el documento.

b) Real o material, objetivo y autónomo:

Se dice que el documento no es un acto, sino una cosa, porque el documento se encuentra en un objeto que contiene la declaración o representación, porque el acto humano que lo crea, no es el hecho representativo, que es anterior, sino el objeto capaz

de representar. Al respecto “Carnelutti- el documento no es un acto, sino una cosa. Pero como lo anota de Santo- el documento, es una cosa creada mediante un acto” (Azula, 2015, pág. 220)

Decimos que es autónomo del testimonio, tiene naturaleza probatoria autónoma, no rinden una declaración extra judicial, sino que se crea ese documento; porque el documento en sí mismo, no puede ser considerado como testimonio de lo establecido en el mismo, ya que el testimonio se desarrollará dentro del proceso, con observancia de la normativa procesal sobre la prueba testimonial.

Es objetivo, porque lo que narra el documento es la cosa y no el hombre (testigo vivo), al respecto Couture sostiene que “el documento no es la declaración de voluntad, sino la representación de la declaración de la voluntad; la declaración es un acto; el documento es un objeto”, que sirve como medio de prueba. (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 564). Por ende, “(...) el documento se encuentra en un objeto que contiene la declaración o representación.” (Azula, 2015, pág. 219). El documento mismo como objeto; se crea el documento, y se documenta ese acto jurídico.

c) Histórica:

Porque lo que se plasma, declara o representa en el documento es un hecho pasado, que lo dejan establecido en un documento (objeto) con la finalidad de demostrar. De tal manera que el Juez hará de historiador, buscando en esos hechos pasados, que ha sido declarado o representado en el documento.

d) Es representativa:

En el sentido de que representa algo, sea un hecho, o una manifestación del pensamiento, la representación debe de emanar o surgir del objeto (documento), mas no de la mente del intérprete. De lo dicho citamos el siguiente ejemplo:

“La fotografía de una pareja de enamorados que se abrazan, lo cual constituye un objeto representativo de dos personas en dicha actitud, la imagen hace parte del contenido del objeto (el documento), pero no es creada por la mente del intérprete. Surge así, sin lugar a dudas, la representación.” (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 565)

e) Es preconstituida:

Porque el documento tiene existencia con anterioridad al proceso en el que se lo requiera por alguna de las partes. Se dice que es una característica casi única de la

prueba documental, ya que en los demás no existe. En las diligencias preparatorias, pero, incluso en estas se da con intervención del Juez.

2.6. Definiciones de prueba documental.

Hay muchas definiciones que se han dado al documento, se dice que proviene del latín *dekos*, que se usaba en las ceremonias religiosas, que era el extender las manos, para ofrecer y para recibir. A su vez la raíz *dek o doc*, tiene varios vocablos, estos son: docente, doctrina, doctor, la palabra *documentum*, en este sentido, tiene tres acepciones: aquello con lo que se instruye, aquello que se refiere a la enseñanza, y aquello que se enseña, (...) puede decirse que documento es aquello que enseña algo. (Azula, 2015, pág. 218)

En sentido jurídico, iniciando desde la literalidad de lo que significa documento, es decir única y exclusivamente al escrito, dejando por fuera todos los que no consten por escrito, esto como una de las principales definiciones que se dio al documento, influencia ésta del código napoleónico de 1804; en este sentido vemos reflejado en varias legislaciones, que acogieron sus disposiciones.

En el caso del Ecuador, con la expedición del Código de Enjuiciamiento en materia Civil en 1899, regulaba los siguientes medios de prueba, los testigos, confesión de parte, inspección ocular; este código respecto del documento, se hace referencia a los instrumentos públicos y privados.

En este código, no da una definición de lo que se ha de entender por prueba documental, situación que si lo prevé el Código Orgánico General de Procesos; dicho Código de Enjuiciamiento en materia Civil, respecto del instrumento público, disponía que es el autorizado, con las solemnidades legales, por el competente empleado. Si fuere otorgado ante Escribano e incorporado en un Protocolo o Registro público, se llamará escritura pública.

El mismo código hace una especie de ejemplificación de lo que se ha de entender como prueba documental, así lo regulaba en el artículo 150, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente, etc.

Respecto del instrumento privado, el código disponía que:

Art 195. Instrumento Privado: es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de Escribano ni de otra persona legalmente

autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio. (Congreso del Ecuador, 1899)

Podemos ver que este código reconocía como prueba única y exclusivamente al documento escrito y era obvio, toda vez que la innovación tecnológica, como los videos, fotografías, sonidos grabados, películas, etc. No llegaría sino hasta muchos años después.

Sin embargo, luego con la aparición de las nuevas tecnologías, medios informáticos, nuevos dispositivos, a través de los cuales se puede documentar hechos en el preciso momento en el cual se produce; por ejemplo, el dispositivo, sería una cámara, un celular, que permite grabar el momento preciso en el que sucede un hecho; o una fotografía, información no contenida por escrito, sino a través de soportes que a simple vista no se los puede ver, ni descubrir el contenido del mismo, sino a través de dispositivos para su visualización.

En este sentido, la prueba documental, entendido como el documento escrito, debió modificarse para dar espacio a las innovaciones tecnológicas, en este sentido la doctrina ha dicho:

En sentido lato denomínese documento a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Por lo tanto, no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas, fotografías, películas cinematográficas, cintas megatofónicas, videos, etcétera, poseen la misma aptitud representativa. (Lino, 2003, pág. 423)

Desde el punto de vista jurídico, aunque en principio el concepto de documento se circunscribió a toda cosa que sirve de medio para que el hombre exprese sus ideas y pensamientos mediante la prueba escrita, de uso corriente en los ordenamientos en que esta constituye elemento esencial del documento, como en nuestros anteriores códigos de procedimiento, en la actualidad su entorno es bastante más amplio, por comprender toda forma de expresión que conste en una cosa, como la fotografía, el video, la cinta magnetofónica, etc. (Azula, 2015, pág. 218)

Es decir, documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo,

cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías. Pero siempre es representativo y esto lo distingue de las cosas u objetos que sin ser documentos pueden servir de prueba indiciaria, como una huella, un arma, una herida, etcétera. (Devis Echandía, 1976, pág. 173)

A su vez el autor Jorge Cardoso Isaza, lo define como “Cualquier cosa que, siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano.” (Cardoso, 1984, como se citó en Piva, 2021)

En este sentido, la definición de documento en su sentido literal, ha dejado de tener vigencia, no solo es el escrito, sino que la definición, se ha extendido para incorporar a todo donde se puede dejar constancia de algún hecho o un derecho (soporte papel o digital). Esto se ha hecho en razón de que el derecho procesal debe regular y no puede quedar al margen de estas innovaciones tecnológicas.

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 153, establece una definición de prueba documental:

Art. 193.- Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho. (Asamblea Nacional, 2021)

De la revisión de esta definición, nos damos cuenta que ya no establece la palabra, escrito, a diferencia de lo que históricamente se lo concebía. Es más, da una clasificación de documento público y privado, recoge una de las características que habíamos dado sobre la prueba documental, que era representativo, “(...) porque siempre representa, la existencia de un hecho cualquiera, o una manifestación del pensamiento, a veces declarativa.” (Tirado, Curso de Pruebas Judiciales Tomo II, 2013, pág. 564)

El soporte en el cual recoge, contenga o represente algún hecho o un derecho, ha variado considerablemente, pues antes era el documento físico, material, escrito; hoy en día, el soporte puede ser: electrónico, llamados también digitales,

informáticos, tecnológicos, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, le da el nombre de mensaje de datos¹; diversos autores la han denominado de diferentes maneras; pero jurídicamente, dejando de lado temas técnicos, todos hacen referencia a la prueba creada por las nuevas tecnologías, que es un término más amplio.

Resulta evidente que la sustitución del soporte probatorio, pasando de pasta de celulosa a byts, plantea interrogantes que conviene tener en consideración. Pudieran verse afectadas la totalidad de las actividades típicamente probatorias; el acceso a la prueba, la aportación al proceso, o en su caso, su práctica. (Oliva León, Ricardo; Valero Barceló, Sonsoles, 2016, pág. 74)

Entonces, podemos ver que la definición de documento al amparo del derecho procesal, se ha transformado, para dejar atrás, lo que es escrito, para dotarlo de una definición más amplia, que, dentro de ella, se encuentre todas las maneras posibles de expresión en el que se incorpora o documenta un hecho, sin importar el soporte en el que se encuentre.

2.7. Nociones y semejanzas con el documento tradicional.

El desarrollo económico de los países, y la globalización, hicieron que el desarrollo económico de los países, evolucionen a grandes pasos, así con el desarrollo del internet y los programas informáticos, que permitió la comunicación directa e inmediata con las personas en diferentes partes del mundo.

Para tratar este punto debemos necesariamente referirnos a lo que es el documento electrónico, el autor Juan Páez lo define como “(...) toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen. Recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.” (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 44)

¹ Mensaje de datos: Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como 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.

Podemos decir, que no hablamos en esta fase del documento escrito, sino a los documentos soportados en medios magnéticos, que no responden al concepto limitado de documento en sentido estricto, esto es el escrito; sino a la definición amplia que ya hemos visto, “(...) nos referimos a todos los Documentos que son emitidos por medios electrónicos, magnéticos, digitales o informáticos” (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 44)

Es a partir de estos nuevos avances tecnológicos, es que fue apareciendo el documento electrónico. En el cual era necesario que las transacciones que se llevaban a cabo en el momento, sean aceptadas inmediatamente, o diversa información relevante.

Vamos a la construcción de la sociedad de la información, de aquella en la que la tecnología es el medio que facilita toda transacción pública o privada, en la que la tendencia es la de desaparecer el documento papel, y se impone el documento electrónico, lo que abarata costos, y permite fluidez en la comunicación de todo negocio y prestación de servicio por medios electrónicos. (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 43)

En tal sentido el hablar de documento electrónico, bien podría usarse procesalmente, debemos dejar en claro que el documento electrónico, no puede prescindir de la computadora, que serviría para conocer el contenido en soporte magnético o digital, de tal manera que no se puede prescindir de toda tecnología que sirva para transformar el lenguaje binario a un lenguaje natural y entendible para las personas. “El documento electrónico está contenido en un soporte diverso al papel, lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento” (Guerrero, como se citó en Tirado, 2013). En la misma línea de ideas el autor Jorge Tirado Hernández ha dicho. “(...) el documento electrónico no está ligado *per se* a un soporte físico, como sí lo está el tradicional, (...) para hacerlo accesible a la consulta, debe pasar necesariamente del lenguaje binario (bits) de la máquina al lenguaje legible, (...) en un idioma o léxico entendible.” (Tirado, 2013, pág. 721)

2.4.1. Semejanzas con el documento tradicional:

Tanto el documento tradicional, cuanto el documento electrónico, poseen los mismos elementos, esto son:

a) Ambos constan en soporte material, al inicio mediante la creación con el uso de una máquina, que vendrían a ser los CD, DVD, Memory Flash, diskettes, chips, tarjetas de memoria. Redes, etc.

b) Ambos contienen un mensaje, usando el lenguaje de los dígitos binarios o bits, que no son descifrables para los sentidos del hombre, sino que requerirá necesariamente de un hardware para poder entenderlo.

c) Deben tener un lenguaje determinado, con base a los sistemas traductores, que hacen comprensible el lenguaje binario al lenguaje natural.

d) Pueden ser atribuidos a las personas como autores, por haberlos suscrito, manuscrito o elaborado, en el caso del documento electrónico, tenemos la firma digital, clave o llave electrónica, que permitirán al Juez tener certeza de la autoría y origen, a esto habrá de tener en cuenta la presunción de autenticidad.

2.5. Elementos de la prueba documental.

Dentro de la estructura de un documento se tiene los elementos: sujetos, objeto, actividad.

a) Sujetos:

Nos referimos a la persona de quien proviene el documento, es decir su autor, en este sentido si hay más personas también son sujetos, por ejemplo, en un contrato de arriendo, los sujetos serán el arrendador y arrendatario. Así también por el Juez, que será el encargado de valorarlo. A su vez el sujeto contradictor, será la persona que niegue el documento, por ser falso, por no ser auténtico, etc.

b) Objeto:

Nos referimos al contenido del documento, el objeto puede ser diferente si se trata de documentos declarativos o representativos; en el caso de los documentos declarativos, el objeto será la manifestación que se hace constar. En cambio, el documento representativo, el objeto será lo que está en él, es el caso de una fotografía en donde se representa una habitación que ha sido dañada por el inquilino. La diferencia radica en que el declarativo, se lo puede transcribir, es decir el objeto puede prescindir del documento, mientras que, en el representativo, no, en este caso habrá de reproducirlo (copia).

c) Actividad:

Nos referimos al lugar, tiempo y modo.

- **Lugar:** Se refiere a la localidad donde las partes han elaborado el documento, el lugar tiene relevancia, sobre todo si se quiere tener la seguridad si el funcionario que actuó dentro del mismo, tiene competencia para hacerlo,

los mismo si el documento se celebró en otro país, para determinar si el mismo, cumple con los requisitos exigidos por la normativa de dicho país.

- Tiempo:

La fecha es relevante del documento, la data, en este caso deberemos de diferenciar si se trata de documento público o privado.

En el caso del documento público, no habrá mayor complicación, toda vez que la fecha, será la que se haga constar en él, por ejemplo, en las escrituras públicas.

En el caso del documento privado, si está revestido de autenticidad, la fecha será la que figure en él, o sino cuando se da la diligencia, por la cual se lo reconoce. Pero, si carece de autenticidad, el Código Civil, en el artículo 1719, dispone que “(...) el instrumento privado reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito (...) (Congreso Nacional, 2005)

Respecto de terceras personas, que no han intervenido, el artículo 1720 *ibídem*, “La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que hayan tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal.” (Congreso Nacional, 2005) En definitiva, desde que haya ocurrido un hecho, que le permita al Juez tener certeza sobre su existencia.

Pero tratándose de mensajes de datos, conforme la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, en el artículo 11, tenemos dos situaciones, el momento de la *emisión*, que será cuando el mensaje ingrese al sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor; y de la *recepción* del mensaje, cuando ingrese al sistema de información señalado por el destinatario, pero si cambia, se presumirá que será desde que recupera el mensaje, es decir, desde que abre y tiene acceso al mismo. Al respecto:

“(...) la fecha de un mensaje de datos será la que aparece en el dispositivo en que se almacena o la de envío o recibo, pues de una como de otra quedan las respectivas constancias en el computador o en el documento que se utiliza para enviarlo (telefax y fax).” (Azula, 2015, pág. 237)

Por ejemplo, si enviamos un mensaje de WhatsApp, la fecha de emisión, será la que consta en dicha aplicación, y la misma aplicación permite, determinar cuando una persona ha recibido nuestro mensaje; sin embargo, cuando usamos estas aplicaciones, que permiten borrar los mensajes, puede perderse tanto el contenido del mensaje y la fecha; en este caso se ha recomendado que si queremos incorporarlos como medio de prueba, se debe de desconectar todo tipo de conexión a la red WIFI, para que no se corra el riesgo de que los mensajes sean eliminados por la otra persona; o a su vez respaldar, con una copia de seguridad de la información. Así la otra persona podrá borrar los mensajes, pero mientras no estemos conectados a una red, podremos conservar los mensajes. Otra solución que se ha dado han sido las capturas de pantalla (pantallazos o screenshot), luego veremos el problema que representan estos particulares, al menos en el campo probatorio.

d) Modo:

Nos referimos a la forma en como el documento es incorporado al proceso, conforme el artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos, dispone que deberán de presentarse en originales o copias certificadas. En el caso de documentos privados, deben ser los originales, por estar en poder de personas particulares; en el caso de las copias certificadas, se presentan mayormente en el caso de las escrituras públicas o en los incorporados en un protocolo o registro público, toda vez que el original reposa en sus archivos.

2.6. Clases de documentos.

Dentro del derecho encontramos varias clasificaciones del documento, entre los cuales tenemos los más importantes para este estudio:

2.6.1 Según su contenido:

- Los Declarativos: contienen una manifestación de voluntad por parte de la persona de quien proviene, por ejemplo, el video, audio, notas de voz, que permiten grabar la voz de los intervinientes.

- Los Representativos: estos contienen la representación de algo, que puede ser una persona, ideas, objetos, animales, que puede ser una foto, película, cuadros de pintura, etc.

2.6.2 Según del sujeto del cual proviene:

Que pueden ser documentos de parte y terceros, este será confesional, cuando en dicho documento se reconoce un hecho, en perjuicio de uno mismo, o le favorece a la otra parte; y declarativo si solo narra hechos.

2.6.3 De acuerdo con el acto jurídico, que se hace constar en el documento:

- **Ad probationem:** cuando no se requiere el documento, sin embargo, sirve para dejar constancia de su celebración, este es el caso del arrendamiento, que se deja por escrito, que servirá como prueba en un proceso futuro.

- **Ad solemnitatem:** en este caso el documento es esencial, para hacer constar en él, el acto jurídico, para su existencia y surta los efectos legales, llamados a producir; como la compra venta, que debe elevarse a escritura pública.

- **Ad substantiam actus:** el documento es esencial, para que el acto que se hace constar, tenga existencia; el documento es esencial, para poder establecer su existencia, como el matrimonio, el acto surge a la vida desde que se realiza, pero es necesario el documento para establecer su existencia

2.6.4 Si interviene o no un funcionario público:

- Documentos públicos:

Son los que provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Hay dos requisitos, el primero, que provenga de un funcionario público y que el funcionario actúe en ejercicio de las funciones, como el caso de la escritura pública, en el cual interviene.

- Documentos privados:

Son los que provienen de las partes, sin la intervención de funcionario público, o que no esté en ejercicio de sus funciones.

2.6.5 De acuerdo con la forma:

- **Documento original:** es el realizado directamente por su autor, como las escrituras públicas que consta en el protocolo o un contrato que es elaborado y suscrito por las partes.

- **Documento en copia:** es el documento reproducido a partir del original, son las producidas por las nuevas tecnologías como, las copias, fotocopias, la transcripción, en forma manuscrita, el escaneo. Al respecto se hace notar que la copia, comprende todo incluso la firma de las partes, pues el firmar dos o más ejemplares,

constarán estos con la firma de las partes que lo suscriben, estos son originales, mas no copias.

Pero si hablamos de los videos, audios, fotos, el original sería el que consta en una computadora o el soporte en el cual este archivado, de los mismo pueden obtenerse varias copias, al respecto un parámetro será establecer la fecha de creación del documento. Que puede ser con la verificación de cuál ha sido creado primero, ya que se puede hacer un sin número de copias de un documento electrónico.

2.6.6 De acuerdo con su autenticidad:

- **Documento auténtico:** cuando hay certeza sobre la persona de quien proviene y la certeza de su contenido, entonces son dos los requisitos para que el documento sea considerado como auténtico, conocer a su autor, y la certeza sobre la veracidad del contenido del documento.

- **Documento no auténtico:** cuando no hay plena certeza respecto del autor y sumando a este, sobre el contenido del documento. Sería el caso de un documento creado simplemente por una computadora e impreso, en el cual no se hace constar ni la firma, rúbrica o sello, tampoco se conoce la autoría del documento y se tiene dudas sobre su contenido. En el mismo sentido hablamos de las copias de los documentos, que para que hagan prueba, deberán de ser certificadas, conforme el artículo 194 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos.

2.6.7 De acuerdo al sitio donde se otorgue:

- **Documento nacional:** es el documento otorgado en el territorio ecuatoriano, destinado a producir efectos dentro del mismo.

- **Documento extranjero:** es el otorgado en otro país, pero que está orientado a producir efectos dentro del territorio nacional. Para el presente caso el artículo 201 del Código Orgánico General de Procesos, es el que regula el documento otorgado en territorio extranjero:

Se autenticarán los documentos otorgados en territorio extranjero, con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en el que se otorgó el documento o de acuerdo con lo previsto en la Convención de La Haya sobre la Apostilla.

Si no hay agente diplomático ni consular del Ecuador, certificará un agente diplomático o consular de cualquier Estado y autenticará la certificación el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel en que se haya otorgado. En tal caso,

la autenticación del Ministro de Relaciones Exteriores se reducirá también a informar que el agente diplomático o consular tiene realmente ese carácter y que la firma y rúbrica que ha usado en el documento son las mismas que usa en sus comunicaciones oficiales.

Si en el lugar donde se otorgue el documento no hay ninguno de los funcionarios de que habla el segundo inciso, certificará o autenticará una de las autoridades judiciales del territorio, con expresión de esta circunstancia.

La autenticación de los documentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse de acuerdo con los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, las leyes o prácticas del Estado en que se otorgue. (Asamblea Nacional, 2021)

2.6.8 De acuerdo con el idioma:

El documento puede ser en castellano o en otro idioma. Nuestro idioma oficial es el español, dentro del mismo hay varias culturas, en los cuales el lenguaje común no es el castellano. Al respecto el artículo 200, dispone que deberán de ser traducidos por intérprete y que se cuente con la validación correspondiente, a efecto de poder apreciarse como prueba.

2.6.9 Si el documento esté o no suscrito, se lo clasifica en firmado y sin firmar:

En consideración de quien ha firmado.

- **Documento sin firma:** es el que no está suscrito por la persona de quien proviene o lo ha otorgado; este documento conforme su contenido se limitará a declarar o representar.

- **Documento con firma:** es el suscrito por persona de quien proviene, está identificada. Dentro de esto podemos hablar de la firma autógrafa y heterógrafa.

La firma *autógrafa*, hace referencia a la firma que proviene de puño y letra de quien la otorga o de la persona de quien se le ruega que dé firmando, por cuanto hay situaciones en las cuales la persona no puede firmar, entonces, si la firma es puesta de puño y letra de quien la otorga, es *directa*; pero si otra persona lo hace a su nombre y en su representación, decimos que es *indirecta*, que se le conoce como firma a ruego, a ello deberá de sumarle testigos y la huella digital.

Y la firma *heterógrafa*, es la firma que proviene de una persona ajena al acto que se documenta, pero resulta ser necesaria, para darle valor o eficacia, sería la escritura pública, en el cual la firma del notario es esencial para la existencia. Recordar, que la firma manuscrita no está sujeta a formalidad alguna, salvo que la ley establezca que

contenga nombre y apellido. Respecto del lugar donde deba de ir la firma, puede ser que sea al inicio del texto o la final, que es lo que se ha venido haciendo, por efecto práctico y de seguridad de los intervinientes, en cuanto a lo que se hace constar, al no permitir más adiciones de texto.

2.6.10 Según se conozca o no a su autor:

- **El nominado:** es el que permite determinar el autor, no solo serían los documentos con firma manuscrita y electrónica, sino también si tiene ciertos aspectos que permiten determinar a su autor, como los logos de las empresas, sellos, timbres u hojas membretadas.

- **Anónimo:** es el que carece de elementos o aspectos que permitan de alguna manera identificar a su autor, tal sería el caso de documentos simples realizados por una computadoras e impresos.

2.6.11 Según su autor:

Se toma en cuenta al autor del documento.

- **Autógrafo:** el documento contiene un hecho que es propio de la persona que lo forma. Es decir, hay coincidencia entre el hecho documentado; y el autor Azula Camacho dice, “el documento representa un hecho de la misma persona misma que lo forma.” (Azula, 2015)

- **Heterógrafo:** Azula (2015), refiere que es el realizado por una persona diferente a quien corresponde el hecho documentado, no es el mismo autor del hecho que se ha documentado, tal es el caso de la intervención de un notario, si bien él no hace parte de los hechos que se documenta, es necesaria su intervención para darle la validez respectiva a la escritura pública, pues su intervención es necesaria. (p. 229)

2.6.12 Según su naturaleza:

- **El documento tradicional u ordinario:** es el documento contenido en cualquier medio, tal es el caso del papel, fotografía, cinta magnetofónica. Etc.

- **El documento electrónico:** que tiene como fuente la innovación tecnológica que se ha desarrollado a grandes pasos, y que se ha incorporado en el sector público y privado; pueden ser las expresiones gráficas, sonoras, imágenes, recogidas en cualquier soporte material, con eficacia probatoria. Regulado no en el Código Orgánico General de Procesos, sino en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

2.7 Clases de firmas:

2.7.1. Firma convencional, ológrafa o manuscrita:

Debemos partir en este punto definiendo lo que es la firma; para la Real Academia Española, la define como el nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido. Para Jaime Azula. “(...) vale decir, el signo puesto de puño y letra del autor, cualquiera que sea la forma que ella tenga, esto es, legible o ilegible.” (Azula, 2015, pág. 225)

Para Guillermo Cabanellas de Torres es el “Nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo suscribe, para autorizar lo allí manifestado para obligarse a lo declarado.” (Cabanellas, 2006)

Citando a Juan Páez Rivadeneira. “La firma acredita la autoría del documento suscrito normalmente al pie del mismo y representa la formalización del consentimiento y la aceptación de lo expuesto, y es por tanto origen de derechos y obligaciones. (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 56)

Es decir que la firma analógica llamada también manuscrita, es la que proviene de puño y letra del signatario, en el que consten sus nombres y apellidos, o por iniciales, o trazos que denoten su identificación; que viene usando reiteradamente; acompañado o no de la rúbrica. La rúbrica, a su vez, son los diversos trazos que acompañan la firma, en este caso el soporte sobre el cual conste la firma, será el papel.

2.7.2. Firma electrónica o digital:

La firma electrónica es el género, mientras que la firma digital es una especie. “Las legislaciones reconocen el género de la firma electrónica y luego eligen una especie que denominan firma electrónica avanzada o firma digital, que es la que utiliza un sistema, generalmente criptográfico, que da seguridad.” (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 87)

La forma correcta para referirse es la firma digital, compuesta por dígitos 1 y 0 (Sistema binario), y este tipo de combinaciones nos presentan no solo las firmas electrónicas y digitales si no todo el lenguaje que se presenta a través de la informática. La firma digital garantiza, la integridad del mensaje, autenticación, y no repudio.

La firma digital es “(...) una herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría e integridad de los documentos digitales, permitiendo que estos gocen de una característica que únicamente era propia de los documentos en papel.” (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 103)

Es decir, la firma digital presta más seguridades que la firma electrónica. La firma electrónica tiene una seguridad de clave *simétrica*, es decir de una sola clave, que necesariamente deben de conocer el emisor y receptor del mensaje para poder descifrarlo (lenguaje comprensible). Mientras que la firma digital, tiene seguridad de clave *asimétrica*, conformada por una clave privada que la conoce solo su titular, y una pública, que conoce la otra persona que es el receptor del mensaje, que permiten descifrar el mensaje encriptado.

El artículo 13 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, sobre la firma electrónica dispone que, “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.” (Congreso Nacional, 2002)

En sentido amplio firma electrónica. “(...) alude a cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones de la firma manuscrita.” (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 80)

A su vez la validez de la firma electrónica, es el mismo que la firma manuscrita, esto por el principio de equivalencia funcional, y la misma será admitida como prueba. A su vez el vínculo entre la firma electrónica y una persona determinada, se hará a través del certificado de la firma electrónica, que emitirá una Entidad de Certificación e Información, esto con la finalidad de garantizar la integridad, autenticidad y no repudio.

En Ecuador existen dos formatos de firmas, el formato *token*, que usan generalmente las compañías dedicadas a la exportación e importación, se encuentra almacenada en el dispositivo USB, y su contenido no permite ser copiado, tampoco es un dispositivo para guardar información; y en formato *archivo*, que es la que se puede almacenar en cualquier dispositivo (CD, diskette), incluso en una computadora.

2.7.3. La firma digitalizada:

Nos referimos a la firma escaneada, es decir, la firma que consta sobre un documento físico, y la misma es escaneada o tomada una foto, para incorporarla en un documento electrónico, en este caso se critica ¿Dónde se expresó el consentimiento? Porque la firma manuscrita es la que se hace sobre un soporte físico, por ejemplo, en

una hoja en blanco, es allí donde se entiende que se ha expresado el consentimiento; mas no cuando es escaneada e incorporada luego sobre el documento electrónico. No tiene respaldo legal la firma digitalizada.

2.7.4. Firmas biométricas:

Se hace sobre una pantalla electrónica o tableta especializada, diseñada para el efecto, se puede medir la presión, la velocidad, la continuidad de los trazos entre otros, mediante el uso de un software; permiten una identificación en el firmante. Es importante entender la diferencia entre la firma biométrica y digitalizada, en muchos espacios se considera como sinónimo.

2.8 Traducción de los documentos al castellano.

Al respecto nuestro idioma oficial es el castellano, pero debemos de recordar que, dentro de nuestro territorio, hay varias nacionalidades, con diversos idiomas, así el artículo 2 de la Constitución del Ecuador, establece:

El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso. (Asamblea Nacional, 2008)

Con base en este artículo, es que el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 79 inciso sexto, sobre el desarrollo de las audiencias, dispone que:

El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarse con facilidad, las personas intervinientes serán asistidas por una o un traductor designado por la o el juzgador. (Asamblea Nacional, 2021)

En el mismo sentido el artículo 95 ibídem, sobre el contenido de la sentencia, establece que la misma deberá de ser en castellano. Tratándose de los documentos:

Art. 200.- Documentos en idioma distinto al castellano. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley. (Asamblea Nacional, 2021)

De la misma manera en el caso de las escrituras públicas, el artículo 29 de la Ley Notarial, regula que se redactará en castellano; en definitiva, los documentos deberán de presentarse en idioma castellano, si el mismo consta en otro idioma, las partes

procesales que lo quieran hacer valer en juicio, deberán de traducirlo al idioma oficial, ya que el mismo no podrá ser valorado, toda vez que el desarrollo del proceso es oral, y en el idioma castellano.

2.9 Anuncio de los medios de prueba en el Código Orgánico General de Procesos.

El Código Orgánico General de Procesos, establece diversos momentos para el anuncio de los medios de prueba, que corresponde a las partes procesales para la probanza de los hechos; es así que nuestra normativa procesal, franquea la posibilidad de anunciar en diversos momentos e instancias.

2.9.1 Respetto del actor:

En este caso el artículo 142 numeral 7, establece que se deberá de anunciar los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos; esto se refiere al primer momento que tiene el actor, cuando plantea su demanda y de acuerdo a su estrategia, determinará cuales han de ser los medios de prueba que le servirán dentro del proceso. Como habíamos dejado establecido, se debe de adjuntar la documentación que esté bajo el poder de la respectiva parte procesal, conforme el artículo 143.

2.9.2 Respetto de la nueva prueba:

Una vez presentada la demanda, y siendo calificada de clara y completa, el Juez no podrá pronunciarse sobre el anuncio de los medios de prueba, ahora los jueces dicen que se tenga en cuenta el anuncio probatorio; a su vez dependiendo del tipo de procedimiento en el cual se sustancie la causa, luego de transcurrido el término establecido para la contestación de la demanda, aquí hablamos de la nueva prueba, el artículo 151 inciso cuarto, dispone que el actor tendrá 10 días para anunciar prueba que se refiera a los hechos expuestos en la contestación de la demanda.

2.9.3 Respetto de la prueba nueva:

El Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 166, establece una posibilidad de anunciar pruebas que no hayan sido anunciadas con los actos de proposición, siempre que lo haga hasta antes de la audiencia de juicio o única, pero deberá de cumplir con ciertos requisitos, deberá acreditar que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia, o que habiendo conocido no pudo disponer de dicha prueba; esta situación estará sujeta a la valoración del Juez, aplicando la sana crítica.

2.9.4 Respetto del demandado:

Luego de haber sido citado el demandado, hará la contestación respectiva dentro del término de acuerdo al procedimiento por el cual haya sido demandado; el artículo 151 del Código Orgánico General de Procesos, establece que se presentará por escrito y en lo aplicable cumplirá con los requisitos formales establecidos para la demanda, entonces el demandado si acompaña medios de prueba, deberá de hacerlo en su contestación, conforme el artículo 152 que dispone que el demandado deberá de anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción. Y si se reconviene al actor, se procederá de igual manera. Al respecto se aplica también la nueva prueba y prueba nueva.

2.9.5 Prueba para mejor resolver.

Si bien decimos que las partes procesales les corresponde probar los hechos que aleguen, sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos, dispone que el Juez podrá excepcionalmente, ordenar de oficio la práctica de la prueba que a su criterio juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Este artículo ha despertado muchos comentarios al respecto entre los abogados, pues se dice que este artículo podría usarse como un salvavidas del abogado, que no ha anunciado las pruebas que debió haber anunciado en su momento, y que por el principio de preclusión ya no puede hacerlo luego, el código, da la posibilidad, una obligación facultativa al Juez, para que se practique prueba; la única limitación al Juez, es que deje expresa constancia de su decisión, es decir deberá de motivar suficientemente, ya que de por medio el permitir la práctica de alguna prueba, no anunciada por ninguna de las partes procesales, puede ayudar a una parte a ganar la causa.

2.9.6 Prueba nueva dirigida al perito:

En este caso hablamos del medio de prueba pericial, donde las partes procesales, al momento de la práctica de este medio de prueba, pueden hacerle preguntas al perito, y presentar pruebas no anunciadas oportunamente, pero estas pruebas, deben de estar orientadas a determinar su parcialidad, no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como las orientadas a impugnar su credibilidad.

2.9.7 Prueba para las excepciones previas:

De la revisión del Código Orgánico General de Procesos, las excepciones previas, están en el artículo 153, la forma de resolver las excepciones está en el artículo 295, si bien dicho código, no establece que deba de anunciarse, incorporarse y practicarse algún medio de prueba, orientado a probar las excepciones previas; por esta

razón se emitió la resolución 12-2017, por parte de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 03 de marzo del 2017; en el cual si bien la práctica de la prueba conforme el artículo 159 inciso final, se hace en la audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única; en dicha resolución la Corte Nacional de Justicia, razona en el sentido de que la práctica de la prueba en audiencia de juicio, será para el conocimiento y resolución sobre el fondo del asunto. Por tal motivo, las excepciones previas, tienen por objeto impedir la discusión sobre el fondo del asunto o del litigio.

En la contestación de la demanda, siendo éste el momento procesal oportuno, para deducir las excepciones previas que se crea asistido; pudiendo ser practicadas las pruebas orientadas a sustentar la excepción previa; y además, deberán de ser resueltas en la audiencia preliminar cuando se trate del procedimiento ordinario, y en la primera fase en los demás procedimientos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos; con la finalidad de depurar y dejar preparada la audiencia de juicio, en la que se resolverá el fondo del asunto.

2.9.8 Prueba nueva en apelación:

Este recurso vertical, que procede en contra de sentencias y autos interlocutorios, y como derecho al doble conforme, consagrado en nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 7, letra m; el derecho a recurrir del fallo; al respecto el artículo 258 del Código Orgánico General de Procesos, dispone que en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba, que se practicará en audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.

Además, el tercer inciso del mismo artículo, dispone que se podrá solicitar la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. Al respecto el artículo permite siempre y cuando sea posterior a la sentencia, al respecto, habrá de tener cuidado con la fecha de las pruebas que han de ser practicadas en segunda instancia. Por ejemplo, un documento que tenga una fecha anterior al inicio del proceso o que se pudo incorporar en su oportunidad, y no lo hizo, ya no sería admisible.

2.10 Valor probatorio del documento electrónico en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

El documento electrónico, al tener una existencia relativamente nueva, que no ha sido muy usado en el desarrollo de la actividad privada y pública, sin embargo, a raíz de la pandemia por COVID- 19, ha tenido un gran impulso en su uso; y en esta

parte hablaremos sobre el valor probatorio que tiene el documento electrónico. Es decir, el Código Orgánico General de Procesos, el artículo 164 inciso segundo, que dispone que la prueba aportada será apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Respecto del valor probatorio que tiene el documento electrónico, el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos, es claro al disponer que los documentos producidos electrónicamente y sus anexos serán considerados originales, el artículo 147 del Código Orgánico de la Función Judicial, al respecto:

Art. 147.- Validez y eficacia de los documentos electrónicos. - Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos, satelitales o producidos por nuevas tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales. Igualmente, los reconocimientos de firmas en documentos o la identificación de nombre de usuario, contraseñas, claves, utilizados para acceder a redes informáticas. Todo lo cual, siempre que cumplan con los procedimientos establecidos en las leyes de la materia. (Asamblea Nacional, 2009)

De la revisión de este artículo, a prima facie, nos damos cuenta de que en nuestra legislación está permitida la producción de documentos, mensajes, imágenes y de toda información almacenada en medios electrónicos, informáticos, electrónicos, telemáticos, etc. Sin embargo, este artículo está ubicado dentro de la Sección III, Despacho de Causas; el mismo artículo dispone “(...) *destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales.*” Por lo que el artículo en mención es aplicado sobre todo lo referente a la actividad que desarrolla el Juez. En todo caso le da validez y eficacia jurídica; además este artículo está en un cuerpo diferente al Código Orgánico General de Procesos, donde debería de estar regulado estos particulares.

Ahora bien, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, esta ley fue expedida en el Registro Oficial 557 del 17 de abril del 2002, que es la ley que se viene aplicando para todo lo que tiene que ver con los documentos electrónicos, mensajes de datos, firmas electrónicas, comercio electrónico, etc. Establece una parte especial, esto es el Título IV De la Prueba y Notificaciones Electrónicas, en lo que

tiene que ver sobre la prueba producida por estos medios tecnológicos, al respecto de la valoración y efectos legales que tiene, el artículo 52 respecto dispone:

Art. 52.- Medios de prueba. - Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. (Congreso Nacional, 2002)

Esta ley anterior a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se refiere al anterior cuerpo procesal, que para la valoración se observará lo que dispone el Código de Procedimiento Civil, hoy ya no está vigente. A pesar de aquello la misma ley dispone:

Art. 55.- Valoración de la prueba. - La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos. (Congreso Nacional, 2002)

En el caso de que una parte niegue la validez de un mensaje de datos, la carga de la prueba, corresponde a quien niega, mas no quien la aporta; así lo regula el artículo 54 letra C, inciso segundo.

2.10.1 Principios a tener en cuenta:

Hay principios que deberá tener en cuenta el Juez al momento de valorar este medio de prueba, el principio de incorporación por remisión, principio de equivalencia funcional, principio de conservación, principio de identidad atado al de conservación, principio de envío y recepción.

Hay 3 teorías en torno a la independencia o no frente a la prueba tradicional.

a) Principio e equivalencia funcional:

1. **Teoría autonómica:** señala que las pruebas electrónicas tienen independencia frente a los medios de prueba tradicionales, en especial con la documental, dice que debería de crearse un apartado que regule única y exclusivamente este medio de prueba.

2. **Teoría analógica:** los medios tradicionales y electrónicos son de naturaleza igual, ya que los nuevos medios, se ha reemplazado el soporte papel por digital. Se descarta esta teoría, pues no puede afectarse la valoración de la prueba, por encontrarse en un soporte diferente al documento.

3. **Equivalencia funcional:** soporte papel y electrónico, tiene el mismo valor jurídico. El Código Orgánico General de Procesos y la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, se decantan por esta teoría y el artículo 2, dispone que el mensaje de datos tendrá el mismo valor jurídico que los documentos escritos. El Código Orgánico General de Procesos, en un solo artículo, el 202, que se halla dentro del medio de prueba documental; no hay un apartado que lo regule de manera autónoma, ni tome en cuenta todas las demás consideraciones que giran en torno a la nueva tecnología.

a) **Principio de Conservación**

Los documentos electrónicos son fácilmente manipulables, esto no significa que los documentos físicos no se puedan modificar, es más fácil manipular al documento electrónico, aquí el principio de conservación, tiene gran relevancia. Hay programas en línea que permiten hacer cambios a documentos, incluso si están en formato PDF, pueden ser convertidos en formato Word y ser fácilmente manipulados.

El mensaje de datos debe mantenerse íntegro y sin modificaciones, para este tema deberá de cumplir con los requisitos de la conservación. El artículo 8 de Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, dispone:

1. **Que la información sea accesible para su posterior consulta:** es decir si envió un correo electrónico y la persona que lo recibe, lo elimina, dicha persona está básicamente perdiendo la prueba que puede hacerla valer en un proceso, porque no será accesible a una consulta posterior.

2. **Se haya conservado en el formato en el que haya sido generado o en el que fue enviado o recibido, o en algún formato que sea demostrable y que reproduce con exactitud la información generada enviada o recibida.** Esto porque hay facilidad de modificar el mensaje de datos.

3. **Que conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y hora, que haya sido creado, generado, procesado, enviado, recibido y archivado.** Esto tiene mucha relevancia, porque los documentos

digitales pueden ser manipulados, en el contenido del mismo, por ejemplo, en la fecha de creación del documento.

¿Quién envía el mensaje?, ¿cuándo se envía el mensaje?, ¿quién envía el mensaje?, son temas muy relevantes, así lo datos de recepción, que se garantice la integridad conforme el tiempo que se establece la ley, pero el reglamento no dice un tiempo específico, que la prueba debe mantenerse íntegra e inalterable, lo que se dice es que la integridad de los documentos electrónicos puede ser llevada por cualquier persona, pueda haber compañías que brindan estos servicios de archivar estos documentos digitales, esto permite el artículo 8 inciso segundo de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

b) Principio de identidad atado al de conservación:

Se presume que un mensaje de datos proviene de quien lo envía, y autoriza a quien lo recibe para actuar conforme el contenido del mensaje. Artículo 10 ibídem.

c) El principio de incorporación por remisión:

Conforme el artículo 3 ibídem, la información que no está directamente contenida en el mensaje de datos, sino que figura dentro del mismo como anexo que puede ser accesible y que sea contenido y aceptado expresamente por las partes intervinientes, tiene la misma validez que el contenido principal del mensaje.

Por ejemplo, se envía un correo electrónico con un anexo, esto es un contrato, una carta, un memo o una comunicación general, la información contenida en el anexo tiene la misma validez que el documento o contenido del documento principal, es un principio muy importante, porque no debemos de leer textualmente, sino en todo el contexto el mensaje de datos, verificando si tiene el mensaje de datos algún anexo.

Hablando de la aplicación de mensajería instantánea más usada en el país, el caso de un chat de WhatsApp donde se envía una foto, video, documento, nota de voz; esta información que no está contenido directamente en el mensaje, es válida, siempre que figure dentro del mismo mensaje como anexo accesible y este contenido es conocido y aceptado por las partes, es un asunto que en un momento procesal es importante. Hay situaciones donde se objeta el valor del anexo, pero debemos de aplicar este principio.

d) Principio de envío y recepción:

Hay presunciones que están reguladas en el artículo 11 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, al momento del envío y recepción del mensaje de datos; así el momento del *envío* es el momento en que el mensaje ingresa

a la red o sistema de información, que no está bajo el control de personas que emite el mensaje de datos, sino de otras personas ajenas a la conversación. Por ejemplo, la compañía dueña de la aplicación.

El momento de *recepción* es cuando el mensaje de datos ingresa al sistema de información o correo electrónico señalada por el destinatario.

El lugar de envío y recepción, conforme el artículo 11 letra C, son los acordados por las partes, su domicilio legal o los que consten en el certificado de la firma electrónica, si no se puede establecer por estos medios, se estará el lugar de trabajo donde se desarrolle el giro principal de las actividades, o de la actividad relacionada con el mensaje de datos.

Estos principios son importantes porque los mensajes de datos deben de mantenerse íntegros, deben de conservarse, porque cuando aportemos la prueba uno de los requisitos que deberá de cumplir los medios digitales, será la integridad, autenticidad, cualquier deformación, mutilación, cambio que un mensaje de datos pueda surtir, será ineficaz la prueba.

Por ejemplo, con esta presunción de quienes son los destinatarios, autores, son importantes, pero son presunciones que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*), porque puedo guardar en mi celular el contacto de Julián con otro nombre y me enviará con su número que no se llama Julián sino Ismael y será ese mensaje el que ponga a la vista de Juez, ya no hay autenticidad, peor certeza de quien envía, es muy importante que estas presunciones admitan prueba en contrario. Al respecto se ha dicho que es mejor que se haga constar el número de celular y luego pedir una certificación a la operadora, para determinar a nombre de quien está registrado ese número, esto con petición del Juez, es información reservada.

e) Principio de protección de datos, confidencialidad y reserva:

En todo caso los mensajes de datos como todas las correspondencias están incluidos dentro de los principios de reserva, confidencialidad y el principio de protección de datos que están constitucionalmente establecidos. Estos particulares se deberán de tener en cuenta al momento de la fase de admisibilidad de los medios de prueba, todas estas objeciones corresponden a las partes procesales. Por ejemplo, resulta que una persona tiene acceso a una red social, violando las seguridades, además de que esa cuenta no le pertenece, con la finalidad de obtener información de los chats,

esto vulnera derechos constitucionales, dicho medio de prueba deberá de ser inadmitido.

CAPÍTULO III:

3. NUEVA TECNOLOGÍA APLICADA A LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

3.1. Medios de prueba por los cuales se puede incorporar al proceso.

Para tratar este punto debemos partir definiendo lo que se entiende como medio de prueba; en la legislación ecuatoriana tenemos como medios de prueba: la testimonial (Art. 74), pericial (Art. 221), inspección judicial (Art. 228), y la documental (Art. 193); sin embargo, debemos recordar que podemos probar los hechos, a través de cualquier prueba, siempre que cumpla con los requisitos de admisibilidad. Ricardo Vaca Andrade (2015) ha dicho que el medio de prueba. “Es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso” (p. 304)

En materia procesal lo que prima es el principio de legalidad, entonces los medios de prueba, son los caminos o medios que ha establecido el Código Orgánico General de Procesos, para que las partes procesales prueben los hechos. Así estos deberán incorporarse y practicarse conforme las disposiciones normativas de nuestro código.

3.1.1. Limitación en la forma de incorporación:

Si bien el Código Orgánico General de Procesos no prohíbe, pero tampoco permite, la incorporación de la prueba producida por la nueva tecnología, a través de los otros medios de prueba, ya que, por la teoría de la equivalencia funcional, y su ubicación dentro de la prueba documental; entenderíamos que está prohibido, esta situación de ser incorporados a través de otros medios de prueba, el Código Orgánico General de Procesos, al ser derecho público, se puede hacer solo lo que está permitido. El Juez debe recurrir a los principios constitucionales para dar una solución a la falta de claridad normativa sobre este tema; no se puede denegar la administración de justicia por falta de normas (Art 18 Código Civil). Entonces, decimos que se puede incorporar a través de la prueba documental, testimonial, pericial e inspección judicial, procederé a desarrollar cada uno de ellos.

3.1.2. A través de la prueba documental:

Si bien nos preguntamos, ¿Cuáles son los medios de prueba admitidos por el Código Orgánico General de Procesos? El código no establece una clasificación de los medios de prueba, parecería que el legislador se ha olvidado, a pesar de ello, tenemos un sistema probatorio abierto, siempre que no contravenga las disposiciones de la Constitución y la ley, si bien el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 202, dispone que serán admisibles los documentos electrónicos, entendemos que aplica la teoría de la equivalencia funcional, pues le da el mismo valor al soporte papel y electrónico.

En sentido amplio se entiende a la prueba creada por la nueva tecnología, como documentos, que permiten demostrar hechos, pero no es cierto que lo obtenido a través de esos medios tecnológicos, en sentido estricto sea prueba documental, basta recordar con las definiciones que hemos dado a la prueba documental desde su sentido literal al amplio y las características propias de la prueba producida por la nueva tecnología.

Si bien nuestro sistema procesal es abierto podemos decir que la forma de incorporación de estos medios de prueba, siendo estrictamente legalistas, sería solo mediante la prueba documental, así también su práctica que se halla regulada dentro del Capítulo III, que se refiere a la Prueba Documental, se entendería que no se puede incorporar de ninguna otra manera.

El Código Orgánico General de Procesos no dispone la forma en la que se ha de incorporar el medio de prueba electrónico, el único artículo que hace referencia es el 202, para ello debemos remitirnos a lo establecido en otra ley, esto es la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, que entro en vigencia en el año 2002, que será a través de su respectivo soporte que puede ser una memory flash, un CD, diskette, dispositivo de almacenamiento y además, deberá adjuntarse mediante la respectiva transcripción en papel escrito, el contenido del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación; al respecto surgen muchas dudas sobre estas disposiciones, si hablamos de documentos en soportes electrónicos o digitales, entonces, ¿Por qué la norma dispone que deberá adjuntarse la transcripción en papel del documento electrónico? Aquello significaría desnaturalizar el documento electrónico; Pero ¿Cómo se hace la transcripción de una imagen, un

video? Acaso deberemos de explicar lo que la imagen está representando o lo que contiene el video; no bastaría con la reproducción del video, imagen en la audiencia de juicio.

Además, la norma dispone que debe adjuntarse los elementos para su lectura y verificación; acaso deberemos adjuntar la computadora o Hardware², donde consta la información primigenia, es decir donde fue creada y guardada originalmente.

Debemos tener en cuenta que, en muchas Unidades Judiciales del país, no cuenta con instrumentos informáticos propios o de tal tecnología, que permitan la práctica de dichos medios de prueba; incluso las Unidades Judiciales, no tienen libre acceso al internet, los servidores judiciales no tienen libre navegación; no le quedara más a la parte procesal que adjuntarlo, caso contrario correrá un gran riesgo de quedarse sin prueba, ya que no podrá hacer la práctica, la ley dispone que debe adjuntarlo, no es facultativo.

3.1.3. A través de la prueba testimonial.

El artículo 174 del Código Orgánico General de Procesos, establece que la prueba testimonial, es la declaración que rinde una de las partes o de un tercero; la misma se practica en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única.

Pero también tenemos a través de la diligencia preparatoria, así también el artículo 122, numeral 7 dispone la práctica de la recepción de declaraciones testimoniales, que, por hallarse en avanzada edad, grave enfermedad, se teme que pueda fallecer, o que están por ausentarse del país; se permite la recepción del testimonio.

El interrogatorio será sobre los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho, rendido por una de las partes. Siendo testigo, declarará sobre lo que ha percibido a través de sus sentidos directa y personalmente los hechos relacionados con la controversia.³ Incluso el Juez puede pedir aclaración sobre temas puntuales si lo considera indispensable.

² Nos referimos a todos los elementos que forman parte de una computadora, tales como: la pantalla, el mouse, parlantes, teclado, incluso las partes internas, como el disco duro, placa madre, también la impresora.

³ Artículos 187 y 189 del Código Orgánico General de Procesos.

El contenido de una página web o de un e-mail, o la emisión y/o recepción de un correo electrónico, por citar algunos ejemplos son hechos que las partes o un testigo pueden reconocer en el curso de un interrogatorio. La página web o el e-mail pueden exhibirse a la parte o al testigo, de modo similar un interrogatorio con exhibición de documentos. (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 475)

Respecto del reconocimiento del documento privado, el artículo 217 del Código Orgánico General de Procesos, ha dispuesto que la parte podrá pedir el reconocimiento de firma y rúbrica al autor del documento, así también, al representante legal de la persona jurídica, establece que, en el día y hora fijado para la audiencia, se recibirá la declaración del autor, previo juramento. Al respecto Carlos Ramírez Romero, acerca de los documentos que no necesariamente llevan firma ha dicho.

El art. 196 ha previsto la producción de prueba en audiencia con documentos que no necesariamente llevan o deben llevar firma, como las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe. Estos documentos se reproducirán en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. (Ramírez, 2017, pág. 212)

Es decir, se reconoce a la fotografía, grabaciones, audiovisuales, computacionales y cualquier otro de carácter electrónico, como documento privado sin firma.

3.1.3.1. Autenticidad del documento privado sin firma:

Sobre la autenticidad del documento privado sin firma, Carlos Ramírez (2017), ha dicho. “Si se ha declarado la autenticidad de un documento privado sin firma, se presumirá cierto el contenido del mismo” (p. 213). Esto relacionado con lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, artículo 203 inciso tercero.

Si la parte alega que un documento incorporado al proceso ha sido firmado en blanco o con espacios sin llenar, se presumirá cierto el contenido del mismo, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad salvo que la ley la presuma. La prueba en contrario no perjudicará a terceros de buena fe. (Asamblea Nacional, 2021)

Este artículo establece, que se presumirá cierto su contenido, una vez que se haya reconocido la firma o se haya declarado su autenticidad, y establece una salvedad, cuando la ley lo presume; dicha presunción viene dada por el artículo 202 ibidem, que establece que los documentos producidos electrónicamente con su anexos, serán considerados como originales, además conforme el artículo 54, letra C de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, en caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar.

3.1.4. A través de la prueba pericial.

Si hay dudas acerca de la prueba, entonces podrá un experto en la materia, ayudar a determinar la integridad, autenticidad, fecha de creación. Esto ayudará al Juez solventar las dudas que tenga al momento de valorar las pruebas.

En este caso el perito deberá sustentar su informe en audiencia, por ejemplo, cuando hay un video o notas de voz, y queremos determinar la identidad de las personas que intervienen en esas grabaciones o el cotejo de las voces de los intervinientes, con la finalidad de despejar toda duda en el Juez sobre la integridad, autenticidad.

3.1.5. A través de la inspección judicial.

Implica que el Juez de manera directa examine la prueba que se le presenta, el artículo 228 del Código Orgánico General de Procesos, dispone que, cuando el Juez lo considere conveniente o necesario para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte, el Juez podrá examinar directamente lugares, cosas o documentos. Recordar la teoría de la equivalencia funcional. Siendo petición de parte, se solicita con los actos de proposición.

En este caso la parte procesal podrá pedir al Juez que examine lugares, cosas o documentos, por ejemplo, un video, en el cual sirva para demostrar algún hecho controvertido, conforme este artículo el Juez lo puede hacer, además si el Juez en caso excepcional, cuando su percepción sensorial de los lugares, cosas o documentos, no le permitan llegar a una conclusión, podrá designar un perito.

Por ejemplo, pedirle al Juez que examine la computadora, donde consta el soporte electrónico, y en él se halle la imagen, video, o lo creado por las nuevas tecnologías, que pueden ser planos digitales a través de programas, en todo caso se entiende que estaría haciendo un reconocimiento de un espacio digital.

Este argumento, está refrendado por la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, N° 2064-14-EP/21, de fecha 27 de enero del 2021, en la cual al referirse sobre el derecho a la intimidad, reconoce que hay espacios público, privados y un híbrido (semi- público y semi- privado), el *espacio público*, hace referencia a un lugar abierto de uso común por todas las personas, el *espacio privado*, es el que está cerrado al público en general, pero que se tiene acceso al mismo, con permiso de su propietario.

Sobre los lugares semi- público y semi- privado la Corte Constitucional ha dicho, que el *semi- privado*, es un espacio cerrado, pero que hay concurrencia de otras personas, tales como el colegio, oficinas, escuela. Etc. Los espacios *semi- públicos*, está abierto a todas las personas, pero no es por sí mismo espacio público, sería el caso de un restaurante, centro comercial, cine, etc.

Sobre los espacios virtuales, dicha sentencia de la Corte Constitucional en párrafo 117 al referirse al espacio privado, en donde las personas desarrollan su personalidad e intimidad, reconoce con el avance de la tecnología otros espacios y no solo el espacio físico.

117. (...) Cabe destacar que los espacios virtuales gozan de la misma protección que los físicos y, además, deben ser analizados con la misma lógica a la hora de determinar su marco de protección. Así pues, al referirnos a la tecnología y redes sociales, si se hablase de un espacio virtual, habría que determinar si aquel es cerrado o abierto y, por ende, fijar el marco de protección del que goza la intimidad del individuo que se desenvuelve en dicho espacio. (Hábeas Data, 2021, pág. 33)

Sobre este particular la sentencia de la Corte Constitucional, da pautas para que el Juez tenga en cuenta al momento de resolver el caso concreto, así ha dicho que si la plataforma tecnológica o red social, es un espacio abierto o cerrado, es decir, si la información que ha sido publicada en esos espacios virtuales, son de acceso público o privado, o solo pueden tener acceso un determinado número de personas a la cual se les ha dado permiso o por la propia configuración de la plataforma digital.

El entorno digital es susceptible de reconocimiento estimando, que el objeto del reconocimiento puede ser un lugar, entendido éste como un lugar virtual, o puede ser un objeto, entendido por el ordenador a través del cual se accede a la red. La

percepción judicial directa se instrumentaliza a través de la navegación por la red o ciber navegación. (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 486)

3.1.6. Incorporación de la prueba electrónica en otro momento procesal.

En este caso nos referimos a las diligencias preparatorias, cuando se quiere anticipar la práctica de la prueba urgente que pudiera perderse, pues la información creada por un dispositivo electrónico puede perderse; en el artículo 122, que permite el reconocimiento de un documento privado, una vez más, los documentos electrónicos o digitales, su creación en su mayoría son de naturaleza privada, entonces podemos pedirle el reconocimiento de dichos documentos a la otra parte contra la cual se quiere hacer valer.

Distinto a una nota en papel, en la cual una persona puede plasmar sus emociones, y pensamientos, sobre una situación en particular, y luego al romper el papel y quemarlo hace que esa evidencia documental desaparezca, no ocurre lo mismo con la evidencia electrónica, ya que no se destruye. Los mensajes que se hayan borrado pueden recuperarse. (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 44)

Respecto de los documentos electrónicos que han sido creados por autoridad no es necesario el reconocimiento, ya que los mismos gozan de autenticidad, conforme el artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos, si se acompañan de firma digital (electrónica) y no habría problema alguno ya que han sido creados por un tercer interviniente, en este caso hablamos de Instituciones, por ejemplo: las partidas que otorga el Registro Civil con firma electrónica, o las resoluciones de los jueces con firma electrónica, etc.

3.2. Soportes materiales y electrónicos:

Con el avance de la sociedad, se han dado grandes desarrollos tecnológicos y las diversas formas a través de las cuales nos comunicamos, muchos años nos hemos comunicado por medio de la escritura, ahora tenemos los celulares, computadoras a través de los cuales se genera la mayor parte de la información sea en el ámbito laboral, familiar, comercial. Etc.

Así como las redes sociales, Telegram, Messenger, Instagram, mensajería instantánea como WhatsApp, que permiten la comunicación entre las partes, ni decir de los correos electrónicos mayoritariamente usados en esta época. Entonces lo que

anteriormente constaba en soporte escrito, se ha transformado en muchos de los casos en soporte digital y/o electrónico; Anguiano Jiménez (2016). “(...) la sustitución del soporte papel por el electrónico.” (p. 75) Es una época en la cual nos hallamos entre dos soportes, el papel y el electrónico.

La situación radica en que cuando se adjunta un medio de prueba en soporte papel, el mismo se visualiza inmediatamente; sin embargo, si se adjunta mediante soporte electrónico, el mismo requerirá de implementos, como el hardware y software, que permitan la visualización de ese documento electrónico, y que se transforme en un lenguaje entendible para las personas.

3.3. Validez jurídica de los documentos electrónicos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

En este punto nos referimos al valor y reconocimiento que ha dado el ordenamiento jurídico al documento electrónico o prueba electrónica, denominado de diversas formas en la doctrina y legislación comparada; así el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 202, único artículo que regula este particular, salvo por supuesto, la práctica de estos medios de prueba establecido en el artículo 196 *ibídem*. Al respecto el Código Orgánico General de Procesos dispone que estos documentos producidos electrónicamente con sus anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales; es decir, nuestro código lo reconoce; además le da una presunción de originalidad (*iuris tantum*), así como sus anexos, recordar lo que decíamos de una conversación, donde se envía una imagen, video, audios, documentos, etc. Estos son los anexos dentro de una línea de conversación, por ejemplo, en una conversación de WhatsApp, en la cual se adjunta un documento Word, este vendría a ser el anexo.

De tal manera, que, si son objetados por la otra parte, bajo cualquier argumento, será esta parte procesal, la que deba probar sus alegaciones, más no la persona que los aporta, por la presunción que ha dado nuestro código.

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

Art. 52.- Medios de prueba. - Los mensajes de datos, firmas electrónicas,

documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil. (Congreso Nacional, 2002)

Habíamos dicho que nuestra legislación adopta la teoría de la equivalencia funcional, pues le da un reconocimiento igual que al documento escrito, por ende, tienen la misma eficacia probatoria que un documento en soporte papel, esto reforzado con el artículo 202, del Código Orgánico General de Procesos, que se encuentra dentro del capítulo III, que hace referencia a la prueba documental.

3.3.1. Copias del mensaje de datos, documento electrónico:

Si bien el mensaje de datos, es creado a partir de sistemas electrónicos o digitales, los mismos pueden ser copiados de manera indefinida, no hay límite en ese sentido, por ejemplo, una imagen puede ser enviada a diferentes personas, entonces la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, en el artículo 12, ha establecido que:

Art. 12.- Duplicación del mensaje de datos. - Cada mensaje de datos será considerado diferente. En caso de duda, las partes pedirán la confirmación del nuevo mensaje y tendrán la obligación de verificar técnicamente la autenticidad del mismo. (Congreso Nacional, 2002)

Entonces cada mensaje de datos, es distinto por disposición legal, ya que, para la confirmación del mismo, necesariamente deberá pedirse la confirmación por la otra parte, en este sentido si un mensaje es enviado dos veces a la misma persona, debe pedir que el mismo sea confirmado, para garantizar la autenticidad del mensaje y que no haya duda de por medio. Al respecto el artículo 54 letra C, *ibídem*, sobre el *facsimile* (copia idéntica) dispone:

El facsimile, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley. (Congreso Nacional, 2002)

3.4. Materializaciones, conforme la Ley Notarial.

Debemos dejar claro, que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que obligue a una parte procesal, a aportar mediante notarización de la prueba electrónica, que es lo que se ha venido haciendo, por ejemplo cuando mediante diligencia notarial, se abre la aplicación de WhatsApp en una computadora del notario, con las claves y permisos otorgados por el titular de la cuenta o perfil, para hacer capturas de pantalla, o las materializaciones de esa información que consta en soporte electrónico, digital; de esta manera se ha procedido en la práctica, para incorporarlos estos al proceso.

Sin embargo, los jueces se sienten confiados cuando se aporta de esta manera al proceso, la escritura pública en cuanto instrumentos público⁴, lo único que dará fe es en cuanto al hecho de haberse otorgado y la fecha de la diligencia notarial, más no en cuanto a la verdad de su contenido o declaraciones que se hagan constar en él.

Por supuesto, que hacerlo de esta manera, da un valor adicional. No obstante, el contenido de las conversaciones, lo que conste en el documento electrónico, el notario no puede dar fe; si no se quiere dejar duda alguna de su integridad, autenticidad, existencia, entonces deberán recurrir a otro medio de prueba, como el pericial, claro que no es vinculante lo que el perito diga el día de la audiencia, sin embargo, ayudará para formar la convicción del Juez.

La materialización, no es más que una consecuencia de la brecha generacional, que existe entre los administradores de justicia, la regulación normativa dispersa, confusa, insuficiente, y muchas de las veces el divorcio con el avance tecnológico, que hace que muchos jueces queden en un status quo, que cambiara solo con el paso del tiempo, o las capacitaciones sobre este particular a los funcionarios judiciales.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos y su Reglamento⁵, lo que reconoce y regula, es lo que se llama la *desmaterialización*, que consiste en la transformación de la información que está en un documento físico a mensaje de datos; el Reglamento a su vez, regula de manera detallada este tema, el artículo 4 y 5, disponen que se puede hacer la desmaterialización, cuando las partes que hayan intervenido en el mensaje de datos así lo acuerden o la ley exija dicha

⁴ Artículo 1717 Código Civil y 205 del Código Orgánico General de Procesos.

⁵ Artículo 4 y 5 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

desmaterialización; en el caso de intervenir el notario, la certificación que hará, se realiza con su firma electrónica o de la autoridad competente. Pero ni la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, ni su Reglamento, regulan alguna cuestión sobre la “*materialización*”.

Si embargo, la Ley Notarial, en el artículo 18, numeral 5, literal B, regula sobre la llamada “*materialización*”; y *copias certificadas*, que hacen los notarios, estando facultados para conferir copias electrónicas certificadas, sea de documentos físicos o de documentos electrónicos originales. Así también podrá conferir copias certificadas de un documento electrónico original, sin embargo, de esta disposición no puede pretenderse que sea la manera de incorporar al proceso, sumado a esto las dudas que puede generar el incorporarlo de manera impresa.

Esto porque cuando deja su naturaleza de mensaje de datos, se transforma en un documento físico, tangible (documento en sentido estricto), que se puede observar de manera directa, sin intervención de un dispositivo electrónico. Por lo que se aplicaría las reglas generales de la prueba documental.

3.5. Información general que reposa en las redes sociales, páginas web, plataformas digitales.

3.5.1. Correo electrónico.

El correo electrónico, tiene como antecedente los correos postales, que en su momento eran los físicos, sin embargo, con el desarrollo tecnológico, se originó el correo electrónico, en inglés *electronic mail*, más conocido como e-mail, es un servicio que permite a sus usuarios, enviar todo tipo de información a través de él, tales como: fotografías, videos, audios, direcciones de páginas web, documentos, enlaces, etc. Este servicio permite tener comunicaciones, en una cadena de correos que se envían y reciben constantemente, a esto debemos sumar todos los servicios que ofrece distintas aplicaciones como Gmail.

Para efectos procesales, con los correos electrónicos, permiten determinar la fecha de envío y de recepción del correo electrónico, permite eliminar estos mensajes, salvo que haya alguna copia de seguridad de esta información, para el posterior acceso al mismo (posterior consulta), si hubiera información jurídicamente relevante.

Por ejemplo, si queremos demostrar que se mantenía comunicaciones entre personas en un negocio, o incluso una relación laboral, y sabemos que había

comunicaciones, podremos acceder a esta información, mediante la cuenta de correo electrónico de una de las partes. Sin embargo, es de hacer notar que al proceso se lo incorpora mediante la materialización ante un notario, es decir copia impresa (prueba documental), pero por disposición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, permite que se lo haga como mensaje de datos, con la transcripción y el soporte, que podrá ser mediante un CD, pendrive, discos duros, y todo dispositivo de almacenamiento. Como habíamos dicho, no hay norma que obligue a aportar mediante una notarización de esa información, en todo caso debe ser el soporte original.

3.5.2. Mensajes de teléfono móvil (SMS)

Los mensajes SMS, por sus siglas en inglés *Short Message Service*, son mensajes de contenido corto, que permite la comunicación entre personas que disponen de celulares.

El problema que se encuentra con los SMS, es que no se puede determinar la autenticidad del mismo, ya que no sabemos de quién proviene el SMS, tampoco, si el contenido del mensaje es realizado por dicha persona, por ende queda una duda sobre el mismo, sin embargo se puede recurrir al Juez, conforme lo dispone el artículo 142 numeral 7 y 8, solicitud de acceso judicial a la prueba; para que oficie a la operadora que presta el servicio, para que certifique la pertenencia del número de celular, y con ello determinar a quién pertenece el número del cual se envió el mensaje, sobre todo ahora cuando se compra un Chip, el mismo pide que se ingrese el número de la cédula de identidad de la persona que hará uso de ese chip.

A pesar de ello, el Juez deberá valorar la prueba en conjunto, y sobre todo las pruebas que le hayan servido para tomar su decisión, con base a la sana crítica. Y si el Juez tiene dudas a pesar de ello deberá recurrir a otros medios de prueba como la pericial, conforme la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, en el artículo 55 inciso segundo, dispone que, para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas. Sin embargo, la misma ley reconoce el libre criterio judicial que tiene el Juez para tomar la decisión.

3.5.3. La fotografía.

La fotografía en la actualidad, es una de las más usadas por las personas en todos los ámbitos de la vida, en relaciones familiares, políticas, sociales, en el ámbito público y privado; es de gran relevancia en la actualidad ya que la misma permite plasmar hechos que ocurren en un momento dado, para luego ser revisados.

En el campo probatorio, la fotografía representará un hecho pasado, que servirá para probar los hechos relevantes de nuestra teoría del caso, pero a pesar de ello, tiene complicaciones, ya que de por medio, estará la duda acerca del tiempo, modo, lugar en la cual se genera esa fotografía.

En todo caso el Juez tendrá la duda, sobre todo si la imagen en mención, pertenece al momento en el cual se dice que han ocurrido los hechos, los cuales se vienen discutiendo, en todo caso el Juez deberá ayudarse de los demás medios de prueba, así el Consejo de Estado de Colombia, ha dicho que la fotografía no puede ser desestimada, sin antes haber sido analizada en conjunto con los demás medios de prueba y a la luz de la sana crítica.⁶ Dentro de esta sentencia se sostiene que:

ii) El valor probatorio de las fotografías y los hechos que con ellas se documentan. El material fotográfico, como medio de prueba, se enlista dentro de las denominadas documentales y, en tanto documento, reviste de un "carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo". De ahí que, "las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse", con lo cual, el valor probatorio que puedan tener "no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición" (ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, 2018)

Así el Consejo de Estado de Colombia, a través de la sala de lo Contencioso Administrativo, sobre la valoración probatoria de la fotografía ha dicho:

En otras palabras, para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica, se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y

⁶ Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia, 05001233100020030399301 (44494), con fecha 15 de febrero del 2018.

lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios. De esta forma, la autonomía demostrativa de dichos documentos se reduce en la medida que se requieran otros medios de convicción que las soporten. Reconocer esto, sin embargo, no supone *a priori* ignorar su mérito probatorio sino situarlo en el contexto de su carácter representativo. (ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, 2018)

3.5.4. Los chats y “los pantallazos”.

La palabra *chat*, viene del idioma inglés, que se deriva de *chatter*, que significa, conversar o charlar, a su vez estos términos son usados en el idioma castellano, para referirse a las diversas conversaciones que se tienen por las redes sociales. Esta conversación es en tiempo real, es decir se da el mismo momento en el que los usuarios desarrollan su conversación.

Así, en el idioma castellano se acuñó el verbo chatear, la Real Academia Española, lo ha definido como, mantener una conversación mediante chats. Esta tecnología ha permitido la comunicación en diversas instancias, tanto en relaciones públicas, cuanto privadas, su importancia radica, en que queda registros de los mensajes, chats, que han tenido los intervinientes; siempre que los mismos no sean borrados, esta configuración dependerá de cada aplicación, y de las copias de seguridad que se haga de dicha información. Su importancia en el campo probatorio, radica en la facilidad de demostrar el contenido de la conversación, sin embargo, quedará de por medio, el problema de demostrar la autenticidad del contenido y del autor del mismo.

Ahora los celulares, permite hacer los denominados *pantallazos* o capturas de pantalla, *screenshot* en inglés, esta tecnología permite hacer capturas de pantalla de lo que se visualiza en la aplicación del celular, incluso de las computadoras, tecnología usada por las notarías, para hacer las materializaciones de la información constante en soporte digital o electrónico.

Por ende, al quedar, indicios o evidencias que servirán para la probanza de los hechos controvertidos, podrán adjuntarse captura de pantalla de la conversación que se haya tenido.

(...) la prueba electrónica puede ser practicada de varias formas (...), la aportación como un mero documento privado, por ejemplo, a través de su impresión directa del equipo informático particular, sin la intervención de un fedatario público, como puede ser la impresión de un correo electrónico o el simple “pantallazo” de un mensaje de WhatsApp. (Rojas, 2016, pág. 93)

Sin embargo, si incorporamos como documento privado, habíamos dejado establecido que por la formación de los jueces y su propensión a dar mayor valor o relevancia a la prueba con intervención de un notario, fedatario público; pero si lo hace sin la intervención del notario, Raúl Rojas (2016) señala, “(...) esta forma de presentar la prueba, puede generar al juzgador serias dudas sobre su autenticidad y en consecuencia disminuir su valor probatorio obligando al Juez a valorar esa prueba en conjunto con el resto (...)” (p. 93)

3.5.5. Las notas de voz, audios, videos.

La información constante en estos formatos, tiene una situación muy particular, a diferencia de lo que sucede con los pantallazos o capturas de pantalla, estos no pueden ser impresos o materializados, como se hace en la práctica, ya que, por la propia naturaleza de estos, hacen su necesidad de ser incorporados en el soporte original y con la respectiva transcripción.

En el proceso penal, la manera de proceder para la extracción de información constante en dispositivos electrónicos, cuando se trata de la investigación previa, mediante acto urgente⁷, se presenta la solicitud debidamente fundamentada por parte de Fiscalía General del Estado al Juez, y que sea quien permita el acceso a dicha información, con base a ello, Fiscalía nombrará a dos peritos, quienes hagan la extracción de dicha información y el mismo sea incorporado al expediente fiscal. Al tratarse de limitaciones al derecho a la intimidad y secreto de correspondencia, constituye una limitación necesaria, para la investigación del hecho delictivo.

El artículo 477 del Código Orgánico Integral Penal, regula el reconocimiento de grabaciones como videos, datos informáticos, fotografías, con el nombramiento de dos peritos para el efecto, así también se establece la regulación sobre las voces grabadas, las mismas pueden ser identificadas por personas que afirmen reconocerlas, sin perjuicio de ello se puede ordenar el reconocimiento por medios técnicos.

⁷ Artículo 583 Código Orgánico Integral Penal.

Conforme el artículo 500 numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal, dispone que:

Art. 500.- Contenido digital. - El contenido digital es todo acto informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.

En la investigación se seguirán las siguientes reglas:

1. El análisis, valoración, recuperación y presentación del contenido digital almacenado en dispositivos o sistemas informáticos se realizará a través de técnicas digitales forenses. (Asamblea Nacional, 2014)

A su vez tratándose del ejercicio privado de la acción, conforme el artículo 648 del Código Orgánico Integral Penal, el querellado una vez citado, tiene el plazo de 10 días para contestar la querrela, una vez contestada, el Juez concederá el plazo de 6 días para que las partes presenten y soliciten prueba documental, soliciten peritajes y anuncien testigos que deberán comparecer a la audiencia. Es decir, en esta etapa procesal, es relevante solicitar al Juez un peritaje sobre información constante en soporte digital, es decir el Código Orgánico Integral Penal establece una regulación en este sentido, toda vez que toma la opción de que la presentación de la prueba, será mediante la pericia o técnicas digitales forenses o por personas que afirmen reconocerlas.

Sin embargo en materia civil, el Código Orgánico General de Procesos nada dispone sobre la manera en la que se ha de extraer e incorporar dicha información, para ello la forma de incorporación, para no dejar duda alguna será mediante la designación de un perito, ya que si incorporamos la prueba generada por estos medios tecnológicos, sin mayor formalidad, corremos el riesgo de que la misma no sea tomada en cuenta por el Juez, al momento de valorarla, por tener serias dudas sobre su autenticidad e identidad de las personas que han intervenido en dicho audio o grabación.

Con la intervención del perito, podremos determinar la identidad de las personas que aparecen en el video, o establecer la correspondencia de las voces en la nota de voz, se dice que la voz es la firma biométrica de la persona interviniente; pero para ello será necesario que los intervinientes en esas grabaciones de audio, presten

muestras de voz, para hacer el cotejamiento de sus voces, sin embargo, de por medio se presenta una pregunta. ¿Cómo procedemos si un interviniente no accede a dar la muestra de su voz? En este caso el perito no tendrá con qué hacer el cotejamiento de voces.

Habíamos dicho que hay otros medios de prueba, por los cuales se puede establecer la identidad de la voz, por ejemplo, con la prueba testimonial, preguntándole si reconoce la voz de la persona que ha intervenido. Aquí debemos hacer una distinción tanto en materia penal y civil.

En materia penal, el artículo 499 numeral 1, dispone que no se obligará a la persona que reconozca documentos, ni la firma constante en ellos, pero si lo reconoce voluntariamente, se aceptará. En materia civil, como de por medio no hay una investigación penal, no acarrea una violación al derecho a no auto incriminarse, el reconocimiento sería admisible, además si por la teoría de la equivalencia funcional, se regula conforme las reglas del documento, siendo más específicos del documento privado, se permite el reconocimiento de estos documentos.

La prueba de reconocimiento llega o se adquiere en el proceso a través del interrogatorio cruzado a testigos y examen pericial a peritos, siendo así, es esencial el tipo y la estructura de la pregunta a realizarse sobre el objeto o persona que va ser pasible de reconocimiento procesal por los sentidos del Juez (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 484)

De lo expresado por estos autores, caemos en cuenta que, la información creada por un aparato tecnológico, puede ser reconocido por las partes procesales o testigos, incluso con la identificación que hace el perito, pudiendo identificar a las personas que han intervenido, sea en la grabación de audio, video, fotografía, etc. Lo importante serán las preguntas que se hagan al momento de practicar la prueba, orientadas a dejar en el Juez por su sensibilidad observacional, lo que queremos demostrar con las grabaciones.

Si aplicamos el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 217, que regula el reconocimiento de documentos privados, que podrá pedirse al autor de la firma o rúbrica, en una audiencia oral, previo juramento, y se procederá a recibir su declaración, además con base al artículo 203 ibídem, dispone que el documento ha sido firmado en blanco, o con espacios sin llenar, se presumirá cierto su contenido,

cuando se haya reconocido la firma, o declarado su autenticidad, y agrega, salvo que la ley lo presuma. Esta presunción viene dada por el artículo 202 *ibídem*, que establece que los documentos producidos electrónicamente con sus anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. A pesar del reconocimiento que pueda darse del documento, siempre habrá la presunción que rodea a la información constante en soportes electrónicos.

En la conferencia dictada por Carlos Procel, sobre la Prueba Digital, sostiene que el reconocimiento cabe como diligencia preparatoria, esto es, el reconocimiento de documentos privados, dice que no solo debe entenderse en su sentido literal, sino al reconocimiento de información que consta en soportes electrónicos, pues estos al ser creados por un particular, se constituyen en documento privado, así el documento público o necesita reconocimiento, porque su autenticidad viene dada por la intervención del funcionario público, por ejemplo una sentencia firmada electrónicamente o una grabación de una audiencia en un CD. (La Prueba Digital: Qué cómo y cuando, 15 de septiembre del 2020)

En todo caso conforme el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, dispone que, si se niega la validez de un mensaje de datos, deberá probar la parte que lo alegue, mas no la parte que lo aporta.

Incluso el Juez al momento de valorar este tipo de prueba puede establecer la intervención de peritos (Art 55 inciso segundo de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos) y disponer todas las diligencias necesarias, como el cotejamiento de las voces, con el apercibimiento de incurrir en un tipo penal, como es el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente (Art 282 COIP). En todo caso la valoración probatoria, se hará en aplicación de la sana crítica, y la valoración en conjunto de la prueba.

Hay que tener presente que las grabaciones de audio, que se generen por aparatos tecnológicos, deben respetar la Constitución, derecho a la intimidad personal y familiar, así como el derecho a la inviolabilidad y al secreto de correspondencia física y virtual conforme los dispone el artículo 66 numerales 20 y 21.

Tratándose de la grabación no requiere permiso cuando se trate de conversaciones grabadas por los intervinientes, para ello nos remitimos al Código Orgánico Integral Penal dispone:

Art. 470.- Comunicaciones personales. - No podrán grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo los casos expresamente señalados en la ley. La información obtenida ilegalmente carece de todo valor jurídico. Los riesgos, daños y perjuicios que genere para las personas involucradas, serán imputables a quien forzó la revelación de la información, quedando obligada a efectuar la reparación integral de los daños. (Asamblea Nacional, 2014)

Art. 471.- Registros relacionados a un hecho constitutivo de infracción.- No requieren autorización judicial las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación social, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes, en cuyo caso se requerirá la preservación de la integridad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio. (Asamblea Nacional, 2014)

Entonces cuando los intervinientes de una conversación la graban, sea mediante video, audio, a través de cualquier tecnología, no se requiere permiso del otro interviniente, siempre que grabe cualquiera de los interlocutores; sin embargo, si es un tercero que quiere grabar esa conversación, ya no podrá hacerlo, en dicho caso requerirá el permiso del Juez para interceptar dicha conversación, pero solo aplicable en materia penal, para la investigación de hechos delictivos.

3.6. Práctica de estos medios de prueba:

La forma de practicar estos medios de prueba, está regulado en el artículo 195 del Código Orgánico General de Procesos, que regula la producción de la prueba documental, habíamos dicho que el ordenamiento jurídico, en aplicación de la teoría de la equivalencia funcional, equipara estos medios de prueba a la documental, razón por la cual la forma de practicar, lo ha regulado dentro del Capítulo III, esto es la prueba documental, al respecto el artículo 196 numeral 3, dispone:

Art. 196.- Producción de la prueba documental en audiencia. Para la

producción de la prueba documental en audiencia de juicio o única se procederá de la siguiente manera:

3. Las fotografías, grabaciones, los elementos de pruebas audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán también en su parte pertinente en la audiencia y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. (Asamblea Nacional, 2021)

Es decir, así como los documentos se deben leer y exhibir públicamente, lo mismo sucede con estos medios de prueba, pues en aplicación del principio de publicidad de los medios de prueba, es requisito importante el exhibir públicamente; además deberá ser leída la prueba en su parte pertinente, pues no tendría razón leer un documento que esté compuesto de muchas hojas, técnicamente sería inadmisibile leer todo el documento, sino única y exclusivamente, lo que importe para la probanza de los hechos.

De la misma manera, el artículo 204 del Código Orgánico General de Procesos, sobre el contenido de documentos de gran volumen dispone que las grabaciones de larga duración, o fotografías que tengan gran formato, serán agregados de manera completa (integridad); en el inciso segundo dispone que la prueba documental de gran volumen, deberá ponerse a disposición de la otra parte para ser examinadas o copiadas, con 15 días de anticipación en el procedimiento ordinario, y 10 días antes de la audiencia única en los demás procedimientos. En materia de niñez y adolescencia será de 5 días. En este caso el Juez puede tomar la decisión que la prueba documental sea producida de manera completa, según sea su criterio.

Entonces, para la práctica de un video o de un audio, si el contenido es mucho, será necesario que se identifique el minuto, segundo, hora, en la cual consta la parte relevante para el proceso, debemos recordar un principio, que es la celeridad en la administración de justicia, no se puede escuchar todo el contenido si es demasiado largo, solo lo relevante para la causa, excepcionalmente si a criterio del Juez, ordena que se produzca de manera completa el audio o video.

¿Qué es lo que dispone la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos?

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, establece que debe incorporarse el soporte

informático, es decir donde conste la información primigenia, es decir aquella donde se creó y se guardó en un principio; así como la *transcripción en papel*; la ley para evitar dilaciones en la causa, establece que además, se incorpore los elementos (equipos, software, aplicaciones, etc.) para su lectura y verificación; la razón, porque muchas Unidades Judiciales del país, no cuentan con aparatos tecnológicos, ni se diga el acceso limitado que tienen a internet.

Si se ha enviado una copia de los mensajes de datos (facsimilar) los mismos serán admitidos, siempre que haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley (artículo 54 letra C, *ibídem*).

Habíamos dicho que la prueba creada por la nueva tecnología, es susceptible de alteraciones, en su fecha de creación, integridad, origen; la misma admite prueba en contrario cuando se pretenda desvirtuarla; por la inversión de la carga probatoria, quien alegue que el mensaje de datos carece de validez, no es suficiente con alegarlo, deberá probarlo (artículo 54, inciso segundo, *ibídem*)

3.7. Valoración probatoria:

El artículo 164 de Código Orgánico General de Procesos, establece que para la valoración de la prueba, el Juez deberá hacerlo aplicando las reglas de la sana crítica; además deberá valorarla en conjunto con todas las pruebas que han sido incorporadas y practicadas, es decir el Juez no tiene la obligación al momento de tomar su decisión de pronunciarse sobre toda la prueba que haya sido anunciada y debidamente practicada; sino única y exclusivamente aquella que le sirvió para formar su convicción. Esta disposición está relacionada con la garantía del debido proceso, de la motivación, en el artículo 76, numeral 7, letra L; establecido en la Constitución del Ecuador. Así también uno de los requisitos de la sentencia, conforme el artículo 90 numeral 5 *ibídem*, esto es la motivación de su decisión.

Mediante sentencia de la Corte Constitucional, Caso No. 1158-17-EP, de fecha 21 de octubre del 2021, parrado 32, establece:

Dicho test consiste en verificar si la motivación bajo examen cumple conjuntamente con estos tres parámetros: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad. De manera que, si se incumple alguno de ellos, debe

concluirse que la garantía de la motivación ha sido transgredida. (Caso Garantía de la motivación, 2021)

Entonces al momento de valorar las pruebas, el Juez debe tener conocimientos en aspectos tecnológicos que le permita una mejor comprensión de la prueba generada por la nueva tecnología, dichos conocimientos le permitirán tener una mejor comprensión, y formar su convicción. Sin embargo, si el Juez no tiene conocimiento sobre aspectos elementales en tecnología, habrá serios inconvenientes al momento de valorar la prueba.

Hoy en día, muchos dudan sobre la validez de utilizar documentos electrónicos como medio de prueba y, lo que es más grave, en ocasiones son los mismos jueces quienes se cuestionan la validez probatoria de los acuerdos y demás documentos que no constan en papel; o documentos digitales. (Páez Rivadeneira, 2015, pág. 46)

Al ser esta prueba creada por la nueva tecnología, siempre habrá de por medio dudas acerca de su origen, forma de creación, sobre la autenticidad de su contenido, fácilmente manipulables, volátiles, que pueden desaparecer rápidamente, aspectos muy relevantes a ser tomados en cuenta por el Juez, sobre este particular:

“(…) es de enfatizar que tratándose de datos sensibles, volátiles, duplicables, manipulables, editables, variables por su presentación en diversos formatos (…) deben ser suficientemente acreditados sus atributos y propiedades procesalmente como son: autenticidad, integridad e inalterabilidad y licitud (…)” (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 677)

Si bien el Juez, tiene libertad de valorar la prueba, aplicando la sana crítica, no es menos cierto que siendo aspectos técnicos sobre esta prueba, deberá muchas de las veces recurrir a los peritos que considere necesarios, esta posibilidad le permite la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos en el artículo 55, inciso 2:

Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas. (Congreso Nacional, 2002)

Así también las partes procesales para no dejar duda alguna sobre los principios antes indicados, puede ayudarse de un informe pericial, sin embargo, las conclusiones

a la que arribe el perito, no son vinculantes para el Juez, los peritos ayudarán a esclarecer aspectos que escapan del conocimiento del Juez.

El juzgador no tiene conocimientos científicos y técnicos suficientes para valorar de acuerdo a su conocimiento privado las características informáticas de los distintos dispositivos tecnológicos que compongan el acervo probatorio (...) (Bueno de Mata citado en Quiroz Salazar y Quiroz Morales)

Habíamos dicho que la prueba que ha sido creada por medios tecnológicos, son documentos privados, puesto que en su creación han intervenido personas particulares, entonces, por analogía, porque no hay claridad en su regulación, los mismos deberán ser valorados con aplicación de las reglas del documento privado. Se exceptúa los documentos públicos, las reglas por las cuales se orientará el Juez será precisamente las reglas del documento público.

Siendo que haya sido *notarizado*, es cierto que le dará al Juez más seguridad y confianza al momento de valorar, pero debemos recordar que no dará fe sobre la verdad del contenido, o sobre aspectos técnicos, sobre los cuales mal haría en pronunciarse el notario, para ello están los peritos. También el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 205 dispone que se considerarán instrumentos públicos:

Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. (Asamblea Nacional, 2021)

Si el documento está acompañado de firma electrónica certificada (digital), entonces habrá mucha más confianza para el Juez, toda vez que la información que consta allí está protegida por una firma digital, que permitirá al Juez tener seguridad sobre su autenticidad, integridad, y sobre todo por la intervención de un tercer interviniente, que será la entidad de certificación (tercero de confianza).

En suma, decir que el valor probatorio de los medios de prueba informáticos se deja a la valoración discrecional del juzgador puede parecer como una forma de evadir el problema, más que una solución al mismo. (Quiroz Salazar & Quiroz Morales, 2021, pág. 685)

En todo caso, será el juez quien aprecie la prueba que ha sido incorporada, admitida, practicada conforme el Código Orgánico General de Procesos, quien las tome en cuenta para valorar, y motivar su decisión, sobre aquellas pruebas que le permitieron

formar su convicción, valorando en conjunto y que le permita tomar una decisión sobre el fondo del asunto.

3.8. Normativa comparada.

Al ser la tecnología un tema global, es necesario hacer una breve referencia sobre la manera en la cual han regulado las legislaciones de otros países, tendremos en cuenta para esta parte, lo que dispone la legislación de España, Colombia y México.

3.8.1. Legislación de España:

Dentro de la legislación que regula sobre estos aspectos, tenemos la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, expedida el 07 de enero del 2000, en la cual señala entre los medios de prueba:

Artículo 299. Medios de prueba.

2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias. (Cortes Generales, 2000)

El artículo uno de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que se aplicará en los asuntos que corresponden a los tribunales civiles, si bien en el artículo 299 *ibídem* establece los medios de prueba que son reconocidos por dicha legislación, no es menos cierto, que deja la posibilidad de incorporar por otros medios, y el tribunal lo admitirá como prueba, conforme el numeral tres.

En el Código Orgánico General de Procesos, lo encontramos, en el artículo 159 inciso cuarto, que lo ha regulado en el sentido de que, para la probanza de los hechos en controversia, podrán las partes procesales, usar cualquier medio de prueba, siempre que no violente el debido proceso y la ley, es decir un sistema probatorio abierto, en el Código Orgánico General de Procesos no hay una clasificación de los medios de prueba como en efecto la Ley de Enjuiciamiento Civil de España lo establece.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el capítulo VI, De los medios de prueba y las presunciones, en la Sección 8ª, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha regulado de manera específica los medios de prueba creados a partir de la nueva tecnología; dicha Sección establece:

Sección 8.ª De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso

Artículo 382. *Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio.*

1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.
2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.
3. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica. (Cortes Generales, 2000)

En este artículo tiene semejanza con lo que dispone la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos de nuestro país, puesto que, al momento de incorporar las palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Deberá de hacerlo con la transcripción escrita, en el caso del Ecuador, dispone que se debe adjuntar el soporte informático y transcripción en papel del documento electrónico.

Artículo 383. Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales.

1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.

2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Letrado de la Administración de Justicia, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones. (Cortes Generales, 2000)

Así también para la incorporación de los instrumentos que permitan la reproducción del audio, video, imagen, datos, cifras u operaciones matemáticas, tiene una regulación específica, en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, establece que deberá acompañarse los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que serán admitidos como medios de prueba dichos instrumentos.

Artículo 384. *De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso.*

1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza. (Cortes Generales, 2000)

Valoración probatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Sobre la valoración de estos medios de prueba, el artículo 382 numeral 3, establece que se valorará conforme las reglas de la sana crítica.

3.8.2. Legislación de Colombia:

En Colombia, tenemos el Código General del Proceso (CGP), el mismo que entró en vigencia el 12 de julio del 2012, publicado en el Diario Oficial 48489; dicho

cuerpo procesal en lo principal tiene por objeto regular la actividad procesal referente a asuntos civiles, comerciales, familia y agrarios, dicho código establece los siguientes medios de prueba:

Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

De las disposiciones de este artículo podemos ver, que no reconoce directamente a la prueba creada por la nueva tecnología, sin embargo, establece que el Juez practicará otras pruebas no previstas, limitándose a las disposiciones que regulen medios semejantes, así también del contexto del Código se desprende su existencia.

En la misma línea el Código General del Proceso de Colombia, establece en el artículo 243, sobre los documentos y hace una referencia a manera de ejemplificación.

Artículo 243. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

De la lectura de este artículo, caemos en cuenta que la legislación Colombiana, reconoce a la prueba creada por la nueva tecnología, dentro de la prueba documental,

es decir aplica la teoría de la equivalencia funcional, es decir, el soporte papel y soporte electrónico tiene el mismo valor jurídico, esto se asemeja con nuestra legislación.

Valoración probatoria en el Código General del Proceso:

El artículo 245 Código General del Proceso, establece que la aportación de los documentos, será adjuntando el original cuando esté en su poder o en copia, pero deberá indicar dónde se encuentra el original, si tiene conocimiento de dicho particular.

Si bien el artículo 176 ibídem, establece la manera de valorar las pruebas, a pesar de ello ha creído conveniente la legislación procesal civil colombiana, regular específicamente la valoración del mensaje de datos en los artículos 176 y 247 ibídem.

Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

Artículo 247. Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

Este artículo hace una distinción ante la situación que se aporte en el mismo soporte informático en el que fue creado y si el mismo ha sido aportado como una simple impresión; esto permite la legislación colombiana, no es necesario ninguna materialización ante el notario, y además franquea la posibilidad que alguna de las partes procesales adjunte un simple copia, por ejemplo de una fotografía, en este caso la valoración será conforme las reglas de los documentos; entonces siendo esta situación la valoración será, conforme la sana crítica.

En el mismo sentido el Código General del Proceso, ha establecido una presunción legal, en el artículo 244, inciso 6, sobre la autenticidad de los documentos, que los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Entonces, en el caso del Ecuador, el Código Orgánico General de Procesos no establece la valoración de la prueba creada a partir de las nuevas tecnologías, no regula la situación cuando es incorporado de manera impresa dicha información, ¿Cómo debería proceder el Juez? Ya que la respuesta conforme la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, dispone que se acompañe el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico. Dicha situación daría la posibilidad de que, por haber sido solo impresa e incorporada, no debería admitirse dicha prueba, el Código Orgánico General de Procesos nada dispone al respecto.

Tacha de falsedad y desconocimiento en el Código General del Proceso:

El Código General del Proceso, regula la situación cuando se trate de una reproducción de voz o de la imagen, en este caso, contra quien se aduce, al cual podrá tachar de falso, en concordancia con esta situación, se regula el desconocimiento del documento.

Así también si una parte procesal quiere desconocer al documento, en este particular se da una inversión de la carga de la prueba, ya que correspondería probar, a quien alega dicha falsedad; en consecuencia, el desconocimiento, no procedería, porque lo que corresponde sería tacharlo y probarlo, así los establece el artículo 272 inciso sexto del Código General del Proceso de Colombia.

Artículo 272. Desconocimiento del documento. En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

Inciso sexto. - El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega. (Congreso de la República de Colombia, 2012)

Práctica de la prueba en el Código General del Proceso:

Sobre la práctica de los medios de prueba, el artículo 373 numeral 3, letra dispone, que se exhibirán los documentos, una vez finalizada la audiencia el Juez

deberá emitir sentencia en forma oral, si fuere necesario podrá decretarse un receso de hasta dos horas.

3.8.3. Legislación de México:

Estados Unidos Mexicanos, es un país Federal, sobre la regulación procesal en materia civil, tienen el Código Federal de Procedimientos Civiles, publicada con fecha 24 de febrero de 1943, el que ha surtido diferentes reformas hasta la actualidad y a nivel local, al ser 32 Estados que conforman el país, cada uno de ellos tiene su propia regulación sobre la materia procesal civil.

El Código Federal de Procedimientos Civiles en el artículo 93, entre los diversos medios de prueba que clasifica, ha reconocido a las fotografías, escritos y notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

En el Capítulo VII, ha creído conveniente regular de manera específica, lo relacionado a la prueba creada por la nueva tecnología, y para no cerrar completamente el tema, ha considerado denominarlo como descubrimientos de la ciencia.

Fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia

Artículo 188.- Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1943)

Artículo 189.- En todo caso en que se necesiten conocimientos técnicos especiales para la apreciación de los medios de prueba a que se refiere este capítulo, oirá el tribunal el parecer de un perito nombrado por él, cuando las partes lo pidan o él lo juzgue conveniente. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1943)

La legislación procesal civil mexicana para no dejar temas pendientes, ha regulado en dos artículos, para que, a través de los mismos, las partes procesales

puedan anunciar, incorporar la prueba que sea creada y que vaya surgiendo con el avance de la tecnología, pudiéramos decir que es una disposición abierta, ya que deja la posibilidad para futuras creaciones a partir de la ciencia.

Al igual que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos del Ecuador, ha creído conveniente establecer que, para la valoración de la prueba, cuando el Tribunal no tenga los conocimientos técnicos o científicos sobre aspectos tecnológicos que no los entiende, oirá al perito, sea a petición de parte o de oficio.

Siendo que el Tribunal recurre a la prueba pericial, el artículo 211 del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, establece que, para la valoración de la pericia, quedará a la prudente valoración del Tribunal. En la misma línea, el artículo 197, sobre las reglas de la valoración de la prueba establece.

Artículo 197.- El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1943)

Dentro de las reglas de valoración de la prueba generada y constante en medios electrónicos, ha dado parámetros a tener en cuenta por el Tribunal, al momento de valorar esta prueba, esto permitirá al Juez tener claro, sobre qué temas debe poner mayor énfasis al valorar dicha prueba, sobre todo porque es información, fácilmente manipulable, volátil, frágil, etc.

Artículo 210-A.- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información

generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1943)

Para la preservación y conservación del documento, deberá acreditarse ante el tribunal que se ha mantenido íntegra e inalterada, es decir, que la misma esté completa, que no haya ediciones, cortes en la información o que haya sido editada, caso contrario estarían alteradas, situación que generaría dudas en el Tribunal; recordar que para ello pueden pedir el nombramiento de un perito informático.

Sobre las fotografías en el Código Federal de Procedimientos Civiles:

La legislación mexicana sobre las fotografías ha tomado en cuenta un tema muy importante, ya que al hacer una fotografía dependerá mucho de qué dispositivo del cual se capture la fotografía, así como el nivel tecnológico del mismo, si son celulares inteligentes (*smartphone*), el mismo podrá automáticamente, guardar la información sobre la ubicación, fecha, hora, formato, nombre con el cual se guardó dicha fotografía.

Artículo 217.- El valor de las pruebas fotográficas, taquigráficas y de otras cualesquiera aportadas por los descubrimientos de la ciencia, quedará al prudente arbitrio judicial.

Las fotografías de personas, lugares, edificios, construcciones, papeles, documentos y objetos de cualquier especie, deberán contener la certificación correspondiente que acredite el lugar, tiempo y circunstancias en que fueron tomadas, así como que corresponden a lo representado en ellas, para que constituyan prueba plena. En cualquier otro caso, su valor probatorio queda al prudente arbitrio judicial. (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1943)

Sin embargo, si la parte procesal, no puede acreditar lo que dicho artículo ha establecido, no por ello se la rechazará de plano, sino que da la posibilidad de que sea el Juez, quien le conceda el valor probatorio, al tener libre apreciación de la prueba, puede ser que, por su experiencia, le permita reconocer fácilmente lugares, e incluso identificar a las personas que han sido fotografiadas o grabadas, sea porque llegarán como partes procesales o testigos o por las preguntas que se les haya hecho.

Así también para resolver el Tribunal conforme el artículo 600 ibídem, dispone que puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia. En definitiva, la legislación procesal de México reconoce ampliamente los avances tecnológicos, al regular sobre cuestiones que pueden generar más dudas que respuestas en los jueces y partes procesales; da la posibilidad de poder incorporarlos al proceso para la probanza de los hechos controvertidos e incluso para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tomando en cuenta que la misma fue publicada en 1943 y que hasta la presente fecha sigue reformándose.

3.9. Entrevistas a Jueces de la Unidad Judicial Civil de Cuenca y encuesta a profesionales del derecho, necesidad de la implementación normativa, sobre las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba documental, en el Código Orgánico General de Procesos.

En la presente parte se lleva a cabo las entrevistas realizadas a cinco jueces de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca, el cual ha tenido por objetivo, conocer su opinión y criterios que tienen sobre lo que hemos venido desarrollando en el presente trabajo investigativo.

3.9.1. Entrevista N° 1, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:

La entrevistada dice, que uno de los medios de prueba más usados en materia civil, es la prueba documental, agrega que existe una falta de regulación en el Código Orgánico General de Proceso, sobre todo, en lo que tiene que ver con la prueba recogida por la nueva tecnología.

Sobre las materializaciones que hacen los notarios, las conversaciones por redes sociales, o mensajería instantánea, debe intervenir el notario, sin embargo, dice, que el notario no da fe de la autenticidad del contenido del mensaje de datos, pero que es el notario, quien ingresa y certifica sobre la diligencia notarial, es decir, le da una solemnidad.

Sobre la forma de incorporación de los medios de prueba: dice que solo se podría a través del medio de prueba pericial, que el hecho de ingresar a través de otros medios de prueba, como: documental, inspección judicial, le generaría dudas, sobre la autenticidad, originalidad, integridad.

Sobre la valoración de esta prueba: dice que tomaría como referencia lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, sobre los principios de valoración de la prueba, que son: legalidad, autenticidad, cadena de custodia.

Sobre la cadena de custodia, dice que sería, a través de un perito, que recabe dicha prueba, y el día de la audiencia proceder con su práctica. En todo caso, la prueba pericial, ayudaría a darle la autenticidad, y que no genere dudas.

3.9.2. Entrevista N° 2, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:

El entrevistado dice, que uno de los medios de prueba más usados en el proceso civil, es la prueba documental, ya que sirve de base a muchos juicios, y en la mayoría de casos hay por lo menos un documento.

Sobre la prueba electrónica o digital, llamado de tantas formas, dice que la forma de practicar en la audiencia, es a través de la pantalla de la computadora, es decir escanea el documento, y muestra en pantalla, ello cuando se trate de audiencias telemáticas.

Pero estando en audiencia, la forma sería a través de la reproducción, con medios informáticos, que permitan ver dicha prueba, si hay un audio, fotografía, entonces habrá de reproducirlo.

Dice que existe una falta de regulación normativa en el Código Orgánico General de Procesos, sobre todo en la prueba tecnológica, electrónica o digital, y la falta de definición de algunos temas, como qué es lo que se entiende por elementos computacionales.

Considera que la forma de incorporar estos medios de prueba al proceso, es a través de la prueba pericial, porque resulta más certera, porque evitaría las dudas, en su originalidad, autenticidad, integridad. Sobre el hecho de incorporar con otros medios de prueba, sea con la testimonial, indicia que le ve difícil, por cuanto podría generar dudas, además como Juez, tendría que evitar la prueba sorpresa, pero que, si pasa la fase de admisibilidad y forma parte del cuaderno procesal, puede practicarse tranquilamente.

Existe falta de regulación, vacíos legales, que los Jueces están llamados a suplir, en especial con esta prueba, por cuanto el Código Orgánico General de Procesos, regula de un modo muy general, pero tratándose de casos específicos, hay situaciones que no todo prevé el Código Orgánico General de Procesos, ni la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos.

Sobre las fotografías impresas, refiere que admitiría, conforme su naturaleza, que es una fotografía, que representa algo de la realidad, pero, el argumento de que es una fotografía y consiguientemente es copia simple, hay que tener cuidado, porque la naturaleza es la fotografía, y valoraría como una fotografía.

Concluye el entrevistado, diciendo que el medio de prueba idóneo, para estos casos, sería el medio de prueba pericial.

3.9.3. Entrevista N° 3, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:

La entrevistada en este sentido, se limita más a las disposiciones legales del Código Orgánico General de Procesos y de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, refiere que no hay falta de regulación, porque el Código Orgánico General de Procesos regula como medio de prueba a la tecnología.

Dice que las reglas tanto de admisibilidad, y de valoración, son las mismas que la prueba documental, y habría que ver si es un documento electrónico público y privado y se aplican las reglas de la prueba documental.

La forma de incorporar sea de manera simple, sin mayor solemnidad (notario), como Jueza dice que daría paso, siempre que los abogados no le objeten, pero si pasa eso, habría que entrar entonces a discutir sobre aquellos hechos, además en el caso en concreto, puede ser sobre temas que traten sobre el fondo del asunto, y que valoraría con los demás medios de prueba, en su conjunto, ya que eso le ayudaría a tener un panorama más claro de lo sucedido.

Dice, que sería imposible incorporar a través de otros medios de prueba, ya que el Código Orgánico General de Procesos, dispone que es prueba documental, pero que no está cerrada la opción, en el sentido de que pueda hacerlo con un informe pericial, para evitar dudas, y discusiones entre los abogados. Dice que la prueba pericial, aplicaría más en audios, videos, sonidos. Pero las fotografías, dice que deben ser necesariamente materializadas con intervención de notario, para darle alguna solemnidad, ya que el Código Orgánico General de Procesos, dispone que debe incorporarse en original o copias certificadas.

3.9.4. Entrevista N° 4, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:

La entrevistada, dice que uno de los medios de prueba más usados en el proceso civil, es la prueba documental, dice que las reglas sobre la prueba documental están en

el Código Orgánico General de Procesos, pero que, tratándose de la prueba electrónica, hay dudas, sin embargo, si es incorporada a través de un informe pericial, sería de mucha ayuda, evitando discusiones sobre la originalidad, o que no esté editada la prueba.

Sobre la admisibilidad de la prueba, dice que debe ser útil, pertinente y conducente, además de legal, y que muchas de las veces para poder incorporar, dependerá de la fundamentación que hagan los abogados, con una buena fundamentación, dará paso a la admisibilidad de la prueba.

Sobre la forma de incorporar el medio de prueba, dice que podría ser a través de la testimonial, y que ha visto, cuando los abogados inician interrogatorios, usan documentos, pero deben ser admitidos, no puede haber prueba sorpresa, todo debe estar dentro del expediente.

Considera que hay falta de regulación en este sentido, sobre su anuncio, práctica y valoración, muchas de las veces generan dudas, y refiere, que hay abogados que son hábiles cuando se trata de la nueva tecnología, son más diestros en manejar la prueba electrónica, porque nacieron y se formaron en esta época de la era tecnológica y del Código Orgánico General de Procesos.

En todo caso, la fundamentación resulta ser muy relevante, porque si a criterio del Juez, puede ser que sea necesario admitir, para resolver el asunto controvertido, pero para otro Juez, puede que no tenga ese criterio.

3.9.5. Entrevista N° 5, Juez de la Unidad Judicial Civil, con sede en la Ciudad de Cuenca:

El entrevistado, considera que los medios de prueba más usados son las testimoniales y periciales, dice que existe una falta de regulación normativa, en lo que tiene que ver con la prueba tecnológica, que la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, fue una ley creada en pleno auge de la tecnología, pero que no tiene mayores reformas, que permitan esclarecer, la forma en como debe ser tratada esta prueba.

Sobre la valoración de la prueba, dice que, en el sistema latinoamericano, existe la premisa, que debe dudarse de todo, y más aún de la prueba tecnológica, porque se presta a alteraciones, cuando esto no debería ser así, que, si le presentan un CD, audio, no debe prestarse a suposiciones, ni dudas, si la voz es plenamente reconocible, o la imagen es clara, no hay que entrar a tocar temas que, en lugar de encontrar la verdad, pueden entorpecer la administración de justicia.

Hace una semejanza con el sistema Americano, donde los abogados pueden grabar a las partes en una sala del mismo consultorio de los abogados, y proceder a interrogar, y luego adjuntar al proceso, para que el Juez lo vea y escuche, y para ello no necesita de otros medios de prueba, como la pericial.

Sobre el medio de prueba pericial, dice que es el más usado, en este tipo de prueba, precisamente, para quitar o eliminar dudas que pueda generar en el Juez, cuando no debería ser así, ya que la parte procesal, que anuncia como medio de prueba, tiene una responsabilidad, que, si miento al Juez en el contenido de la grabación, fotografía, entonces cometería delito, es decir fraude procesal.

Sobre la valoración probatoria, dice que, por la falta de regulación normativa, muchas veces los jueces tienen que resolver con la sana crítica, pero que dicha sana crítica, es muy limitada dependiendo del Juez y los años de experiencia que tenga, sobre todo del conocimiento tecnológico que pueda tener.

Dice que, en este tipo de prueba, debe evitarse el factor sorpresa a toda costa, que los abogados en su formación académica, desde las aulas universitarias, debe ser diferente, para que, llegado el momento, sean más leales y honestos, y que no genere la duda en el Juez, y poner en esa situación a todos las partes procesales.

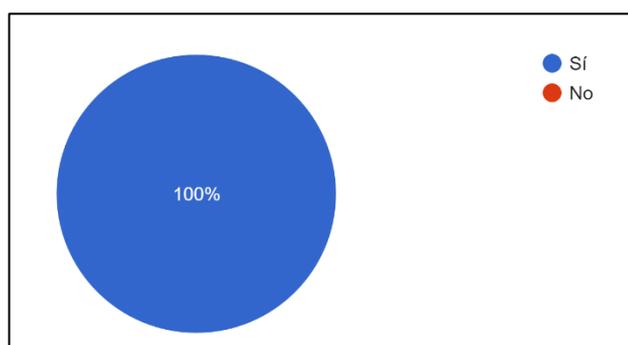
Sobre la incorporación de la prueba, dice que debe hacerse sin mayores dificultades, ya que la tecnología, es de gran importancia, y si con ello podemos resolver o esclarecer ciertos hechos, deben ser usados, pero, desgraciadamente, siempre habrá quienes entorpezcan ese camino, porque se alegará la integridad, autenticidad, originalidad, y para ello deberá valorarlo con otros medios de prueba o recurrir a un perito.

3.10. Encuesta realizada a los profesionales de derecho en libre ejercicio:

Dicha encuesta fue realizada por medio digital, en la cual 15 profesionales del derecho tuvieron participación; Abogados de diversos lugares del país, como Cuenca, Quito, Guayaquil, Ibarra, Santa Elena.

1. ¿Cree usted que una de las pruebas más usadas en el proceso civil es la prueba documental?

Figura 1 Pregunta 1

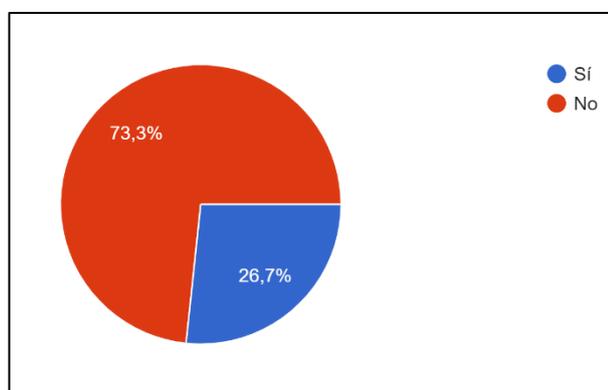


Fuente: Elaboración propia

En esta pregunta todos los encuestados han respondido que la prueba documental es la más usada en los procesos civiles.

2. ¿Cree usted que el Código Orgánico General de Procesos, regula de manera íntegra la prueba creada a partir de la nueva tecnología?

Figura 2 Pregunta 2

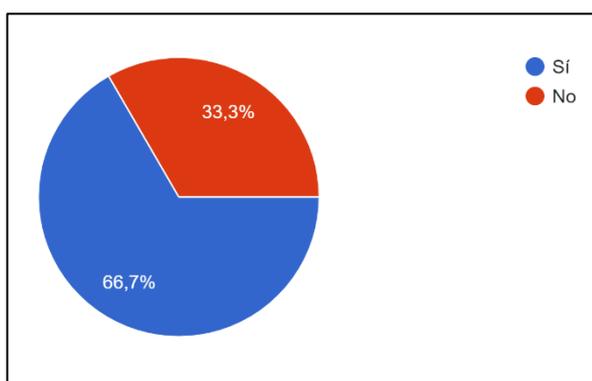


Fuente: Elaboración propia

En esta pregunta la mayor parte de los encuestados, confirma que existe una falta de regulación normativa en torno a la nueva tecnología.

3. ¿Cree usted que es correcto que tengamos que remitirnos a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, cuando queremos incorporar una prueba creada por la nueva tecnología?

Figura 3 Pregunta 3

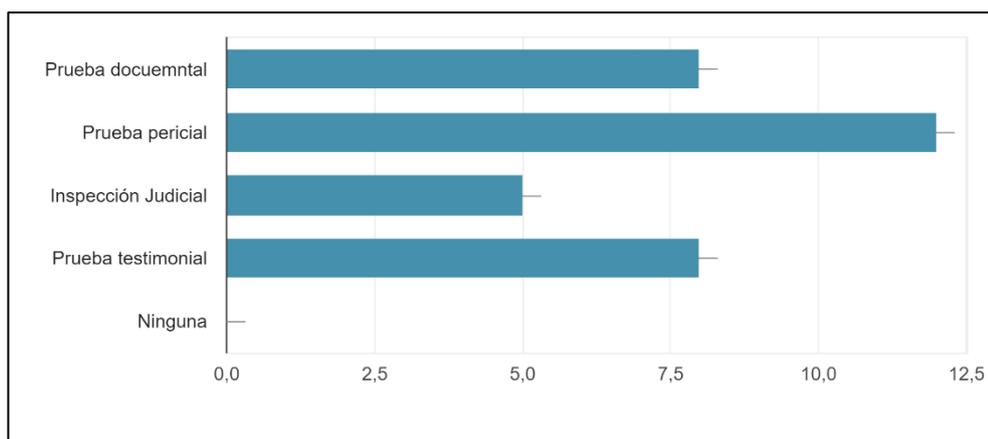


Fuente: Elaboración propia

En este caso la mayoría es concordante en que es correcto remitirse a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, puesto que es una ley que regula muchos de los particulares que no están en el Código Orgánico General de Procesos.

4. ¿A través de qué medios de prueba considera usted que las partes procesales, pueden incorporar al proceso la prueba creada por la nueva tecnología? Ej. Una imagen, video, sonidos, etc.

Figura 4 Pregunta 4

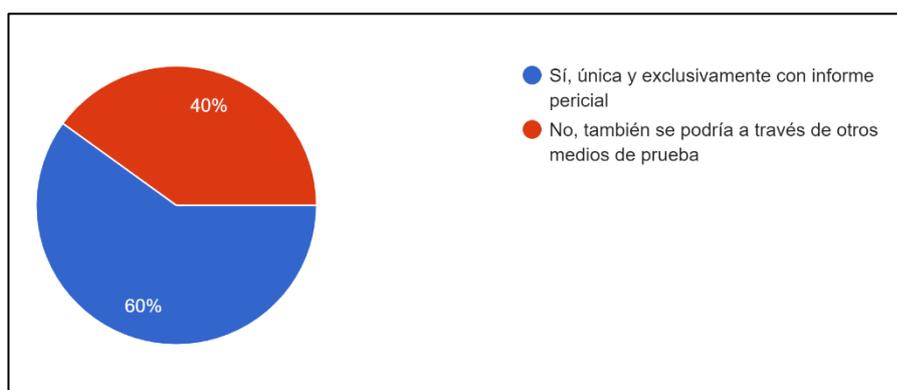


Fuente: Elaboración propia

Estos resultados, tienen relación, con lo que habíamos dicho, que la prueba pericial, servirá para dar más confianza, por eso tiene más elección, seguida de la prueba documental, recordemos la teoría de la equivalencia funcional, luego la testimonial, terminando por la inspección judicial, que tiene más complicaciones en su práctica.

5. ¿Creería usted que pudiéramos incorporar un video, audio, fotografía, nota de voz, única y exclusivamente con informe pericial?

Figura 5 Pregunta 5

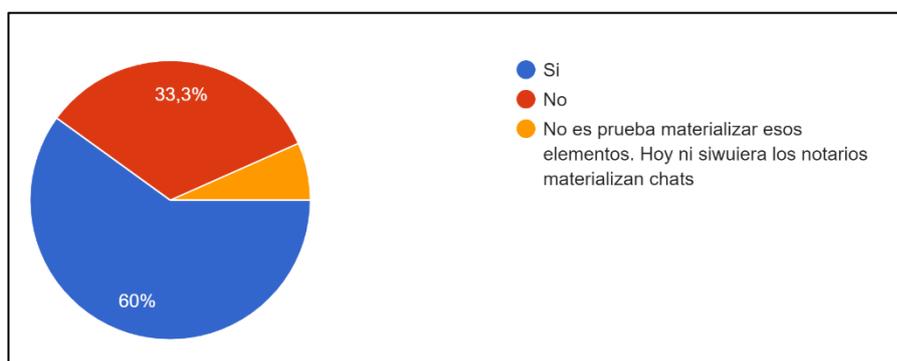


Fuente: Elaboración propia

Concordante con la pregunta anterior, en la cual la mayoría dice que se puede incorporar mediante otros medios de prueba, y no solo a través de la pericia.

6. La Ley Notarial, en el artículo 18, numeral 5, literal B, dispone: “La o el Notario a través de su firma electrónica podrá otorgar copias electrónicas certificadas de un documento físico original o de un documento electrónico original. Además, podrá conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original.” ¿Considera Usted que es necesario las materializaciones ante notario público para incorporar estos medios de prueba al proceso?

Figura 6 Pregunta 6



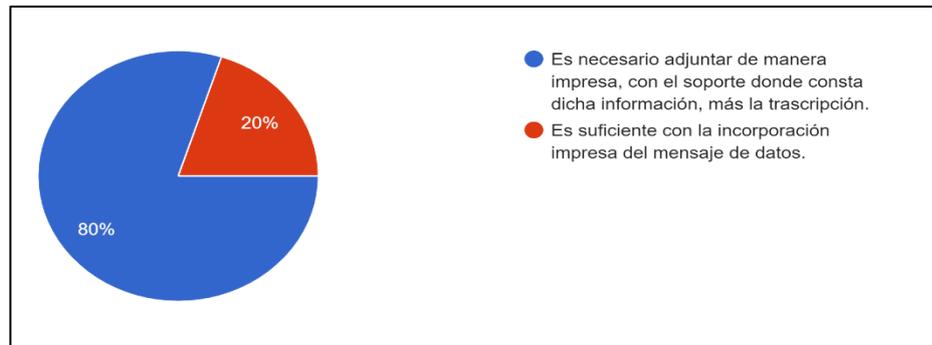
Fuente: Elaboración propia

En este caso la mayoría considera que es necesario la materialización para que sea incorporado en el proceso, sin embargo, un porcentaje considerable, considera que no, y una respuesta que llama la atención, que dice, que ni siquiera los notarios materializan chats, porque no es prueba materializar dicha información.

7. La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, en el artículo 54, letra A, dispone: “Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso

judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos”.
¿Considera usted que es suficiente con adjuntar el mensaje de datos, fotografía, captura de pantalla, de manera impresa, o es necesario incorporar también el soporte informático donde conste dicha información?

Figura 7 Pregunta 7

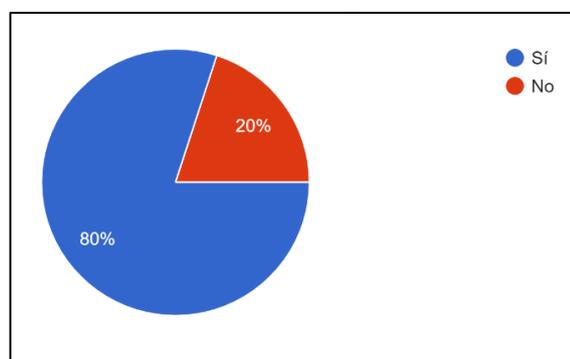


Fuente: Elaboración propia

Aquí podemos evidenciar, que la mayoría es concordante y se apega a lo que dispone la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos; mientras que la otra parte, contesta que es suficiente con incorporar de manera impresa.

8. ¿Considera que le da mayor credibilidad el notarizar o materializar este medio de prueba?

Figura 8 Pregunta 8

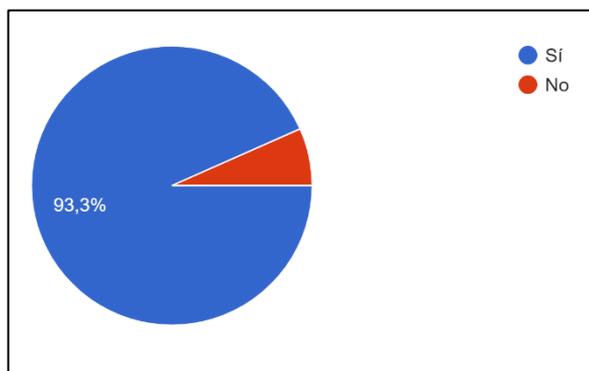


Fuente: Elaboración propia

La mayoría es concordante cuando responde en el sentido que el acto de notarizar el mensaje de datos, le da mayor credibilidad, mientras que la otra parte considera que no le da mayor credibilidad.

9. ¿Considera usted que debería existir una regulación propia sobre la nueva tecnología, que regule la forma de incorporar al proceso, las imágenes, videos, sonidos, conversaciones por redes sociales en el Código Orgánico General de Procesos?

Figura 9 Pregunta 9



Fuente: Elaboración propia

En este caso la mayoría es concordante en que el Código Orgánico General de Procesos debería tener una regulación propia sobre la forma de incorporación, y todos los particulares que implica esta prueba.

10. ¿Considera que los medios de prueba creados por la nueva tecnología, son más seguros que los documentos impresos? Si, No ¿Por qué?

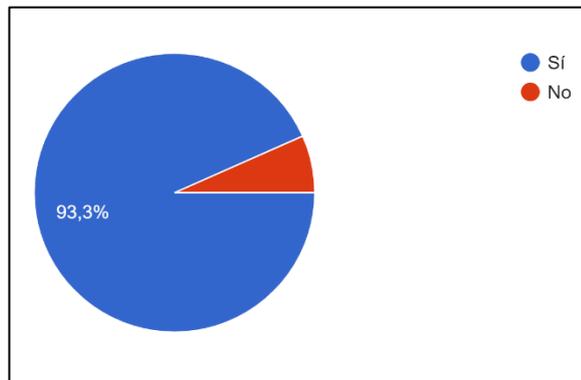
Estas son las respuestas dadas directamente al momento que se les ha hecho la pregunta:

1. No, porque puede existir falsificación de documento impresos
2. No, por qué todo se puede falsificar
3. Si. Los documentos físicos siempre son más vulnerables a deterioros, pérdidas y adulteraciones
4. Los documentos electrónicos pueden ser adulterados, gracias a las aplicaciones disponibles.
5. No, siempre hay fraude manipulación con buen peritaje podríamos contrarrestar estas anomalías.
6. Si, porque se encuentran en un sistema tecnológicos, del cual si se modifica es sencillo pericialmente identificarlo

7. Si porque son datos actuales que se pueden verificar con la ayuda de un perito sobre la veracidad de la prueba.
8. Creo que debería haber un respaldo físico por los fallos de seguridad
9. Si y no, ya que falta mucho para que los medios tecnológicos sean utilizados correctamente por los abogados, algunos no tienen muchos conocimientos de la tecnología.
10. No, pueden ser igualmente alterados.
11. Si, porque son pruebas que se pueden comprobar, si hay o no plagio con prueba testimonial.

11. ¿Cree usted que hay una brecha generacional en temas tecnológicos en los administradores de justicia?

Figura 10 Pregunta 11

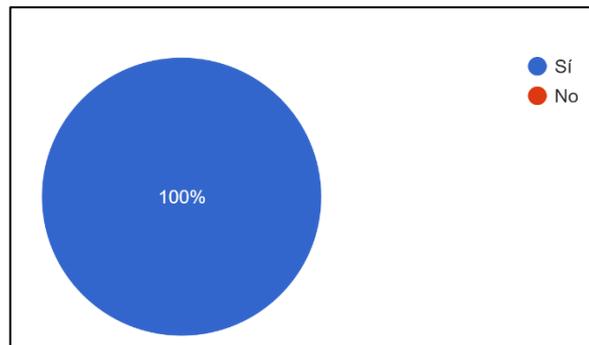


Fuente: Elaboración propia

La mayoría está de acuerdo, en que existe una brecha generacional en temas tecnológicos, y los administradores de justicia.

12. ¿Cree que existe falta de regulación normativa en el Código Orgánico General de Procesos sobre la nueva tecnología, en relación con el medio de prueba documental?

Figura 11 Pregunta 12



Fuente: Elaboración propia

En esta pregunta, no hay mayor duda que el Código Orgánico General de Procesos, tiene una falta de regulación normativa sobre la nueva tecnología en aplicación a la prueba documental, es decir, con lo que se viene usando en los procesos, como fotografías, audios, notas de voz, videos, etc.

Conclusiones y recomendaciones.

- ✓ El medio de prueba documental, es el más usado en los procesos civiles, penales, administrativos, constitucionales, es de gran relevancia, y su importancia, no ha decaído con el paso del tiempo. Las personas tienen más fe en un documento escrito, antes que, en uno electrónico, por cuanto es lo que tradicionalmente se viene haciendo.
- ✓ La prueba documental y el documento electrónico, son muy importantes, al momento de usarlos en un proceso, ya que mucha información, se genera por redes sociales, o sistemas tecnológicos, que se acceden a través de computadoras, celulares, o programas; dicha información, podrá ser usada por las partes procesales en un juicio.
- ✓ El Código Orgánico General de Procesos, no regula en detalle ciertos particulares, sobre la prueba electrónica, y eso genera dudas, sobre la forma de incorporación al proceso. De las entrevistas realizadas a los señores Jueces, podemos ver que la prueba pericial, es la opción, para eliminar la duda, sobre la autenticidad, originalidad, integridad, etc. Pero si decimos que nuestro sistema la equipara con la prueba documental (equivalencia funcional), entonces por qué recurrimos al medio de prueba pericial, es mejor una regulación autónoma, con sus características propias.
- ✓ Para la admisión del medio de prueba, deberá cumplirse siguiendo las reglas previstas en el Código Orgánico General de Procesos, esto es la utilidad, pertinencia, conducencia, legalidad, cuando cumpla estos requisitos la prueba será admitida por el Juez.
- ✓ Sobre su práctica, el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 196, lo ha regulado, deberán ser leídos y exhibidos públicamente, en su parte pertinente, siendo que se trata de documentos electrónicos, aplica dicho artículo, pero, además, necesitará un sistema para poder leer la información, sea que conste en CD, MEMORY FLASH, o en cualquier tipo de almacenamiento, al que puede accederse posteriormente.
- ✓ Sobre la valoración de esta prueba, hay ciertos parámetros que ha fijado la doctrina, que no desarrolla la legislación. El Código Orgánico General de

Procesos deja la posibilidad de que se valore de acuerdo a la sana crítica del Juez y en relación con los demás medios de prueba, que sumando todos ellos, puede llevar al Juez al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas. Esto es de rescatar, porque en la Entrevista N° 5, se aprecia que, el Juez, tiene cuestionamientos en lo que tiene que ver con la sana crítica, por cuanto dependerá mucho de la experiencia del Juez, y el tiempo que ejerza dicho cargo.

- ✓ De las entrevistas realizadas a los jueces, se concluye que prefieren que la prueba sea ingresada por el medio de prueba pericial, porque con ello evitarían dudas, y la oposición de los abogados, basándose en argumentos de integridad, autenticidad, originalidad, fecha de creación, etc.
- ✓ Recomiendo, que se hagan reformas en el Código Orgánico General de Procesos, que incluya aspectos que permitan tener claro el procedimiento, al momento de incorporar estos medios de prueba, admisibilidad, práctica y su valoración, considero que el hecho de que se aplique las mismas reglas de la prueba documental, atenta contra la naturaleza de la prueba electrónica, ya que no es lo mismo, por ejemplo la fotografía, no puede pedirse que tenga una especie de solemnidad, evitando que pueda ser adjuntada de manera simple (impresión), ya que atenta contra su naturaleza. Por ejemplo el Código Orgánico Integral Penal, dispone que cuando se trate del ejercicio privado de la acción, el Juez abre la etapa de prueba, y las partes pueden pedir peritajes, y el Juez designa peritos, para que se pericien audios, videos, fotografías, que son previamente incorporados con la querrela, contestación de la querrela, en formato CD, MEMORY FLASH, o dispositivo de almacenamiento, en ese caso ya no hay duda para que pueda ser alegado por los sujetos procesales, y se facilita al Juez su trabajo, porque ya no necesitará de conocimientos extensos en tecnología, o que se haga alegaciones que incidente la causa.
- ✓ Considero que debe existir un apartado que regule todos los detalles que hemos venido discutiendo a lo largo de este trabajo investigativo, que permita a los Jueces tener luces, y a los profesionales del derecho, claridad cuando se trate de estos medios de prueba, si bien tienen el mismo valor probatorio, no puede aplicarse el mismo procedimiento que un documento estrictamente

escrito, pues su naturaleza, su composición, es diferente.

- ✓ Considero que debe haber mayor flexibilidad, sobre este medio de prueba, y no por miedo en que no sea admitido, o sea criticado consecuentemente sea negado de plano por el Juez, sino que se valore la misma, no porque hay dudas, sino dándole veracidad, presunción recogida en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos, que quien niega la validez, debe probarlo, esta es la regla que debe aplicarse. Sobre dicho particular en el caso: 01203-2013-1235, resolución de fecha 27 de enero del 2022, en el cual la señora Jueza , dijo que el hecho de haber incorporado videos y fotografías en una MEMORY FLASH, es parte del fondo del asunto sustancial controvertido, por ende admite y se practicará en audiencia de juicio, y su valoración lo hará con los demás medios de prueba, es decir, la señora Jueza , no se quedó con el argumento, de que es copia simple, que no hay peritaje, sino que la admite como parte de la discusión del hecho controvertido, este criterio debería ser imperante en la administración de justicia, para ello necesitamos reformas legales, para que los jueces procedan con seguridad jurídica, tanto para ellos, cuanto para las partes procesales, y al final si al Juez le sirve para tomar su decisión, entonces tomará en cuenta, caso contrario no lo hará. En definitiva, no hay que hacer más complejo el sistema judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, 05001-23-31-000-2003-03993-01(44494) (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 14 de febrero de 2018).
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: LEXIS.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: LEXISFINDER.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: LEXISFINDER.
- Asamblea Nacional. (22 de Mayo de 2021). *Código Orgánico General de Procesos. Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: LEXISFINDER.
- Azula, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal*. Bogotá: EDITORIAL TEMIS S.A.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Caso Garantía de la motivación, 1158-17-EP (Alí Lozada Prado 20 de Octubre de 2021).
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). *Código General del Proceso. Código General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. (24 de Abril de 1943). *Código Federal de Procedimientos Civiles. Código Federal de Procedimientos Civiles*. Mexico D.F, México: Diario Oficial de la Federación.
- Congreso del Ecuador. (1899). *Código de Enjuiciamiento en materia Civil en*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2002). *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*. Quito: LEXISFINDER.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cornejo, J., & Piva, G. (2020). *Teoría General de la Prueba*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cortes Generales. (07 de Enero de 2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, España: Jefatura del Estado.
- Devis Echandía, H. (1976). *Compendio de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Victor P de Zavalía.
- Gascon, F. (2019/2020). *Derecho Procesal Civil Materiales para el estudio*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Hábeas Data, 2064-14-EP/21 (Carmen Corral Ponce 27 de Enero de 2021).
- Lino, P. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: LEXISNEXIS.
- Oliva León, Ricardo; Valero Barceló, Sonsoles. (2016). *La Prueba Electrónica validez y eficacia procesal*. Madrid, España: DesafíosLegales.

- Páez Rivadeneira, J. (2015). *Derecho y Tics*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Piva Torres, G. (2021). *Violencia Intrafamiliar, Femicidio, Aborto acorde al COIP*. Quito: El Gran Libro Jurídico.
- Procel, C. (15 de septiembre del 2020). La Prueba Digital: Qué cómo y cuándo. *Conferencia La Prueba Digital: Qué cómo y cuándo*. Quito: Conectalaw. Recuperado el viernes 02 de febrero de 2022, de <https://www.facebook.com/conectalaw/videos/777292813048945>
- Quiroz Salazar, W. F., & Quiroz Morales, W. A. (2021). *Prueba Electrónica: evidencia y prueba digital*. Lima: MULTIGRAFIK. S.A.C.
- Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Quito: Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo de la CNJ.
- Rojas, R. (2016). La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los "pantallazos"? *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*, 23.
- Tirado, J. (2013). *Curso de Pruebas Judiciales Tomo II*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tirado, J. (2013). *Curso de Pruebas Judiciales Tomo II*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Vaca, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Vázquez, C. (2017). *La Prueba Digital*. Xalapa: Universidad de Xalapa.