

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO ECONÓMICO

MENCIÓN RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

**“EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA COMUNIDAD ANDINA DE
NACIONES”**

SUPERVISOR

DR. SANTIAGO ANDRADE

ENA G. MATOS JAQUI

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado en Magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de Información o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo para que se realice copias pero en la medida necesaria, reproducción que no debe constituir una ganancia económica, de conformidad a las normas vigentes de Propiedad Intelectual y las regulaciones de la Universidad,.

Sin perjuicio de ejercer mi Derecho de Autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, la publicación de esta tesis o parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Ena Matos Jaqui
Autora

INTRODUCCIÓN

Si definimos al comercio electrónico como: "Cualquier forma de transacción de negocios en la cual las partes interactúan electrónicamente, en vez de hacerse mediante intercambios o contacto físico directo", está claro que el mismo no es nada nuevo, pues en su evolución ha utilizado diversos instrumentos como soporte, desde el teléfono hasta el internet, pasando por el télex y el fax.

Con el advenimiento del internet y su extraordinaria difusión vino a reducir de manera considerable los costos de las comunicaciones. Esto sin duda, ha creado nuevas condiciones para el comercio internacional. Así por ejemplo, a principios de 1998 estaban conectadas a internet el 68% de las empresas del mundo; y según un estudio de la International Data Corporation (IDC) el comercio electrónico generará unos 8 mil millones de dólares en América Latina en el 2003. De ahí, que viene a constituirse en uno de los actores decisivos en el comercio mundial.

Por ello, uno de los temas que es objeto de debate en las agendas de organizaciones internacionales como de máxima atención por muchos gobiernos, fundamentalmente de países desarrollados, es el Comercio Electrónico, al producir acelerados y vertiginosos cambios.

Estos cambios se verifican especialmente en los sistemas jurídicos, pues la utilización de las tecnologías de la información, ha conllevado a la aparición de nuevos usos y costumbres en el comercio internacional. Por ejemplo, el concepto de domicilio o residencia se ve alterado por el concepto de domicilio virtual, o la aplicación de conceptos de propiedad intelectual al tema de nombres de dominio, cuando los nombres de dominio no son signos distintivos (marcas), sino una forma de identificación en el espacio.

En el caso ecuatoriano, aún no se registra cambios sustanciales en la legislación adjetiva pese a las variantes jurídicas que en el comercio internacional se están dando. Sin

embargo, la legislatura hace un esfuerzo para elaborar el proyecto de "Ley de Comercio Electrónico y Firmas Digitales", el cual se encuentra para segundo debate, tema que será parte de ésta investigación.

ÍNDICE

Páginas

INTRODUCCIÓN

I. GENERALIDADES SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

- 1.1 Aproximación conceptual sobre comercio electrónico
- 1.2 Antecedentes de la Ley Modelo UNCITRAL sobre comercio Electrónico
- 1.3 Entorno internacional: Principales organismos que Desarrollan aspectos relativos al comercio electrónico

II. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

- 2.1 El contrato electrónico
- 2.2 Ámbito de aplicación
- 2.3 Necesidad de su regulación
- 2.4 Principios que rigen la contratación electrónica

III. EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO: EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA IRMA DIGITAL

- 3.1 El documento electrónico
- 3.2 El documento electrónico en la Comunidad Andina de Naciones
- 3.3 La firma digital: Requisitos de autenticidad
- 3.4 La firma digital en la Comunidad Andina de Naciones

IV. FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

- 4.1 Formación del consentimiento en materia de contratación Electrónica
- 4.2 Aplicación de las normas para el perfeccionamiento del Contrato
- 4.3 Valor probatorio de los documentos electrónicos
- 4.4 Jurisdicción y derecho aplicable

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

- 5.1 La responsabilidad
- 5.2 La responsabilidad en el derecho informático
- 5.3 Vulneración de medios electrónicos a la intimidad

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I. GENERALIDADES SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

1.1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

En el marco de una aproximación conceptual al comercio electrónico, revistas especializadas sobre informática, entienden como "cualquier forma de transacción de negocios en la cual las partes interactúan electrónicamente en vez de hacerse mediante intercambios materiales o contacto físico directo."

Está claro, que la manera de "hacer negocios" no es nada nuevo, pues en su evolución ha utilizado diversos instrumentos como soporte, desde el teléfono hasta internet, pasando por el télex y el fax.

Ahora bien, si nos remitimos a un criterio mas amplio, el autor Antequera Parilli, entiende al comercio electrónico como toda relación comercial estructurada a partir de uno o mas mensajes de datos (u otros medios que contengan información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos) mediante la cual, entre otras cosas, se producen operaciones de intercambio o suministro de bienes (tangibles o intangibles) y servicios, incluidas las actividades de publicidad y mercadeo, sin que exista contacto físico entre quien ofrece los bienes y servicios y quien los demanda.¹

En efecto, a través de estas redes abiertas se transan no sólo bienes tangibles, así en las tiendas virtuales se venden libros, discos, ropa y un sin número de mercancías que el público ordena desde su domicilio y paga mediante tarjeta de crédito, sino también servicios de los más variados como financieros, turismo, consultorías, etc.

Lo más sugestivo de estas operaciones comerciales virtuales, se da las transacciones de bienes incorporeales, tales como las obras artísticas, literarias, signos distintivos, invenciones patentadas, etc., que por su carácter inmaterial permite su negociación y entrega directa en línea.

¹ ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. *El Comercio Electrónico y su incidencia en los derechos de Propiedad Intelectual*. Documento OMPI. INDECOPI, Lima 2000. Pág.1.

Imaginémonos por ejemplo, la compra de software a través de internet y la compra de un cuadro en una galería ubicada en Nueva York, en el primer caso, estamos ante una operación netamente virtual donde la celebración del contrato y la ejecución (entrega del bien) se efectúan a través de procedimientos informáticos, obviamente, muchos autores lo calificarían como un caso típico de comercio electrónico. En el segundo supuesto, estamos ante una contratación electrónica que involucra una ejecución física de la misma, pues la obra de arte tendrá que ser embalada y enviada por un medio de transporte, quizás aéreo y declarada ante las aduanas el origen y destino.

Para las personas domiciliadas física y virtualmente en el Ecuador, las transacciones electrónicas pueden ser domésticas o internacionales, dependiendo de la dirección del ofertante y del tipo de la mercancía sujeta a transacción.

No obstante, Julio Núñez señala² que el comercio electrónico amerita una redefinición como *“contratación electrónica internacional”*; donde los conceptos de *legislación y jurisdicción son los temas que cobran interés analizar”*.

Al respecto, los Cibertribunales³ (como es el caso del Cibertribunal Peruano) y otros organismos internacionales, han declarado como costumbres en el comercio electrónico, a los usos y prácticas de los comerciantes, pues aquellos vienen a determinar, la jurisdicción competente y la legislación aplicable. Aquello, indudablemente facilita el comercio mundial.

Consecuentemente, dichos usos y costumbres de la era digital deberían ser tomados en cuenta para su incorporación en el ordenamiento jurídico. De ahí, la importancia de la *lex mercatoria*.

Precisa además el mencionado autor. *“que el uso de la tecnología de la información en el comercio internacional no puede crear un objeto de estudio llamado comercio*

² NÚÑEZ, Julio. *Derecho Informático*. Editorial Marsol Perú Editores. Lima 1996. Pág. 53.

³ El Cibertribunal es una institución internacional creada en el espacio, para solucionar litigios sobre comercio electrónico a nivel extrajudicial, cuya regulación es similar a la legislación de arbitraje.

*electrónico*⁴, al tratarse de una expresión "resaltante de la Nueva Lex Mercatoria" o mejor dicho de los nuevos usos y costumbres que tienen los comerciantes a finales del siglo XX.

Según Sara L. Eldestein de Cárdenas, la *lex mercatoria* constituye un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido esta conformado por principio específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional".⁵

Esta aparición de nuevos usos y costumbres electrónicas no hace mas que reformar el carácter dinámico y consuetudinario, que ha caracterizado por siglos el derecho del Comercio Internacional. Por ello, se puede decir que el derecho informático está irradiando sus instituciones en otras áreas del derecho.

Esta irradiación se observa a través de la *lex mercatoria*, por lo que se apunta que a opinión de Calderón Rodríguez,⁶ "*estamos ante una nueva redimensión del derecho del comercio internacional, donde la informática y los postulados del derecho informático forman parte de la nueva lex mercatoria del comercio internacional*".

También es cierto, que a través de la contratación electrónica se están dinamizando las economías, acrecentándose el comercio entre todos los países del mundo. Es decir, mas que comercio electrónico internacional o doméstico, se ubica entre un comercio internacional que está convirtiéndose en comercio internacional electrónico.⁷

De ahí, que pretender definir conceptualmente al comercio electrónico, es tratar de confrontar diferentes elementos.

Sin embargo, al comercio electrónico como una aproximación considero que se la puede definir en breves términos como:

⁴ Ver: NÚÑEZ, Julio. *Derecho Informático*. Pág.54-

⁵ CÁRDENAS de Sara Eldestein. *Contratos internacionales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, pág. 114.

⁶ Ver: NÚÑEZ, Julio. *Derecho Informático*. Pág.55

⁷ tomado: <http://www.derecho.org>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I.

“Todo acto y contrato de comercio, a partir de uno o más mensajes de datos (generada por medios electrónicos), cuyo objeto son las operaciones mercantiles de bienes (tangibles e intangibles) y servicios, sin existir contacto físico directo, de quién demande y oferte”.

1.2 ANTECEDENTES DE LA LEY MODELO UNCITRAL SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

El avance de la información, ha dado lugar a la creación del comercio en el espacio, cuyo extraordinario desarrollo evidencia ventajas apuntadas, pero también presenta una serie de problemas en perjuicio del comercio de bienes tanto materiales como inmateriales, como ser la validez y ejecución de los contratos su jurisdicción, los sistemas de protección de archivos a través de medidas de seguridad, y el derecho a ellos aplicables. Inquietudes éstas, que precisaron tratar organismos internacionales, como las Naciones Unidas.

Así, pues, en el último lustro de la década del 60, al detentar los primeros efectos el comercio electrónico de las transacciones comerciales internacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2205 (XXI), de diciembre 17 de 1996, estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI o UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), en adelante la Comisión, con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresiva del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional. Y en observancia, de que cada vez existe un número creciente en el comercio internacional que realiza sus operaciones por medio del intercambio electrónico de datos y otros medios de comunicación.⁸

⁸ Tomado de la Resolución aprobada por la Asamblea general (sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/828)) 51/182.

La Asamblea General de la Comisión en su 18va. Período de sesiones celebrado en 1985, mediante resolución 40/71 pidió a los gobiernos y a los organismos internacionales que adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia del procesamiento automático en el comercio internacional.

En su 29ª sesión plenaria de diciembre 16 de 1996 después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas, la Comisión aprueba la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

Mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/5/628)) 51/162, en su 85ª sesión plenaria de 16 de diciembre de 1996, la Ley Modelo aprobada por la CNUDMI (en adelante Ley Modelo), se constituye en la norma macro significativa para el ordenamiento interno de los Estados, al considerar que ayudará a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezca de ella.

La Ley Modelo establece un marco para determinar el valor legal de los mensajes electrónicos basados en definir para este nuevo escenario conceptos funcionalmente equivalentes a los conceptos tradicionales de "documento original", "firma", etc.

Dicha Ley está compuesta por dos partes: la primera, trata sobre el comercio electrónico en general, contentivo en tres capítulos de 15 artículos; y la segunda, contiene aspectos sobre el Comercio electrónico en materias específicas, consta de un capítulo con dos artículos. Aparte de contener normas y principios, la Comisión preparó una guía para la promoción de la Ley modelo.

Esta guía orienta y facilita a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados, así también está basado en el reconocimiento de que, en la práctica, de los diversos usuarios.

La decisión de emprender la preparación de la Ley Modelo, está basada en el reconocimiento de que, en la práctica, la solución de la mayoría de las dificultades jurídicas suscitadas por el empleo de los modernos medios de comunicación. Suele buscarse por vía contractual, y el cometido general de eliminar o reducir las disparidades en legislaciones nacionales que puedan crear obstáculos al comercio internacional.

Generalmente, las contrataciones mercantiles se han realizado bajo el empleo de documentación con soporte de papel. Este sistema tradicional, debido al desarrollo de medios modernos de comunicación, se constituye en un problema. Efectivamente, uno de los obstáculos jurídicos mas graves que enfrentó la Comisión para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional, radicó en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel.

Cuestiones tan relevantes, son tratadas de manera amplia en el seno de la Unión Europea, con la Directiva 2000/31/Ce de junio 8 del 2000.

A nivel de los Estados, ya se concretan cuerpos legislativos sobre comercio electrónico, mensajes de datos y firmas electrónicas, como es el caso de la Ley Federal estadounidense sobre firmas digitales de 30 de junio del 2000 y los países de la Comunidad Andina: Colombia con la Ley No. 527 (C.L-527); Perú Leyes Nos. 27291 y 27310 (p.l. 27291&27310); Venezuela, el Decreto-ley 1.204 (D-L 204); y en el caso ecuatoriano, la legislatura ha hecho un esfuerzo para elaborar el proyecto de "Ley de Comercio Electrónico y Firmas Digitales " (en adelante Proyecto Ley).

1.3 ENTORNO INTERNACIONAL: Principales organismos que desarrollan aspectos relativos al comercio electrónico.

A nivel internacional varios organismos desarrollan el tema del comercio electrónico, entre los más importantes se encuentran los siguientes:

- **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).**- La OCDE, una entidad cuyos miembros representan más del 70% del comercio mundial. Es una de las organizaciones internacionales más activas en la promoción del comercio electrónico. En 1997 y 1998, la OCDE ha celebrado dos conferencias ministeriales sobre el desarrollo del comercio electrónico como parte de su política de promoción del desarrollo tecnológico, eliminación de barreras y liberalización del comercio.

La OCDE promueve la colaboración internacional para minimizar las diferencias entre países en el marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos y derechos de propiedad intelectual. A nivel general ha analizado los beneficios derivados de la liberalización del mercado de telecomunicaciones, así como del proceso de convergencia entre diferentes tecnologías y servicios de comunicación hacia una infraestructura global de información. A nivel particular, ha analizado temas concretos como los servicios de acceso condicional, interconexión de redes, tarifas de uso de internet, nombres de dominio y estándares para interoperabilidad.

Asimismo, está estudiando los cambios de estructuras económicas y sociales que puede traer consigo la generalización en del comercio electrónico, por ejemplo en cuanto a crecimiento, competitividad, empleo, impacto por sectores económicos, reorganización de sectores intermediarios y nuevas oportunidades de negocio. También está tratando temas como los problemas logísticos, contenidos en internet.⁹

- **Cámara Internacional de Comercio (CIC).**- La Cámara Internacional de Comercio tiene en marcha el Proyecto ECP (Electronic Comerse Project), cuyo objetivo es definir prácticas comerciales que ayude a crear confianza en las transacciones

⁹ URETS: *Uniform rules for electronic trade and settlement*. Documento ecp-37. Propuesto por el grupo de trabajo de prácticas de comercio electrónico de la ICC.

comerciales electrónicas. El proyecto en el que participan especialistas de diversos campos (Telecomunicaciones, banca, transporte, etc).¹⁰

➤ **Organización Mundial del Comercio (OMC).**- En 1998, la Organización Mundial del Comercio, en su conferencia ministerial declaró su intención de establecer un amplio programa de trabajo para examinar los aspectos comerciales del comercio electrónico a escala mundial. El Consejo de la OMC que administra el acuerdo sobre Aspectos Comerciales de los Derechos de Propiedad Intelectual, está estudiando los factores del comercio electrónico que pueden afectar a dicho acuerdo.¹¹

➤ **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.**- Esta organización también se encuentra estudiando aspectos relacionados con el comercio electrónico, específicamente los nombres de dominio.

➤ **Cooperación entre la Unión Europea y otros países.**- El proyecto piloto Mercado Global para PYMES coordinado por la comisión europea, Estados Unidos y Japón, es un ejemplo de cooperación internacional en materia de comercio electrónico con una importante componente técnico. En el año 1997, tuvo lugar varios eventos importantes. En julio se celebró en Bonn una conferencia ministerial sobre el tema "Realización del Potencial de las Redes de Información Globales", con participación de países europeos y de Estados Unidos, Canadá, Japón y Rusia. Tras la conferencia se publicó la declaración de Bonn.

En diciembre de 1997, se publicó una declaración conjunta entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre comercio electrónico tras la cumbre bilateral que tuvo lugar en Washington.

En 1998, LA Unión Europea ha continuado impulsando los debates encaminados a mejorar la coordinación internacional en dos temas que afectan al desarrollo del

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

comercio electrónico a escala mundial. Esta iniciativa se recoge en la comunicación de la Comisión Europea sobre globalización de la sociedad de la información.¹²

- **Programa de comercio electrónico federal de Estados Unidos.-** Este programa se encarga de coordinar el desarrollo del comercio electrónico dentro del gobierno de Estados Unidos. Está dirigido por representantes de la General Services Administration (GSA) y del departamento de Defensa.
- **Otros organismos.-** A nivel mundial, existen otros organismos que trabajan en el mercado despegue del comercio electrónico, así e España se ha conformado varias asociaciones a nivel privado e instituciones, tales como tribunales sobre arbitraje en comercio electrónico y, organismos de carácter público reguladores y otros que tienen un doble papel en usuarios y promotores.¹³

¹² idem

¹³ Idem.

CAPÍTULO II. "LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA"

2.1 EL CONTRATO ELECTRÓNICO

2.1.1 CONCEPTO

El contrato electrónico es aquel que a partir de uno o más mensajes de datos se perfecciona y ejecuta mediante el uso del computador conectado a un sistema de comunicación telemático, el que, en caso de necesario, suministra los medios probatorios.

Este tipo de contrato recibe distintas denominaciones, así el de "contrato electrónico", o de contrato cibernético, contrato digital o contrato por computador.¹⁴

En el desarrollo del presente trabajo adoptaremos el término más usual a identificarse: "contrato electrónico".

Generalmente a esta clase de contrato se le confunde con el contrato informático, pero éste tiene un diferente objeto, esto es, los bienes o servicio informáticos, los programas de computación y los servicios de mantenimiento. Mientras, los contratos electrónicos utilizan la informática en el proceso de formación del vínculo contractual.

Si bien es cierto que este tipo de contrato difiere del tradicional por el medio del que se sirve para perfeccionarse, ejecutarse y probarse, esto es, el computador conectado a un sistema de comunicación telemático, no es menos cierto que no constituye una nueva categoría de contrato.

En efecto, una de las disposiciones generales de la Ley Modelo, señala las operaciones siguientes sujetas de contratación: "toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje ("factoring"); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("Leasing"); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiamiento; de banca; de

¹⁴ PEREIRA, Dos Santos. Tomado: <http://www.derecho/org/redi/>

seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.”

Entonces, es una mera forma llamada a abarcar sin excepciones, toda la gama de contratos que actualmente conocemos y los que en el futuro existan, como el contrato más común, el de compraventa o el de arrendamiento mercantil, etc.

2.2 AMBITO DE APLICACIÓN

La singularidad de la contratación electrónica permite delimitar el ámbito de aplicación de esta clase de contrato.

Ello es así, pues, la Ley Modelo prevé la posibilidad de que se excluyan ciertos supuestos del ámbito de aplicación; sin embargo todo Estado que adopte su régimen podrá decidir no imponer en su derecho interno ninguna restricción importante al ámbito de aplicación.

Según la aludida ley, el ámbito de aplicabilidad es para todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales (Art.1). Por ejemplo, no dejará de aplicarse la norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos, por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento. (Art. 17,6 Ley Modelo).

Conforme el derecho ecuatoriano, el Art. 1481 del Código Civil (CC), define al Contrato como un acto por el cual, un parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...). Esta obligación nace del concurso de las voluntades de dos o más personas. (Art. 1480 CC.)

Pero, algunas legislaciones excluyen cierto tipo de contrataciones. Así La Directiva Europea referida *ut supra* en su Art. 9.2 deja de lado aquellos contratos que requieren

intervención notarial, su registro por una autoridad pública como exigencia para su validez y finalmente los que se celebran en el ámbito del derecho de familia y sucesorio.

No obstante, es preciso armonizar la coexistencia de las normas en materia de formación de los contratos, con las referidas de contratación electrónica, de esta manera, se evita toda neutralización recíproca.

2.3 NECESIDAD DE SU REGULACIÓN

Las razones por la que los Estados requieren regular esta materia, son varias, todas éstas fundadas en la finalidad de incentivar y facilitar el comercio internacional. (Resolución 51/162 "Ley Modelo").

En primer lugar, la ausencia de límites en materia de comercio electrónico no admite fraccionamientos territoriales, por lo que se hace necesario armonizar y uniformar las normativas nacionales.

En segundo lugar, estas normativas deben contener reglas claras que permitan validar las transacciones por medio de las nuevas tecnologías de la información.

Y finalmente, es preciso que las comunicaciones conducentes a la formación del contrato estén revestidas de garantías de seguridad de tal modo, que según veremos más adelante al analizar el principio de la equivalencia funcional, los futuros contratantes tengan la certeza de que el resultado buscado, a través de este nuevo medio equivalga al de los métodos tradicionales.

Al respecto, la Exposición de Motivos del D-I 1.204 (Venezuela) señala: *"El principal objetivo de este decreto-Ley es adoptar un marco normativo que avale los desarrollos tecnológicos sobre seguridad en materia de comunicación y negocios electrónicos par dar pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de estas tecnologías."*

Adicionalmente, el derecho europeo en la exposición de motivos de la Directiva Europea 2000/31/CE contempla que es una base fundamental para que los ciudadanos y los agentes puedan disfrutar plenamente, sin tener en cuenta las fronteras de las oportunidades que ofrece el comercio electrónico.

A mayor abundamiento sobre la necesidad de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico, es la comprobación de que en ciertos países la normativa aplicable a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto las modalidades propias del comercio electrónico. En algunos casos, la legislación vigente impone o supone restricciones al empleo de los modernos medios de comunicación, por ejemplo, por haberse prescrito el empleo de documentos "originales", "manuscritos" o "firmados". Si bien unos cuantos países han adoptado reglas especiales para regular determinados aspectos del comercio electrónico, se hace sentir en todas partes la ausencia de un régimen general del comercio electrónico. De ello, puede resultar incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en otra forma que no sea la de un documento tradicional sobre papel. Además, la necesidad de un marco legal seguro y de prácticas eficientes se hace sentir no sólo en aquellos países en los que se está difundiendo el empleo del intercambio electrónico de datos (EDI) y del correo electrónico, sino también en otros muchos países en los que se ha difundido el empleo del fax, el teles y otras técnicas de comunicación parecidas.¹⁵ Aquello, por supuesto no descarta la aplicación de la Ley de comercio dentro de las fronteras.

Como se puede observar, es apremiante la necesidad de regulación en una materia que cada día de forma extraordinaria crece, razones ilimitadas existen, pero lo que está

¹⁵ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, punto 3.

claro, es que contribuye de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas.

2.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

2.4.1 Principio de la equivalencia funcional

El principio de equivalencia funcional comprende que los mensajes de datos deben tener la misma eficacia probatoria que los documentos escritos.)Ley Modelo Arts. 5 bis y 9; y, Exposición de Motivos Art. 4 del D-L 1.204 Venezuela).

Dicha eficacia se deriva de determinados atributos que exhibe el documento escrito en forma tradicional y que deben estar presentes en el electrónico a saber:

- a) asegurar su tangibilidad o materialidad
- b) representar el acto o negocio jurídico en la misma forma en que se realizó
- c) permitir su conservación en forma inalterada a lo largo del tiempo
- d) hacer posible su lectura y reproducción por cualquiera de las partes
- e) ser susceptibles de refrendo por medio de la firma; y,
- f) ser admitido como medio de plena prueba ante los tribunales (Punto 16 Guía de la Ley Modelo y Exposición de Motivos del D-L Venezolano 1.204).

El punto 17 de la Guía de la Ley Modelo señala, que esta equivalencia del mensaje de datos, "de por sí, es de naturaleza distintiva y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello, la Ley Modelo adoptó un criterio flexible "que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel, al adoptar el criterio del *equivalente funcional*", se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida." Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un ´ requisito mínimo´) no debe ser

confundido con otros requisitos más estrictos como el de escrito "firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado".

El punto 18 *ibidem*, declara que la Ley Modelo "no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que ha de desempeñar idéntica función".

Establece además, que en los artículos 6 a 9 de la Ley Modelo "se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de 'escrito', 'firma' y 'original', pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.

2.4.2 Principio de la no discriminación

Este principio se basa en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, cuya eficacia no debe negarse, en cuanto a su validez o fuerza obligatoria, a una manifestación de voluntad u otra declaración, por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos. (Ley Modelo Art. 12,1)

Al respecto, la Exposición de Motivos del D-L 1.204 (Venezuela), indica que no se negará eficacia probatoria al mensaje de datos por el solo hecho de que se presente como tal.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, expresa que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los instrumentos públicos privados (...).

2.4.3 Principio de la independencia del soporte

La eficacia y valor jurídico de la informática ininteligible en forma electrónica es independiente de su soporte material. (Art. 1 del D-L 1.204)

2.4.4 Principio de la autonomía de la voluntad

Este principio genera una libertad contractual, que permite convenir a las partes en la modalidad de sus transacciones. (Exposición de Motivos D-L 1.204)

2.4.5 Principio de confidencialidad

El principio rige para los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, medio o intención, cuya violación implica una intromisión electrónica, cesión ilegal de mensajes de datos o violación del secreto profesional. (Principios generales del Proyecto de Ley)

CAPITULO III: " EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO: EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA DIGITAL"

3.1 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

3.1.1 DEFINICIÓN

Al documento electrónico en general, se considera a todo soporte material idóneo susceptible de representar un acto jurídico independientemente del tipo de medio físico empleado.

Por su parte, el título preliminar del proyecto de Ley ecuatoriano, lo define como el documento en formato electrónico con información electrónica o digital que se genera o almacena por cualquier medio.

De las definiciones se puede extraer que el documento contiene tres elementos básicos:

- un soporte materia idóneo
- un formato electrónico con información electrónica; y,
- el carácter probatorio.

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

En un sentido más general se ha dicho que es aquel generado, transmitido o almacenado en el ambiente digital.¹⁶

¹⁶ PEREIRA DOS SANTOS (tomado:www.derecho.org/redi/)

La cuestión se traslada ahora, a considerar si en este caso se reúnen los mismo atributos que el documento jurídico tradicional; materialidad, integridad, inalterabilidad, legibilidad y confiabilidad.

Para determinar aquello, debe observarse en primer momento que trata de un documento. El diccionario (Salvat) nos proporciona la siguiente definición: "Cualquier escrito que ilustra sobre algún hecho. "Der -Escrito en que constan declaraciones de voluntad, o simplemente hechos o derechos.- De lo expuesto, se contrae que el documento necesariamente, debe ser escrito. Con relación a este verbo escribir, el diccionario aporta la siguiente definición: "Representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados sobre una superficie".

De allí, se concilia que el documento electrónico requiere de la escritura, cuya materialidad y legibilidad son atributos del sistema tradicional. En efecto, la escritura de este tipo de documento se fija sobre un soporte material del cual se sirve el sistema telemático o digital. Como el documento electrónico contiene un mensaje (desde un texto alfanumérico hasta un diseño o un gráfico), escrito en un lenguaje de dígitos binarios (bits), sobre el soporte material mueble que le brindan los dispositivos de memoria secundaria (por ejemplo, los discos magnéticos), supera las limitaciones temporales y especiales de la comunicación oral, al no necesitar que emisor y receptor se encuentren físicamente presentes el uno del otro.¹⁷

Esta explicación sin embargo, no permite concluir afirmativamente sobre la integridad, inalterabilidad y confiabilidad que deben ser atribuibles al documento electrónico. Al respecto, la Ley Modelo enuncia en el párrafo 3) del Art. 8, el criterio para evaluar la integridad del mensaje de datos ("original"), esto es, que haya permanecido

¹⁷ Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numero5>

completo e inalterado, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación.

Por 'original' se entiende el soporte en el que por primera vez se consigna la información. La noción de original en el Art. 8 es útil, pues en la práctica muchas controversias se refieren a la cuestión de la originalidad de los documentos y en el comercio electrónico el requisito de la presentación de originales es uno de los obstáculos principales que la Ley Modelo trata de suprimir.¹⁸ No por ello, deja de lado este requisito indispensable para la validez jurídica de este tipo de documentos. Así, pues, se conceptúa en forma separada y distinta a los términos de "escrito" y "firma", dada la importancia a efectos probatorios.

La originalidad es pertinente, según la Guía (punto 63), "para aquellos documentos que requieran un original, cabe mencionar documentos comerciales tales como: certificados de peso, certificados agrícolas, certificados de calidad o cantidad, informes de inspección, certificados de seguro u otros. Estos documentos no son negociables y no se utilizan para transferir derechos o la titularidad, pero es esencial que sean transmitidos sin alteraciones en su forma original para que las demás partes en el comercio internacional puedan tener confianza en su contenido".

En la práctica jurídica, necesariamente se requiere el original de los documentos antes mencionados, pero esto no significa que los documentos electrónicos no puedan constituirse en originales por el medio que utilizan para su transmisión, pues así exige la Ley Modelo.

Por ello, se prevé diversos procedimientos y técnicas para certificar el contenido de un mensaje de datos y de esta manera, confirmar su carácter de original, sin éste equivalente funcional se interpondrían obstáculos a la compraventa de mercaderías,

¹⁸ Guía Ley Modelo, numeral 62

mediante la transmisión electrónica de datos, si se exigiese a los iniciadores de los documentos correspondientes que retransmitiesen el mensaje de datos, cada vez que se vendiesen las mercancías o se obligara a las partes a utilizar documentos escritos para complementar la operación efectuada por el comercio electrónico.¹⁹

Por otra, el art. 8 preceptúa el requisito de forma mínimo para que un mensaje sea aceptable como el equivalente funcional de un original. El término "mínimo aceptable" se entiende como una invitación a los Estados para que en sus legislaciones establezcan requisitos no más severos que los enunciados en la Ley Modelo.²⁰

Se subraya la importancia de la integridad de la información para que tenga lugar su 'originalidad', para lo cual se fija criterios que deben tomarse en cuenta al momento de evaluar la integridad de un documento; como la consignación sistemática de la información y garantías de que la información fue consignada en forma tal, (esto es, que el documento debe estar protegido contra toda modificación). Vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación (es decir, la forma como determinar la autoría), cuyo sistema a utilizarse es adecuado para evaluar la identidad de quien escribió el documento, por ejemplo, por medio de las certificaciones digitales. Además, se establece que la evaluación debe considerar las circunstancias apremiantes, pero siempre con un sentido de flexibilidad. (párrafo 3, b) Art. 8).

En efecto, los requerimientos que debe cumplir un mensaje de datos son: "si han sido consignados, archivados, o comunicados de forma fiable", pues éste se archiva y envía al espacio hacia el receptor –destinatario. Estos aspectos importantes logran precisar que el documento electrónico al ser un documento escrito exhibe la nota de juridicidad desde el momento en que es susceptible de presentar un acto jurídico.

¹⁹ Guía Ley Modelo, numeral 63

²⁰ Guía Ley Modelo, numeral 64.

En efecto, uno de los principios fundamentales del mensaje de datos es que no deben ser objeto de discriminación con respecto a los documentos consignados sobre papel (Art. 5., Ley Modelo).

Sin embargo, la eficacia jurídica de un documento dependerá de las condiciones que establezca el derecho interno.

De allí, que el Art. 5 bis de la Ley Modelo, halla de reconocer determinadas condiciones, cuando se trata de un mensaje de datos que no se expresa íntegramente, sino que exista una mera remisión, otorgándole el mismo grado de validez jurídica que si figurase íntegramente en el texto de mensaje de datos. Este reconocimiento es aceptable por muchos Estados al establecer en el derecho normas de salvaguardia, por ejemplo las normas de protección del consumidor. De ahí, que se utiliza la expresión “**Incorporación por remisión**”, como fórmula para describir situaciones en las que un documento se refiere de manera genérica a disposiciones establecidas de otro lugar o jurisdicción. Así ocurre especialmente en el marco de comunicaciones internacionales en las que intervienen varias partes que actúan conforme a costumbres y prácticas comerciales diversas.²¹

El establecimiento de normas para la incorporación por remisión de mensaje de datos a otros mensajes de datos, es fundamental para fomentar una infraestructura comercial informatizada, Sin la seguridad jurídica que proporciona esas normas, existiría un riesgo considerable de que las pruebas tradicionales para determinar la ejecutoriedad de las condiciones que se tratara de incorporar por remisión fueran ineficaces al aplicarse a las condiciones correspondientes al comercio electrónico debido a las diferencias existentes entre los mecanismos del comercio tradicional y del comercio electrónico.

De lo anterior se extrae, que el documento electrónico al presentar un acto jurídico, si cumple con los atributos requeridos en el ámbito tradicional.

²¹ Guía Ley Modelo, 46,1; 46,3

Pero además, el escrito resulta relevante desde el momento en que las distintas legislaciones otorgan a esta clase de documentos, efectos probatorios de los actos o negocios jurídicos que contienen.

Para los actos o negocios jurídicos, exige también la posibilidad de consulta posterior, que se pueda demostrar que el formato reproduce con exactitud la información y que conserven los datos relativos al origen y destino del mensaje de datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido, todo lo cual podrá hacerse aún por medio de los servicios de terceras personas.

3.2 EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

El derecho comunitario se basa en dos principios fundamentales, el de la Preeminencia y el de la Aplicación.

En efecto, por el principio de aplicación directa de conformidad con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino, las Decisiones Andinas deben aplicarse como Ley interna para los Estados de la Comunidad, debiendo ser adoptadas, no sólo por su preeminencia, respecto de la legislación nacional, sino por su vigencia en los países de la Comunidad.

Sin embargo, hasta la fecha no se ha concertado un Régimen Común sobre comercio electrónico. Consecuentemente, en este acápite se determinará si los Estados miembros de la Comunidad Andina, han adoptado en sus legislaciones la Ley Modelo, cuyo marco jurídico tiende a la armonización internacional de los Estados.

- **BOLIVIA**

Dentro de la legislación de la República de Bolivia no se contempla aún un régimen jurídico mínimo indispensable que permita a los diversos agentes involucrados, apreciar y

valorar estas formas de intercambio y soporte de información que incide en la economía internacional.

- **COLOMBIA**

La normativa que regula la materia sobre comercio electrónico es la Ley No. 527, vigente para la República de Colombia desde 1999.

Dentro de su contexto normativo, se ubica el Art.9 que trata sobre el mensaje de datos, literalmente dice:

“Cuando la información consignada en un mensaje de datos permanece completa e inalterable, se exceptúa la integridad, en caso de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.”

Como se puede observar, la norma destaca el atributo de integridad en un documento electrónico, exceptuándose este atributo en aquellos casos de endoso o algún cambio en el proceso de comunicación, archivo o presentación.

El Art. 11 dispone que para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Expresa además, que habrá de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado, o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. Remite a las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, cuyas reglas deben tomarse en cuenta para determinar la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.

Esta Ley recoge el principio general expuesto en la Ley Modelo, sobre el “equivalente funcional” a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos en toda actuación administrativa o judicial. Así también, adopta el principio de no discriminación,

cuando dice: "por el sólo hecho que se trata de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original".

- **ECUADOR**

En la legislación ecuatoriana, aún no se incorpora el régimen jurídico que trata esta nueva materia. Pero la legislatura está en proceso de aprobar el Proyecto de Ley sobre Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos, (cuyo marco legal está en consideración desde el 28 de abril del 2000, habiéndose apuntado varias observaciones en su esencia). Por las circunstancias anotadas, el estudio se realizará con base a este proyecto, el cual posiblemente se aprobará para su entrada en vigor, con posibles cambios.

En este proyecto, se contempla sobre la integridad del documento en el Art. 8, literalmente dice:

“Cuando la Ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a la ley, existe garantía fidedigna de que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma.

Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro si se mantiene cumple e inalterable, salvo algún cambio de forma propia del proceso de comunicación, archivo o presentación”.

Conforme se aprecia, la disposición anotada como atributo del documento , la inalterabilidad, siempre y cuando éste cumpla las condiciones de conservación de los mensajes de datos expuestos en el Art. 9, a saber: a) que la información sea accesible para su ulterior consulta; b) sea conservado con el formato generado, enviado o recibido, el cual debe ser demostrable que reproduce con exactitud la información; y c) que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

A fin de comprobar la inalterabilidad del documento, se establece además, que se podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar o verificar los requisitos señalados.

En tanto, el art. 44 del referido proyecto estipula como se puede constituir un documento electrónico en instrumento público electrónico, bajo los siguientes condicionamientos:

“a) Los documentos escritos que se transformen en documentos electrónicos en presencia de un Notario se considerarán copias electrónicas auténticas e instrumentos Públicos,. Lo mismo sucederá a la inversa.

b) La afirmación hecha por un Notario o autoridad competente acerca de que la firma electrónica ha sido puesta o reconocida en su presencia por su titular, será considerada una legitimación de la firma electrónica, la misma que deberá cumplir con los requisitos técnicos y legales establecidos.

c) Cuando una declaración de voluntad sea transmitida electrónicamente por un notario o autoridad competente, la actuación de éste, acreditará la realización de la comunicación del hecho, su lugar y fecha.

Los fedatarios Públicos deberán cumplir los mismos requisitos técnicos y de seguridad que los Proveedores de Servicios de Certificación para dar fe sobre mensaje de datos.

Los documentos electrónicos expedidos por Notario o autoridad competente, y firmados electrónicamente por ellos, tienen los mismos efectos jurídicos que los documentos escritos de su misma clase que se encuentren contemplados en la Legislación ecuatoriana.”

Las disposiciones anotadas concretan el procedimiento para constituir un documento electrónico en copia auténtica electrónica o instrumento público electrónico, cuya regulación se encuentra en concordancia con el Art. 168 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, el Art. 48 del referido proyecto, trata sobre la valoración como medio de prueba del mensaje de datos, cualquiera sea su procedencia o generación. La disposición siguiente (Art. 49), en cambio dispone que *“existe presunción legal sobre un documento electrónico presentado como prueba, siempre y cuando la firma electrónica hubiere sido certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación que cumpla con*

los requisitos señalados en la Ley.” Seguidamente, apunta las circunstancias que validan la presunción:

- a) Los datos que no han sido alterados desde su firma;
- b) La firma electrónica que pertenece al suscriptor;
- c) Fue añadida al documento con la intención de manifestar su voluntad.

De allí, se destaca una diferencia entre el mensaje de datos y el documento electrónico, el primero puede ser usado como medio de prueba presentado como tal; mientras el segundo, goza de presunción legal de autenticidad, siempre que cumpla con el condicionamiento de que conste la firma electrónica debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación.

Pese a que la norma hace una distinción entre ambos términos, no deja de lado el **principio del equivalente funcional** adoptado de la Ley Modelo.

Pero en caso de alguna de las partes negase validez del documento, deberá justificar que adolece de uno o varios vicios que lo invalidan conforme a la Ley. Entre los casos que pueden invalidar el documento se anota los siguientes:

- a) Que el procedimiento de seguridad incluyendo los medios utilizados para verificar la firma, no pueden ser reconocidos técnicamente como seguros.
- b) Insuficiencia del procedimiento empleado
- c) Adulteración técnica
- d) Los demás establecidos en la Ley

Los Arts. 50 y 51, prescriben normas sobre principios procesales del uso de la prueba, para apreciación de documentos ante un Juzgado o Tribunal de Justicia. Los Arts. ss., hablan de las infracciones electrónicas.

Vale destacar, que el espíritu de la Ley Modelo, consiste en erradicar i evitar malas prácticas o conductas dolosas. De ahí, que para su valoración procesal, podrá valerse de

resultados obtenidos por la utilización de aparatos destinados a desarrollar exámenes o demostraciones científicas o por medios computacionales que incluyen servicios de terceros.

No obstante, la idea de admitir analógicamente documentos no contemplados dentro de los medios de prueba, debe ser avalada debidamente en el ámbito procesal. En cuya razón, es recomendable que se realicen reformas en las normas adjetiva y sustantiva.

- **PERÚ**

La Legislación peruana aún no contempla una normativa especial sobre comercio electrónico, pero con el objeto de permitir la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica, se reforma las normas del Código Civil, mediante Ley No. 27291 del 23 de junio del 2000.

Así, la Exposición de Motivos de la ley mencionada explica que la reforma está dirigida en primer lugar, a diferenciar entre forma y medio de manifestación de voluntad, En el caso de la manifestación de voluntad, dispone que ésta deberá hacerse mediante la forma escrita o verbal, sin embargo, tratándose de los medios a través de los cuales se puede expresar esta manifestación de voluntad, se están incorporando expresamente los medios manuales (manuscrito), mecánicos (máquinas de escribir), electrónicos (correo electrónico, fax, etc.), a la vez que ésta dejando la puerta abierta para cualquier otro medio que pudiera crearse.

En efecto, el Art. 1 en su parte que modifica el Art. 141 y 1374 del Código Civil, trata la forma como se expresa la manifestación de voluntad y el conocimiento y contratación entre ausentes a través de medios electrónicos, con los siguientes textos:

“Art. 141.- MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.-

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. (...)”

Mediante el Art., 2 se adiciona al Código Civil el Art. 141-a, que en su parte pertinente dice:

“En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta”.

De las normas citadas, se colige que el documento generado a través de medios electrónicos tiene validez jurídica, cuya valoración atiende al principio del equivalente funcional. Así también, determina como se constituye en instrumento público un documento electrónico, siempre que cumpla con la constancia de la autoridad competente y a su vez, conserve el atributo de inalterabilidad con respecto a la integridad del documento.

- **VENEZUELA**

Mediante Decreto con fuerza de Ley No. 1.204 de 10 de febrero de 2001, se expide el marco jurídico sobre “Mensaje de Datos y Firmas electrónicas”.

La exposición de Motivos de esta Ley, particulariza que esta nueva modalidad de relación hace falta establecer dos elementos principales a saber: 1) identificación de las artes; 2) integridad del documento o mensaje, Indica que de ellos se derivan las responsabilidades (civil, patrimonial, penal, administrativa, disciplinaria, fiscal, etc.), comunes a los actos y negocios normales previstos en el ordenamiento judicial actual.

Adicionalmente, señala que el objetivo es dar pleno valor jurídico a los mensajes de datos, como también que cuando un acto o contrato conste por escrito, bastará como prueba el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores. Dentro de este contexto, pretende crear mecanismos para que la firma electrónica en adelante, tenga la misma eficacia y valor probatorio de la firma escrita, siempre que cumpla con los requisitos mínimos establecidos.

Además, la Exposición de Motivos determina varios principios entre los que se destaca: el principio de equivalencia funcional observado en la Ley Modelo para la

adopción de los países de la comunidad internacional en su legislación interna; el principio de la autonomía de la voluntad que permite a las partes convenir la modalidad de sus transacciones; el principio de no discriminación del mensaje de datos, a fin de que no sea cuestionado por el solo motivo de que se presente como tal. Y el principio de la independencia del soporte material (Art., 1 D-L).

Así, el art.4 dispone, que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. De esta forma, se incorpora el principio de equivalencia funcional.

Por su parte, requisito de originalidad que la ley eventualmente pueda requerir se cumple, si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en el mensaje de datos esté disponible. La integridad se obtiene cuando el mensaje de datos se mantiene inalterable desde que se generó- (Art. 7, D-L)

El Art. 8 preceptúa la constancia por escrito del mensaje de datos, cuyo requisito se satisface cuando la información que contienen el mensaje de datos es accesible para su ulterior consulta. Por lo que deberá permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente.

3.3 LA FIRMA DIGITAL: Requisitos para su autenticidad

En el punto anterior, se trató el documento electrónico al cual se le atribuye varios principios como el del equivalente funcional y el de no discriminación para efectos probatorios. En este punto se estudiará como ocurre la firma digital y observará, si se aplica los mismos principios.

La definición que siempre se utiliza para la palabra firma es la de un "...nombre y apellido, o título, de una persona, que está puesta en con rúbrica al pie de un documento

escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad para expresar que se aprueba su contenido, o para obligarse a lo que en él se dice.²²

Esta definición también es recogida en los diccionarios jurídicos, en donde se define a la palabra firma como: “Nombre y apellido o título que se pone al pie de un escrito”.

Conforme se puede apreciar, ambas definiciones aluden a un concepto de firma manuscrita, la cual permite en la mayoría de casos, certificar el contenido de un documento en el que consta el acuerdo de voluntades de los firmantes o contratantes, de ahí que, cuenta con un alto reconocimiento y tiene importancia legal.

En cambio una forma digital (digital Signatura) es en realidad un código informático, el cual se forma a través e un procesamiento de datos contenidos en una clave pública del emisor de un documento electrónico, relacionándola con la clave privada del destinatario, esto es, utilizando un sistema criptográfico extremadamente seguro.²³

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

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

²² ALVA MATTEUCCI, Juan Mario. Miembro del Instituto de Estudios Tributarios (IET). Miembro de la Comisión de Estudio de Derecho Municipal y Descentralización y de la Comisión Consultiva de Derecho Municipal “B” del Colegio de Abogados de Lima. Especialista en Tributación Municipal. Tomado (www.derecho.org)

²³ Diccionario Enciclopédico Nauta Mayor. Ediciones Nauta S. A. Colombia, 1997.

Entonces, la firma digital necesariamente debe ir contenida en un documento al igual que la firma manuscrita, con la diferencia de que no es tradicional, sino electrónico, Y debe estar insertada dentro de un certificado denominado “Certificado Digital”.

Ahora bien, -¿Qué es un Certificado Digital? Un certificado digital es conjunto de información sistematizada o registros electrónicos que atestiguan que una clave pública pertenece a determinado individuo o entidad.²⁴ Estos certificados ayudan a evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro. Constan de los siguientes datos:

- Un ID (identificador) de petición.
- Un password o contraseña
- El nombre y apellidos del titular.
- La dirección e-mail.
- Datos de la empresa donde labora el titular de la firma digital, que incluye el nombre de la organización, departamento, localidad, provincia y país.
- La fecha de emisión del certificado.
- La fecha de caducidad del certificado.

A través de un certificado digital o también llamado identidad digital, un usuario puede demostrar tres características importantes:

1. Su propia identidad, por medio de la firma digital.
2. La integridad de los documentos enviados, sin que nadie los haya modificado.
3. La privacidad de los mensajes, debido a que sólo podrán ser leídos por el destinatario al contener elementos cifrados.

Al respecto, la Ley Modelo, como ya se dijo, sigue un nuevo criterio que se denomina “ **Criterio del equivalente funcional**”, el cual está basado en un análisis de los objetivos y funciones con respecto a la presentación de un escrito consignado sobre papel,

²⁴ Tomado (www.derecho.org/redi/numero2/)

de esta manera, se determina las funciones y objetivos del documento electrónico, tales como: proporcionar un documento legible para todos, asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo, permitir la producción de un documento a lo largo del tiempo, permitir la reproducción de un documento, a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito, permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales.

Al satisfacer un mensaje de datos los objetivos y funciones de los requisitos tradicionales, como es la firma en las comunicaciones consignadas sobre papel, la Guía de la Ley Modelo tomó en cuenta las siguientes funciones de la firma:

1. Identificar a una persona
2. Dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y,
3. Asociar a esa persona con el contenido de un documento.

Estas funciones, demuestran la intención de una parte contractual de obligarse por el contenido del contrato firmado, la intención de un persona de reivindicar la autoría de un texto; la intención de una persona de asociarse con el contenido de un documento escrito por otra y el hecho de que esa persona había estado en un lugar determinado en un momento dado.

El propósito de la Ley Modelo en determinar las funciones de la presentación de una comunicación, es evitar la negación jurídica a un mensaje electrónico.

El art. 7 de la referida Ley, ofrece una fórmula general de valoración jurídica, por lo que el derecho interno habrá de determinar los requisitos de la firma para no obstaculizar el comercio electrónico. En el párrafo 2) de este mismo artículo, establece un criterio flexible respecto del grado de seguridad que se ha de alcanzar en la utilización del método de identificación mencionado. El método seleccionado debe ser confiable y apropiado.

Para determinar si es apropiado, expresa que debe tenerse en cuenta los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales:

- a) La perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes;
- b) La naturaleza de su actividad comercial;
- c) La frecuencia de sus relaciones comerciales;
- d) El tipo y la magnitud de la operación;
- e) La función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable;
- f) La capacidad de los sistemas de comunicación;
- g) La observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios;
- h) La gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios;
- i) La observancia de los usos y prácticas comerciales;
- j) La existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados;
- k) La importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos;
- l) La disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación;
- m) El grado de aceptación o no aceptación del método de cualquier identificación en la industria o esfera pertinente, tanto en el momento cuando se acordó el método cuando se comunicó el mensaje de datos.

En forma adicional, el Art. 7 prescribe una orientación mínima en cuanto a lo que eventualmente podría la forma suplir, cuando las partes recurrieran a comunicaciones electrónicas en un convenio.

De ello, resulta que la forma digital tiene validez jurídica, pues cumple con las principales funciones requeridas para la firma autógrafa: a) función indicativa, al informar

la identidad del autor; b) declarativa, al inferir que el suscriptor esta de acuerdo con el contenido del documento; y c) probatoria, en la medida que permite vincular al autor con el signatario.

Sin embargo, la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una forma, deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo, es decir, es facultativo de los Estados.

3.2.1 LA FIRMA DIGITAL EN LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Vista de manera ampliada en que consiste la firma digital, observemos la normativa al respecto en las legislaciones de los países de la comunidad andina.

- **Colombia**

La Legislación colombiana en su parte introductoria define la firma digital, como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

El Art. 28 habla sobre los atributos jurídicos de una firma digital:

“Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar este mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”

De acuerdo a ésta disposición, el uso de una forma digital tiene la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, es decir, adopta el principio del equivalente funcional. Pero para ello, incorpora los siguientes atributos:

- a) “Es única a la persona que usa;*
- b) Es susceptible de ser verificada;*
- c) Está bajo control exclusivo de la persona que la usa;*

d) *Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es inválida.*

e) *Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional:”*

Asimismo, para garantizar la autenticidad de las firmas digitales, establece la entidad facultativa para emitir certificaciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales. Estos organismos deben llevar un registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos que impriman además, la firma digital.

- **Ecuador**

En el título preliminar del proyecto de ley,. Art. 2, define a la firma electrónica como:

“Dato en formato electrónico asignado a un documento electrónico o mensaje de datos por el autor del mismo, su representante o mecanismo autorizado por él, y que permitirá certificar su autenticidad e integridad a través de procedimientos técnicos de comprobación.”

Dicha definición es similar a las apuntadas, pues el código electrónico hace posible identificar en forma certera a la persona que envía el mensaje y permite a su vez, comprobar si existe alguna adulteración en el mensaje, a través de la utilización de métodos adecuados.

El Art. 13, establece los requisitos mínimos que debe reunir la firma electrónica, a fin de determinar su validez, como los métodos a utilizar sean confiables que aseguren la inalterabilidad y autenticación del mensaje en su transmisión, esto son:

- a) Ser individual, única o vinculada exclusivamente a su titular, y capaz de ser mantenida bajo el estricto control de la persona a quién pertenece y usa.
- b) Disponer de las seguridades necesarias que garanticen su integridad.
- c) Ser verificable inequívocamente mediante mecanismo técnicos de comprobación establecidos por la Ley y los Reglamentos o el acuerdo de las partes.

En el último párrafo de esta disposición, se anota que cualquier requisito adicional a los anteriormente señaladas, deberá constar expresamente, en un acuerdo suscrito por las partes, Aquí rige el principio de la autonomía de la voluntad.

El artículo siguiente (14), dispone que la firma electrónica debe constar en un mensaje de datos, cuyo documento inalterable debe enviarse en un mismo acto. Salvo prueba en contrario, se presume que el mensaje conlleva el acuerdo de voluntad del emisor, quién se someterá al cumplimiento de las obligaciones o contratos de acuerdo a lo determinado en la ley de la materia.

Esta disposición adopta los atributos para efectos probatorios del documento electrónico, la inalterabilidad, integridad y confiabilidad.

Para dar seguridad y confianza a los mensajes de datos y a las transacciones dentro del comercio electrónico, cumplen un papel importante los certificados de firma electrónica (de esta forma se garantiza su autenticidad).

En los Arts. 20 y 21 se trata sobre las funciones de los certificados de firma electrónica y los requisitos que deberá contener como mínimo para considerarse válidos, estos son: a) identificación de la entidad certificador; b) domicilio legal de la entidad certificadora; c) código de la entidad certificadora asignado por el respectivo órgano de control; d) los datos específicos del titular del certificado que permitan su ubicación e identificación como códigos, números, nombres y domicilio; e) el método de verificación de la forma del titular del certificado; f) el procedimiento para comprobar la revocación o cancelación de un certificado; g) fecha de emisión y expiración del certificado; h) el número de serie identificador del certificado, el mismo que deberá ser único; y) la firma electrónica de la entidad de certificación de información; y, j) la limitación de los fines o del valor con los que pueda utilizarse el certificado, así como de responsabilidad del titular o de la entidad certificadora.

Los artículos siguientes (22 ,24, 25, 26 y 27) hablan sobre las responsabilidades, el control, la determinación de los requisitos de las entidades certificadoras y garantías de los Proveedores de Servicios de Certificación.

Por las precisiones normativas anotadas (del proyecto de Ley), la firma electrónica cumple con las unciones: indicativa, declarativa y probatoria requeridas para la firma autógrafa, cuya valoración jurídica suple a la firma manuscrita, al prescribir un procedimiento que garantiza la inalterabilidad y confiabilidad del documento.

- **Perú**

La Ley No. 27269 de Firmas y Certificados Digitales, con las reformas introducidas mediante Ley No. 27310 que módica el Art. 11, se incorpora a la legislación vigente, para la validez y eficacia jurídica de los certificados digitales, emitidas por Entidades Extranjeras.

Según la Exposición de Motivos de la Ley modificatoria, se contempla que la redacción del Art. 11 condiciona a los certificados digitales su reconocimiento. Pues el fondo era promulgar una ley para ampliar los mercados vía internet, facilitar el comercio electrónico en general y ser agentes activos en el escenario global, por lo que el reconocimiento se extiende a las entidades extranjeras, para un mercado de libre competencia. De esta manera, los usuarios cuenten con certificados digitales de Autoridades de Certificación Extranjeras, y puedan tener una plena libertad de elección en cuanto a la calidad o precio de la prestación del servicio. Pero estas entidades de origen extranjero, requieren para su funcionamiento contar con un respaldo financiero y tecnológico reconocido en el ámbito internacional.

Con respecto a la valoración jurídica que debe poseer una firma digital, la Ley No. 27269 contempla disposiciones ampliadas conducentes a valorar el código informático (principio del equivalente funcional), impregnado en un documento que le acredita su

integridad, siempre que se genere en el mismo acto (Ley No. 27291, Art. 141). Observa las funciones principales: indicativa, declarativa y probatoria.

- **Venezuela**

El Art. 2, D-L. 1204 define a la firma electrónica como: "información creada o utilizada por el signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado."

En tanto, el Art. 16 dispone que la firma electrónica permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste. De esta manera, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta norma (Art. 18).

Aquí, la disposición consagra respecto de la firma electrónica, el principio de la equivalencia funcional. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la firma electrónica debe garantizar que los datos puedan producirse sólo una vez y asegurar razonablemente su confidencialidad, integridad y autenticidad.

Por su parte, el inc. 2 del Art. 6, establece que si la ley exige la firma autógrafa este requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una firma electrónica.

Los Arts. 38 y ss., regulan los certificados electrónicos incluyendo aquellos emitidos por proveedores extranjeros.

De allí, la validez y eficacia jurídica de la firma electrónica, pues permite incluir en el mensaje una serie de códigos que dependen de la clave y también del contenido del mensaje, lo cual hace posible identificar certeramente a la persona que envía dicho mensaje y también verificar si el mensaje no ha sido adulterado.

CAPITULO IV. FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

4.1 FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La Formación del consentimiento en los contratos electrónicos, implica hacerse varios cuestionamientos, por ejemplo, ¿Cómo definir por este medio electrónico la declaración de voluntad? Al responder en forma muy simple, se puede decir, mediante un “*CLICK*” .

Este click, en los contratos electrónicos que viene ha constituir la formación del consentimiento, esta dada por la concurrencia de oferta y aceptación.

En la oferta, se expresa la voluntad de contratar, cuando se determina el precio de un objeto o servicio por ejemplo. Pero además, se requiere la aceptación o una contra oferta. Acto seguido, el ofertante debe aceptar o no el precio de la contra oferta. Por último, el tercer elemento a saber; es el domicilio y fecha del contrato por vía electrónica.

Al respecto, BARRIUSO RUIZ señala que “... la oferta instrumentada electrónicamente aunque sea ‘*ad incertam personam*’ es válida y el contrato se perfecciona con la sola aceptación.”²⁵

No obstante, la formación del consentimiento en materia de contratación electrónica, pareciera quedar regulada por la ley supletoria del Código Civil, pero se deben efectuar ciertas consideraciones de interés.

Bajo la legislación Francesa, un contrato nace cuando una parte realiza una oferta y la otra parte la acepta.

En el derecho Norteamericano y el Inglés nace a la vida jurídica un determinado contrato cuando las partes contratantes muestran una voluntad de quedar sujetos por ciertos

²⁵ Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numero30/>

términos, En esto casos, también se produce un acuerdo de una oferta y aceptación, en forma explícita o implícita.

Para el derecho Español el contrato también nace con la aceptación que se hace a una oferta.

La Ley uniforme de venta internacional de bienes muebles corporales aprobada por la Convención de la Haya, el Código de Comercio de E.E. U.U: y el Convenio de la Organización de Naciones Unidas de Viena o Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías regulan y establecen normas sobre la formación de contratos, la oferta y la aceptación.

Es así, que la Convención de las Naciones Unidas, en el Art. 8, dispone que “las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.” El párrafo 3), define la intención, “como el sentido que habría dado una persona razonable, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.”

La aludida Convención, establece que el contrato se origina cuando existe intención, siempre y cuando se tome en cuenta las circunstancias particulares de las negociaciones, como los usos y comportamientos ulteriores de las partes.

El Art. 9 subsiguiente, prescribe salvo pacto en contrario, que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Entonces, la formación del contrato según la Convención nace con la intención de las partes (manifestación de voluntad) y se determina por el conocimiento y la observancia del contrato.

En el derecho ecuatoriano, las generales en la formación de un contrato se encuentran en el Código Civil, que para efecto del proceso de formación del consentimiento por medios electrónicos, operarían con carácter de supletorias, de esta forma, las partes pueden acordar dos los procedimientos, formalidades conducentes a la celebración de un contrato electrónico. Así el mencionado cuerpo legal, sienta el principio general de la manifestación de voluntad para contraer una obligación de dar, hacer y no hacer alguna cosa (Arts. 1480 y 1481 CC., y el principio de que conste por escrito los actos o contratos (...)) (Art. 1753 CC.)

Aparte de ello, es de aplicación general hoy en día las disposiciones del Código de Comercio, y se han dado muchos argumentos tanto en doctrina como en jurisprudencia para darle este carácter. En efecto, el Art. 145 del Código de Comercio ecuatoriano (CCE), trae el siguiente texto:

“Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal de proponente; (...)”

Como se observa, mediante la aceptación pura y simple con respecto a una propuesta, viene a perfeccionar el contrato.

Estos referentes normativos, indican que las legislaciones apuntan a determinar la formación del consentimiento por la aceptación a la oferta.

Sin embargo, pese a encontrar en el derecho comparado unidad de criterio, los requisitos que se exigen para conformar una oferta son distintos en algunas legislaciones. Lo mismo se dice con relación a la aceptación.

Para los partidarios de la teoría clásica, como es el caso de la legislación ecuatoriana, la oferta debe cumplir con un requisito específico: “Debe ser completa”.

Se entiende por completa, cuando se ha realizado en términos tales que solo baste la aceptación, de ahí nazca el consentimiento. Uno de los requisitos de la aceptación es que ella sea: “Pura y simple”-

El que la aceptación sea pura y simple, significa que no se puede introducir modificación alguna a la oferta.

Esta característica o requisitos de la oferta y la aceptación, en la técnica contractual clásica se conoce como “**Teoría del espejo**”, ya que si la aceptación viene pura y simple se produce un reflejo de la oferta, Por el contrato, si ella se modifica, no existe el reflejo.

La teoría del espejo ha sido duramente criticada por los tratadistas y ha sido abandonada en el derecho contemporáneo. En las negociaciones se introducen algunos cambios de menor envergadura a las ofertas que se emite, pero que en ningún caso alteran los elementos esenciales de ella. Un ejemplo, lo constituye el que el lugar de la recepción de un producto sea otro diferente al ofertado (siempre que no signifique una alteración sustancial que altere la esencia del contrato). Para la teoría del espejo no se habría formado el consentimiento.

Por ello, ha surgido una teoría contemporánea y que ha sido recogida por la Ley Uniforme de venta internacional de bienes muebles corporales aprobada por la Convención de la Haya, el Código de Comercio de E.E.U.U. y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En dicha teoría se involucran las siguientes ideas:

1. No se exige que la oferta sea completa, basta que sea suficientemente precisa y con genuina voluntad de negociación para que sea tal. Ello implica que debe haber una intención de quedar obligado en caso de aceptación. En este sentido se debe entender

que los correos electrónicos <<mails>> no son oferta. Bajo nuestro Código de Comercio un mailing cumple con todos los requisitos de una oferta (son ofertas determinadas, pero que se envían a un gran número de personas). Sin embargo, debemos apreciarlos como técnicas de publicidad para promover ciertos productos.

2. Un segundo aspecto de la teoría contemporánea, el consentimiento se forma si existe acuerdo entre las partes con respecto a lo esencial, aún cuando haya diferencias en los elementos accidentales. Para solucionar los pequeños desacuerdos se dan una serie de reglas.

Lo apuntado atiende a una reforma de la legislación ecuatoriana, con el objeto de favorecer el tráfico de comercio, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Es importante tener presente las diferencias que se presentan en cuando a los requisitos de oferta y aceptación que se exigen a escala nacional e internacional, pues las transacciones aumentan en forma sorprendente.

El comercio electrónico contribuye en gran medida a este desarrollo. Pero los conflictos que pueden surgir entre contratantes de diversos países también crecerán, en atención a la diversidad de legislaciones y diferentes regulaciones en materias como las tratadas.

Los países deberán celebrar tratados y acuerdos que busquen uniformar sus regulaciones en estos ámbitos, para así evitar la producción de conflictos y facilitar sus soluciones.

4.1.1 EMISIÓN Y RECPCIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS

Este punto trata ciertos aspectos a considerarse sobre la emisión y recepción de los mensajes de datos, que a continuación se expone:

- a) **Atribución del mensaje al emisor:** se produce cuando fue enunciado por: 1) el propio emisor; 2) por persona por él autorizada para hacerlo respecto de ese mensaje; 3) por un

sistema de información programado por o en representación del emisor para operar automáticamente (Art. 13 párrafo 1) de la Ley Modelo. Esta última ley agrega otros factores de atribución del mensaje al emisor (párrafo 3) cuando: a) el destinatario sigue un procedimiento previamente acordado por el emisor a tales efectos o, b) que el mensaje de datos recibido por el destinatario proviene de una persona cuya relación con el emisor o con cualquier agente del emisor le permitió acceder al método usado por el emisor para identificar los mensajes de datos como propio. El párrafo r) indica que la disposición del párrafo 3) no se aplica si el destinatario recibió noticia del emisor en el sentido de que el mensaje de datos no provino del emisor y tuvo tiempo de actuar de conformidad con ello o que, en el caso b) anterior, el destinatario supo o debió saber que el mensaje de datos no provino del emisor, si hubiera actuado con la debida diligencia que el caso amerita, a fin de que no haya error.

b) Momento de la emisión: el mensaje de datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del emisor lo remita al destinatario (D_L 1.204, Art. 10). Se entiende por sistema de información aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma el mensaje de datos (Art. 2 D-L 1.204).

c) Momento de la recepción: La recepción del mensaje tiene lugar en el momento en que: 1) el mensaje ingrese al sistema de información designado por el destinatario para la recepción de mensaje de datos, b) Art. 36, Proyecto Ley); 2) a falta de tal designación el mensaje ingrese en un sistema de información utilizado regularmente por el destinatario, salvo prueba en contrario, (Art. 15 de la Ley Modelo).

d) Lugar de emisión y recepción: el mensaje de datos se tiene por emitido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, salvo prueba en contrario (Art. 12, D-L 1.204). Se considerará como lugar de envío y recepción, el acordado por las partes o el domicilio que conste en el certificado de firma

electrónica del emisor y del destinatario (Inc.2, Art. 36 Proyecto Ley). Mientras para la Ley Modelo (Art. 15.4), el domicilio que se toma en cuenta es el de las respectivas empresas.

4.1.2 ACUSE RECIBO

Forma parte del proceso de emisión y recepción de mensaje de datos si el emisor ha condicionado los efectos de éste, a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario (Art. 31 Proyecto Ley; Art. 13, D-L 1.204) En la Ley Modelo Art. 14, se establece que el acuse recibo ha de ser acordado o dispuesto por el emisor.

a) Eficacia del mensaje: el mensaje de datos adquiere eficacia como tal o se tiene por eficaz; 1) cuando el emisor ha recibido el acuse de recibo emitido por el destinatario (Art. 13, D-L 1.204); y, 2) mediante toda comunicación o acto del destinatario que señale la recepción que resulte suficiente para evidenciar que ha recibido el mensaje de datos (a), Art. 32, Proyecto Ley; Art. 14, D-L 1.204 y en igual sentido Ley Modelo, Art. 14,2).

b) Plazo para la recepción del acuso de recibo: La Ley Modelo establece un plazo de veinticuatro horas a partir de la emisión del mensaje de datos para que el destinatario envíe su acuse de recibo, de lo contrario dicho mensaje se tendrá por no emitido (en igual sentido el D-L 1.204) El Proyecto ley, dispone que las partes podrán determinar el tiempo de validez. En caso de no señalarse, el tiempo de validez será de cinco días hábiles (Art. 33).

4.2 APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Si por la aceptación de una oferta se forma el consentimiento, queda por considerar, como se perfecciona el contrato.

El elemento inicial de un contrato es la oferta, cuyo acto propone la celebración de un convenio. Alessandri, Somarriva y Vodanoc, definen a la oferta como “ *un acto jurídico por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales,*

que para que este quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte.”²⁶

De lo apuntado, se precisa que se perfecciona el contrato con la sola aceptación del destinatario, esto es, su manifestación de voluntad para celebrar un determinado convenio.

Resulta entonces, que la manifestación de voluntad se puede realizar a través de medios electrónicos, y/o medios informáticos, invitando a otra persona a la celebración de un contrato o convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de ésta.

En forma general, la manifestación de voluntad de las partes, se admite como el principio rector de las relaciones que han de entablarse entre ellas como una forma flexible de toma de decisiones descentralizado con relación con los derechos y obligaciones comerciales.²⁷

En efecto, la Ley Modelo en Art. 11 establece que “en la concertación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”.

La L-27291 (Perú), en la Exposición de Motivos, “expresa que el Código Civil confunde la forma con el medio a través del cual se formula la manifestación de voluntad. Tratándose de manifestación de voluntad ‘expresa’ el artículo prevé que ésta puede ser escrita o verbal (...):” **Expresa** si se hubiere enviado un mensaje por cualquier medio electrónico en el que conste la manifestación expresa de aviso de recibo o su conformidad u aceptación; **y, Tácita**, si se hubiere enviado un mensaje electrónico por cualquier medio, del cual se presume que se recibió dicho mensaje o su conformidad con el contenido.”

Por ello, el Art. 141 modificadorio que la Ley No. 27291 (Perú) introduce, establece: “Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo”.

²⁶ Humberto Carrasco Blanc. Licenciado de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Director de Derecho. Org. Chile. (Chile). REDI, *Revista de Derecho Informático*. <http://www.derecho.org/redi>

²⁷ Ver: ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. Pág. 9.

El Art. 1374, modificatorio de la misma Ley, prescribe el conocimiento y contratación a través de medios electrónicos (entre ausentes):

(...) Si se realiza a través de medios electrónicos, se presumirá la recepción de la aceptación y cualquiera otra declaración contractual dirigida a determinada persona, cuando el remitente reciba acuse de recibo.

La disposición, presume la declaración de voluntad a través de los medios informáticos, con la condición de que el remitente acuse de recibo.

En igual sentido adopta el Decreto Ley 1.204 (Venezuela,), la formación del contrato electrónico al regular en el Art. 15: *“En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de mensaje de datos.”*

En el Art. 14 de éste Decreto-Ley; prevé el ***principio de equivalencia funcional***; en la contratación electrónica:

“En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensaje de datos”.

La disposición establece que un contrato se perfecciona con la concurrencia de oferta y aceptación expresada por el mensaje de datos.

En tanto, el Art. 15 del cuerpo legal mencionado; nos habla sobre la manifestación de voluntad declarada mediante un mensaje de datos; cuyos efectos son válidos jurídicamente. Textualmente dice:

“Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.”

La formación del consentimiento en los contratos electrónicos, implica la declaración de voluntad, cuyo acto en la mayoría de los ordenamientos establece cualquier forma o medio. Así lo establece la Ley Modelo, cuyos principios son observados también por la legislación Colombiana.

La L-257 (Colombia), en su Art. 14, habla sobre la formación de los contratos:

“En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.”

La disposición determina la formación del contrato. De allí, la concurrencia de la oferta y aceptación expresadas por el mensaje de datos, cuyos efectos son válidos jurídicamente, pues en aquel se expresa la declaración de voluntad de las partes. (Art. 15)

La formación del consentimiento en los contratos electrónicos, implica la declaración de voluntad, cuyo acto en la mayoría de las legislaciones como es el caso de la peruana, se establece por cualquier medio. (En igual sentido, que la Ley Modelo)

El proyecto de Ley, al referirse a la contratación telemática, contenida en el Art. 28 Título II, dispone que la *“elaboración, envío y aceptación de un contrato podrán ser efectuada mediante mensajes de datos. Estos mensajes de datos gozarán de completa validez y fuerza jurídica, ya que se trate de una oferta, la aceptación de la misma, o cualquier otra forma que genere obligaciones entre las partes.”*

El Art. 30, del citado proyecto, dispone sobre los contratos concluidos electrónicamente, los cuales se entenderán perfeccionados, cuando el oferente reciba la declaración de voluntad del aceptante. En el segundo inciso dice:

“ Se entenderá como el lugar de perfeccionamiento del contrato el que acordaren las partes, siempre que no se trate de un contrato de consumo, en este caso, el lugar de perfeccionamiento es el de la aceptación del mensaje de datos. Salvo pacto en contrario para los contratos regidos por el Código de Comercio, será el lugar de envío de la oferta final.”

La norma establece como queda perfeccionado el contrato electrónico, cuando la declaración de voluntad de quién acepta la oferta ha llegado al oferente. En cuando al domicilio, éste se fija de común acuerdo entre las partes. Cuando se trata de un contrato de

consumo, es el lugar de la aceptación del mensaje de datos, debido a los derechos preferentes del consumidor.

No obstante, el Art. subsiguiente (31) manifiesta que “si alguna de las partes, solicitare que previa a la aceptación legal de un documento electrónico, se deba confirmar su recepción y conformidad, se entenderá que el documento electrónico no surtirá sus efectos legales mientras no se cumpla dicho requisito.”

Adicionalmente, el Art. 32 establece dos formas de determinar la manifestación de voluntad, en caso de que cualquiera de las partes solicitaren confirmación de recepción o aceptación de un documento electrónico, sin existir especificación sobre el medio de recepción o aceptación del documento electrónico, a saber: a) “Expresa.- Se hubiere enviado un mensaje o por cualquier medio electrónico haciendo referencia a dicho documento o su conformidad con el mismo; b) Tácita.- Se hubiere enviado un mensaje electrónico por cualquier medio, en el cual se entienda por el sentido del mismo, que se recibió dicho mensaje o su conformidad con el contenido.”

El párrafo último (Art. 32), se refiere a la confirmación de un mensaje de datos, que al no tratarse de una oferta, no contrae obligaciones por el contenido de aquel. Ahora bien, si comparamos como se perfecciona el documento electrónico en las legislaciones de los tres países de la comunidad andina (Colombia, Ecuador, Venezuela) el único requisito para el perfeccionamiento, es que la aceptación llegue a al oferente. (De manera similar trata la Ley Modelo), pero se condiciona cuando hay acuerdo entre las partes, pues el perfeccionamiento se concreta en el momento de confirmar la aceptación (Acuse recibo), excepto en el caso de la legislación peruana que requiere su confirmación para su plena validez.

4.3 VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre un derecho discutido o negado. Por ello, la prueba se constituye en la base fundamental del proceso y en una condición de seguridad jurídica esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva.²⁸

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

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

No obstante, estar adquiriendo mayor habitualidad y trascendencia en la contratación moderna y en los medios de pago, los soportes informáticos no están ajenos a importantes críticas que cuestionan no sólo su valor probatorio, sino que incluso su admisibilidad como medio de prueba. Las dudas que despiertan parten por la estabilidad de su contenido, su originalidad y la identificación del autor por medio de la firma.

En primer lugar, la crítica que se hace parte de la estabilidad del contenido de estos nuevos documentos al no poseer aún la confiabilidad que requiere el juez para que se forme

²⁸ Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez Romero, Alejandra. Tomado: <http://www.derecho.org/redi/>

convicción de los hechos, debido a que la inalterabilidad y el carácter indeleble de los elementos de registro empleados desaparece i éstos pueden ser sobrescritos o borrados.

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

Al respecto, Juan M. Raffalli A., en su artículo publicado en la revista informática (19/7/2001)²⁹, indica que “el correo electrónico es un elemento material perceptible por los sentidos, capaz de reproducir informaciones inteligibles. Pero no todos los documentos llenan los requisitos que establece la Ley para ser considerados pruebas documentales. Estos requisitos son la autoría, el lugar y la fecha de emisión. Al poder identificarse su presunto autor, la fecha y sitio de emisión e, incluso, de recepción, el correo electrónico es, en principio, una prueba documental. Sin embargo, como todo mensaje de datos, el mismo tiene la peculiaridad de existir sin estar necesariamente impreso sobre papel, lo cual no es propio de las pruebas documentales tradicionales.”

Precisamente, por ello y para evitar confusiones, la Ley Modelo dispone que los mensajes de datos “tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos”. Este es el llamando principio de equivalencia funcional (que ya se observó).

Pero según Raffalli “ al no emanar de una autoridad pública, no otorgarse ante una autoridad fehaciente y ni siquiera tener la condición de autenticado o reconocido ante notario público, el correo electrónico es un documento privado puro y simple. Por ello, no hace plena prueba respecto de su contenido, su data y su autoría. De hecho, el mismo puede ser respecto de su contenido, su data y su autoría, De hecho, el mismo puede ser

²⁹ Tomado: <http://www.drecho.org/redi/numero5>

desconocido (rechazado) por la parte a quién se le opone y admite pruebas en contrario para desvirtuarlo. No obstante, gracias a la tecnología, la certeza que puede producir la traza de un documento electrónico para determinar la fecha de emisión y recepción, su autoría y su contenido, hace que este documento no sea fácilmente desvirtuarle en juicio, siempre que se hayan tomado las medidas necesarias para protegerlo de intervenciones no autorizadas, como por ejemplo, su encriptamiento bajo claves reservadas y el uso de firmas electrónicas.”³⁰

En efecto, la Ley Modelo establece que cuando el documento electrónico es impreso tiene igual valor que las copias o reproducciones fotostáticas. Ello ratifica que será prueba hasta tanto no sea desconocido (rechazado) y desvirtuado por la parte a quién se le opone.

Entonces, el documento electrónico tiene valor probatorio en juicio, que según el mencionado autor, contempla la misma calidad que los documentos privados escritos calificados como cartas, misivas u otros, es decir, pueden ser utilizados como prueba documental.

Finalmente, las críticas a la admisibilidad del documento electrónico se dirigen en contra de la validez de la firma electrónica, La firma manuscrita tradicional no es aplicable al documento electrónico; es más, hay una suerte de incompatibilidad de los medios informáticos con la exigencia de firma (por las trabas a la operabilidad y celeridad que implicaría), generándose un problema al no aceptarse métodos substitutivos de ella para comprobar la autoría de un documento e imputar responsabilidad por sus efectos.

Sin embargo, hoy existe un consenso sobre la necesidad de aceptar a la firma digital e introducir lo antes posible en las legislaciones, por ser el sustento que permitirá, el sano desarrollo del comercio electrónico. Por ello, en la práctica se han creado autoridades

³⁰ idem

certificadoras, públicas y privadas, cuya función consiste en expedir certificados con los que se identifica a los usuarios, asignándoles una clave pública para usarla en las comunicaciones electrónicas. Es así, que el número de estas autoridades certificadoras ha crecido rápidamente en Europa especialmente. No obstante, visto que sus actividades se basan en una tecnología nueva, cuya eficiencia tendrá que probarse mediante un uso más prolongado, sigue existiendo cierta incertidumbre sobre si las autoridades certificadoras podrán satisfacer plenamente la necesidad de seguridad en las comunicaciones electrónicas.

Además, desde un punto de vista legal, se propone la homologación de la forma digital con la firma manuscrita, eso sí, determinando el campo de aplicación de aquella, ya que hay actos jurídicos que no aconsejan su utilización.

Como ya se dijo, para lograr autenticar la firma, se recurre principalmente a técnicas criptográficas, junto con otras complementarias como los códigos secretos o la biometría, todo lo cual será un efectivo elemento de certeza una vez que puedan formar parte de tecnologías accesibles a la generalidad de la población, tanto en sus costos como en su utilización.

Pero en un proceso civil inspirado por el principio dispositivo, el juez asume un rol activo al valorar la prueba rendida por las partes, con el objeto de lograr el establecimiento material de los hechos, dándolos por probados o no luego de su análisis. Es decir, al valorar la prueba se busca determinar la eficacia de los diversos medios probatorios y la influencia que ejercen sobre la resolución.

En el ámbito del derecho procesal, sin embargo existen diversos sistemas de valoración, entre los que se destacan aquellos de las pruebas legales y los de las pruebas libres o de libre convicción. En un sistema de prueba legal, la ley le señala al tribunal, a priori, el grado de eficacia justificativa de determinados elementos probatorios que ella misma establece; son pruebas estrictas, por cuanto privan al tribunal de cualquiera

intervención personal o subjetiva en la apreciación, y al efectuar ésta, debe sujetarse a normas preestablecidas por la propia ley. Por su parte, en un sistema de libre convicción se permite mayor discrecionalidad al juez, quien puede fallar incluso en contra de las pruebas rendidas y decidir en conciencia.³¹

Además, de los sistemas expuestos, entre ambos surge el de la “sana crítica”. En este sistema, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la recta intención.

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

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

De acuerdo a estos principios generales del derecho procesal, veamos en nuestra legislación cuál es el sistema que nos rige. El Art. 119 del Código de Procedimiento civil, establece que la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la

³¹ TROYA CEVALLOS, Alfonso. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, primera y segunda parte. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Última edición aumentada y corregida, 198: págs. 155, 156, 164. 165.

sana crítica. Sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para existencia o validez de ciertos actos. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez, cuya apreciación de las pruebas rendidas en nuestra sistema civilista es de libre convicción, en donde el juez debe atenerse a los medios de prueba que señala la ley, pero valor esos elementos conforme a la convicción que se forme de los hecho, debiendo fundamentar la sentencia dando razón de la labor de crítica que le motiva a pensar en cierta forma.³²

En efecto, el segundo inciso del artículo mencionado establece que el juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa.

Sin embargo, en cuanto a la valoración de la prueba rendida, se aplica en forma limitada “*numerus clausus*”, con la excepción de admitirse sólo cuando la ley establece de modo expreso, los instrumentos públicos o auténticos, instrumentos privados reconocidos, la inspección judicial, el informe de peritos, la confesión judicial sobre un hecho o de la existencia de un derecho y la declaración de testigos.

En conclusión, en materia de valoración el sistema de persuasión racional o de la libre convicción es la regla general, con algunas manifestaciones de prueba legal (una combinación de ambos sistemas), las que el legislador atenúa en muchos casos mediante la apreciación en conciencia. La determinación de los medios idóneos para acreditar un hecho en juicio y la forma en que esta prueba debe ser rendida, le corresponde señalarlo a la ley exclusivamente.

Lo anterior lleva a concluir, que la rigidez propia de un sistema legal de prueba, no admitiría estas nuevas tecnologías, cuya negación a aceptar a los documentos electrónicos

³² Idem. Pág. 177

como medios de prueba no se justifica suficientemente debido a la impunidad que acarrearía a quienes se desenvuelven en una sociedad tecnológica que requieren se proporcione medios para acreditar sus pretensiones.

Como ya se anotó, los medios de prueba fija el Código de Procedimiento Civil, en cuyo ordenamiento jurídico no se ha incorporado expresamente y de un modo general a los documentos electrónicos, pero el inciso segundo del Art. 125 de este cuerpo legal admite como medio de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. Dentro de los medios de prueba prevista en ésta disposición, es posible asimilar el documento electrónico. Consecuentemente, el juez deberá apreciar con libre criterio judicial a este tipo de documento, pues se trata de un medio de prueba de naturaleza técnica.

Sin duda, el problema se presenta cuando la ley nada dice en cuanto a la admisión y valor de los documentos electrónicos. Al respecto, la Ley Modelo, en el Art. 9 expresa sobre la admisibilidad y fuerza probatoria de un mensaje de datos. La finalidad de este artículo es establecer la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones legales y su fuerza probatoria. Así el párrafo 1, dispone que no deba negarse la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas, por la sola razón de que figuran en formato electrónico, hace hincapié en el principio general enunciado en el artículo 4 (del equivalente funcional).

Incluye además, aparte del mensaje propiamente dicho, cierta información sobre la transmisión que puede resultar necesaria para identificar el mensaje, En la práctica, la transmisión puede estar a cargo muchas veces de alguien que no sea ni el iniciador ni el destinatario, como un intermediario. La intención de la ley consiste, en que la persona obligada a conservar cierta información relativa a la transmisión no pueda aducir para no

cumplirla que el sistema de comunicaciones que utiliza la otra persona no conserva la información necesaria. En cuyo caso, el iniciador o el destinatario puede recurrir a los servicios de cualquier tercero y no solamente de un intermediario.

La ley citada, habla sobre el termino “La mejor prueba”, considerara como un tecnicismo necesario en ciertas jurisdicciones. No obstante, el concepto de la mejor prueba, puede ser fuente de incertidumbre en los ordenamientos jurídicos.

Es de analizar entonces, el alcance las disposiciones sobre la fuerza probatoria. El primer punto a considerar, es asimilar el documento electrónico con algún medio de prueba legal. El profesor uruguayo Eduardo Couture, sostiene al escribir: “ cuando se pretende fijar el régimen procesal los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía y radiografía, se rige por los principios de la prueba documental; es asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical, la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiográfica caen directo del campo de la prueba pericial.”³³

Frente a este tema, interesa específicamente referirse a la prueba documental, debido al fenómeno probatorio que resulta de las tecnologías de la información, Aunque en la legislación se emplean distintamente los términos documento e instrumento, se considerará al primero como el género más amplio porque abarca cualquier medio de expresión del pensamiento y limitar el segundo, a los que se concretan propiamente en la escritura.

En primer momento, se consideró que los documentos electrónicos se concretan en la escritura, pero se hace necesario encuadrarlos en la clasificación entre instrumentos públicos o privados.

³³ Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numeo5>

El Art. 168 del Código de Procedimiento Civil (CPC) define al instrumento público o auténtico “ el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado”. Esto implica que para que el documento electrónico sea considerado como tal, requiere los siguientes requisitos:

- Ser autorizado por un funcionario público competente. Dicho funcionario debe haber sido investido en su cargo previamente en forma legal y estar actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, tanto en la materia como en el territorio, Por ejemplo, un funcionario del Registro Civil que emite electrónicamente una partida de nacimiento o partida de matrimonio.
- Debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales variarían en cada caso.
- Se considerarán como instrumentos públicos en juicio a los documentos originales debidamente reconocidos. (Este punto nos remite a lo anotado sobre la originalidad del documento electrónico).
- Finalmente, también serán instrumentos públicos en juicio ciertas copias o compulsas de los documentos originales (estas son las copias autorizadas conforme a las formalidades que las leyes exigen sobre este particular).

En cambio, la naturaleza de los documentos electrónicos en sentido estricto riñe con la del instrumento privado. En un sentido amplio, el instrumento privado es todo escrito que da constancia de un hecho y que ha sido otorgado por las particulares in intervención de funcionario público competente u otros requisitos o formalidades, salvo por la firma (Art. 195 CPC)

Un requisito esencial de la escritura privada es la firma, esto es, la imposición del nombre propio y el apellido por parte de la persona de la cual resultan provenir las declaraciones y que representa la conformidad de la voluntad con aquello que aparece escrito precedentemente, Sin embargo, existe un divorcio en la doctrina sobre este punto,

Para algunos autores, los instrumentos privados pueden o no estar firmados por las partes y pueden incluso, hasta omitir la fecha y el lugar en que han sido otorgados, por que en el derecho positivo no se exige ningún requisito o solemnidad para conformarlos. Esta posición doctrinal no encontraría ningún inconveniente para admitir como instrumento privado a un documento electrónico en sentido amplio o estricto, sin perjuicio de tener que ceñirse a las reglas generales para su admisión en juicio, esto es, ser reconocido por la parte a quién se opone o ser mandado a tener por reconocido en los casos prevenidos por ley.³⁴ Mientras en el lado contrario, otros autores consideran que el instrumento privado debe estar firmado por los otorgantes, al constituir la firma el signo que demuestra la aprobación de algo y hace propio lo escrito. Sin la firma, el documento no pasa de ser un borrador.³⁵

Bajo nuestro sistema civilista, esta última posición es la que se adopta. Por lo tanto, un documento electrónico en sentido estricto no puede ser considerado un instrumento privado mientras no se homologue la firma electrónica con la firma manuscrita.

Sin embargo, de los argumentos expuestos sobre autenticidad (visto en el capítulo III), la función que presenta el acto de la suscripción se puede obtener tanto en una forma electrónica como en una manuscrita. En ambas se apreciaría una función indicativa, y que sirven para señalar al autor del documento; una función declarativa de asunción de la paternidad del documento; y una función probatoria que permite verificar si el autor de la firma es efectivamente aquel que ha sido indicado en la suscripción misma.

Lamentablemente, el desconocimiento sobre las firmas electrónicas y el apego absoluto a la no siempre precisa presunción de que cada individuo tiene un modo particular de afirmar nunca perfectamente reproducible. Ha llegado a requerir únicamente la forma y rúbrica autógrafa, o sea, impuesta de puño y letra por parte del firmante, aunque sea extendida con letra de imprenta, pero no con medios mecánicos.

³⁴ Toamdo: <http://www.derecho.org/redi/numero6>

³⁵ Idem

De ahí, se puede apuntar que el documento electrónico en sentido estricto tiene valor probatorio, pese a no ser posible ubicarlo dentro de los instrumentos privados hasta cuando se homologue la forma digital con el acto de suscripción personal. Dentro de los instrumentos públicos, es posible ubicarlo, siempre que se legalice el documento ante una autoridad competente.

Ante lo expuesto, no queda duda la diferencia que contrasta entre instrumento público e instrumento privado. Por ello, el legislador en el derecho ecuatoriano incorpora disposiciones que se refieren al sistema procesal. Así el art. 56 del proyecto de ley, establece que se considerarán copias electrónicas auténticas o públicas, cuando sean suscritas por un notario siempre que se garantice su seguridad e inalterabilidad, cuando la afirmación de una firma electrónica se realice en presencia de un notario o autoridad competente. Legítima a la misma, siempre que ésta cumpla con los requisitos técnico y legales establecidos; y, toda declaración de voluntad transmitida electrónicamente por un notario o autoridad competente. Cuya manifestación acreditará la realización de la comunicación del hecho su lugar y fecha, (Particularidades apuntadas en el punto de firmas digitales <Ecuador>, capítulo III).

No obstante, como se señaló anteriormente, la idea de admitir analógicamente documentos no contemplados dentro de los medios de prueba, deberá ser avalada por los Tribunales de acuerdo al sistema de la sana crítica, valiéndose si es el caso, de resultados obtenidos por la utilización de aparatos destinados a desarrollar exámenes o demostraciones cinéticas o por medios computacionales.

A mayor abundamiento en el análisis, vale tener presente que el valor probatorio de este tipo de documento, requiere asimilarlo al de las cartas. Al respecto el Art. 197 del Código de Procedimiento Civil, señala expresamente el valor probatorio como instrumento privado las cartas. De allí, se entiende que el destinatario de una carta invocaría como prueba contra el que la ha escrito; puede utilizarla para establecer una obligación contraída

a su favor por el remitente; para probar un perjuicio que éste le ha causado o una injuria en su contra que dé motivo a una demanda de indemnización.

Pero si se tratara de cartas dirigidas a terceros o por terceros aunque en ellas se mencione alguna obligación, conforme el Art. 203 del CPC, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba.

Si las cartas están firmadas pueden constituir verdaderos instrumentos privados, por el contrario si no lo estuvieran o si en ellas no hay explícitamente una declaración de voluntad, dificulta su fuerza valorativa.

En el caso de que el documento sea objetado, la parte interesada requerirá a la otra parte que justifique su objeción, como también ofrecer en el término respectivo la prueba necesaria que corresponda. Pero si no se desconoce el hecho de que emana realmente de la persona que lo firma, y aún no se impugnan los datos allí indicados, no se ve la conveniencia de negarle todo valor; puede el juez apreciarlo libremente, conforme a la persuasión racional.

Incluso si carece de firma o ésta no es reconocida por la ley, como el caso de la firma electrónica, esto solo significa que en estos casos la firma no basta por sí sola para dar pleno valor al instrumento público o privado. El valor de este documento lo determinará el juez, ya que servirá de base para una presunción judicial. Piénsese en los documentos normalizados, que están prerredactados y que sólo ha que rellenar los espacios en blanco, generalmente con un signo convencional, para manifestar la voluntad o intención de una persona.

En relación al valor de la fotocopia como instrumento privado, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que no valdría como tal porque en ellos falta la firma. Sin embargo, si existe el original y es posible hacer el cotejo en caso de impugnación, no se ve el inconveniente para aceptarlas. Igualmente si la fotocopia lleva la autorización de un

notario que certifique haber tenido a la vista el original y que las partes otorgantes reconocieron su firma ante él.³⁶

Aquí, se requiere anotar, que el inciso tercero del Art. 125 del CPC, considera como copias, las reproducciones del original debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

Ahora bien, pese a no ser posible determinar en forma precisa su valoración dentro de la clasificación de instrumentos públicos y privados, se le podría catalogar como un instrumento - **sui generis** -, sin que pierda por supuesto su valor probatorio o el valor de un principio de prueba por escrito, pues su valoración dependerá de ciertas condiciones que las leyes establezcan.

Esta calificación sui generis que se le confiere al documento electrónico, similar interpretación podría considerarse que el Proyecto de Ley le otorga, pues uno de sus principios dice: “ *que el mensaje de datos, su información y contenido tienen igual valor jurídico que los instrumentos públicos y privados (...)*”

Esta categorización asumida dentro de los instrumentos, la doctrina no le otorga una categoría explícita, pero atiendo al valor probatorio como base de presunción judicial. Así, el profesor Carlos Ducci en su obra “Derecho Civil. Parte General”, al tratar los nuevos medios de prueba, contempla la posibilidad de asimilar las grabaciones a los instrumentos privados y señala que, en todo caso, pueden tener valor como elemento probatorio sirviendo de base a una presunción judicial.

Acerca de lo dicho, hay un fallo muy importante de la Corte de Apelaciones de Santiago, que declara que “una grabación original, efectuada en cassette puede ser asimilada a la instrumental por registrar hechos o a las confesiones extrajudiciales y atribuirle valor en conciencia, acreditado, mediante peritaje, que las voces registradas en la

³⁶ Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numero5>

grabación corresponden a las partes del juicio, que la transcripción que rola en autos corresponde a lo grabado y que su tenor guarda armonía con las demás probanzas del proceso, lo que hace presumir su veracidad”.³⁷

Esta sentencia que se dicta en materia no penal no da la pauta, para que ciertos hechos distintos de los tradicionales, es este caso, de una grabación magnetofónica sean acreditados como medios de prueba en el ámbito civil.

Hoy las técnicas permiten integrar imagen, video, texto y sonido en algunos documentos. Por ello, los tribunales franceses han concluido que las grabaciones sonoras pueden ser consideradas documentos sin que halle un texto expreso que así lo diga.³⁸

Lo apuntado conduce hacer una analogía, si se aplica a un documento electrónico en sentido estricto, permitiría admitir y valorar dicho documento, pues existe reconocimiento jurisprudencial que avala esta postura. En efecto, esta tendencia la recoge nuestro código de procedimiento civil en el segundo inciso del Art. 125.

De allí, que la doctrina y jurisprudencia de la era contemporánea perfilan cambios procesales. En cuyas circunstancias, se hace necesaria una reforma en la legislación procesal civil ecuatoriana, que admitan de manera expresa todos aquellos medios técnicos que correspondan al concepto amplio de documento electrónico, previo analizar la naturaleza, características, ámbito de operación y las realidades propias de cada uno de los documentos en soporte de papel que se reemplacen por uno magnético.

De manera concluyente, como nuestra legislación no ha dispuesto el valor probatorio de esta clase de documentos, queda aún entregada a la apreciación de los jueces y tribunales. Aquello no obsta, a que este tipo de documentos se les atribuya valor probatorio, al ser posible identificar su presunto autor, la fecha y sitio de emisión e, incluso de recepción.

³⁷ idem

³⁸ idem

4.4 JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE

Este punto trata de aspectos particulares críticos en este tipo de contratos, que como ya se dijo, tiene vocación internacional. Las partes y los bienes involucrados pueden localizarse en distintas partes.

En el ámbito internacional, estas cuestiones se resolvieron tradicionalmente por el derecho internacional privado. Sin embargo, en el contexto del comercio electrónico, pese a los referentes de jurisdicción expuestos (costumbres), como la aplicación de la ley modelo y legislaciones nacionales en la materia, no facilita el objetivo de resolver las controversias, puesto que permite que se cometan infracciones, sin que exista aún una jurisdicción clara y adecuada en la que quién se sienta afectado pueda interponer una demanda y fomente la búsqueda del fuero más conveniente. Sin duda, que un entorno así, genera incertidumbre y decisiones potencialmente conflictivas.

Al respecto, la OMPI recomienda siempre que sea posible en los contratos en línea, designar el lugar en el que, de acuerdo con el contrato, se considera que el cumplimiento ha tenido lugar, e incluso, especificar el tribunal que tendrá autoridad jurídica en caso de controversia.³⁹ Además, habría que incluir en esa recomendación, la designación del derecho aplicable.

³⁹ Tomado página OMPI. <http://www.wipo>

CAPÍTULO V. “RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL”

5.1 LA RESPONSABILIDAD

La cuestión de la responsabilidad, es el tema de debate en el ámbito informático, que en su aplicación normativa de acuerdo a la doctrina, la responsabilidad civil emergente, se rige por los mismos principios que gobiernan la responsabilidad en general.⁴⁰

En cuya razón, para comprender la temática propuesta en este acápite, en primer momento, es importante realizar breves definiciones aproximadas al respecto, para luego estudiar en que consiste la responsabilidad en el derecho común. Y por último, puntualizar el tema en el ámbito informático.

El diccionario de derecho usual, nos trae la siguiente definición sobre responsabilidad: “ Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originario.”

En el mundo jurídico, las categorías de responsabilidad integran: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. En el caso que nos corresponde, la responsabilidad civil, el talión económico jurídico es la obligación de resarcir en lo posible causado y los perjuicios ingeridos por uno mismo o por un tercero y sin causa que lo justifique. Esta intuición se desdobra en; la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad contractual, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación de un contrato. Los aspectos que comprende son: la reparación del daño y la indemnización de perjuicios; pero se valora de distinta manera según la culpa del responsable, la obligación y los que sean necesaria consecuenencial del incumplimiento.

La responsabilidad puede incurrir de dolo, negligencia (simple culpa) o morosidad y además, cuantos se contravengan al tenor de sí misma, como la pasividad, si consiste en las

⁴⁰ Documento. “ Cuestiones planteadas en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”. Buenos Aires, 1987. (Tomado: www.derecho.org...)

de dar o hacer y en la actividad contraria a la prohibición, si se trata de una obligación de no hacer.

Cuando procede de dolo, puede exigirse en todas las obligaciones, sin que se reconozca la validez de la previa renuncia, la correspondiente responsabilidad de cuantos daños y perjuicios deriven del incumplimiento. La procedente de negligencia, cuando existe buena fe, los daños y perjuicios se concretan a los previstos o a los previsibles al tiempo de constituirse. Procesalmente quién exige la responsabilidad civil contractual, ha de probar la existencia de la relación obligatoria, el incumplimiento de lo debido el daño surgido y la relación de causalidad.

Como se advierte, el incumplimiento genera una responsabilidad, tanto desde la perspectiva de la pasividad rente a la norma, como desde un comportamiento contrario a la misma.

Mientras la **responsabilidad extracontractual** es la exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa. Desde la relación de causalidad, (esto es, la causa y el efecto sufrido) la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo aún sin culpa. El elemento objeto, lo configura "el daño" y el elemento subjetivo lo integra "la culpa y la negligencia".

Por otra, la responsabilidad contractual se contrapone a la responsabilidad extracontractual, en el concepto clásico originada por delito o cuasidelito, aunque ambas coinciden en el concepto básico de la reparación de un daño y el resarcimiento de un perjuicio por el causante de una u otra. La fuente de la primera, es la voluntad de los particulares, de la segunda, la ley.⁴²

⁴² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo V. Págs. 735,736,740 y 742

5.1.1 La responsabilidad en el derecho común

La cuestión en el derecho común, está regulada por el Código Civil. Nuestro Código Civil (CC) fundamenta la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en el dolo o culpa del deudor o del causante. Ambas se fundamentan en la imputabilidad del daño al deudor, es decir, que éste haya actuado ya por culpa o negligencia, lo cual permite determinar la imputación de la responsabilidad.

El código civil contiene consagraciones expresas generales sobre la responsabilidad contractual en el título correspondiente "Del efecto de las obligaciones", las disposiciones que consagran son: arts. 1589 al 1601. Y conforme al concepto clásico, la responsabilidad extracontractual, trata al Título XXXIII, De los delitos y cuasidelitos, arts. 2241 al 2260.

Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, debe ser reparado por quién la causó. Así el que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley prevé.

Por su parte, el art. 1590 del CC., que gradúa la culpa según la utilidad del contrato, establece una determinada clase de responsabilidad , a la que se le imputa culpa lata del deudor. Lo cual implica que para efectos concretos, el código equipare la culpa lata al dolo, es así, que el art. 29 (título preliminar), establece que esta culpa lata en materias civiles equivale al dolo.

Entre estos dos términos: dolo y culpa grave no hay identidad de conceptos, pero se producen algunos efectos similares, como el de responder por los perjuicios aún imprevisibles, y la licitud de su negociación adelantadas, por ser destructivas del derecho.⁴³

➤ La culpa jurídica

Fundamenta Román, que la culpa, aunque de origen moral, tiene su conformación jurídica, pues no consiste en un juicio de conciencia interno y subjetivo, sino en un juicio

⁴³ ROMAN, Raimundo Emiliani. *La responsabilidad delictual en el Código Civil Colombiano*. Editorial Santa Fe de Bogotá D.C.. 1999. p 4.

objetivo y abstracto que compara la conducta del victimario con la de un tipo ideal de diligencia y prudencia según el criterio del juez.⁴⁴

En efecto, el art. 29 del Código Civil, mide la graduación de las culpas contractuales como lo hace Andrés Bello, cuando compara la conducta del deudor con un tipo de conducta ideal y abstracta, cuyo texto dice:

“...no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. Esta disposición configura la culpa grave, negligencia grave y culpa lata.

Mientras que, la falta de aquella negligencia y cuidado que los hombres, emplean ordinariamente en sus negocios propios, configura la culpa leve, descuido leve y descuido ligero; y la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, configura la culpa levísima.”

La norma cae en el campo objetivo, al juzgarse la conducta de quién ocasionó el daño, mediante la comparación con la de un tipo abstracto, aquella que hubiera observado una persona diligente y prudente, colocada en las circunstancias externas del deudor.

Así, la conducta de un médico se juzga comparándola no con la de otro médico cualquiera, sino con el que actúe con prudencia y diligencia, colocado en las mismas circunstancias externas de aquél, por ejemplo, si investigó la sintomatología del enfermo, sus antecedentes, si ordenó los exámenes debidos, si el diagnóstico fue correcto. De la propia manera, se juzga a un conductor de un automóvil que ha causado un accidente, al compararle con la de cualquier otro conductor, que sea diligente y prudente dentro de las circunstancias externas del accidente, como hora, estado del terreno, concurrencia vehicular, velocidad, etc..

Esta comparación a modo de ejemplo objetiva y abstracta, señalada por Román, permite que la culpa jurídica pueda ser presumida sin contradicción, como en efecto lo hace el código civil.

⁴⁴ Idem, p. 5

El mencionado autor Román, al referirse a la culpa puramente moral, precisa que debe ser juzgada subjetivamente en cada caso concreto, de modo que rechaza su presunción, debiendo siempre ser probada.⁴⁵

Ahora bien, bajo nuestra realidad jurídica, conduce a entender la culpa como "un error de conducta", cuyo acto defectuoso por así llamarlo, al comparar con el modelo o conducta de una persona diligente y prudente en circunstancias externas similares, hubiese actuado de manera diligente.

El mismo criterio debe aplicarse para la configuración de la culpa extracontractual, pero no puede existir graduación alguna de culpa, porque no se trata de evaluar la conducta del deudor o autor, según los intereses contractuales de las partes, sino de cualquier culpa, por levísima que sea, que haya causado el daño. Esta disposición recoge el principio de la Ley Aquila, "*In lege Aquilia et levísima culpa venit*", basta la culpa levísima.

Pese a esta objetividad abstracta, la culpa jurídica sigue siendo calificada de subjetiva en la doctrina, una de las tres razones que apunta Román, es porque el hecho o daño causado, es consecuencia de la conducta de la persona, y justamente por ello, filosóficamente la culpa jurídica tiene fundamento y respaldo en la culpa moral.⁴⁶

De lo anterior se extrae, que la responsabilidad extracontractual o contractual, resulta de un error de conducta, apreciada objetivamente y en abstracto.

Entonces, la responsabilidad civil se compromete en todos los casos, en todas aquellas circunstancias del daño, para que pueda ser imputado por malicia o negligencia del agente, sin consideración a que se trate del hecho propio, ajeno o de las cosas. En efecto, el Art. 1590 del CC, establece:

"el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en os contratos que se hacen para

⁴⁵ Idem, p. 8

⁴⁶ Idem, p. 9 y 10

beneficio recíproco de las partes; y de la levísimo, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

Y el Art. 2247 del CC, expresa:

“toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuviere a su cuidado.”

Estas son las circunstancias del daño, los indicios que indican que el daño ejecutado por la malicia o negligencia de una determinada persona. Consecuentemente, se trata de la presunción de responsabilidad, derivada de un antecedente o hecho concreto.

5.1.2 Modalidades de la responsabilidad

La responsabilidad se ejerce no sólo por hecho propio (como se anotó), sino también por diferentes modalidades: a) por el hecho ajeno basado en culpa presunta, por ejemplo, la responsabilidad civil de los padres, curadores o tutores y el patrono o empleador – Arts. 2246, 2247, 2248 y 2249 CC-; b) adicionalmente, la doctrina y la ley también consagra otra especie de responsabilidad, la que se origina en el daño que causan las cosas, que se denomina responsabilidad por el hecho de las cosas, - Arts. 2250, 2252, 2253, 2254 y 2255 CC.-. (Esta modalidad al ser de norme trascendencia práctica se estudiará en los contratos informáticos).

Aparte de las referidas, existen otras que para el caso de este estudio, amerita tratar la siguiente modalidad: **“cuando abusan del derecho”**.

A opinión de Lyon, *el abuso del derecho*, radica en el desvío de su ejercicio de la finalidad determinada por su propia naturaleza.⁴⁷

Precisamente, este abuso del derecho tienen connotación en el derecho informático, pues comprende el derecho de acceder a la información que resulta con el uso de los medios informáticos.

⁴⁷ Ver: ROMAN, Raimundo. P.20

Países como Suecia, Francia y Noruega, fueron los pioneros modernos a la hora de legislar acerca del derecho de las personas de acceder a la información que contienen los bancos de datos, así nació el concepto actual de *habeas data*. Pero con la aparición de la tecnología informática, los ficheros manuales se transforman en bits, por lo que los antiguos ficheros ahora se digitalizaron, con las ventajas que estos aportan: compresión de datos, corrección de errores, etc.. De ahí, que es posible intercambiar o juntar datos y reconstruir, sobre la base de todo lo recopilado, la vida de una persona, sin que ésta siquiera inclusive se entere.⁴⁸

Resulta entonces, que frente a este derecho de acceso se opone el derecho a que se divulgue una información de carácter confidencial, de interés personalísimo.

Esta situación, determina un desequilibrio, por un lado, el poder de la tecnología informática, pues un ciudadano tiene derecho a acceder a la información desde un modesto ordenador domiciliario y usarla con fines lucrativos u otros; y por otro, este derecho también puede lograr vulnerar y ocasionar un daño muchas veces irreparable a otra persona.

Sin duda, la difusión debe ser ilimitada, ya que no toda información, es social o pública. Es allí, donde surge la necesidad legislativa de proteger determinados datos esencialmente privados de las personas, a fin de restablecer el equilibrio perdido, el de ser resarcido por los perjuicios, por la utilización de los medios informáticos masivos.⁴⁹

En resumen, la tecnología de la información se ha constituido en una "herramienta digital eficaz", pero también atentatoria, para evadir responsabilidades con respecto al autor o deudor, cuyos daños no sólo son de carácter patrimonial, sino también es posible violar un derecho personal como es el de la intimidad, cuyo principio está consagrado en la Constitución y otros instrumentos jurídicos internacionales.

⁴⁸ PIERINI-LORENCES TORNABENE. *Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad (EU), Argentina, ps. 148 y 149. 1999

⁴⁹ Idem, p.151

Es relevante este abuso del derecho a la información, pues vulnera otros derechos de importancia económica y cultural, concretamente, los derechos del espacio de la propiedad intelectual.

Todo esto, requiere un estudio profundo, a fin de determinar lo actos que hoy en día y en el futuro puedan afectar a esta nueva sociedad de la información.

5.2 LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO INFORMÁTICO

Cuando nos referimos a derecho informático, vale comprender que "es el conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que tiene por objeto evitar que la tecnología pueda conculcar derechos fundamentalmente del hombre y que se ocupa de la regulación de lo relativo a la instrumentación de las nuevas relaciones informáticas, así como de la transmisión de los datos."⁵⁰ Pero cuando se trata de problemas que se ocasionan en el ámbito informático, muchos de ellos se resuelven por el derecho común con algunas adaptaciones, por lo que especialistas de derechos en daños entienden que no se justifica una regulación específica de la información en un derecho particular.

Al respecto, García Aguilar estima que los daños ocasionados por medios informáticos son sancionados por el derecho común. La función sancionadora, se precisa en los mecanismos cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento de la información. Junto a la potestad sancionadora complementaria a la reconocida por el Código Penal (particularmente, la privación de la libertad), se encuentran las sanciones de carácter civil y las administrativas. Esta última, Aguilar apunta que del Peso Navarro señala que el sistema de responsabilidad ha sido edificado principalmente en torno a la idea de indemnizaciones como requisito para la reparación del daño.⁵¹

⁵⁰ DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. "La responsabilidad civil en la tecnología". Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos aires, p.153. 1997

⁵¹ GARCÍA AGUILAR, Nicolás. <http://www.derecho.org/redi>

Pese a que el derecho trata de adaptar estas nuevas infracciones mediante sanciones previstas en diferentes ámbitos, se plantean dificultades en el derecho informático a saber: a) tutela legal de los instrumentos informáticos; b) protección de la intimidad y los datos reservados; c) contratos informáticos; d) delitos informáticos; e) responsabilidad civil por daños emergentes de la informática; y, f) derecho procesal informático.

Al primer aspecto, se debe agregar que en la contratación electrónica (tema principal que fue objeto de estudio) se suscitan dos tipos de problemas por la utilización de documentos electrónicos desde el punto de vista del derecho. En primer lugar, a considerarse cuestiones de tipo jurídico-operativo, respecto al documento; y, en segundo lugar, como consecuencia de las anteriores aparecen otras cuestiones de tipo procesal.

Desde la perspectiva de la responsabilidad consecuencia de la generación de documentos electrónicos, en principio resulta apremiante la autenticación del autor del documento. Sin considerar en las técnicas que se pueden utilizar para hacerla efectiva, mencionar la identificación del autor, permitirá exigir su responsabilidad llegado el caso. Mientras en el aspecto procesal, deberá observarse y asimilar las nuevas tecnologías de la información a las legislaciones pertinentes.

5.2.1 Contratos informáticos

Queda por comentar el tipo más numeroso de contratos informáticos, precisamente los de bienes y servicios.

Hernando Collazos⁵² al diferenciar la ase precontractual de la contractual a la hora de determinar las obligaciones susceptibles de incumplimiento, señala que en la ase precontractual las partes deberán observar diligencia debida y buena fe, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad; en el caso de existencia de contratos de estudio y asesoría o de peritaje previo, la responsabilidad se exigirá de acuerdo al Código Civil.

⁵² Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numero9>

Mientras, en la fase contractual, y en lo que se refiere a contratos sobre bienes, habrá de considerar la vulneración de cualquier obligación contraída en relación con el hardware (instalación y mantenimiento completo por el suministrador) o con el software (especificación clara de las responsabilidades sobre el producto y legislación aplicable).

En lo referente a los contratos de servicios informáticos, habrá que tener en cuenta, las características del tipo de servicio que se contrate, para delimitar las obligaciones contractuales (de desarrollo de software, de integración de sistemas, de suministro, ...).⁵³

Para ello, se tratará los contratos sobre hardware y software, y luego se apuntará, las características más relevantes de los contratos. Finalmente por comentar, las Bases de Datos por la trascendencia económica que representan en la actualidad el caso de transmisión telemática de documentos por la responsabilidad en la que puede incurrir la empresa operadora del servicio de comunicación; y, la transmisión EDI acordada entre las partes.

5.2.1.1 Contratación referente al hardware

En los negocios de tipo informático, se adoptan diversas figuras en la contratación, una de las más comunes es la compra del hardware, que por causar obsolescencia inmediata, algunos usuarios prefieren utilizar otras figuras, como el alquiler de sistema completo o compra de uno de los componentes y leasing de otro, el hardware a un proveedor y el software a otro, etc., que por cierto, aquí juega el principio de la autonomía de voluntad de las partes. Sin embargo, es de observarse que cuando el usuario adquiere el hardware, no quiere sólo la máquina (objeto material) sino su prestación. Esta prestación debe ser de conocimiento por las partes, de esta manera, se integra el nexo de la relación obligacional.

⁵³ Idem

Al versar un contrato, éste es susceptible de ejecución, exigiéndose el cumplimiento de la prestación o prestaciones asumidas, con todos los requerimientos que se hayan especificado, lo cual indica un resultado esperado. En caso de que el usuario se conformara con un cumplimiento insuficiente, podría aceptar como se encuentra el hardware, es decir, el estado en que lo recibió siempre que no implique riesgos futuros (mediante una verificación técnica), pero debería reclamar una indemnización por la frustración de la prestación debida.

Al tratarse de un producto defectuoso, la responsabilidad civil en la órbita contractual, se encuadra en la categoría de *obligación tácita de seguridad*. La responsabilidad objetiva fundada en la seguridad, implica que el prestador se exime solamente acreditando la causa ajena y en ese contexto, la “culpa del usuario” debe medirse con criterio restrictivo.⁴¹

Pero esta obligación de seguridad conforme la doctrina, es parte de una obligación de resultado. Ello es así, pues la carga de la prueba por culpa o negligencia es por parte de quién alegue. Esto, sin duda comporta socialmente una ausencia del deber de seguridad, al generar un menoscabo de quién alega. Por el contrario, la obligación de seguridad, significa tutelar a quién se desenvuelve de acuerdo a un proceso configurado y en la órbita de afectación del conductor.⁴²

No obstante, las prestaciones dependen del rol que asumen con relación al contrato, pues tendrán un diferente tratamiento jurídico cuando: a) si las consideramos prestaciones accesorias estamos en la órbita de los denominados contratos atípicos combinados (por ejemplo, la venta de un equipo completo como prestación principal y una locación de obra como prestación accesoria que consiste en el mantenimiento, entrenamiento y asesoramiento técnico <generalmente, la manera de vender este tipo de artículos es

⁴¹ Ver: DE ESTRELLA GUTIERREZ. P.155

⁴² WINGARTEN, Celia. *Contratos y reparación de daños*. Editorial Universidad buenos Aires, 2000. p- 105.

ofreciendo accesoriamente estos servicios, pero también, se vende por paquetes completos>). El inconveniente de esta postura es el incumplimiento de la obligación accesoria, lo cual no frustraría el cumplimiento de la principal y sólo originaría una acción residual de daños y perjuicios; b) Si, en cambio, entendemos que el contrato comprende el todo (paquete completo): hardware y prestaciones de mantenimiento, entrenamiento y servicio, estamos frente a la llamada “ **unión de contratos recíprocos**”, en que uno de ellos tiene causa en el otro y carecen de ritualidad aisladamente, en cuyo caso la exigencia de integridad en el pago requiere el cumplimiento completo del hardware con las adecuadas prestaciones de manutención, adiestramiento y asistencia técnica.⁴³

5.2.1.2 Contratación relativa al “software”

En la contratación relativa al software, uno de los problemas más frecuentes que se presentan, es el que no se adapta a las necesidades del usuario, tal como lo requirió el proveedor del programa.

Si aplicamos en esta clase de contrato, las disposiciones nuestro código civil, el Art. 1589 establece que: “ *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.*” Conmitantemente, el Art. 1767, dispone que “*la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio.*”; y, como la cosa objeto del contrato, trata de un bien inmaterial <<software>>, el Art. 1776 en su parte dispositoria, no prohíbe la venta de cosas incorporales.

De manera consecuente, el contrato adquiere los atributos legales pertinentes, en esta clase de actos. Pero, si entre las partes hay discrepancia, por satisfacer o no las

⁴³ Ver: DE ESTRELLA GUTIERREZ. P. 155

expectativas del acreedor, la solución puede encontrarse en la intervención de peritos especializados, cuyo informe pericial resulta de apoyo en la divergencia.

Si acontece que en un contrato sobre el software de venta o de locación, obra de vicios la cosa, apunta COMPAGNUCCI⁴⁴ que según opinión de Alberto G. Sporta, los únicos vicios útiles para quejarse son los que aparecen en el plazo de garantía, los posteriores serían a cargo del tomador de la obra: **el comitente**.

Cuando la responsabilidad emana de los vicios redhibitorios por venta del software, es aplicable los Arts. 1827 y ss., del CC que responsabiliza por los daños que causare, fundándose en la imputación de culpa. No obstante, en caso de que el vendedor no conocía los vicios, ni eran tales que su profesión u oficio debiera conocerlos, sólo estará obligado a la restitución o rebaja del precio (Art. 1828).

En cuanto a la extensión de la reparación, mientras la mayor parte de la doctrina estima que se resarcen los daños *extra rem* (es decir, los sufridos también en el resto de los bienes del acreedor), Compagnucci de Caso señala, que sólo se extiende a los daños intrínsecos.⁴⁵

Según esta postura, el usuario sólo podría reclamar la disminución del valor de la computadora o del programa, pero no los daños que esa computadora o programa deficiente le causó.

Hoy la doctrina, por unanimidad acepta que la responsabilidad por los vicios o defectos de los productos elaborados, es contractual, cuyo aspecto se inserta en el marco más amplio de protección al consumidor. De ahí, que alcanza a todos los que han intervenido en la cadena de comercialización (estos son: productor, fabricante, titular de la marca, importador, distribuidor, vendedor) y se funda en un factor objetivo de atribución.

⁴⁴ COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben. *Daños causados por productos elaborados*. Editorial la Platense, La Plata, p.35, 1981.

⁴⁵ Idem, p. 36

Esto significa, que el daño causado por un producto defectuoso debe recaer sobre la persona que ha creado el riesgo –*el fabricante*- quién se encuentra en mejor situación.⁴⁶

Esta claro, que esta posición atiende a la peligrosidad del uso de algunas cosas o del desarrollo de ciertas actividades, imponiendo un deber de responder por el mero hecho de haberlas introducido en el mercado.

En el caso del software, el usuario debe probar que la falla estuvo en la programación, para imputársela al programador el daño, quién puede eximir esta responsabilidad última, si justifica la incidencia de una causa ajena.

En este tipo de contratación, la responsabilidad contractual atiende a una objetividad concreta, pues se incumplió una obligación de resultado, por la ausencia del factor de seguridad debida al usuario.

Otro aspecto de la responsabilidad, puede estar relacionada con el proveedor de datos, esto es, la alimentación digital en la computadora. La inexactitud de los datos con la que ha sido alimentada puede ser el motivo de la información defectuosa. El centro electrónico de la documentación puede revestir una situación jurídica análoga a la del fabricante. En este caso, también estamos en presencia de una obligación tácita de seguridad, que consiste en proveer información real, inocua y fidedigna, si ello no acontece, el usuario debe probar la deficiencia en la información y el daño patrimonial o personal que ello le ha causado.⁴⁷

El operador o el gestor de bancos de datos asume si media un contrato, una obligación de seguridad en cuanto al contenido, exactitud y periodicidad de la información que suministre.

⁴⁶ Ver: WINGARTEN, Celia. P. 227

⁴⁷ Idem, ps. 105 al 108

La teoría de la actividad de riesgo es el fundamento de la responsabilidad objetiva. Por lo que con relación a la responsabilidad del banco de datos, Ferri y Taddel⁴⁸ -doctrina italiana- se inclinan por considerarla “*actividad peligrosa*”. Nuestro código civil, no cuenta con una actividad riesgosa, como factor de atribución de responsabilidad en estos casos, cuyo fundamento de responsabilidad se entiende, siempre que utilice cosas riesgosas o peligrosas.

Otra forma de daños provocados por el gestor del banco de datos puede darse por la difusión de información confidencial suministrada por el cliente. Esta órbita de la responsabilidad informática es la que tiene mayor relevancia económica y jurídica.

Pensemos en el manejo informático de las estaciones aéreas, centrales nucleares. tráfico ferroviario o los daños a la salud (...).⁴⁹

Con respecto a los daños ocasionados a terceros, como en la variedad de delitos informáticos, la responsabilidad se emplaza en el ámbito extracontractual, precisamente por la utilización de cosas riesgosas.

A criterio de la autora Graciela De Estrella, la responsabilidad civil por ilicitudes informáticas (por la facilidad de la manipulación y utilización) que acontecen los riesgos mas probables de daños en el procesamiento de datos personales son:

- a) alteración por informaciones inexactas o incompletas que se introducen en los ordenadores;
- b) categorización de los individuos mediante su reducción a una serie de datos que encierra el peligro de una radical deformación de sus características humanas con la consecuente discriminación;
- c) conservación indefinida de los datos obtenidos impidiendo el derecho al olvido;
- d) ataques al secreto de la vida privada por la divulgación de dichos datos;

⁴⁸ <http://www.derecho.or/redi/numero9>

⁴⁹ Ver: GUTIERREZ, Estrella. P.157

- e) desviación de la información;
- f) la manipulación de datos;

Los valores conculcados pertenecen a la categoría de derechos personalísimos; a la privacidad, a la identidad y al secreto.

Respecto a la posibilidad de prevención o resarcimiento de daños, es relevante lo referente a la evitación del daño. Por lo que el registro computarizado de datos sensibles, debe ser regulado, estableciendo límites en cuanto a la recolección, su utilización, conservación y tratamiento sistemático.⁵⁰

Con relación a la responsabilidad civil derivada de los daños efectivamente sufridos, en materia contractual la responsabilidad es objetiva, fundada en el incumplimiento al deber de seguridad; y en la órbita extracontractual, con las diferencias apuntadas, se requiere incorporar la actividad riesgosa.

➤ **Responsabilidad extracontractual**

En materia informática, la responsabilidad extracontractual surge: cuando no hay contrato, cuando la responsabilidad no concierne a los contratantes; o cuando la norma sustantiva, determina que la responsabilidad contractual da paso a la órbita extracontractual.

De acuerdo al Código Civil, los cuasidelitos se presentan innúmeras situaciones, en que la negligencia o el daño sea causado por la intervención de cosas, por ejemplo un computador que se encuentre en mal estado, que al ingresar datos estos se pierdan, ocasionando un daño al usuario. De ahí, que aquellas actividades pueden permitir considerar por "peligrosas o riesgosas". Así, también, se encuadra los perjuicios ocasionados, siempre que sea causado por la cosa.

⁵⁰ Constitución Nacional 1994. Argentina. Garantías consagradas.

En su aplicación, la responsabilidad extracontractual en el mal funcionamiento de la informática, puede ajustarse, pues la provisión de bienes y servicios informáticos se adapta mejor al concepto de actividad riesgosa.

Sin embargo, esta adaptación legal, precisa interpretaciones, pues actualmente el sistema normativo del código civil, no advierte las modalidades de daños ocasionados por la informática que permitan imputar responsabilidades objetivas ni incluyan todas las posibilidades de daños que pudieran inferirse hoy y en el futuro, por la aplicación de los avances tecnológicos.

En tal sentido, podría incluirse en éste sistema objetivo, como un párrafo segundo, siempre que las actividades informáticas se desarrollen con cosas.

5.2.2 Características de la contratación informática

En la contratación informática hay elementos comunes determinantes, que precisan diferentes autores, estos se detallan a continuación:

- En forma general, los contratos informáticos son típicos contratos predispuestos.- El usuario acepta contratos con condiciones predeterminadas que la agencia o subsidiaria de la empresa tiene confeccionadas con tal fin. En la práctica esto es muy común, de ahí, que se recomienda la protección del consumidor frente a aquellos, al tratarse de la parte más débil de la relación jurídica, pues se someta a condiciones generales que aparecen como normas de fábrica. Por ello, la doctrina propició la interpretación contra *profer entem*, es decir, la interpretación contra el redactor, en caso de oscuridad o de duda. También se prohíbe las cláusulas vejatorias, esto es, tomar ventajas en una relación de intercambio, que debe ser equilibrada. Por otra, los proveedores suelen incluir cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad en los contratos predispuestos. También se encuentran las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión y de los celebrados en formularios, por áreas de contratación,

buscando el consenso de proveedores y usuarios. En lo referente al daño informático, los contratos informáticos generalmente son típicos contratos predispuestos, por lo tanto, en tales supuestos son nulas las cláusulas limitativas de responsabilidad, cuando se tratare de daños extra patrimoniales o de daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica.⁵¹

- El usuario se constituye en la parte débil.- En la práctica siempre el usuario recibe lo que el proveedor quiere venderle, que dado su desconocimiento se constituye en la parte más débil, llámase "el consumidor". Por ello, los contratos de consumo integran el ámbito de los contratos de empresa, sujetos a la autonomía de la voluntad, pero sometidos a las normas imperativas de los contratos constantes en el código civil.⁵² En el caso ecuatoriano no se contempla normas imperativas de protección al consumidor en el código civil, pero si las contiene la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.
- Los daños que se ocasionan por productos elaborados.- Dentro del ámbito informático, se ubican dentro de la categoría de productos elaborados: el hardware y el software. Los daños causados por aquellos, traerá la correlativa indemnización del caso. La responsabilidad objetiva se impone tanto en la órbita contractual como extracontractual.⁵³
- **Obligación de seguridad.**- El proveedor ofrece el hardware o el software al usuario, cuyos bienes representan una utilidad positiva que satisfaga una necesidad concreta. Precisamente, la expectativa inicial del usuario consiste en un "resultado funcional" de la aplicación de la máquina o el programa a su actividad.

⁵¹ Ver: GUTIÉRREZ, De estrella. p. 162, 1997

⁵² Ver: WEIGARTEN, celia. P.82

⁵³ Ver: WEINGARTEN celia – BARBIER eduardo, p.64, 1996.

De ahí, que el proveedor asume una obligación de seguridad, con respecto a los productos que vende.⁵⁴

Pero estas características apuntadas, podría interpretarse como principios contractuales informáticos, pues el resultado funcional se constituye en una obligación inherente a este tipo de contratos, y que en forma tácita, implica también una obligación de seguridad que asume el proveedor por la provisión del software o hardware, que según lo expuesto, no alivia la prueba de la imputabilidad de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, en menoscabo del usuario.

Como se advirtió, el usuario puede requerir varios contratos conexos que en definitiva deben darle por resultado, una prestación eficaz. Bajo el presupuesto de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debido a la responsabilidad por incumplimiento.⁵⁵

5.2.3 Transferencia electrónica de fondos

Respecto a la transferencia de fondos por medios electrónicos, es preciso distinguir si la transferencia se ha llevado a cabo directamente entre ordenadores, o si el pago se ha efectuado por medio de una tarjeta (el conocido dinero de plástico).

En el primer caso, se está ante una problemática que trata de asegurar la conservación y autenticidad del documento electrónico justificante de ese pago.

La cuestión de la utilización de tarjetas electrónicas plantea mayores problemas, que para el jurista dado la escasa legislación al respecto resulta complicado. Pero no procede extender este tema, únicamente abordará la cuestión de la responsabilidad de las partes intervinientes en el proceso de pago electrónico mediante tarjeta.

⁵⁴ Ver: GUTIERREZ De estrella.p.163. WEINGARTEN celia. P.105

⁵⁵ Ver: GUTIERREZ De estrella. Ps.160-165

La utilización de tarjetas electrónicas (un tipo más de contrato) se caracteriza por la intervención de tres sujetos: el usuario, el emisor y el aceptante. La responsabilidad de cada uno de ellos vendrá determinada por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales.

En este sentido, interesa destacar algunos aspectos: al usuario siempre se le exige que sea una persona física para la exigencia de responsabilidad; el emisor tiene, entre otras, las obligaciones de claridad en el contrato, de concesión de crédito y de deber de secreto; por último, el aceptante o empresa adherida al sistema de pago con tarjeta debe cumplir con las obligaciones pactadas para facilitar el uso de ese medio de pago por el usuario.

5.2.4 Las Bases de Datos

Los contratos sobre Bases de Datos (BD), merecen especial atención por la problemática que plantean, debido a los diferentes sujetos que pueden intervenir.

Páez Mañá, entiende por bases de Datos *“a todo conjunto o colección de datos, obras, documentos o material informático, seleccionado, ordenado, organizado y almacenado en cualquier tipo de soporte apto para ser tratado informáticamente, mediante procedimientos automatizados que permitan ulteriormente la recuperación y transmisión de la información que se precise.”*⁵⁶

De hecho, el sistema de administración de la base de datos, no sólo permite el almacenamiento, recuperación y transmisión electrónica de datos, sino también permite a través de él, modificar aquellos datos compilados.

Para una mejor ilustración, vale mencionar lo que anota Carlos Fernández Ballesteros sobre bases de datos: *“todas las compilaciones de información (datos, hechos,*

⁵⁶ Tomado: <http://www.derecho.org/redi/numero7>

etc.), deberían considerarse "bases de datos", independientemente de que existan o no, en forma impresa, en unidades de almacenamiento en ordenador o en cualquier forma".⁵⁷

Conviene destacar aquí, que las compilaciones o colección de información de datos de todo tipo (textos, obras de arte, obras plásticas, obras literarias, información jurídica, etc.) deben considerarse "bases de datos", sin importar el soporte que lo contenga o donde estén almacenados.

Pero las bases de datos requieren de un trabajo selectivo en su formación, en la que participan una serie de personas, tanto en la creación misma de las BD y utilización de la información residente en una BD. Por ello, que en la contratación intervienen una diversidad de sujetos, por una parte, quién crea las BD y por otra, quién utilice aquella información.

Por otra, es necesario anotar, que en primer momento, se debe contar con la respectiva autorización de los derechos de los autores de las obras originarias compiladas, y a su vez, determinar la titularidad de los sujetos que intervienen en la construcción de las BD, (pues en su mayoría se realiza en colaboración o de manera colectiva).

Ello es así, pues, el párrafo 2 del Art. 10 del Acuerdo sobre los ADPIC, prescribe

"Las compilaciones de datos o de otros materiales en forma legible por máquina o en otra forma que por razones de selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidos como tales (...) Se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismas".

De igual manera, la norma comunitaria andina al respecto establece que:

"Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no será extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman. (Art. 28, Dec. 351)

⁵⁷ BALLESTEROS, Carlos. *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los umbrales del año 2000*. Memoria del 1 Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, p.14, 1991.

De las normas comentadas, se destaca un aspecto importante, es que la protección de las bases de datos no afecta los derechos autorales, que pudieran subsistir sobre las obras que la conforman.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, resulta que cualquiera de estos sujetos que intervienen en la contratación, podrán ser requeridos, cuando incumplan alguna de sus obligaciones.

5.2.5 El Flujo Internacional de Datos (FID)

De igual manera, que el anterior punto, la imputación de la responsabilidad a nivel del FID se concreta en la necesidad de determinar cuál es el titular del fichero, dilucidando los posibles casos de responsabilidad compartida por cualquiera de las personas involucradas en las operaciones con los ficheros transferidos.

Una vez determinado este titular del fichero, habrá que ver cuál de sus obligaciones ha incumplido con el fin de exigirle la correspondiente responsabilidad (estas obligaciones podrán referirse, como ya se comentó, a la propia transmisión o a cuestiones que afecten específicamente a derechos reconocidos a los afectados).

De las precisiones apuntadas, es posible establecer la responsabilidad objetiva en cada caso concreto por incumplimiento de las partes. Sin embargo, los sujetos afectados, salvo contadas ocasiones, quién ha recibido el daño ha buscado su resarcimiento, especialmente, en aquellos casos moralmente irreparables.

5.3 VULNERACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS A LA INTIMIDAD

El derecho a la protección a la intimidad es un bien protegido por el Estado. Este derecho fundamental se recoge en la totalidad de los ordenamientos considerados democráticos en la actualidad.

Castán, al referirse a estos derechos señala: "son aquellos derechos fundamentales de la persona humana – considerada tanto en su aspecto individual como comunitario – que

corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o Autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común.⁵⁸

Del señalamiento, extenso por cierto, resulta dos características esenciales de esta clase de derechos, el primero, su vocación de universalidad; y segundo, su subordinación a los intereses generales. Ambas características, provienen de un derecho subjetivo protegido, que ahora registra su protección, por la legislación informática.

Esta tendencia apunta de la última década en la mayor parte de los países industrializados a proteger mediante regulaciones apropiadas los llamados "datos personales".

Entre los datos personales íntimos se encuentran: la afinidad política y todo otro tipo de creencias o tendencias humanas, episodios de naturaleza especial (violaciones, vejaciones, etc.), enfermedades padecidas, y otros mas (...). Estos revisten unas características específicas que los hacen merecedores de protección. Se trata de información relativa al fuero interno de las personas, es decir, que identifica los sentimientos, la personalidad, las creencias y pensamientos de orden privado de las personas. Se trata de partes del ser que se revelan exclusivamente de forma particular e individual y rara vez son objeto de tratamiento público. Esa información, esos datos que la conforman, se entiende que en principio pertenecen a quién los genera, detenta y tiene la capacidad y facultad para disponer de ellos. Si bien es discutible la existencia de un derecho de propiedad, forma parte de las personas físicas, que no pueden ser tratados de ninguna forma que no sea con la libre voluntad del individuo.⁵⁹

⁵⁸ <http://vlex.com/redi/No.25-agosto> del 2000

⁵⁹ Constitución Española. Título I de los Derechos y Deberes Fundamentales, Capítulo II, art. 15.

No obstante, ante ello, se plantea un conflicto de intereses entre el derecho a la vida privada que tiene todo individuo y el derecho a la información o a la libertad de información que es la consecuencia de su ejercicio. Es decir, se procura lograr un equilibrio entre la información que necesita la sociedad para un funcionamiento democrático y el derecho del individuo a la protección de los datos.⁶⁰

Ambos derechos forman parte de los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada en París en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en pactos internacionales complementarios celebrados en 1966, que contemplan en forma separada los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Los primeros llamados también derechos individuales, corresponden al hombre por el hecho de ser tal y son, entre otros, el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la imagen, el derecho al honor, al nombre, a la voz y el derecho a la vida privada. Los segundos, designados genéricamente como derechos sociales, son los que corresponden al hombre por el hecho de formar parte de una comunidad organizada y entre ellos se hallan el derecho al trabajo, a la seguridad social, etc.

Nuestro país ha firmado varios tratados internacionales sobre derechos humanos. Por ello, la Constitución Política reconoce las declaraciones, derechos y garantías en los capítulos I y II de los principios generales y de los derechos civiles, respectivamente.

En doctrina se discute acerca de la rama jurídica en que corresponde incluir estos derechos cuando se incorporan al derecho positivo.

Los que se basan en la noción del derecho subjetivo, han desarrollado la teoría de los derechos de la personalidad o derechos personalísimos, que incluyen los derechos individuales y entre ellos el derecho a la vida privada. Otros autores, basados en el

⁶⁰ CORREA M, carlos. *Derecho informático*. Ediciones Depalma. Bueno Aires, p.8. 1994.

cuestionamiento que la teoría general del derecho hacen a la noción de derecho subjetivo y considerando la tradicional inclusión de los derechos humanos en las constituciones, entienden que ellos integran el derecho constitucional.⁶¹

De ahí, que el tema se discute, pero la jurisprudencia de varios países ha sentado importantes precedentes en la materia y el derecho a la vida privada ha sido protegido por leyes especiales y convenios internacionales.

Así, el Art. 8 de la Convención Europea de Salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales dice: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada...".

La constitución ecuatoriana, lo consagra en el Art. 23, cuyo numeral expresa: "*El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona*". Y el numeral 13, trata sobre la inviolabilidad y el secreto a la correspondencia.

El código penal también contiene normas destinadas a proteger la vida privada de las personas, en el capítulo V que tipifica los delitos contra la inviolabilidad del secreto (Arts. 197 al 202).

Con la aparición de las nuevas tecnologías, junto a los medios de comunicación, se perfila el derecho a la información, caracterizado como el derecho a dar y recibir información y que encuentra su fundamento en la libertad de expresión, consagrada en el Art. 81 de la Constitución.

El conflicto entre estos dos derechos es característico de la época moderna y se acentúa en la actualidad con la adaptación de las nuevas técnicas informáticas que permiten recoger información en cantidad ilimitada y difundirla a una velocidad superior a la del

⁶¹ Idem. P.10

pensamiento humano, y la penetración cada vez mas profunda de la informática en la vida social e incluso en la vida doméstica.⁶²

Ciertamente, que hoy crear un registro electrónico con datos que hagan referencia directa o indirectamente a las personas físicas, pueden ser un acto inocuo y sin embargo también puede ser un potencial atentado a la vida íntima. Existe el riesgo de que la esfera privada de las personas pueda ser controlada, vigilada o registrada, de que ello ocurra sin el conocimiento de los interesados.⁶³

En efecto, el uso de la informática y en participar a través de la interconexión de ficheros, datos aparentemente inocentes se conjugan formando el historial personal de un individuo, con el consiguiente peligro de la invasión de su esfera privada, inclusive una apropiada densa en juicio puede quedar vulnerada con el uso de datos contenidos en computadoras como medios de prueba, cuyos riesgos de violación de derechos y libertades fundamentales mediante el uso de las nuevas técnicas informáticas se hacen más evidente en el caso de las llamadas informaciones sensibles (datos sobre creencias o convicciones religiosas,...), que pueden dar lugar a conductas discriminatorias por parte de quienes tienen monopolios de información.⁶⁴

Adicionalmente, a este derecho a la intimidad, la doctrina ha diseñado un derecho a la privacidad (lo que algunos autores han llamado derecho a la autodeterminación informática) con el que se pretende no sólo rechazar cualquier intromisión a la vida privada de cada cual, sino también introducir mecanismos de control del sujeto afectado sobre las informaciones relativas a su persona o a su familia.⁶⁵

En cuyas circunstancias, la Comunidad Europea tiene avanzada su legislación relativa al tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de

⁶² Idem.p. 15

⁶³ <http://vlex.com/redi/No.25-agosto>

⁶⁴ Ver: CORREA, carlos. P.18

⁶⁵ Idem

las telecomunicaciones que son aplicables a los servicios de la sociedad de la información,⁶⁶ mediante la Directiva 95/45/CE de octubre de 1995.

Pero estas leyes de protección de datos ya no son consideradas como un lujo democrático para los países ricos, pues se recoge en la mayoría de los países en desarrollo.

Es así, pues, este derecho se encuentra protegido por el proyecto de Ley ecuatoriano sobre comercio electrónico, en el Título VI de las infracciones informáticas, cuyo artículo innumerado dice:

“las violaciones al derecho a la privacidad, son juzgadas y sancionadas como contravención penal de tercera clase y la multa correspondiente, si los mensajes fueren contrarios a la moral y a las buenas costumbres serán juzgados y sancionados como contravención penal de cuarta clase con su respectiva multa.

En caso de reincidencia, el emisor será reprimido con prisión de tres meses a un año, sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar, más la multa.”

El referido proyecto agrega las infracciones informáticas, después del Título X del Código Penal, cuyos delitos se incluyen a los tipificados en la Ley de Propiedad Intelectual y demás leyes pertinentes.

En breve síntesis se apunta, aquellas consideradas como infracciones informáticas:

- ✓ Fraude informático
- ✓ Daños informáticos
- ✓ Falsificación informática
- ✓ Violaciones al derecho a la privacidad
- ✓ De la intrusión indebida a sistemas informáticos, de información o telemáticos; y,
- ✓ Recopilación de información no autorizada.

⁶⁶ La sociedad de la información cubre las actividades económicas que se desarrollan en línea, tales como: entrega de mercaderías o la prestación de servicios, ofrecer información o búsqueda, acceso, recopilación de datos, etc.

Este tipo de delitos a tipificarse en el CP, llevan sanciones desde penas de prisión hasta de reclusión de uno a tres años y multas desde 1.000 a 2.000 dólares, hasta de 2.000 a 10.000 dólares.

A las penas de prisión y multas se suman las sanciones de carácter administrativo, que complementariamente lleva consigo la inhabilidad permanente de ocupar un cargo público o el cargo al cual pertenecía.

Frente a estas potencialidades negativas, es fundamental que el Estado ponga en práctica la protección de los derechos mencionados, a través de los organismos o entidades creadas para el efecto, que aseguren a los ciudadanos de los efectos contraproducentes que trae consigo la tecnología, pues si bien es cierto, benefician, también es cierto, que pueden afectar ciertos derechos reconocidos.

Y lo más importante, es que la sociedad tome conciencia de las particularidades de esta explosión de la tecnología, que permita mantener en su máxima expresión los derechos fundamentales de las personas, y al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología y la ciencia.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1) Al comercio electrónico como una definición no exhaustiva, se entiende como todo acto y contrato de comercio, a partir de uno o más mensajes de datos (generada por medios electrónicos), cuyo objeto son las operaciones mercantiles de bienes (tangibles e intangibles) y servicios, sin existir contacto físico directo de quién demande y oferte. Con la utilización de estas tecnologías de la información, el comercio internacional crea nuevos usos y costumbres, y deja de lado sistemas tradicionales, como el empleo de la documentación con soporte de papel.
- 2) La Ley Modelo de la CNUDMI, establece un marco para determinar el valor legal de los mensajes electrónicos basados en definir para este nuevo escenario conceptos funcionalmente equivalentes a los conceptos tradicionales de "documento original", firma, etc.
- 3) El contrato electrónico es aquel que a partir de uno o más mensajes de datos se perfecciona y ejecuta mediante el uso del computador conectado a un sistema de comunicación telemático, el que, en caso de ser necesario, suministra los medios probatorios;
- 4) El ámbito de aplicabilidad del comercio electrónico es para todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales, llamada a abarcar sin excepciones, toda la gama de contratos que actualmente conocemos y los que en el futuro existan, como el contrato más común, el de compraventa o el de arrendamiento mercantil, etc.. No obstante, es preciso arbitrar la coexistencia de las normas en materia de formación de los contratos, con las referidas de contratación electrónica, de esta manera, se evita toda neutralización recíproca;
- 5) Los principios que rigen la contratación electrónica son: a) **principio de equivalencia funcional**, comprende que los mensajes de datos deben tener la misma eficacia

probatoria que los documentos escritos; b) **principio de la no discriminación**, no niega validez o fuerza obligatoria, a una manifestación de voluntad u otra declaración, por constar en forma de mensaje de datos; c) **principio de la independencia del soporte**, la eficacia y valor jurídico de la información ininteligible en forma electrónica es independiente de su soporte material; d) principio de la autonomía de la voluntad, permite convenir a las partes en la modalidad de sus transacciones; e) **principio de confidencialidad**, cuya violación implica una intromisión electrónica, cesión ilegal de mensajes de datos o violación de secreto profesional;

- 6) Dentro de un concepto *stricto sensu*, el documento electrónico, es una representación material, destinada e idónea para reproducir una manifestación de voluntad, materializada electrónicamente sobre soportes magnéticos (CD-ROM, una tarjeta inteligente u otro) y que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre;
- 7) El documento electrónico al presentar un acto jurídico, si cumple con los atributos requeridos, e el ámbito tradicional: materialidad, integridad, inalterabilidad, legibilidad y confiabilidad. Pero el escrito resulta relevante desde el momento en que las distintas legislaciones otorgan a esta clase de documentos, efectos probatorios de los actos o negocios jurídicos que contienen. Dichos efectos pueden extenderse desde la prueba tasada a la prueba libre pasando por sistemas mixtos;
- 8) Para satisfacer un mensaje de datos, la Ley Modelo otorga objetivos y funciones de los requisitos tradicionales, como es la firma, lo cual demuestra la intención de una parte contractual de obligarse por el contenido del contrato firmado, la intención de una persona de reivindicar la autoría de un texto; la intención de una persona de asociarse con el contenido de un documento escrito por otra y el hecho de que esa persona había estado en un lugar determinado.

- 9) Una firma digital (digital Signature) es un código informático, el cual se forma a través de un procedimiento de datos, contenido en una clave pública del emisor de un documento electrónico, relacionándola con la clave privada del destinatario, esto es, utilizando un sistema criptográfico extremadamente seguro;
- 10) De ello, resulta, que la firma digital tiene validez jurídica, pues cumple con las principales funciones requeridas para la firma autógrafa: a) función indicativa, al informar la identidad del autor; b) declarativa, al inferir que el suscriptor está de acuerdo con el contenido del documento; y, c) probatoria, en la medida que permite vincular el autor con el signatario;
- 11) Para dar seguridad y confianza a los mensajes de datos y a las transacciones dentro del comercio electrónico, cumplen un papel importante los certificados de firma electrónica (pues garantiza su autenticidad);
- 12) Es importante tener presente a la hora de contratar, las diferencias que se presentan en cuanto a los requisitos de oferta y aceptación que se exigen a escala nacional e internacional. Por ello, surge la teoría contemporánea que involucra la no exigencia de que la oferta sea completa, sólo requiere la intención de quedar obligado; y un segundo aspecto, es que el consentimiento se forma si existe acuerdo entre las partes con respecto a lo esencial, aún cuando haya diferencias en los elementos accidentales;
- 13) Lo apuntado atiende a una reforma de la legislación ecuatoriana, con el objeto de favorecer el tráfico del comercio, tanto en el ámbito nacional como internacional;
- 14) El comercio electrónico contribuye en gran medida a este desarrollo. Pero los conflictos que pueden surgir entre contratantes de diversos países también crecerá, en atención a la diversidad de legislaciones y diferentes regulaciones en materias como las tratadas. Por ello, los países deberán crear tratados y acuerdos que pretendan

uniformar sus regulaciones, para así evitar la creación de conflictos y facilitar sus soluciones;

- 15) Ahora bien, al comparar como se perfecciona el documento electrónico en las legislaciones de los Países Miembros de la Comunidad Andina, el único requisito para el perfeccionamiento, es que la aceptación llegue al oferente. (De manera similar trata la Ley Modelo). Pero por voluntad de las partes el perfeccionamiento puede concretarse al momento de confirmar la aceptación (acuse recibo), excepto, en el caso de la legislación peruana, que requiere su confirmación para su plena validez;
- 16) Pese a aquello, no todos los documentos cumplen con los requisitos para ser considerados pruebas documentales. Al identificarse su presunto autor, la fecha y sitio de emisión, e incluso de recepción, el documento electrónico es en principio, una prueba documental. Como todo mensaje de datos, tiene la peculiaridad de existir sin estar necesariamente impreso sobre papel, lo cual no es propio de las pruebas documentales tradicionales, la Ley Modelo dispone que los mensajes de datos, "tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos". Este es el llamado principio de equivalencia funcional. Sin embargo, al no emanar de una autoridad pública, y no tener la condición de autenticado o reconocido ante notario público, el documento electrónico es un documento privado y simple, lo cual no hace plena prueba y admite pruebas en contrario para desvirtuarlo. No obstante, gracias a la tecnología, la certeza que puede producir la traza de un documento electrónico para determinar la fecha de emisión y recepción, su autoría y su contenido, hace que este documento no sea fácilmente desvirtuable en juicio, siempre que se hayan tomado las medidas necesarias para protegerlo de intervenciones no autorizadas, (por ejemplo, su encriptamiento bajo claves reservadas y el uso de firmas electrónicas);

- 17) Consecuentemente, cuando el documento electrónico es impreso tiene igual valor que las copias o reproducciones respecto de su contenido, su data y su autoría, Ello ratifica que será prueba hasta tanto no sea desconocido (rechazada) y desvirtuado por la otra parte;
- 18) Bajo nuestro sistema civilista, el documento electrónico en sentido estricto tiene valor probatorio de documento escrito. No obstante, los medios de prueba fija el Código de Procedimiento Civil, en cuyo ordenamiento jurídico no se ha incorporado expresamente y de un modo general a los documentos electrónicos;
- 19) Por la naturaleza de esta clase de documentos, es pertinente que en la norma adjetiva, se incluya de manera expresa sobre su admisibilidad, más todos aquellos medios técnicos que correspondan al concepto amplio de documento, previo analizar la naturaleza, características, ámbito de operación y las realidades propias de cada uno de los documentos en soporte de papel que se reemplacen por uno magnético.
- 20) De manera concluyente, como nuestra legislación no ha dispuesto el valor probatorio de estos documentos, queda aún entregada a la apreciación de los Jueces y Tribunales. Ello no obsta, a que este tipo de documentos se les atribuya valor probatorio, al ser posible identificar su presunto autor, la fecha y sitio de emisión e incluso de recepción;
- 21) Con respecto a la jurisdicción y derecho aplicable, este tipo de contratos, tiene vocación internacional. Las partes y los bienes involucrados pueden localizarse en distintas partes. En el ámbito internacional, estas cuestiones se resolvieron tradicionalmente por el derecho internacional privado. Sin embargo, no facilita el objetivo de resolver las controversias, puesto que permite que se comenten infracciones, sin que exista aún una jurisdicción clara y adecuada en la que quien se sienta afectado pueda interponer una demanda y fomente la búsqueda del fuero más conveniente. Por ello, se recomienda en los contratos en línea, designar el lugar en el que, de acuerdo con el contrato, se

considera que el cumplimiento ha tenido lugar, e incluso, especificar el tribunal que tendrá autoridad jurídica en caso de controversia e incluir, la designación del derecho aplicable;

22) El incumplimiento genera una responsabilidad, tanto desde la perspectiva de la pasividad frente a la norma, como desde un comportamiento contrario a la misma. Pero cuando se trata de problemas que se ocasionan en el ámbito informático, muchos de ellos se resuelven por el derecho común con algunas adaptaciones. Así la función sancionadora, se precisa en los mecanismos cautelares, junto a esta potestad sancionadora complementaria a la reconocida por el Código Penal, se encuentran las sanciones de carácter civil y las administrativas. Esta última, se torna por la indemnización como requisito para la reparación del daño;

23) La responsabilidad contractual se contrapone a la responsabilidad extracontractual en el concepto clásico originada por delito o cuasidelito, aunque ambas coinciden en el concepto básico de la reparación de un daño y el resarcimiento de un perjuicio por el causante de una u otra. La fuente de la primera, es la voluntad de los particulares, de la segunda, la Ley. Bajo el presupuesto de conexidad contractual, la responsabilidad objetiva puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la reparación del daño por incumplimiento al deber de seguridad;

24) La responsabilidad extracontractual en el mal funcionamiento de la informática, comprende las actividades que se desarrollan en cosas, pues la provisión de bienes y servicios informáticos se adapta mejor al concepto de "actividad riesgosa";

25) En su aplicación legal puede ajustarse, pero precisa interpretaciones, al no contener de manera expresa el sistema normativo del código civil las modalidades de daños ocasionados por la informática que permitan imputar responsabilidades objetivas e

incluyan las posibilidades de daños que pudieran inferirse hoy y en el futuro, por los avances tecnológicos. En tal sentido, es necesario que se incluya en éste sistema objetivo, como un párrafo segundo, siempre que las actividades informáticas se desarrollen con cosas;

26) Las características más relevantes en los contratos informáticos son: a) típicos contratos predispuestos, b) el usuario se constituye en la parte débil, c) los daños se ocasionan por productos elaborados, d) Implica una obligación tácita de seguridad. A éstas características considero que debe atribuírseles el carácter de principios contractuales informáticos, pues el "resultado funcional" se constituye en una obligación inherente a este tipo de contratos, y que en forma tácita, implica también una obligación de seguridad que sume el proveedor por la provisión del software o hardware. Pero aquello, en el ámbito procesal no alivia la prueba de la inimputabilidad de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, en menoscabo del usuario;

27) Se suman a estos contratos informáticos, otros de trascendencia económica, así, el que trata sobre las Bases de Datos, el caso de transmisión telemática de documentos por la responsabilidad en la que puede incurrir la empresa operadora del servicio de comunicación; y, la transmisión EDÍ acordada entre las partes;

28) Por otra, nuestro código civil no contempla normas imperativas con respecto a la protección del consumidor. De ahí, se precisa establecer normas generales en el libro IIV de las obligaciones en general y los contratos;

29) Del abuso del derecho, resulta que frente al derecho de acceso de información, se opone el derecho a que se divulgue una información de carácter confidencial, de interés personalísimo. Cuya situación determina un desequilibrio, por un lado, el poder de la tecnología informática, pues un ciudadano tiene derecho a acceder a la información desde un modesto ordenador domiciliario y usarla con fines lucrativos u otros; y por

otro, este derecho también puede lograr vulnerar y ocasionar un daño muchas veces irreparable a una persona. Por consiguiente, el registro computarizado de datos sensibles, debe ser regulado, estableciendo límites en cuanto a la recolección, su utilización, conservación y tratamiento sistemático, lo cual permite determinar responsabilidades, con la posibilidad de resarcir los daños:

- 30) En resumen, el comercio electrónico dentro del ángulo positivo, se constituye en una base fundamental para que los ciudadanos y los agentes puedan disfrutar plenamente, sin tener en cuenta las fronteras de las oportunidades que ofrece. En cambio, en el ángulo negativo las redes digitales como "internet, son básicamente inseguras, al resultar un 'auxilio tecnológico eficaz, no solamente en campos como el financiero o el de la seguridad pública (que evade responsabilidades), sino también, vulnera derechos como el de la intimidad y otros de importancia económica y cultural, concretamente los derechos del espacio de la propiedad intelectual;
- 31) Por la Importancia económica que representa el comercio electrónico, es recomendable que el Estado regule su actividad, a través de organismos o entidades creadas para el efecto, especialmente en aquellos campos en los cuales las nuevas tecnologías informáticas incidan desfavorablemente. Para ello, es pertinente determinar aquellos actos que hoy en día y en el futuro, puedan afectar a esta nueva sociedad de la información;
- 32) Y lo más importante, es que la sociedad tome conciencia de las particularidades de esta explosión de la tecnología, que permita mantener en su máxima expresión los derechos fundamentales de las personas, y al mismo tiempo, el desarrollo de la tecnología y la ciencia. Aquello, sin duda será posible lograr mediante un desarrollo integral de los educandos;

33) De manera concluyente, es pertinente apuntar que la necesidad de regulación en una materia que cada día de forma extraordinaria crece, es apremiante, razones ilimitadas existen, pero lo que está claro, es que contribuye de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. BALLESTEROS, Carlos. **"El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en los umbrales del año 2000"**. Memoria del 1 Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Madrid, 1991.
2. CÁRDENAS de Sara Fldstein. **"Contratos internacionales"**. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.
3. CORREA M, carlos. **"Derecho informático"**. Ediciones Depalma. Buenos Aires,1994.
4. DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. **"La responsabilidad civil en la tecnología"**. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1997.
5. NÚÑEZ, Julio. **"Derecho Informático"**. Editorial Marsol. Perú Editores. Lima 1996.
6. PIERINI-LORENCES TORNABENE. **"Derecho a la intimidad"**. Editorial Universidad (EU), Argentina, 1999.
7. ROMAN, Raimundo Emiliani. **"La responsabilidad delictual en el Código Civil Colombiano"**. Editorial Santa Fe de Bogotá D.C., 1999.
8. WINGARTEN, Celia. **"Contratos y reparación de daños"**. Editorial Universidad buenos Aires, 2000.

LEYES NACIONALES E INTERNACIONALES

1. Constitución Española
2. Ley No. 527, vigente para la República de Colombia desde 1999
3. Proyecto de Ley sobre Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos, Ecuador. 2000
4. Ley No. 27291 del 23 de junio del 2000. Perú
5. Ley No. 27269 de Firmas y Certificados Digitales, con las reformas introducidas mediante Ley No. 27310 que modifica el Art. 11. Perú
6. Decreto con fuerza de Ley No. 1.204 de 10 de febrero de 2001. Venezuela

7. Ley No. 27291, Art. 141- Perú
8. Ley uniforme de venta internacional de bienes muebles corporales aprobada por la Convención de la Haya
9. Código de Comercio Ecuatoriano
10. Código de Procedimiento Civil.
11. Código de Comercio de E.E. U.U

CONVENIOS INTERNACIONALES

1. Convenio de la Organización de Naciones Unidas de Viena
2. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

DOCUMENTOS:

1. ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo. **“El Comercio Electrónico y su incidencia en los derechos de Propiedad Intelectual”**. Documento OMPI. INDECOPI, Lima 2000.
2. Humberto Carrasco Blas. **“Derecho Informático”**. Documento Universidad Austral de Chile, Director de Derecho. Chile, 2000.
3. Resolución aprobada por la Asamblea general (sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/828)) 51/182.
4. Documento ecp-37. URETS: **“Uniform rules for electronic trade and settlement”**. Propuesto por el grupo de trabajo de prácticas de comercio electrónico de la ICC.
5. Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, punto 3
6. Documento. **“Cuestiones planteadas en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”**. Buenos Aires, 1999.
7. Alva Matteucci y Juan Mario. Documento **“Descentralización y Derecho Municipal**. Documento “B” del Colegio de Abogados de Lima. 2000.

VIRTUAL

1. <http://www.derecho.org/redi/> GARCÍA AGUILAR, Nicolás.

2. <http://www.derecho.org/redi/> PEREIRA DOS SANTOS.
3. <http://www.derecho.org>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I
4. <http://www.derecho.org/redi/numero5>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I
5. <http://www.derecho.org/redi/numero2/>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I
6. <http://www.derecho.org/redi/numero30/>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I
7. <http://vlex.com/redi/No.25-agosto/>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I
8. <http://www.derecho.org/redi/numero7>. Revista Electrónica de Derecho Informático- R.E.D.I