



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

Departamento de Posgrados

**LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL EN LOS
PROCESOS CIVILES EN EL ECUADOR**

Trabajo de graduación previo a la obtención del
título de Magister en Derecho Procesal

Autora:

Ab. Catherine Gabriela Oleas Guzmán

Director:

Dr. Olmedo Piedra Iglesias

Cuenca - Ecuador

2023

INDICE

RESUMEN	iii
ABSTRACT	iii
INTRODUCCIÓN	1
PROBLEMÁTICA:	2
ANTECEDENTES.....	3
OBJETIVOS	3
MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE	3
ANALISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO	6
METODOLOGIA.....	35
RESULTADOS	36
DISCUSION-CONCLUSION	38
CONCLUSIONES	41
RECOMENDACIONES.....	42
REFERENCIAS.....	43

RESUMEN

Actualmente es más común querer probar un hecho contenido en un dispositivo digital y al ser deber de los jueces valorar la prueba, pero la normativa jurídica es insuficiente lo que ha ocasionado varios problemas como la certeza de este tipo de prueba, lo que nos conlleva a plantear la problemática ¿Se encuentra debidamente regulada la prueba digital garantizando los principios del debido proceso y seguridad jurídica? En este sentido, el objetivo consistió en determinar las falencias de la normativa. Se concluye que la regulación jurídica es insuficiente, por la misma naturaleza de la prueba digital.

Palabras clave: medios de prueba, prueba digital o electrónica, valoración de la prueba, seguridad jurídica, debido proceso.

ABSTRACT

Currently it is more common to want to prove a fact contained in a digital device and since it is the duty of the judges to assess the evidence, but the legal regulations are insufficient, which has caused several problems such as the certainty of this type of evidence, which leads us to raise the problem, Is digital evidence properly regulated, guaranteeing the principles of due process and legal certainty? In this sense, the objective was to determine the shortcomings of the regulations. It is concluded that legal regulation is insufficient, due to the very nature of digital evidence.

Keywords: evidence, digital or electronic evidence, assessment of the evidence, legal certainty, due process.



INTRODUCCIÓN

El siglo XXI o también llamado Era Digital, se ha dado un gran avance en las tecnologías de la información y comunicación (TICS), lo que ha provocado que la interacción entre los seres humanos sea cada vez más frecuente mediante los dispositivos o soportes digitales, produciendo un intercambio instantáneo de información y comunicación a nivel mundial y en cualquier instante, que se ha catalogado como la herramienta más útil para conseguir información sobre cualquier tema.

Es por ello, que hoy en día, en nuestro entorno cada persona cuenta con al menos un teléfono inteligente que forma parte de nuestra vida cotidiana e inclusive ha sido una herramienta útil, indispensable y obligatoria para el trabajo, puesto que, la comunicación y comercio actualmente se lo realiza a través de los dispositivos digitales, como, por ejemplo, los mensajes de texto de whatsapp, messenger, Instagram o correos electrónicos. Esto ha generado, que, en el derecho, se torne común querer probar un hecho con esta información obtenida de los dispositivos digitales, a este tipo de prueba se la denomina prueba digital o electrónica, consistente en aquella información que contiene un valor probatorio de un hecho en un proceso y la misma se encuentre en un dispositivo digital o sea transmitida por dicho dispositivo (Gabri, 2019).

Ante ello, el poder judicial debe renovarse ante estos avances, ya que hoy en día es más común que los hechos jurídicamente relevantes estén contenidos en los dispositivos digitales, ya que los seres humanos generan esa interacción de comunicación en sus actividades cotidianas a través de ellos, en los que diariamente un individuo va depositando información, que en un juicio puede ser una prueba fundamental para demostrar la veracidad de sus argumentos.

La normativa jurídica en el Ecuador, sobre la prueba digital la encontramos en varios artículos de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Ley Notarial, pese a ello, surgen varias interrogantes como son: ¿Es suficiente la normativa actual para la valoración

de la prueba digital en los procesos civiles? ¿Cuáles son los parámetros que debe tener en cuenta el operador jurídico para la valoración de la prueba digital? ¿Se debe presumir la autenticidad e integridad en la prueba digital? ¿Qué aspectos deberán ser tomados en cuenta por las partes cuando aporten este tipo de pruebas y que parámetros deberán ser tenidos en cuenta por los administradores de justicia respecto a su admisibilidad, valoración y eficacia de la prueba digital?

De todo lo expuesto anteriormente, el objetivo del presente trabajo es determinar si la normativa actual que contiene el COGEP, respecto de la prueba digital garantiza los principios del debido proceso y seguridad jurídica, mediante un análisis que se realizará desde un enfoque cualitativo a partir de la legislación, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado sobre la prueba digital.

PROBLEMÁTICA

En el siglo XXI, nos encontramos viviendo la era digital, denominada así por los historiadores, siendo que es impensable hoy en día que una persona no haya tenido la posibilidad de conocer ningún tipo de medio electrónico, diariamente estamos rodeados por la nueva tecnología, sin acudir muy lejos, los smartphones o teléfonos inteligentes, son parte de nuestra vida cotidiana e inclusive en el trabajo se ha vuelto una herramienta útil e indispensable. Este drástico avance en el ámbito tecnológico repercute sus efectos en la mayoría de materias del Derecho en concreción en materia penal, laboral, mercantil y civil.

Los usuarios, operadores de justicia y abogados, se informan cada vez más por los medios electrónicos. Después de la pandemia COVID 19, en el Ecuador nos vimos en la obligación de actualizarnos y para ello, el Consejo de la Judicatura implemento la oficina de gestión judicial electrónica. Dicha oficina permite a los abogados interponer demanda en un soporte electrónico, notificaciones electrónicas, ingresar escritos virtualmente, entre otras actividades judiciales.

Sumado a ello, es cada vez más frecuente que las partes procesales pretendan probar un hecho con información contenida en dispositivos electrónicos (Gabri, 2019). Diariamente, se envían mensajes de whatsapp, messenger, Instagram, correos

electrónicos, pero es preciso determinar si dichos medios y su obtención, sirven para probar o no un hecho en un proceso civil. Este tipo de pruebas se denominan electrónicas o digitales, que consisten en aquella información que contenga un valor probatorio de un hecho en un proceso y la misma se encuentra en un medio electrónico o es transmitida por dicho medio, es decir, pueden ser datos almacenados en sistemas informáticos o información transmitida por redes sociales (Ibidem).

De la revisión de la prueba digital, se ha podido verificar que un problema existente es la confusión entre fuente y medio de prueba, que se podrá explicar mejor con un ejemplo: todo documento electrónico es una prueba electrónica pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico.

Adicional a ello, existe un problema de la prueba digital al momento de incorporarla al proceso, puesto que, esta prueba se debe anexar a través de dispositivos o soportes digitales, es decir, se necesita obligatoriamente de la informática, sin embargo, este medio de prueba al tener características especiales se genera dudas respecto a su autenticidad, integridad y fiabilidad.

ANTECEDENTES

La tecnología y el derecho tiene una gran brecha, el uso de las redes sociales e internet hoy en día es cada vez más frecuente, por ello, los hechos jurídicamente relevantes se realizan a través de los dispositivos o soportes digitales, este medio de prueba es digital, que puede en un proceso constituir una prueba indispensable y fundamental para justificar las afirmaciones de una parte procesal, sin embargo, al tener características especiales su regulación jurídica debe ser específica, lo que ha conllevado que se generen varios problemas jurídicos que se detallaron en los párrafos anteriores.

OBJETIVOS

En el presente trabajo de investigación, es necesario responder la siguiente interrogante ¿Se encuentra debidamente regulada en el COGEP?, la prueba digital para que pueda cumplir los principios del debido proceso y consecuentemente la seguridad jurídica? Para responder esta pregunta, es necesario determinar las

falencias de los parámetros para la valoración de la prueba digital con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales de seguridad jurídica y debido proceso. En adición, es necesario plantear los objetivos específicos para el correcto desarrollo del trabajo de investigación, que son: 1) Analizar los aspectos generales y la normativa legal de la prueba digital, 2) Determinar las falencias sobre la normativa legal de la prueba digital o electrónica a fin de garantizar los derechos constituciones de seguridad jurídica y el debido proceso y 3) Establecer los criterios de la valoración sobre la prueba digital.

MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE

El concepto de prueba es: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” (RAE, 2022), siendo que el objetivo primordial de la prueba es demostrar la razón de manera lícita de un hecho como aconteció. El COGEP enuncia los medios de prueba que son: testimonial, documental, pericial e inspección judicial y dentro del capítulo III del COGEP, que se refiere a la prueba documental, establece:

Art. 202.- Documentos digitales. – Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o única o cuando la o el juzgador lo solicite. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

Así como también, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, determina que los medios de prueba son:

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 Orgánico General de Procesos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2002).

Ahora bien, la definición de prueba digital o electrónica es toda aquella información

digital que acredita la realidad de un hecho afirmado por las partes y que resulta relevante para el objeto del proceso judicial. Y conocer el valor probatorio que se le concede a los documentos electrónicos en juicio, es vital en la sociedad actual, donde el uso de nuevas tecnologías relacionadas con la transmisión de datos es del quehacer cotidiano, al punto de considerarse que los documentos de elaboración electrónica han reemplazado a los documentos tradicionales (Olmos, 2017).

Pese a la gran importancia de la prueba digital, en nuestro ordenamiento jurídico no tiene una normativa expresa y clara sobre esta prueba, a pesar de que es un medio de prueba que está siendo utilizado frecuentemente en los procesos judiciales civiles, a los cuales se incorporan los correos electrónicos, mensajes de whatsapp o messenger, contenido de redes sociales como Instagram, Facebook o Twitter, ante ello, la pregunta de rigor es si dichos contenidos pueden ser valorados como prueba en un proceso y sobre todo ¿Cuál es el nivel de fiabilidad que se les puede otorgar? ¿Cómo deberían valorar esta prueba digital los jueces?

Para responder las interrogantes sobre de la prueba, primero es necesario acudir a la doctrina, el tratadista Davis Echandía, establece que la valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende como la operación mental que realiza el juez con la finalidad de conocer el valor de convencimiento del contenido de una prueba, apreciando el anuncio, admisión, producción de las pruebas aportadas por las partes, y si éstas han sido provechosas o perdidas o inútiles, en adición, si la prueba cumple o no con el fin procesal a la que estaba destinada para llevarle a la convicción al juez.

Un reciente estudio sobre el uso del internet, determina que el Ecuador es un país con 18 millones de habitantes, de los cuales el 77% son usuarios de Internet, hay 15.91 millones de celulares en el país y 81% de la población es usuaria activa en redes sociales, es decir, hay más perfiles en redes sociales que usuarios conectados diariamente a Internet (Branch group, 2022), sumado a ello, la coyuntura que se vive a raíz de la pandemia COVID 19, la virtualización de los distintos servicios estatales y privados han incrementado el uso de internet y de las redes sociales.

Durante la coyuntura actual, las redes sociales han cumplido un rol muy importante para comunicarse como para la difusión de información y contenido.

Esto ha llevado que el comercio y la interacción entre los ecuatorianos sea más frecuentemente a través del internet, generando que los medios de prueba sean digitales, sin embargo, nuestra normativa jurídica actual existe falencias, puesto que, no diferencia entre las fuentes y medios de prueba digital, si bien es cierto, hay la regulación en el COGEP sobre el anuncio, admisión y producción de la prueba en general, pero no existe una normativa específica que regule la prueba digital, generando así vulneración al debido proceso y derecho a la seguridad jurídica.

ANALISIS DOCTRINARIO Y NORMATIVO

ASPECTOS INTRODUCTORIOS Y GENERALES DE LA PRUEBA DIGITAL

Etimológicamente la palabra prueba proviene del latín probus que significa lo bueno, honrado, que se puede fiar en él (Diccionario Etimológico, 2023). La Real Academia de la Lengua, define a la prueba como la razón o argumento para demostrar la verdad o falsedad de un hecho. En concordancia de lo expuesto, la doctrina ha definido a la prueba como el motivo o argumento incorporado a un juicio bajo los procedimientos legales con la finalidad de llevarle al juez al convencimiento de los hechos controvertidos (Devis, 2005).

La doctrina establece que el objeto de la prueba es todo lo que es susceptible a probarse, sean estos hechos materiales o situaciones jurídicas de las que derivan derechos (Proaño, et al, 2020). En esa misma línea de pensamiento, el objeto de la prueba debe ser entendido desde un sentido amplio, siendo aquellos todos los hechos jurídicos que pueden ser percibidos, no desde su significado literal, ni solo circunstancias a sucesos o acontecimientos específicos, sino todo hecho que pueda ser probado para los fines procesales (Devis Echandía, 2005). No obstante, hay excepciones, siendo aquellos hechos que no requieren ser probados y son: los hechos admitidos por la otra parte o hechos no controvertidos, hechos notorios y

públicos, hechos imposibles y, por último, los hechos favorecidos por una presunción judicial.

En la vida cotidiana acontecen múltiples hechos, sin embargo, para el derecho solo ciertos hechos son considerados como relevantes y éstos son: 1) toda aquella conducta humana, sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, sean estos: voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, 2) los hechos de la naturaleza, 3) las cosas u objetos materiales, 4) el ser humano, su existencia, características y estados de salud, 5) los estados y hechos psíquicos o internos de la persona, conocimientos, intención o voluntad y consentimiento tácito (Devis, 2005).

En nuestro ordenamiento jurídico determina que la finalidad de la prueba es llevar al juez al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). En el Ecuador, al ser un estado constitucional de derechos y justicia (Asamblea Constituyente, 2008), obliga que todas las resoluciones judiciales deben ser justas, es decir, el juzgador no le debe interesar únicamente poner fin al conflicto sino hacer justicia, por ello, el deber del juzgador es resolver la controversia con los elementos de la verdad procesal, es decir, con los elementos que le llevaron a la certeza sobre la verdad o falsedad de los hechos controvertidos (Ramírez, 2017).

El COGEP instituye sobre la carga de la prueba recae en la parte actora, puesto que, es esta parte, quien debe probar los hechos alegados en la demanda y referente a la parte demandada, determina que no está obligada a probar nada, si su contestación es simple o negativa, pero si debe hacerlo si en su contestación afirma o niega hechos, derechos o la cosa materia del litigio (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). En materia civil, la carga de la prueba recae sobre la parte actora, quien, si no demuestra los hechos y la prueba con suficiente claridad y contundencia, se desestima la demanda y se absuelve al demandado de toda pretensión.

En la actualidad existe numerosos hechos relevantes para un proceso que se encuentra en un dispositivos digital o electrónico, de ahí el interés de los sujetos

procesales de que esa información sea agregada al juicio para demostrar su existencia, a este tipo de prueba se llama prueba digital o electrónica, que es toda información con valor probatorio para el juicio que se encuentra o se transmite mediante un medio digital o electrónico (Sanchís, 2012). Otra definición de la prueba digital o electrónica es aquella información obtenida o transmitida por un dispositivo digital o electrónico para justificar un hecho relevante en un juicio (Salud de Aguilar, 2019).

Así también la doctrina conceptualiza a la prueba digital como aquella información con valor probatorio contenida en un dispositivo electrónico o transmitida por dicho dispositivo, que contiene lo siguiente: 1) un hecho jurídicamente relevante, 2) esta información ha de ser creada, almacenada o transmitida por dispositivos digitales o electrónicos, 3) que tenga valor probatorio para demostrar los hechos en un juicio (Delgado, 2018).

Se entiende por prueba digital o electrónica a la información en cualquier formato legible y reproducible a través de medios electrónicos, mediante la cual, se pretende probar un determinado hecho materia de litigio. Dicha prueba puede estar configurada en diversos tipos de formatos para cuya reproducción o lectura es indispensable contar con un dispositivo electrónico que descifre dicho contenido y lo haga comprensible ante los sentidos humanos. Asimismo, el contenido puede haberse generado en un dispositivo electrónico, convertido a dichos formatos o almacenado con la finalidad de su mejor manejo y transporte. A diferencia de los medios de prueba tradicionales, la prueba electrónica requiere necesariamente de la informática para su producción, almacenamiento y reproducción, sin los cuales será imposible que dicha información sea conocida por las partes procesales (Espinoza, 2022).

La prueba digital a diferencia de la prueba física o tradicional, contiene características especiales, que son: intangible o inmaterial, duplicable, volátil, deletable o destructible, parcial y vulneratoria o intrusiva. A continuación, se describirá cada una de las características: 1) Intangible o inmaterial: que no puede apreciarse

a través de los sentidos, ya que se requiere la informática y de los dispositivos electrónicos para poderla ver, 2) Duplicable: ya que el formato digital permite que una prueba pueda ser copiada o duplicada tantas veces como sea quiera, esto genera problemas posteriores en el momento de distinguir la original de la copia, que solo se podrá verificar que es la original por los datos de gráfico, que determina la fecha y documento de creación, ello solo se podrá comprobar a través de un perito experto en informática, 3) Volátil: su reproducción las hace modificables o manipulables, la información contenida en el soporte material puede ser cambiada y alterada por expertos, sin que puedan detectarse fácilmente, ello si no se toma las medidas de seguridad y una cadena de custodia específicamente establecida, 4) Deleble o destruible: pueden ser borradas intencionalmente o no, del soporte electrónico imposibilitando su recuperación, 5) Parcial: la prueba digital contenida en su soporte electrónico, pueden estar a disposición de cualquier persona, y 6) Vulneratoria o intrusiva: la producción de la prueba digital puede entrometerse en la vida privada de las personas, por lo que, puede vulnerar derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, el secreto de comunicaciones o la protección de datos personales (Gabri, 2019).

La prueba se rige por múltiples principios que a continuación se describirán con mayor detalle. El primer principio se denomina la necesidad de la prueba, que se refiere que las partes procesales deben forzosamente aportar prueba para demostrar la veracidad de sus hechos alegatos y prohíbe al juzgador en aplicar su conocimiento privado. Finalmente, la prueba que no está en el proceso no existe para el juez (Gabri, 2019).

El segundo principio es de eficacia probatoria, para ello, hay que tener en consideración que para que la prueba sea eficaz debe llevarle al juez al convencimiento de los hechos alegados y, consecuentemente, la eficacia probatoria, es la capacidad de lograr la comprobación de los hechos con un determinado medio de prueba (Ramírez, 2017).

El tercer principio es de unidad de la prueba, significa que se debe tomar en

consideración los distintos medios probatorios como si fuera un conjunto probatorio que forman una unidad y el juez debe cotejar los medios probatorios, determinar su concordancia o discordancia y obtener una conclusión. La importancia de este principio recae sobre la apreciación y valoración de las pruebas por parte del juez (Devis, 2005).

El cuarto principio es de comunidad de prueba o principio de adquisición, revela que la prueba no pertenece a la parte que la incorpora, sino al proceso que conforma una unidad. La consecuencia de este principio es que la prueba ya practicada pertenece al proceso y no se puede desistir o renunciar de la misma (Ramírez, 2017).

El quinto principio es el de interés público de la función de la prueba, para ello, hay que recordar que la administración de justicia se considera un servicio público, que tiene interés toda la sociedad y para que el juez pueda emitir su resolución y hacer justicia, es necesario contar con la prueba, cumpliendo así con su función de interés público (Devis, 2005).

El sexto principio es de veracidad y lealtad de la prueba, hace referencia a que la prueba debe conducir a conocer la verdad de los hechos, la prueba no puede ser fraudulenta, tiene que estar libre de vicios o malicia. El juez no debe admitir prueba encaminada a dilatar el proceso, ocultar la verdad o inducirlo a engaño. En el Código Orgánico de la Función Judicial, establece que los abogados tienen prohibiciones expresas en el ejercicio de patrocinio de las causas: 1) el abuso del derecho, 2) litigar de manera maliciosa o temeraria, 3) violar el principio de buena fe y lealtad procesal, mediante la práctica de pruebas deformadas, empleo de artimañas y 4) ejecución de procedimientos de mala fe para retardar el proceso (Ramírez, 2017).

El séptimo principio es de contradicción está ligado al derecho a la defensa en el juicio, ya que, en el debate probatorio, las partes podrán presentar las objeciones o impugnaciones a la prueba, además, la prueba debe ser presentada en el momento procesal oportuno y las partes deben contar con tiempo y antelación suficiente para su conocimiento. Siempre la prueba debe ser producida en audiencia o con

intervención de la otra parte para permitir la posibilidad de emitir prueba de descargo y contradecir la prueba (Gabri, 2019).

El octavo principio es de publicidad de la prueba se refiere a que la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona, ya que por regla general los procesos, audiencias, resoluciones son públicos, salvo las excepciones de la ley, como por ejemplo los procesos de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y los demás casos establecidos expresamente en la ley (Luo Qiu, 2018).

El noveno principio es de formalidad y legitimidad de la prueba, hace referencia que debe cumplir con los requisitos formales de la prueba de modo, tiempo y lugar de la prueba, en adición debe ser legal y constitucional, con ausencia de vicios como error, fuerza y dolo y, por último, la prueba debe provenir de los sujetos legitimados para ofrecerla (Ramírez, 2017).

El décimo principio es de preclusión de prueba, hace referencia al momento procesal de la prueba para incorporarla, anunciarla, practicarla, so pena de carecer de eficacia si se cumple fuera del tiempo determinado por la ley. Este principio tiene como propósito de impedir que se sorprenda a la contraparte con pruebas de último momento y no alcance a controvertirla (Ibidem).

El onceavo principio es de inmediación, se refiere a la percepción directa y personal de la producción de la prueba por parte del juez. Este principio de inmediación se puede apreciar cuando el juez está presente en el interrogatorio de los testigos, la inspección judicial, entre otros (Lema, 2018).

El doceavo principio es de imparcialidad del juzgador, se refiere a que una de las garantías básicas del debido proceso es la imparcialidad del juzgador y en el COGEP, lo que implica que el juez es un tercero ajeno al caso a resolver, no tiene preferencias por las partes ni el objeto de la controversia (Ramírez, 2017).

El treceavo principio es el de concentración de la prueba, involucra que la práctica de la prueba se lo debe realizar en una sola audiencia. En la apelación, se podrá practicar prueba nueva solo si la parte acredita que son nuevos hechos o que fue

imposible obtener esa prueba con posterioridad a la sentencia de primer nivel (Ibidem).

Ahora bien, es importante diferenciar entre fuente y medio de prueba y ello va a depender del escenario que se sitúen las pruebas, la fuente de la prueba es independiente al proceso, ya que nace en un plano anterior, ajeno y extraño al proceso, siendo un concepto metajurídico, extrajurídico y ajurídico, sus características son lo sustancial y material que existen en la realidad, mientras que el medio de prueba, nace forzosamente con el proceso, es un concepto jurídico, las características del medio de prueba son lo adjetivo y formal, que solo existe en el proceso al incorporar la prueba (Meneses, 2008).

La principal distinción entre fuente y medio de prueba en el ámbito digital, se puede decir que la fuente de la prueba radica en la información contenida o transmitida por dispositivos electrónicos, mientras que, el medio de prueba será la forma a través de la cual esa información se incorpora en el proceso. Las fuentes de prueba de naturaleza digital son los dispositivos o soportes digitales o electrónicos o informáticos como por ejemplo: teléfonos inteligentes, computadoras, laptops, tabletas, CD, DVD, USB, MP3, MP4 y todos aquellos servidores de información, navegadores, pantallas táctiles, iCloud, etc (Delgado, 2018), mientras que los medios de prueba varían según la legislación de cada país, en Ecuador, el COGEP, enumera los medios de prueba y estos son: prueba testimonial, prueba documental, prueba pericial, inspección judicial, prueba digital o electrónica y cualquier otro medio de prueba que cumpla con los requisitos de legalidad, constitucionalidad, conducencia, utilidad y pertinencia.

La fuente de prueba es el objeto, lugar o persona de donde se origina la prueba, las mismas no necesariamente pueden estar incorporadas al proceso, debido a su naturaleza, sin embargo, pueden ser incorporadas al proceso a través de un medio de prueba (Espinoza, 2022). Los medios de prueba son los instrumentos procesales originados de las fuentes de prueba, que se incorporan al proceso y sólo existen dentro de un proceso, regidos por normas procesales que establecen los supuestos

y las formas en los que las fuentes de la prueba pueden aparecer dentro del proceso y de ese modo permiten llevar al juez al conocimiento de los hechos controvertidos o no admitidos por las partes procesales (Galvez, et al, 2008).

Los medios de prueba para ser valorados como elementos capaces de producir convicción en el juzgador, deberán ser incorporadas al proceso por métodos o formas admitidas legalmente, de lo contrario no podrán ser considerados como elementos de convicción. Sobre todo, no pueden tomarse en cuenta los medios que coarten la libertad o capacidad de autodeterminación de los involucrados. Así mismo, sólo serán considerados los medios de prueba aportados por las partes, sólo excepcionalmente se pueden actuar medios de prueba de oficio, es decir, por disposición del juez (Ibidem).

En la doctrina, establece que la prueba digital puede generarse a través de tres modalidades: 1) dispositivos de generación o creación, 2) dispositivos de almacenamiento y 3) transmisión. Los primeros, los dispositivos de generación o creación, son aquellos dispositivos o aparatos electrónicos en los cuales se generan diversos formatos electrónicos (video, foto, documentos, textos, etc) que pueden ser: computadora, tablet, teléfono celular, GPS, grabadora de voz, laptop, cámara de video, cámara de videovigilancia, drones, etc. Y los segundos, los dispositivos de almacenamiento son aquellos dispositivos electrónicos en los cuales se almacena, guarda o transporta la información electrónica generada en otro dispositivo o en el mismo. Algunos ejemplos de ellos, son: teléfonos móviles, smarthphones, table, ordenadores, dispositivos, USB, tarjetas de memoria, CD-ROM (Espinoza, 2022).

Y los terceros, los de transmisión por redes de comunicación como Internet y telefonía. Aquí, la obtención e incorporación al proceso de la información transmitida electrónica es a través de redes de comunicación. Y dentro de estos, hay que distinguir dos categorías: a) cuando la información se transmite mediante una comunicación, aquí existe un transmisor y un receptor de la información, que puede darse por redes abiertas o restringidas como internet o telefonía, por ejemplo, una

conversación por whatsapp, y; b) cuando la información se divulga por una red de comunicación de internet, aquí no existe comunicación entre individuos determinados o determinables, como por ejemplo, la información de una página web anónima (Delgado, 2018).

La prueba digital produce distintos tipos de contenidos soportado en diversos formatos, mediante los cuales se pueden perennizar el sonido, imagen, palabra o manifestaciones de voluntades, registrar hechos o circunstancias, como, por ejemplo: videos, audios, fotografías digitales, documentos electrónicos, correos electrónicos e internet, información contenida en dispositivos u otros formatos (Espinoza, 2022).

La información obtenida de un dispositivo o soporte electrónico o transmitida por una red social, pueden ser incorporada a un proceso por un determinado medio de prueba, siendo éstos: documental, digital o pericial. En primer lugar, el medio de prueba a ser usado es la prueba documental, que consiste en la impresión en formato papel de la información contenida en un dispositivo o soporte electrónico y se aplicará la normativa sobre la prueba documental tradicional (Olmos García, 2017). Hay que tener en cuenta que será prueba electrónica siempre y cuando se encuentre contenida en un soporte de almacenamiento electrónico, no así la impresión de capturas de pantalla, transcripción o impresión gráfica de dicha información, en este caso se convertirá de prueba electrónica en prueba documental (Espinoza, 2022).

En segundo lugar, tenemos la prueba digital propiamente dicha, que consiste en el aporte de información obtenido de un dispositivo electrónico, en este caso, se aplica la normativa jurídica de la prueba digital, siendo que lo que se incorpora al proceso es el dispositivo en el que contiene la información, los más comunes son: USB, CD o DVD. El documento electrónico es aquel documento digital que contiene cierta información sobre un determinado hecho, circunstancia o manifestación de voluntad, contenida en diversos formatos que solo puede producirse mediante el uso de la tecnología, como, por ejemplo: documentos audiovisuales, el mismo que puede estar generado en un computador o aparato similar o haber sido convertido

en formatos digitales, como, por ejemplo: un documento escaneado (Ibidem).

En tercer lugar, el medio usado es la prueba pericial, puede presentarse como prueba autónoma o como prueba adicional a otra. La prueba pericial tiene como finalidad de probar la fiabilidad, certeza y no manipulación o alteración de este tipo de prueba (Olmos García, 2017). La prueba pericial consiste en el informe de un experto acreditado por el Consejo de la Judicatura, sobre los hechos o circunstancias relacionados con la materia en controversia (Ramírez, 2017).

La prueba digital o electrónica tiene una gran relevancia y por ello, se encuentra normativizada en el COGEP, establece que los documentos electrónicos y sus anexos serán apreciados como originales, así las reproducciones o escaneadas de documentos públicos o privados, que se adjunten al proceso poseen la misma fuerza probatoria que el original. Los documentos originales y escaneados, serán atesorados por su titular y exhibidos en la audiencia o cuando el juez lo requiera y finalmente, determina que se admite como medio de prueba todo contenido digital conforme a las normas del COGEP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

Así también, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, enuncia que son medios de prueba digital, los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y certificados electrónicos, elaborados conforme a la ley y refiere que para su valoración y efectos legales se observará la normativa prevista en el COGEP (Congreso Nacional del Ecuador, 2002).

La información contenida en un soporte o dispositivo electrónico, puede ser incorporado al proceso, a través del medio de prueba documental y también puede ser elevado a documento público mediante la desmaterialización de los documentos digitales conforme lo establece la Ley Notarial, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos y su reglamento.

En el reglamento a la Ley Notarial, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, normativiza sobre la desmaterialización de un documento y dice que debe contener en un documento físico o electrónico con firmas de las partes, admitiendo la desmaterialización y confirmando que el documento original

y el documento desmaterializado son iguales y que solo lo podrá hacerse ante notario público. Los documentos desmaterializados deberán señalar que se trata de la desmaterialización del documento original y esto permitirá diferenciar que se trata de un documento desmaterializado del documento original (Congreso Nacional del Ecuador, 2002).

El COGEP, sobre la presentación de documentos que se incorporan al proceso los documentos públicos o privados, en originales o copias. Debiendo considerarse que son las copias las reproducciones de la original y que deben ser certificadas por cualquier sistema (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). En relación a ello, el artículo 18 de la Ley Notarial, erige que una de las atribuciones exclusivas de los notarios, es certificar los documentos bajo varias modalidades, siendo una de ellas, que el Notario a través de su firma electrónica puede otorgar copias electrónicas certificadas de un documento físico original o de un documento electrónico original y además podrá conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original (Congreso Nacional del Ecuador, 1966).

Ahora es importante analizar sobre las diferentes fases de la actividad probatoria, doctrinariamente, las agrupa en tres: 1) la fase de producción u obtención de la prueba, 2) la fase de asunción por el juez, y 3) la fase de valoración o apreciación. En la primera fase de producción u obtención de la prueba, se subdivide en: a) averiguación o investigación, b) aseguramiento, c) proposición o presentación, d) admisión y ordenación, e) recepción y práctica (Devis, 2005).

Desde el punto de vista procedimental, esas fases se cumplen a través de cuatro etapas o periodos que generalmente contemplan en la primera instancia los diversos juicios ordinarios y especial y algunos incidentes: 1) la de recibimiento genérico a pruebas, a solicitud de las partes o de una de ellas u oficiosamente, según la legislación de cada país, 2) la de proposición de pruebas en concreto, para su práctica o su simple admisión, cuando es aducida o presentada por el interesado, y la ordenación o admisión de esas pruebas por el juez y de otras que oficiosamente señale si está facultado para ello, es decir, la etapa de admisión u ordenación en

concreto, 3) la de práctica de las pruebas ordenadas o decretadas que así lo requieran, 4) la de valoración o apreciación que corresponde a la de juzgamiento, esto es, a la sentencia de instancia y a la providencia interlocutoria que resuelva los incidentes (Ibidem).

Las fases probatorias determinadas en nuestro ordenamiento jurídico, son: anuncio, admisión, práctica y valoración de la prueba. En primer lugar, tenemos el anuncio probatorio que es la oportunidad de la presentación de las pruebas por escrito y su incorporación al proceso en los actos de proposición, que son: demanda, diligencias preparatorias, contestación y reconvención, deberán anunciarse todos los medios de prueba para acreditar los hechos alegados por cada parte procesal. Así también, establece la imposibilidad de acceso de la prueba que deberá ser requerida al juzgador y aquella prueba que no sea solicitada en el momento procesal oportuno, no podrá ser introducida al juicio con las excepciones del COGEP (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

En segundo lugar, tenemos la admisión que se da mediante el debate probatorio en la audiencia preliminar o única, siendo que los medios que se anunciaron por escrito en los actos de proposición, se nominaran en audiencia indicando su pertinencia, conducencia e idoneidad. En dicha audiencia, se realizará el debate probatorio, pudiendo las partes realizar las objeciones e impugnaciones relevantes a la prueba. De acuerdo con el principio dispositivo y el principio de necesidad de prueba, las partes deberán probar los hechos alegados con la prueba suficiente, salvo que se comprometa derechos indisponibles (renuncia a un derecho fundamental), siendo algunos ejemplos de acuerdos probatorios son: 1) acuerdo probatorio de un hecho que sea innecesario probar, 2) acuerdo probatorio sobre una solicitud mutua de las partes de un medio de prueba determinado, 3) acuerdo probatorio de un medio de prueba determinado, como por ejemplo, aprobar un informe pericial, sin que sea necesario que el perito sustente en audiencia, 4) acuerdo probatorio de la práctica de una prueba como por ejemplo una declaración testimonial urgente, inspección judicial, pericial, el juez conjuntamente con las partes hará los señalamientos correspondientes para la práctica de dicha prueba (Ibidem).

Nuestro ordenamiento jurídico sobre la admisibilidad de prueba obliga a las partes a cumplir tres requisitos básicos que son la pertinencia, utilidad y conducencia y además de ello, establece que el juzgador debe excluir la prueba que es ilegal e inconstitucional, incluyendo la prueba que se haya obtenido con violación a los requisitos formales, normas, garantías, instrumentos internacionales de derechos humanos y COGEP (Ramírez, 2017). Los requisitos de admisibilidad probatoria son: 1) pertinencia es la relación directa o indirecta entre el hecho alegado y la prueba solicitada, 2) utilidad, es aquella prueba que va a servir al juez para llegar al convencimiento de los hechos discutidos, y 3) conducencia, es la idoneidad legal para probar hechos alegados (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

La Corte Constitucional de Colombia, determina que el juez deberá tener los siguientes criterios para la admisibilidad de la prueba digital: integralidad, inalterabilidad, rastreabilidad, recuperabilidad y conservación. La integralidad se refiera a asegurar el contenido entregado digitalmente sea recibido en su totalidad, inalterabilidad avala la permanencia del mensaje en su forma original mediante un sistema de protección de información, rastreabilidad que se puede tener acceso a la fuente original de la información, recuperabilidad permite la posibilidad que en lo posterior se pueda consultar y conservar o perdurar en el tiempo contra deterioros o destrucción por virus informáticos (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

La legislación española, establece que los criterios para la admisibilidad de la prueba digital son: licitud, integridad, autenticidad y claridad. La licitud es la obtención de la prueba digital no puede violentar derechos fundamentales y se deberán tener en cuenta los criterios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y justificación. Respecto a la integridad, se debe asegurar la inmutabilidad del dispositivo o soporte digital, de tal manera que se pueda realizar el informe pericial de la fuente original. Sobre la autenticidad es para garantizar que la prueba digital no sea manipulada, alterada, modificada, aquí se busca garantizar la cadena de custodia que comprende la obtención, incorporación y producción de la prueba digital. Y finalmente la claridad, que se inserta a través de un informe con un perito con cualificación técnica, para el conocimiento y claridad del juez (Bujosa, et al,

2021).

En tercer lugar, tenemos la producción o práctica de la prueba, según el COGEP, se regirá a las siguientes reglas: 1) la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia única o de juicio, salvo la declaración anticipada que se practicará en una audiencia especial, 2) la prueba se practicará en conformidad a la ley y constitución, 3) el juez dirigirá el debate probatorio bajo el principio de imparcialidad, lealtad y veracidad, 4) Deberán probarse los hechos alegados por las partes, con excepción a los que no requieran ser probados, 5) el juez no podrá utilizar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos discutidos, una de las garantías básicas del debido proceso es la imparcialidad del juez y deberá observar el principio de contradicción en el debate probatorio, 6) las partes tienen derecho a conocer con anticipación las pruebas que van a practicarse, podrán impugnar, objetar y contradecir las mismas, 7) las partes podrán impugnar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier medio de prueba que no cumpla con los requisitos procedimentales, 8) el juez de conformidad a la sana crítica podrá aceptar o no la práctica de prueba nueva, 9) las partes procesales determinarán el orden de la práctica de las pruebas (Ramírez, 2017). La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, sobre la práctica de la prueba digital o electrónica, determina que se observarán la normativa del COGEP.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos sobre la presentación de medios de prueba digital como mensajes de datos en un proceso judicial, determina que se debe incorporar el dispositivo informático original y su transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos indispensables para su lectura y verificación y en el caso de que exista una impugnación al certificado o la firma electrónica por cualquiera de las partes, el juez obligará a la entidad que emitió el certificado o la firma, que presente los documentos de respaldo, en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados (Congreso Nacional del Ecuador, 2002).

Y finalmente, sobre el facsímil que es un dispositivo que envía copias de un documento por línea telefónica, dice que será admitido como prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, conserve su integridad, se mantenga y cumpla con los requisitos exigidos por la Ley de Comercio. En caso que exista alguna impugnación o se niegue la validez del mensaje de datos, se deberá comprobar conforme a la ley, es decir, se deberá comprobar que existe algún vicio que lo invalida o que este haya sido manipulado o cambiado, esto solo se podrá verificar mediante un informe de un perito informático experto en la materia (Ibidem).

VALORACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL

La valoración de la prueba en términos generales se puede entender como la regla de apreciación que permite al órgano con competencia para sancionar, considerar las pruebas existentes en el procedimiento según su libre convencimiento y sin tener que otorgar a alguna de ellas un valor o credibilidad superior que venga predeterminada por la ley (Real Academia de la Lengua, 2022).

Así mismo, la doctrina define a la valoración de la prueba judicial una operación mental que tiene por objetivo conocer el mérito de convicción de una prueba que pueda derivar de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, empero a ello, en otras ocasiones se requerirá de diversos medios probatorios para llegar al a certeza de los hechos controvertidos. De ahí que, cuando se refiere a la apreciación o valoración de la prueba comprende un estudio crítico en conjunto, tanto de los medios de prueba aportados por la parte actora para demostrar sus hechos alegados en la demanda, así como también, los medios de prueba de descargo aportados por la parte demandada, para desvirtuar y oponerse a los hechos y finalmente, aquellos medios de prueba que hayan sido requeridos oficiosamente por el juzgador, todo ello, con la finalidad de llegar al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos (Devis, 2005).

La valoración de prueba es una actividad procesal exclusiva del juzgador, puesto

que, las partes o sus apoderados pueden únicamente exponer oralmente en audiencia sus puntos de vista o alegaciones. La finalidad de la valoración de la prueba es precisar el mérito de cada una de las pruebas que puede tener, para formar el convencimiento o su valor de convicción al juez, que este resultado puede ser positivo si se logra o negativo, si no se logra (Ibidem).

En relación a la valoración de la prueba esta debe ser motivada y para ello, nuestra Constitución, obliga a que toda resolución emitida por los poderes públicos debe ser motivada y ello significa que en dicha resolución se deben explicar las normas y principios jurídicos en que se fundó y decir la pertinencia de su aplicación con los antecedentes de hecho (Asamblea Constituyente, 2008).

Esta obligación la motivación de las resoluciones y es el derecho de las personas a que los asuntos sometidos a conocimiento y decisión de la administración de justicia, sean resueltos mediante fallos cuyo contenido no existan duda alguna sobre el análisis de los hechos, valoración probatoria y aplicación de normas jurídicas. El juez tiene la exigencia de justificar su decisión, superando el plano de una mera explicación, ya que los argumentos otorgados por él, deben demostrar que se ha tomado en cuenta en su estudio, las alegaciones realizadas por cada una de las partes y apreciación de la prueba en conjunto (Ramírez, 2017).

En la valoración de la prueba existen dos operaciones básicas que son: interpretación y valoración propiamente dicha. La interpretación, sucede después de la práctica de la prueba, es la primera operación que hace el juez, es con relación a cada una de las fuentes-medios, y es de establecer cuál es la consecuencia que se desprende de cada una de las pruebas, lo que tiene que hacerse forzosamente de modo aislado, esto es, con relación una por una a las fuentes-medios. La interpretación de la prueba comienza de los hechos narrados por cada una de las partes procesales y comprobar que ha dicho el testigo, cual es la conclusión del informe sustentado por el perito, que dice cada documento (Montero, 2000).

Y la segunda operación que es la valoración propiamente dicha, que ocurre después de la interpretación, consiste en determinar el valor concreto que debe atribuirse a

cada fuente-medio de prueba, evaluando la certeza y la credibilidad. Aquí el juez decide si el testigo goza de credibilidad y puede concluir que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa los hechos tal y como se ocasionaron, si el perito tiene credibilidad y sus razonamientos están fundados en la lógica (Ibidem). Se podría concluir que la interpretación conlleva a conseguir el contenido de la prueba producida y la valoración propiamente, acarrea una decisión sobre la credibilidad de la fuente-medio de la prueba (Ramírez, 2017).

En la valoración de la prueba, debe existir un reexamen de la admisibilidad de los medios de prueba y una recalificación de todas pruebas producidas. En la audiencia el juez, específicamente en el debate probatorio admite o inadmite los medios probatorios por no cumplir con los requisitos procedimentales. La doctrina establece que previo a designar un peso o valor probatorio a un medio de prueba, el tribunal o juzgador debe reexaminar su admisibilidad en un sentido amplio y debe observar la incolumidad, integridad o inmaculación de la prueba producida. En otras palabras, las pruebas que ya fueron producidas y consideradas como admisibles por ser conducentes, pertinentes y útiles, pueden ser recalificadas en sentido contrario y desecharse en la sentencia definitiva (Ibidem).

En el COGEP, en su artículo 164 inciso 3, determina que el juez tiene la exigencia de motivar su resolución, exponer la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión. En nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que establezca la recalificación de la prueba ya admitida, pero si determina que el juez debe indicar los argumentos de la prueba que le sirvieron para justificar su fallo (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

El COGEP enuncia como medios de prueba: documental, testimonial, pericial, digital, inspección judicial, empero a ello, en el artículo 159 inciso final del COGEP, y determina que se podrá utilizar cualquier medio de prueba que no violente la ley o constitución. En otras palabras, los hechos discutidos podrán ser probados por otros medios de prueba que no estén enumerados en la ley, lo que brinda nuevas posibilidades de medios probatorios, siempre que no violenten la ley

y constitución. Otro deber del juez es de realizar un análisis de requisitos formales de la prueba producida por un determinado medio, pues este, puede contener un vicio o pueden existir informes periciales recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes. Este control debe darse con cada medio de prueba (Ibidem).

El COGEP, funda que para probar los hechos discutidos las partes podrán utilizar cualquier medio de prueba sin que se viole la Constitución y la ley (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015), en relación a ello, la Constitución, obliga que la prueba obtenida o producida con violación a la Constitución o ley, no tendrán validez y carecerá de eficacia probatoria (Asamblea Constituyente, 2008).

En la valoración de la prueba, es importante realizar la ordenación lógica de los medios de prueba, puesto que, hay medios de prueba directos, otros que sirven para la reconstrucción o representación de los motivos de la prueba y otros que se apoyan en un sistema lógico de deducciones o inducciones. El orden de esas tres formas de producirse la prueba es el siguiente: a) la prueba directa por percepción, como por ejemplo, la inspección judicial, b) el medio sustitutivo de la percepción es la representación, que nace de documentos o de testimonios, es decir, mediante una reconstrucción realizada mediante la memoria humana y c) la prueba por deducción o inducción, hay la posibilidad de reconstruir hechos mediante deducciones lógicas, diferenciando los hechos conocidos de los hechos desconocidos. La regla general es que existen variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, de mayor o menor proximidad, a mayor proximidad mayor grado de eficacia y a mayor lejanía menor valor de convicción (Couture, 1997).

En la valoración de la prueba existen tres sistemas: 1) el de íntima convicción, 2) tasada o legal y 3) de libre apreciación o valoración. El primero, el sistema de íntima convicción se le otorga mayores potestades al juzgador, no se le exige dar un valor predeterminado a las pruebas, el juez decide a su criterio otorgar el peso probatorio a las pruebas, se le otorga demasiado poder, por lo que, no se exige una adecuada motivación, este sistema se lo realizaba en la antigüedad en las monarquías, donde

el juez a su arbitrio decidía que valor otorgarle a cada una de las pruebas (Espinoza, 2022).

El segundo sistema es el de valoración de la prueba tasada o legal implica que el legislador ya ha determinado con anterioridad el valor que el juez ha de otorgarle a un medio de prueba, por lo tanto, se fija un determinado efecto para el resultado de un medio probatorio (Devis, 2005).

El tercer sistema el de libre apreciación o valoración de la prueba, es aquel que le permite al juez apreciar con libertad el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica, pero basadas en principios de la psicología, lógica y la experiencia, quedando sujeto únicamente a las formalidades de las leyes materiales contemplan para la existencia o validez de ciertos actos (Ibidem).

El sistema de libre apreciación o valoración, es un sistema de reglas sobre el correcto entendimiento humano, las reglas de la lógica aplicadas con las reglas de la experiencia del juez. La sana crítica es una alianza entre el sistema de la prueba tasada y el de libre convicción, mediante el cual, el juez aprecia los medios probatorios conforme a las reglas de la lógica, experiencia, ciencias y artes afines (Couture, 1997).

Hay que tener en consideración que el derecho es una construcción cultural, que se desarrolla en el tiempo y espacio, de acuerdo a la realidad social, cultural y económica, así como también en arreglo a los avances de la ciencia y la tecnología. Por lo tanto, en la aplicación de la sana crítica para la valoración de la prueba, se considera los cambios, variaciones, desarrollo y avances del derecho, ciencia, tecnología y la actualización de la experiencia humana (Ramírez, 2017).

En el Ecuador, para la valoración de la prueba, el COGEP, reconoce tanto el sistema de prueba legal o tasada, así como también el sistema de libre apreciación o valoración. El sistema de valoración de la prueba legal o tasada, como ya se indicó, es un sistema fundado en reglas preestablecidas por el legislativo que fijan el valor probatorio que deben atribuir a un medio de prueba y, en consecuencia, señalan con anticipación al juez el grado de eficacia que le debe otorgar a ese medio de prueba

(Ibidem).

En el COGEP, establece algunos ejemplos de prueba a ser apreciados bajo el sistema de valoración de la prueba legal o tasada, que son: 1) la declaración hecha por una parte demandada sobre la verdad de la demanda termina el proceso, 2) la declaración de parte es indivisible en todo su contenido, 3) la prueba que resulte de documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia no se podrá aceptar una parte y negar en otra, 4) los documentos extendidos en un idioma distinto al español podrán apreciarse como medio de prueba, pero se requiere que haya sido traducido por un intérprete y validado conforme lo dispuesto en la ley (esto es sustentación del informe pericial de un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura con experticia en el idioma de traducción, 5) el instrumento público hace fe, aún contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos, haga el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los interesados (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

En el COGEP, sobre la valoración de la prueba determina que para que las pruebas puedan ser apreciadas por el juez deberán incorporarse, solicitarse, anunciarse y practicarse en los términos previstos en la ley, en adición, la prueba debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, dejando a salvo, el valor probatorio de la prueba legal o tasada, que describa la ley para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tiene la obligación de indicar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su fallo (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015).

En el COGEP instituye como regla general el sistema de libre apreciación o valoración de la prueba, que debe ser valorada en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que son la unión de las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez (Ramírez Romero, 2017). El juez debe aplicar la sana crítica, que no es un libre razonamiento a voluntad, discrecionalmente o arbitrariamente. Esta manera de actuar no es la sana crítica, sino el sistema de íntima convicción. La

sana crítica es la unión de la lógica y experiencia (Couture, 1997).

Una de las garantías básicas del debido proceso, es que la prueba debe ser legal y constitucional, siendo que la consecuencia que una prueba que haya sido obtenida o producida con violación a la ley o Constitución, carecerá de eficacia probatoria (Asamblea Constituyente, 2008). Así también el COGEP, en su artículo 164 inciso penúltimo, determina que aquella prueba obtenida con vicios (error, fuerza, dolo, simulación) carecerá de eficacia probatoria. Igualmente, establece que la prueba que no haya sido producida sin oportunidad a contradicción, carecerá de eficacia probatoria (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). La eficacia probatoria se refiere a la capacidad de lograr la demostración de los hechos con el medio de prueba empleado (Devis, 2005). En la fase de valoración de la prueba, el juez concluirá la eficacia o ineficacia del medio probatorio.

Respecto a otro aspecto de la valoración de la prueba, son los estándares de la prueba, que la doctrina señala que sobre un hecho pueden coexistir diversas pruebas contradictorias, entonces el juez tiene que realizar una operación mental que determine las probabilidades y apreciar las diferentes versiones de los hechos para llegar a una conclusión. El juez puede aplicar los estándares más exigentes, como, por ejemplo: el de la prueba clara y convincente o el de la prueba clara, precisa e indubitable (Ramírez, 2017).

Referente al resultado de la valoración de la prueba tiene por objeto determinar el resultado final entre los medios de prueba y la verdad o falsedad de los hechos y en este contexto, un enunciado de los hechos está debidamente probado cuando la prueba aportada le llevo a la convicción al juez, de que así sucedió. Puesto que, la finalidad de la prueba es llevar al juez la certeza de los hechos y circunstancias discutidos, mediante la verdad procesal y la valoración de la prueba debe llegar a determinar esta verdad para hacer justicia (Devis, 2005).

A cerca del sistema de valoración de la prueba digital o electrónica, bajo el medio o medios de prueba producidos en audiencia, la doctrina establece que pueden ser apreciados libremente por el juez, de acuerdo a su criterio y conforme las reglas de

la lógica, la ciencia y la máxima experiencia. No se trata de un poder ilimitado que se le brinde al juez, sino que tiene que tomar en cuenta que debe motivar su decisión de manera clara, lógica y completa de los hechos y circunstancias que tienen como probadas o desvirtuadas y la valoración de la prueba que sustenta su decisión juntamente con el razonamiento que justifique la valoración de cada una de las pruebas (Espinoza, 2022).

En el sistema de libre valoración de la prueba digital o electrónica, el juez debe tomar en cuenta los siguientes aspectos: 1) la libre valoración de la prueba, 2) autenticidad e integridad de la prueba digital, 3) postura procesal de las partes, 4) valoración conjunta de la prueba, 5) efectos de la prueba electrónica, 6) terceros de confianza o prestadores de servicios de confianza (Delgado, 2017).

En la legislación española sobre el sistema de valoración de la sana crítica de la prueba digital, determina que el juez no está obligado a valorar como probados los hechos que surjan de una prueba digital, sino que este medio de prueba puede apoyarse en otros medios de prueba para acreditar un hecho relevante al proceso y además sobre la autenticidad e integridad de la prueba digital podrá verificarse a través de una pericia informática (Ibidem).

La doctrina sobre el sistema de libre valoración de la prueba digital, erige que es el juez quien otorga el valor probatorio a cada prueba digital o electrónica que se anuncie, sin embargo, existen algunos principios orientadores que ayudan al juez al momento de otorgarle la intensidad o peso probatoria a cada una de estas pruebas, siendo estos principios: 1) autenticidad e integridad, 2) postura procesal de las partes, 3) valoración conjunta de los medios probatorios (Espinoza, 2022).

La autenticidad de la prueba digital se refiere a la acreditación de un documento de archivo de ser lo que pretende ser, sin alteraciones o modificaciones, guarda relación con su identidad e integridad al paso del tiempo, así como en la fiabilidad del sistema de control de archivos en el cual reside. Y la integridad, es la cualidad de un documento de archivo para poder comunicar el mensaje para el cual fue creado de manera completa e inalterada en todos sus aspectos esenciales. (Luo Qiu,

2018).

El sistema de libre valoración de la prueba digital, deberá tomarse en cuenta, la autenticidad del origen de la información y la integridad del contenido, es decir, que la obtención de la información e incorporación de ésta al proceso no violente el debido proceso ni la ley. En referencia a la autenticidad, se verificará la fuente, es decir, el origen de los datos, que gracias a los datos gráficos se podrá determinar la fecha y documento de creación. En cuanto a la integridad el juez tendrá en cuenta que la información no se haya alterado o manipulado sin autorización, pero ello, solo será posible con un informe pericial de un experto en informática (Olmos, 2017).

La autenticidad e integridad se trata de dos características importantes para la valoración de la prueba digital, puesto que, en torno a estas dos características surgen la mayoría de impugnaciones y cuestionamientos. En cuanto a la autenticidad de la prueba digital, se trata del contenido aportado al proceso mediante el medio probatorio documental, sin embargo, no garantiza que las personas que se les atribuye el contenido es lo que realmente aconteció. Y en cuanto a la integridad de los contenidos de la prueba digital se relaciona con que estos no hayan sido manipulados, modificados, editados o recortados, para ello es muy importante la cadena de custodia física del dispositivo (Espinoza, 2022).

Ahora bien, respecto de su justificación de la autenticidad e integridad, la primera podría realizarlo un notario público, secretario judicial o perito, ya que no requiere de mayor conocimiento de informática sino solamente la contrastación del contenido de la prueba digital con el documento físico o electrónico que se pretende cotejar. Mas, sin embargo, respecto de la integridad de la prueba digital, esta solamente podrá ser comprobada por un perito informático ya que requiere de conocimientos especializados en informática (Ibidem).

La postura procesal de cada una de partes tanto actora como demandada, este principio se apreciará desde el reconocimiento de la autenticidad de los contenidos y los participantes son los mismos que se les atribuye. En caso que una de las partes

no este conforme con la prueba, esto se impugnará en la audiencia respectiva, sin embargo, no basta que la parte procesal no esté de acuerdo, sino que se fundamente su impugnación. Si no existe impugnación, el juzgador podrá valorar la prueba en conjunto con el resto de medios probatorios (Armenta Deu, 2018).

Sobre la valoración conjunta de los medios de prueba, al respecto la jurisprudencia española, afirma que no se podrá utilizar la prueba digital como única prueba, puesto que, no se podría corroborar con otros medios de prueba, quedando abierta la posibilidad que la parte contraria la impugne, ello resultaría infructuoso al juzgador que al momento de valorar la prueba en conjunto no dispondría de otros medios para poder llegar al convencimiento de la verdad de los hechos (Audiencia provincial de Valencia, 2017).

Respecto de la licitud o legalidad de la prueba digital, se tendrá en cuenta que el contenido aportado no haya vulnerado el debido proceso, la ley o derechos fundamentales como el derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, la protección de datos personales (Olmos, 2017). La obtención e incorporación de la prueba digital, debe hacerse con respeto de los derechos fundamentales, caso contrario, se convierte en una prueba ilícita, por haber sido obtenida contrariando los derechos y garantías fundamentales y deberá ser considerada nula. Esta nulidad se extenderá con las pruebas que tengan relación de antijuricidad. La ilicitud la puede alegar el juez o las partes (Delgado, 2016).

En el Ecuador, la Ley de Comercio sobre la valoración de la prueba, erige que 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. 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 del Ecuador, 2002).

DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO RELACIONADO CON LA PRUEBA DIGITAL

El derecho a la seguridad jurídica se encuentra establecido en la Constitución de la República (CRE) en su articulado número 82, que se basa en el respeto a la norma suprema y la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas aplicadas por las autoridades competentes (Asamblea Constituyente, 2008).

El concepto de seguridad jurídica es el conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta humana, que, propuesto como principio constitucional, significa el orden que prohíbe cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, tiene que existir normas que anticipen o prediquen las consecuencias jurídicas de la conducta humana, no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, sino son el resultado de facultades regladas (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 2002).

El derecho a la seguridad jurídica tiene un valor estrechamente ligado al Estado de Derechos, que se concreta en dos exigencias en su dimensión objetiva, que a su vez se compone de: 1) corrección estructural que es la formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y 2) corrección funcional que es el cumplimiento de Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación. Junto a esta dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección de situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva (Perez, 2000).

La seguridad jurídica es la expectativa razonable que tienen los individuos respecto a las consecuencias de sus actos propios y los actos ajenos de la aplicación del derecho. Con la finalidad de tener certeza respecto de la aplicación de una

regulación jurídica, todas las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico deben ser previas, claras y públicas, de esta manera las personas tienen la seguridad que existe una legislación con los lineamientos generales anteriores, claros y públicos para la aplicación del derecho. El derecho a la seguridad jurídica es el pilar fundamental sobre el cual se afirma la confianza de la ciudadanía, en cuanto a la certeza que las actuaciones de los distintos poderes públicos, deben respetar obligatoriamente el ordenamiento jurídico vigente (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

La seguridad jurídica consiste en la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción obligatoria de todos los poderes del Estado, a la CRE, ley, así también, protege para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades. Esta salvaguarda explica la estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley, se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita (Ibidem).

El derecho a la seguridad jurídica contiene los siguientes principios: a) *Lege promulgata*: principio según el cual, para que la norma jurídica sea obligatoria tiene que haber sido promulgada, es decir, tiene que haber sido dada a conocer a sus destinatarios, mediante los procedimientos que exija cada ley, b) *Lege manifiesta*: según este principio las normas deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados, c) *Lege plena*: principio según el cual, las normas jurídicas de alguna conducta deben estar tipificadas en un texto normativo; esto se logra mediante el establecimiento de fuentes del derecho a través del cual se determina que normas forman parte del ordenamiento jurídico y los pasos que son necesarios para modificar o derogar estas normas, d) *Lege estricta*: con este principio se entiende que algunas áreas de la conducta pueden ser reguladas solamente mediante cierto tipo de normas, por ejemplo, las reservas de ley, e) *Lege previa*: las leyes pueden regir para hacia el futuro, haciendo ello posible que las consecuencias jurídicas de nuestra conducta sean previsibles en la medida que podamos saber que estamos regidas bajo las actuales reglas del juico y no bajo las reglas que en un momento posterior pudieran dictarse, este principio se materializa

con la prohibición de aplicar la irretroactividad de la ley, f) *Lege perpetua*: este principio afirma que los ordenamientos jurídicos deben ser lo más estables que sea posible a fin de que las personas puedan conocerlos y ajustar su conducta a lo que establezca (Carbonell, 2004).

Referente a la normativa jurídica sobre la valoración de la prueba digital, no existe una regulación específica, sino que los juzgadores deberán valorar este medio de prueba acorde a las normas generales establecidas para la valoración de la prueba en el COGEP, sin embargo, hay que tomar en consideración que la prueba digital o electrónica tiene características especiales como son: intangibilidad, volátil, destructible, parcial e intrusiva, por lo que, la doctrina y jurisprudencia de España, ha determinado algunos parámetros como por ejemplo, que en la fase de obtención de la prueba digital se debe verificar la licitud, en la fase de incorporación de la prueba digital al proceso igual se debe reexaminar su licitud, los requisitos procedimentales y los criterios de pertinencia, necesidad y finalmente en la valoración de la prueba digital, se deberá considerar la impugnación o postura de las partes, la autenticidad y la integridad o exactitud (Delgado, 2017).

Por otro lado, el derecho al debido proceso, se entiende que es la facultad que tiene toda persona a un proceso que se respeten los principios y garantías de naturaleza procesal consagrados constitucionales que son: imparcialidad del juez, publicidad del proceso, asistencia de abogado, prohibición de las dilaciones indebidas y utilización de los medios de pruebas pertinentes (Real Academia Española, 2022).

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental de toda persona, que contiene las reglas a seguirse en todo proceso judicial o administrativo, por lo tanto, existen las garantías básicas que deben ser efectivizadas con la finalidad de que el proceso constituya un medio para la realización de justicia (Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

El concepto y alcance del derecho al debido proceso ha establecido que es un derecho constitucional fundamental que comprende el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección

del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

La Corte Constitucional del Ecuador, afirma que el debido proceso no es más que una institución instrumental, es decir, la misma tiene el objetivo de garantizar el debido desarrollo del proceso considerando los siguientes aspectos: 1) evitar dilaciones innecesarias dentro del mismo, 2) la presentación de las partes ante una autoridad o tribunal competente, siguiendo el principio de imparcialidad, 3) garantizar el principio a la defensa de cada una de las partes, para que las mismas se pronuncia a cada una de las pretensiones de la contraparte, 4) avalar la incorporación de las pruebas lícitas, siempre y cuando las mismas estén relacionadas a fundamentar y probar los hechos controvertidos, 5) finalmente, la oportunidad de incurrancia del principio del doble conforme, frente a resoluciones judiciales motivadas para garantizar el derecho de las partes intervinientes (Asamblea Constituyente, 2008).

La implementación del debido proceso se configura mediante un conjunto de garantías que permiten la eficacia en el desarrollo del procedimiento, ya que el mismo se deberá sujetar a los principios y garantías establecidos en la constitución, con la finalidad de tutelar el desarrollo del debido proceso, para evitar la deslealtad procesal de los sujetos procesales y la arbitrariedad de los operadores de justicia (Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

En suma, el debido proceso es un conjunto de garantías que persiguen que el desarrollo de trámites judiciales y administrativos que se sujeten a reglas invariables con el fin de proteger los derechos que establece la Constitución, para evitar la actuación discrecional de los operadores de justicia y de todas las autoridades, durante el trámite vulnera derechos constitucionales. Por eso, el referido derecho constitucional se encamina a que el proceso cumpla con las garantías básicas a fin de que las personas obtengan una resolución o sentencia según sea el caso de fondo basada en el puro derecho (Ibidem).

Una garantía básica del debido proceso en relación a la prueba es la obtención o actuación de las mismas sin contravenir a la CRE y ley, caso contrario no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria (Asamblea Constituyente, 2008). En adición, uno de los derechos que comprende el debido proceso, es el derecho a la defensa, que es la facultad que tiene todo individuo a ciertas protecciones para obtener un resultado justo y equitativo dentro de un juicio, en adición, la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus argumentos frente al juez (Camargo, 2000).

El derecho a la defensa, comprende varias garantías, siendo una de ellas, presentar de manera verbal o escrita los argumentos o razones y contradecir los argumentos y prueba de la otra parte, todas las pruebas deben ser tomadas en cuenta y valoradas por el juzgador a la hora de tomar una decisión, para desterrar cualquier tipo de indefensión y asegurar la mayor imparcialidad posible (Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

Una parte esencial del proceso lo constituye lo referente a la estructura probatoria del mismo, por lo cual, es de gran relevancia la regulación de esta etapa teniendo en cuenta aspectos como la incorporación de medios de prueba, la oportunidad procesal que tienen las partes para la solicitud de pruebas, las atribuciones del juez para admitirlas y practicarlas y finalmente, todas las reglas atinentes a la valoración de la prueba, en conformidad al sistema legal o tasado y la sana crítica (Cornejo, et al, 2020).

El debido proceso tiene íntima relación con la actividad probatoria, en la CRE, determina que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la norma suprema o la ley no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria, así mismo, instituye que se debe presentar de manera verbal o escrita los argumentos o razones y contradecir los argumentos de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las mismas, es decir, la exigencia de instituir el sistema oral en los procesos la presentación de la prueba y el contradictorio para refutar sus alegaciones (Asamblea Constituyente, 2008). El derecho probatorio tiene una serie de principios que

resultan infranqueables su cumplimiento, caso contrario su inobservancia puede generar indefensión o ineficacia probatoria, por afectación de una o más garantías del debido proceso (Lema, 2018).

Los principios y garantías del debido proceso que están en la Carta Magna, constituyen la base, la columna vertebral del proceso y como este persigue la realización de justicia, se convierten en la esencia del juicio de reproche y condicionan la actividad probatoria a su observancia plena, con el riesgo de incurrir en prueba ilícita, ineficacia probatoria, indefensión en caso de proceder de forma contraria (Ibidem).

Las principales impugnaciones u objeciones de las partes procesales respecto de la prueba digital tornan en base a la autenticidad e integridad de la prueba y en específico en la fase de la valoración de la prueba, el juez en su razonamiento puede terminar excluyendo la prueba digital por ineficaz o ilegal.

METODOLOGIA

En el presente trabajo de investigación se ha utilizado el enfoque cualitativo con una recolección y análisis de datos, partiendo de la situación jurídica de la prueba digital en el COGEP, a través de una perspectiva descriptiva que se analizó una variedad de concepciones, visiones, críticas y estudios de la prueba digital desde su concepto, características, naturaleza jurídica, fases de actividad probatoria, todo ello, con la finalidad de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y seguridad jurídica (Hernández, 2014).

Los métodos aplicados fueron: inductivo-deductivo, desde lo particular a lo general y viceversa desde la normativa jurídica y doctrina, que ayudó para obtener la información teórica, así como también, se utilizó el método histórico – lógico, desde la trayectoria real de acontecimientos en el decurso de la historia sobre la prueba digital que sirvió para levantar la información con el fin de conocer la situación de las variables y finalmente, el método analítico – sintético, descomponiendo desde un razonamiento mental de sus partes y cualidades y a su vez, uniendo todas sus partes para descubrir las relaciones y características generales de la realidad jurídica

de la prueba digital, mediante el cual, se pudo observar algunas situaciones que afectan de manera directa a la problemática planteada (Escudero, et al, 2018).

La aplicación de todos estos métodos permitió analizar varias teorías, leyes, procedimientos judiciales, jurisprudencias, bibliografías, como parte de la población de estudio, generándose mediante el análisis documental jurídico, la construcción de aportes reflexivos teóricos en el campo del derecho procesal civil.

RESULTADOS

Los seres humanos actualmente interactúan, se comunican y realizan las actividades de comercio a través de soportes o dispositivos electrónicos, por ello, la prueba digital ha tomado gran relevancia siendo esta información que se encuentra contenida en un soporte o dispositivo electrónico que servirá en un proceso para probar un hecho relevante jurídicamente.

El objetivo de la prueba es llegar al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas al juzgador y por ello, ha servido de gran beneficio la prueba digital, sin embargo, en la legislación del Ecuador, no establece con claridad las normas referentes a la prueba digital.

En el COGEP, determina que las fases de la prueba son: anuncio, admisión, práctica y valoración de la prueba, en el caso concreto de la prueba digital, se analizó los diferentes momentos, dese la obtención de la prueba debe ser esta constitucional y legal; para el anuncio debe realizarlo en el momento procesal oportuno (demanda, contestación, diligencias preparatorias y reconvencción), en la admisión debe cumplir los requisitos procedimentales (utilidad, pertinencia y conducencia), en la práctica de la prueba, debe cumplirse con la normativa que establece el COGEP y finalmente, sobre la valoración de prueba debe tomarse en considerarse las impugnaciones de las partes procesales, autenticidad, integridad, exactitud, legalidad y constitucionalidad de la prueba digital.

Empero a ello, la dificultad de la prueba digital al tener unas características específicas: intangible, duplicable, volátil, destructible, parcial, intrusiva, lo que hace que la diferencia de la prueba tradicional. Por ello, la doctrina española, ha

establecido que, en las fases de la prueba digital o electrónica, se verificará ciertos requisitos como son: licitud, requisitos de procedimentales y sobre todo para la valoración el juzgador deberá tomar en consideración la impugnación realizada por las partes procesales, la autenticidad y la integridad o exactitud de este medio de prueba.

En adición, es necesario diferenciar entre fuente y medio de prueba, siendo que la fuente es el origen de la prueba y se ubica con anterioridad al proceso, mientras que el medio nace forzosamente en el proceso (documental, testimonial, pericial, digital, inspección judicial), cuando se aporta la prueba digital o electrónica. Teniendo en consideración que se refiere a una prueba electrónica siempre y cuando se encuentre contenida en un soporte de almacenamiento electrónica, no así cuando la impresión de capturas de pantalla, transcripción o impresión gráfica de dicha información, en este caso la prueba electrónica se convierte en prueba documental. Por ello, es importante, incorporar a nuestra legislación, la normativa de la prueba digital diferenciándola de la prueba documental o tradicional.

Asimismo, es necesario adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la obtención y conservación de la prueba digital o electrónica. Y, además, una mayor investigación en cuanto a los temas de la prueba digital o electrónica, así como mayor producción de jurisprudencia respecto a estos temas.

La información que contiene un valor probatorio que se encuentra contenida o transmitida por un soporte o dispositivo electrónico, puede ser incorporada a un proceso mediante los medios de prueba documental, pericial o digital, dependerá de la estrategia y complejidad del caso en concreto, teniendo en consideración que, si la fuente digital es incorporada al proceso por un medio documental o pericial, ya no se estaría tratando como medio de prueba digital.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la valoración de la prueba se lo realiza a través de la prueba legal y sana crítica. La valoración de la prueba digital lo realizará el juez de acuerdo a la sana crítica, que, para ello, deberá combinar las reglas de la lógica con la experiencia del juzgador. La prueba digital que se presente dependerá

de la complejidad del caso, si es necesario se contará con un perito especializado.

La prueba digital o electrónica por su formato puede ser manipulada o alterada y corresponde al juez tomar todas las precauciones posibles a fin de evitar cualquier alteración o modificación. El juez valorará la prueba digital o electrónica deberá tomar en consideraciones, en la obtención de la prueba no afecte al debido proceso ni la ley, en cuanto a la incorporación al proceso cumplir con los requisitos procesales (utilidad, conducencia y pertinencia), y finalmente, se deberá revisar la impugnación, autenticidad e integridad o exactitud. documental a través de la desmaterialización de los documentos digitales. Para una correcta valoración de la prueba digital o electrónica del juez, debe considerar dos aspectos la autenticidad y la integridad, es decir, que su contenido no haya sido manipulado o alterado y que este contenido este completo. Las simples impresiones o pantallazos de correos electrónicos, conversaciones de whatsapp, Instagram o messenger o comentarios en redes sociales son meras reproducciones que, ante una impugnación, este medio de prueba carece de eficacia probatoria y que además no puede ser el único medio de prueba dentro del proceso.

DISCUSION-CONCLUSION

Actualmente los seres humanos se comunican a través de dispositivos o soportes electrónicos, en los que diariamente se van depositando información que pueden servir como prueba en un proceso para demostrar los hechos o circunstancias controvertidas.

En los procesos civiles, la carga de la prueba recae sobre el actor, que, si no demuestra los hechos con la suficiente claridad y contundencia, se desestima la demanda, absolviendo de toda pretensión al demandado. De lo expuesto anteriormente, se destaca la importancia de la prueba digital se debe a que contiene información (hechos relevantes jurídicamente) que tienen valor probatorio en un proceso, esta información puede estar contenida en un dispositivo electrónico o transmitida por él.

Primero, hay que tener clara la diferencia entre fuente y medio de prueba para

entender correctamente la prueba digital, la fuente es el origen de la prueba digital y es anterior al proceso, mientras que el medio de prueba, nace forzosamente con el proceso, que es el medio de prueba digital. Teniendo en cuenta que, para ser considerada como un medio de prueba digital, es obligatorio que se incorpore al proceso mediante un soporte de almacenamiento digital o electrónico, por ejemplo: CD, DVD, USB. Y además en la fase de evacuación de la prueba digital se requerirá de un dispositivo o soporte electrónico para su correcta producción.

Se ha podido identificar que un problema existente es la confusión entre fuente y medio de prueba digital, por ejemplo: todo documento electrónico es una prueba digital pero no toda prueba digital es un documento electrónico. Ya se ha indicado que existe una variedad de prueba digital o electrónica: documentos electrónicos, facturas electrónicas, firma digital, etc.

Existen tres modalidades básicas (fuentes) de obtención de la prueba electrónica son: creación en dispositivos o soportes electrónicos, información almacenada en dispositivos o aparatos electrónicos y finalmente, la información puede ser transmitidas electrónicamente a través de las redes sociales.

La prueba digital tiene características únicas que la diferencia de otros medios de prueba que son: intangible, duplicable, volátil, destructible, parcial, intrusiva, que la diferencia de otros medios de prueba (documental, pericial). Todas estas características deben ser tomadas en consideración cuando se incorpora al proceso como medio de prueba digital, que a continuación se describirán con más detalle.

Intangible o inmaterial: la prueba digital no se percibe a través de los sentidos, puesto que, se genera o almacena o se transmite a través de un dispositivo o soporte electrónico, y depende de estos para que sea introducida al proceso y además en la fase de evacuación de la prueba dependerá de un dispositivo o soporte electrónico para su producción; Duplicable: se pueden hacer varias copias del original, sin embargo, gracias a la misma tecnología a los datos de gráfico que pueden distinguir si se trata de una copia o el original, situación que solo podrá ser verificada por un

perito o experto en informática. Es importante que sea la fuente original para conservar su autenticidad

Volátil: al ser fácil su reproducción, la hace manipulable o modificable, la información contenida en el soporte material puede ser cambiada y/o alterada por expertos, para ello, es necesario tomar las medidas de seguridad y cadena de custodia de la fuente para conservar su integridad.

Destruible: pueden ser eliminadas o destruidas. Por ello, es importante conservar la fuente original de información para facilitar su recuperabilidad y en adición a ello, también puedan tener acceso a la información para que sea rastreable.

Vulneratoria: la prueba digital no puede ser obtenida con violación a la Constitución ni ley, caso contrario carece de eficacia probatoria.

En los procesos civiles la prueba digital transita por las siguientes fases: anuncio, admisión, producción y valoración.

Tabla 1: Fases de la prueba digital o electrónica

FASES DE LA PRUEBA DIGITAL O ELECTRONICA	
Anuncio (Art. 159 COGEP)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Demanda (Art. 142 numeral 7 COGEP) ✓ Contestación (Art. 152 COGEP) ✓ Reconvención (Art. 154 y 155 COGEP) ✓ Diligencias previas (Art. 124 COGEP)
Admisión (Art. 160 COGEP)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Utilidad (Art. 161 COGEP) ✓ Conducencia (Art. 161 COGEP) ✓ Pertinencia (Art. 161 COGEP) ✓ Constitucional y Legalidad (Art. 160 COGEP)
Producción (Art. 54 de la Ley de Comercio)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Documentos digitales (Art. 202 COGEP)
Valoración (Art. 164 COGEP, Art. 55 de la Ley de Comercio)	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Sistema de libre valoración (sana crítica) ✓ Sistema de valoración legal o tasada

Fuente: COGEP

Elaboración propia

CONCLUSIONES

La normativa actual que tiene el COGEP, se refiere a la prueba en general, sin embargo, para la prueba digital, solo existe el artículo 202, que trata sobre los documentos electrónicos y reconoce cualquier tipo de prueba digital, empero a ello, nada se establece sobre los criterios de valoración de este medio de prueba, como ya se indicó existen características únicas de la prueba digital y que para su valoración deben existir parámetros claros tanto para el juzgador como para las partes procesales para este medio de prueba.

En la doctrina sobre la valoración de la prueba digital establece que los criterios para su valoración son: autenticidad e integridad de la prueba digital, postura de las partes procesales (impugnación) y valoración en conjunta de la prueba (no puede ser el único medio de prueba en el proceso).

Sobre la autenticidad de la prueba digital, solo se podrá verificar con un informe pericial para poder llegar al convencimiento que se trata de la fuente original y no una simple copia. Referente a la integridad de la prueba digital, solo se podrá verificar con un informe pericial o experto informático que podrá cerciorarse que no ha sido modificada y/o alterada.

Respecto de la postura de las partes procesales, la doctrina señala que, si no se formula impugnación, es decir, que, si no se discute acerca de la validez de la prueba digital, el juez podrá considerarla como auténtica e íntegra, por lo que, hará su valoración con otras pruebas aportadas. Si se realiza la impugnación, el juez deberá verificar si cumple con todas las características necesarias para ser valorada la prueba digital.

Las ventajas de la prueba digital son su obtención es fácil, sin embargo, esta deberá cumplir con todos los requisitos para que sea admitida, producida y valorada por el juzgador. Las desventajas de la prueba digital, es que es de fácil reproducción (duplicable), manipulable, destruible y además existen información que puede surgir del anonimato mediante la creación de cuentas con una identidad fingida, que hacer posible aparentar una comunicación o información falsa.

De la revisión bibliográfica, la prueba digital no ha sido tratada a cabalidad en el Ecuador, sino se tuvo que obtener información a través del derecho comparado para poder contar con los parámetros o criterios para la valoración de la prueba digital.

A fin de garantizar el debido proceso y seguridad jurídica, es necesario que se establezcan los parámetros sobre la prueba digital en las diferentes fases de la actividad probatoria, para que tanto las partes procesales como los operadores de justicia puedan entender correctamente el medio de prueba digital o electrónico.

RECOMENDACIONES

De la revisión del trabajo de investigación, es necesario que exista una reforma al COGEP, en lo referente a la prueba digital, se establezcan de forma clara sobre la autenticidad, integridad y fiabilidad de conformidad a las características especiales de este medio de pr

REFERENCIAS

- Armenta Deu, T. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital: entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 67-78.
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador [Constitution of the Republic of Ecuador]. Elementos constitutivos del Estado. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506. Quito, Pichincha, Ecuador: Lexis S.A.
- Audiencia provincial de Valencia. (25 de abril de 2017). Sentencia Penal No. 276/2017. Rec 28/2017. Valencia: Audiencia provincial de Valencia.
- Bujosa Vadell, L., Bustamante Rúa, M., & Toro Garzón, L. (2021). La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *De Direito Processual Penal*, 1347-1384.
- Camargo, P. (2000). *El debido proceso*. Bogotá: Leyer.
- Carbonell Sanchez, M. (2004). Los derechos de seguridad jurídica. *Instituto de investigaciones jurídicas*, 585-758.
- Congreso Nacional del Ecuador. (11 de noviembre de 1966). Ley Notarial. Registro Oficial No. 158. Quito, Pichincha, Ecuador: LEXIS S.A.
- Congreso Nacional del Ecuador. (17 de abril de 2002). Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial No. 557. Quito, Pichincha, Ecuador: LEXIS S.A.
- Congreso Nacional del Ecuador. (31 de diciembre de 2002). Registro Oficial No. 735. Reglamento a la Ley de Comercio. Quito, Pichincha, Ecuador: LEXIS S.A.

- Cornejo Aguiar, J., & Piva Torres, G. (2020). Teoría general de la prueba . Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-980/10. Expediente No. D-8104. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia .
- Corte Constitucional de Colombia. (2 de noviembre de 2016). Sentencia C-604 de 2016. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Colombia: Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional del Ecuador. (25 de febrero de 2015). Sentencia No. 045-15-SEP-CC. Caso No. 1055-11-EP. Quito, Pichincha, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2016). Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador. (11 de julio de 2002). Gaceta Judicial No. 11. Serie 17. Quito, Pichincha, Quito: LEXIS S.A.
- Couture, E. J. (1997). Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Delgado Martin, J. (2016). Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones. La Ley, 213-215.
- Delgado Martín, J. (2018). Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones. Madrid-España: La Ley.
- Delgado Martín, Joaquín. (2017). La valoración de la prueba digital. Diario La Ley, Sección Ciberderecho.
- Devis Echandía, H. (2005). Teoría General de la Prueba. Bogotá-Colombia: Temis.
- Diccionario Etimológico. (2023). DeChile.net. Obtenido de Información sobre la prueba: <http://etimologias.dechile.net/?prueba>
- Escudero Sanchez, C., & Cortez Suarez, L. (2018). Técnicas y métodos para la investigación científica. Machala: Ediciones UTMACH.

- Espinoza Calderón, V. (2022). Valoración probatoria de los contenidos de redes sociales. Perú: A&C Ediciones Jurídicas SAC.
- Gabri Barquiel, E. (2019). Valoración de la prueba electrónica en el proceso civil. Argentina: Universidad Siglo XXI.
- Hernández Sampiere, R. (2014). Metodología de la investigación. México: McGRAW-HILL.
- Lema Quinga, B. (2018). De los momentos probatorios en el COGEP y sus aspectos teóricos importantes. Quito: ONI Grupo Editorial.
- Luo Qiu, A. (2018). La valoración de la prueba electrónica en el proceso civil. Madrid: Universidad Pontificia ICAI ICADE.
- Meneses Pacheco, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil . Iux et Praxis, 1-36.
- Montero Aroca, J. (2000). Nociones generales sobre la prueba entre el mito y la realidad. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 15-66.
- Olmos García, M. (2017). La prueba digital en el proceso civil. Madrid: Universidad Pontificia ICAI ICADE.
- Perez Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. Revista de la Facultad de Derecho , 25-37.
- Ramírez Romero, C. (2017). Apuntes sobre la Prueba en el COGEP. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Real Academia de la Lengua. (2022). Diccionario panhispánico del español jurídico. Obtenido de RAE: <https://dpej.rae.es/lema/valoraci%C3%B3n-de-la-prueba>
- Real Academia de la Lengua. (2023). Diccionario de la lengua española. Obtenido de <https://dle.rae.es/prueba?m=form>
- Real Academia Española. (2022). Diccionario Jurídico Panhispánico. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/derecho-al-debido-proceso>

Salud de Aguilar, G. (2019). La prueba digital en el proceso judicial ámbito civil y penal. Barcelona: Bosch Editor.

Sanchís Crespo, C. (2012). La prueba en un soporte electrónico. Thomson Reuters Aranzadi , 707-734

