

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO DE MERCADO**

**“LA FIRMA ELECTRÓNICA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO, COLOMBIANO Y
PERUANO”**

ANA TROYA VALDIVIESO

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de 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 en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

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.

Ana Dolores Troya Valdivieso.
Quito, 3 de Septiembre de 2008

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO DE MERCADO

**“LA FIRMA ELECTRÓNICA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO, COLOMBIANO Y
PERUANO”**

ANA TROYA VALDIVIESO

TUTOR: DR. GASTÓN VELÁSQUEZ

QUITO - 2008

RESUMEN

A lo largo de este trabajo de investigación se efectuará un análisis de las normas que regulan la validez y eficacia de las firmas electrónicas, tanto en Ecuador como en Colombia y Perú.

Se dará especial importancia al tratamiento jurídico procesal de las mismas, contenido en los respectivos Códigos de Procedimiento Civil, así como en las nuevas leyes de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos de los tres países.

Realizaremos un análisis jurídico doctrinario, por lo que citaremos conceptos doctrinarios de autores conocidos en el ámbito del derecho procesal y de las áreas electrónicas y los compararemos con las normas actuales que al respecto se han ido creando.

Este trabajo está compuesto por tres capítulos. En el primero de ellos se estudiarán nociones fundamentales que nos permitirán entender los conceptos, y el funcionamiento de las firmas electrónicas, dando importancia al ámbito jurídico más que al técnico; en el segundo capítulo revisaremos nociones de prueba y medios de prueba, analizaremos sus definiciones, elementos y estableceremos sus diferencias, para finalizar con el estudio de la firma electrónica como prueba y medio de prueba.

Finalmente, el capítulo tercero se centrará en el análisis del tratamiento jurídico procesal de la firma electrónica como medio de prueba en las

legislaciones ecuatoriana, peruana y colombiana, incluyendo temas como la carga de la prueba, la práctica o ejecución de la misma y la valoración.

Concluiremos que no solamente a la luz de las legislaciones vigentes, sino también en la práctica, las firmas electrónicas gozan de reconocimiento jurídico y de amplias aptitudes probatorias respecto a la determinación de a integridad e identidad de un mensaje de datos; pero además, es considerada como un medio de prueba válido y eficaz para crear convicción en el juez dentro de un proceso judicial.

DEDICATORIA

A mis padres,
a mis hermanos,
a mi sobrino
y en especial a mi esposo.

AGRADECIMIENTO

A mis padres por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida, por sus enseñanzas y su firmeza.

A mi esposo, por su apoyo constante y por sacrificar junto a mí el valioso tiempo de nuestro primer año de matrimonio.

Al Dr. Gastón Velásquez por compartir conmigo su tiempo, sus conocimientos y su experiencia.

TABLA DE CONTENIDOS

LA FIRMA ELECTRÓNICA COMO PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ECUATORIANO, COLOMBIANO Y PERUANO

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA FIRMA ELECTRONICA

- I.I.** Definición
- I.II.** ¿Cómo funciona?
- I.III.** Firma electrónica y firma digital
- I.IV.** Requisitos de validez de la firma electrónica
- I.V.** Efectos y funciones de la firma electrónica
 - I.V.I.** Efectos
 - I.V.II.** Funciones
- I.VI.** Duración y extinción

CAPÍTULO II: LA PRUEBA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS

- II.I** La prueba, definiciones y elementos
 - II.I.I** Definición
 - II.I.II** Elementos
 - II.I.II.I.** Objeto
 - II.I.II.II.** Órgano
 - II.I.II.III.** Fuente
- II.II.** Los medios de prueba
 - II.II.I.** Definición

**CAPÍTULO III: TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA FIRMA
ELECTRÓNICA COMO MEDIO DE PRUEBA EN COLOMBIA,
PERU Y ECUADOR**

- III.I.** Carga de la Prueba
- III.II.** Admisión y eficacia
- III.III.** Práctica de la prueba
- III.IV.** Valoración

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

I.I. DEFINICIÓN

El creciente interés por estudiar a la firma electrónica y sus efectos en las diferentes legislaciones, ha hecho que su definición sea difícil de unificar; sin embargo, la mayoría de acepciones que a continuación vamos a analizar, guardan cierta relación en función de que contienen similares elementos.

Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional define a la firma electrónica como “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”.¹

En general, las leyes de comercio electrónico de los diferentes países analizados en este trabajo, tienen por principio el regular todo lo relacionado con las firmas electrónicas, principalmente su definición, producción y eficacia.

En este punto, creo importante hacer un primer acercamiento a las legislaciones ecuatoriana, peruana y colombiana.

¹ Ley Modelo de Firmas Electrónicas de la CNUDMI, Art. 2, lit. a)

La legislación ecuatoriana define a la firma electrónica en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, de la siguiente manera:

“Art. 13: Firma electrónica.- Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”.²

Por otro lado, la Ley 527 de la legislación colombiana define a la firma electrónica en su artículo 2 literal c) así:

“Firma Digital. Se entenderá 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”.³

Finalmente, la legislación peruana define a la firma electrónica en la Ley de Firmas y Certificados Digitales en su artículo 3, señala:

² Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, publicada en el suplemento del Registro Oficial 557 de 17 de abril del 2002, Ecuador, Art. 13.

³ Ley 527, de 18 de agosto de 1999, Colombia, Art. 2 literal c)

“Firma digital .- La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada”.⁴

Si tomamos en cuenta lo mencionado en los artículos antes citados, podemos ver que en estas legislaciones se considera a la función de identidad de la firma electrónica, relacionando a los datos consignados en un mensaje de datos con un signatario determinado, relación que se obtiene a través de la utilización de un proceso matemático.

Con estos elementos, otorgados por la legislación analizada, la firma electrónica, para nosotros, es el conjunto de datos en forma electrónica consignados lógicamente a un mensaje y que al ser sometidos a un proceso técnico – matemático de verificación, puede identificar al titular del mensaje y dar fe de la integridad del mismo.

I.II. ¿CÓMO FUNCIONA?

Luego de tener claro qué es la firma electrónica, es importante conocer cómo funciona.

⁴ Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, publicada el 28 de mayo del 2000, Perú, Art. 3.

Este punto no pretende ser una guía completa de aspectos técnicos sino, más bien, busca dar una breve explicación de los mismos con el objetivo de demostrar de dónde proviene la eficacia de las firmas electrónicas.

Las firmas electrónicas se crean y verifican utilizando la criptografía, la misma que, para Mauricio Devoto, es la rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original a través del uso de algoritmos.⁵

Por su parte, Arturo Ribagorda define a la criptografía como “la ciencia que estudia los principios, métodos y medios de ocultar el significado de un mensaje, es decir de garantizar su confidencialidad.”⁶

Una anotación interesante hace Francesc A. Baygual, en el sentido en que establece campos de aplicación para la criptografía: la firma y el cifrado.

Respecto al área que nos interesa, es decir la criptografía como tecnología de firma, este autor manifiesta lo siguiente:

“el uso de la criptografía puede, según los casos, ofrecer un mayor o menor grado de certeza sobre el origen del mensaje, todo ello sobre la base del propio uso de una clave que está bajo el control de una determinada persona. En este caso hablaremos del uso de la criptografía como tecnología de firma y como medio de autenticación.”⁷

⁵ Devoto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, Buenos Aires, Ed. La Ley S.A., 2001, Pág. 168

⁶ Ribagorda, Garnacho, Arturo, *Sistemas de certificación: La firma y el certificado digital*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, Ed. La Ley Actualidad S.A., 2002, pág. 1316

⁷ Baygual, Francesc A., *El protocolo SET*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, España, Ed. La Ley Actualidad S.A., 2002, pág. 1283

Para entender a la criptografía como tecnología de firma, es necesario analizar los diferentes sistemas criptográficos, y en función de este análisis determinar cuál de ellos es el más adecuado para que las firmas electrónicas cumplan con sus funciones.

Por un lado, debemos hablar de la criptografía simétrica. Sobre este punto, Baygual señala que es “la tecnología que consiste en, a través del software y aplicaciones informáticas correspondientes, encriptar (codificar) un documento con una clave determinada y, con la misma clave, poderlo desencriptar (decodificar)”⁸

Para el autor Arturo Ribagorda, los criptosistemas simétricos emplean la misma clave para cifrar que para descifrar, y señala que su invulnerabilidad depende del mantenimiento en secreto de la clave empleada.⁹

Como podemos notar, los criptosistemas simétricos presuponen la existencia de una sola clave, tanto para cifrar el documento como para descifrarlo, pero suponen además la existencia de un canal seguro de protección de la clave.

Además del criptosistema simétrico, existe también el criptosistema asimétrico.

El autor que acabamos de mencionar, describe al criptosistema asimétrico de la siguiente forma: “en estos sistemas la clave del cifrado, denominada clave

⁸ *Ibíd.*, pág. 1283

⁹ Ribagorda, Garnacho, Arturo, *Sistemas de certificación: La firma y el certificado digital*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, pág. 1317

pública se hace de general conocimiento. Sin embargo, la clave de descifrado, denominada clave privada, se mantiene a buen recaudo”¹⁰.

Alberto Alonso Ureba y Guillermo Alcocer Garau consideran como criptosistema de claves asimétricas al sistema que se basa en la utilización de dos claves; por un lado, la clave privada que sólo el emisor conoce, y por otro lado, la clave pública que conocen o pueden conocer todos los intervinientes en el tráfico.¹¹

Baygual señala que la tecnología de criptografía se convierte en asimétrica, “cuando se utiliza dos claves o códigos diferentes en ambos extremos de la cadena”. Y continúa diciendo este autor respecto de las claves que “las claves privadas serán aquellas que quedan bajo el control exclusivo de su usuario y las públicas serán aquellas que se usen por cualquier tercero, para validar o verificar el uso de las claves privadas”.¹²

Partiendo del hecho de que, como veremos más adelante, las firmas electrónicas tienen como finalidad garantizar la integridad y la identidad de los mensajes de datos, estas necesitan, para el cumplimiento de estas funciones, un sistema criptográfico que no sea vulnerable a posibles interceptaciones.

Por lo antes dicho, las firmas electrónicas basan su funcionamiento en la utilización de sistemas de criptografía asimétricas que no requieren de un canal seguro para la distribución de la claves, en vista de que la clave privada se

¹⁰ Ibídem, pág. 1318

¹¹ Ureba, Alberto Alonso, Alcocer, Guillermo, *La Firma Electrónica*, en Derecho de Internet Contratación Electrónica y Firma Digital, Rafael Mateu de Ros y otros, Navarra, Ed. Aranzandi, 2000, pág.182.

¹² Baygual, Francisc A., *El protocolo SET*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, pág. 1283.

mantiene en poder exclusivo de uno de los agentes que intervienen en el proceso, y en este sentido las funciones de autenticación y de no repudio se podrían cumplir.

Sobre este tema, y para continuar con otro de los conceptos claves que debemos tener en cuenta para entender el funcionamiento de las firmas electrónicas, haremos mención a los que señala Francesc Baygual:

“el proceso de firma debe, por tanto, basarse en una situación asimétrica en la que mediante el correspondiente software del signatario, se genera, mediante la clave privada del signatario un fichero electrónico (fichero firma) diferenciado que se añade al mensaje o documento firmado y que se relaciona a él de forma lógica y matemática”.¹³

Este autor ha hecho mención a un tema de real interés para el entendimiento del funcionamiento de la firma electrónica, esto es la generación de un “fichero electrónico”.

Para entender este punto, es importante que analicemos un proceso lógico matemático que es parte importante del proceso de generación de firmas electrónicas, este proceso es lo que se conoce como función Hash.

Para Mauricio Devoto, esta función consiste en:

“[un] proceso matemático basado en un algoritmo que crea una representación digital o forma comprimida del mensaje, que se conoce como “digesto de mensaje” o “huella digital” del mensaje, en forma de un “valor control” o “resultado control” de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje pero que es única al mismo. Todo cambio en el mensaje

¹³ Ibídem, pág. 1284

produce, inevitablemente, un digesto de mensaje diferente cuando se utiliza la misma función control”.¹⁴

De manera más simplificada, Baygual dice que el “hash sólo es una función introducida para reducir el nivel de memoria utilizada en el proceso de datos haciendo un resumen matemático del documento o mensaje a firmar”¹⁵.

Este “resumen de mensaje” o “digesto de mensaje” se realizan por el hecho de que los procesos de cifrado y descifrado ejecutados a través de algoritmos de clave pública (criptosistemas asimétricos) son muy lentos, y en este sentido, la generación de una síntesis del mensaje hace que el proceso de firma sea menos costosa en términos de tiempo.¹⁶

Sin embargo del criterio del autor, nosotros consideramos que la función “hash” es un valor matemático que se produce dos veces en el proceso de firma electrónica (emisión y recepción) y se confirman entre si; no creemos que el motivo por el cual se utiliza esta función sea por los factores tiempo/ memoria; para nosotros, el motivo es básicamente garantizar la determinación de si un documento electrónico ha sido modificado o no.

Con esto no queremos decir que esta función esté diseñada para garantizar que no se altere el mensaje, sino más bien, sirve para mostrar a quien recibe un mensaje si el mismo ha sido alterado o no desde el momento de su

¹⁴ Devoto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, pág. 7

¹⁵ Baygual, Francesc A., *El protocolo SET*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, pág. 1284

¹⁶ Ribagorda, Garnacho, Arturo, *Sistemas de certificación: La firma y el certificado digital*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet* pág. 1322

emisión; esto, en vista de que la función Hash permite demostrar que es sumamente improbable que la aplicación de ésta a dos mensajes diferentes den como resultado el mismo resumen.

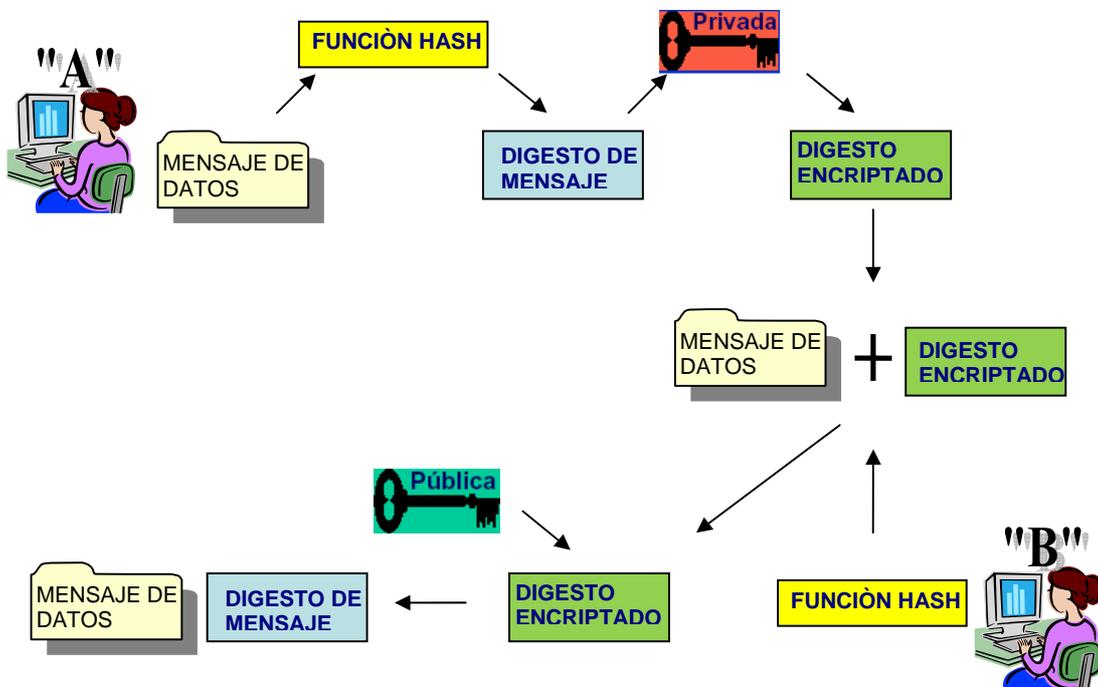
Una vez que tenemos claros los conceptos de criptografía, sistemas de criptografía asimétricos, función Hash, podemos entender el funcionamiento de las firmas electrónicas y por ende su generación.

Para dejar más claro este tema, creemos conveniente sintetizar éste, procedimiento en el siguiente resumen:

- El proceso inicia cuando el signatario "A" de un mensaje, obtiene un resumen ("digesto de mensaje" o "huella digital") de este aplicando la función Hash.
- A continuación, "A" procede a firmar este resumen, utilizando obviamente su clave privada.
- "A" anexa al mensaje la firma de su resumen y envía este conjunto (mensaje más resumen) al receptor.
- A su vez, el receptor "B" del mensaje firmado, separa el mensaje de su firma aplicando la misma función Hash que aplicó "A". "B" obtendrá así el "digesto de mensaje" o "huella digital" que ha recibido.
- A continuación, "B" aplica el algoritmo de descifrado a la firma con la clave pública de "A", con lo que obtendrá el resumen del mensaje original remitido por "A".

- Compara los dos resúmenes, si ambos coinciden el proceso de verificación de la firma es satisfactoria, y así, "B" podrá garantizarse de que el mensaje fue remitido por "A" y que el mensaje no ha sido modificado.

En un esquema gráfico, el funcionamiento de la firma electrónica se vería así:



I.III. FIRMA ELECTRÓNICA Y FIRMA DIGITAL

Las diferentes legislaciones hablan de firma digital o de firma electrónica como si se tratara de lo mismo. Otras legislaciones, como la peruana, las incluyen dentro de una relación género – especie. En otras legislaciones, como

la española o la argentina, se legisla sobre firmas digitales, firmas electrónicas y firmas digitales avanzadas.

Centrándonos en las legislaciones materia de este trabajo, diremos que también tienen diferencias al momento de utilizar uno u otro término cuando se trata de legislar en este aspecto. No existen, sin embargo, diferencias de tipo tecnológico o procedimental, sino en cuanto a la terminología utilizada.

De manera general, la legislación ecuatoriana, no hace distinción alguna entre firma digital y firma electrónica; sin embargo, trata el tema bajo el término de “firma electrónica”, y considera que ésta consiste en datos consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indica que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje. Para que esta función pueda comprobarse, es necesario que su creación haya pasado por un proceso técnico complejo de encriptación, funcione bajo un sistema de claves públicas y privadas y otros procesos que ya hemos analizado anteriormente.

Por otro lado, la legislación colombiana regula este aspecto bajo el término de “firma digital”, tal como se demuestra del texto del artículo 2 literal c) de su Ley 527.

A pesar de que estas legislaciones se refieran en términos diferentes a la “firma electrónica”, éstas tienen en común un aspecto importante: hablan de un proceso lógico o matemático para adjuntarla a un mensaje de datos determinado. Este proceso lógico o matemático, a mi entender, se refiere al

proceso técnico que analizamos en el punto I.II de este capítulo, y que no es otra cosa que el uso de algoritmos asimétricos y la función resumen, o función Hash.

En este sentido, podemos concluir que tanto la legislación colombiana como la ecuatoriana legislan sobre el mismo aspecto pero con términos diferentes; es decir, que si en el Ecuador se habla de firma electrónica en Colombia se debe entender a ésta como firma digital.

Por otro lado, la legislación peruana tiene un aspecto particular, diferente al de las otras dos legislaciones. El Art. 3 de la Ley 27269, comienza iniciando manifestando lo siguiente: “La firma digital es aquella firma electrónica (...)”; así, podemos notar que el legislador peruano establece una relación género – especie entre estas dos terminologías, en donde firma electrónica sería el término genérico que abarca todo el universo de modos en que se puede “firmar” un documento electrónico, tal como lo define el Art. 1.

Dentro de ese universo, se encuentra la firma digital que es la única que para su existencia requiere pasar un proceso técnico matemático o lógico.¹⁷

Existe además otra particularidad dentro de esta legislación. Es el hecho de que el legislador peruano, equívocamente a nuestro entender, le otorga a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad¹⁸.

Decimos equívocamente ya que no todas las formas de “firmar” un documento, o de manifestar la voluntad de los signatarios, han sido generadas a través de procesos técnicos seguros, y por lo tanto vagamente podrían

¹⁷Perú: Art. 3, Ley 27.269.

¹⁸Perú: Art. 1, Ley 27.269.

garantizar la integridad del documento o la identificación del signatario. Es por este motivo, que las legislaciones ecuatoriana y colombiana establecen esta equivalencia legal, solamente a aquellos “modos de firmar” que sean generados mediante procesos técnicos y matemáticos seguros y que puedan garantizar la identidad e integridad de los documentos.

Más allá de hablar de firma digital o de firma electrónica, debemos tener claro que el legislador ecuatoriano, peruano y colombiano, busca regular la producción, efectos, requisitos, obligaciones, duración y extinción, etc., de la firma que cumple con los requisitos técnicos para lograr el objetivo de garantizar eficazmente la integridad y autenticidad de un mensaje de datos. Es decir, que no estarían dentro de este grupo, por ejemplo, el nombre de una persona colocada al pie de un correo electrónico, o la imagen digitalizada de una firma manuscrita agregada a un documento electrónico, o bien un código secreto o PIN, etc., porque estos medios, fácilmente, pueden ser susceptibles de alteración, disminuyendo la posibilidad de conocer si la identidad del signatario y el contenido del documento han sido alterados o no.

Mauricio Devoto hace referencia a la posición de los “verdaderos especialistas” en el tema, para los cuales corresponde hablar de firma digital y no de firma electrónica, ya que “lo electrónico está referido a una tecnología específica que, para esto efectos, se utiliza en informática, pero no es la única, ya que participa junto a otras tales como la mecánica, ‘eléctrica’, ‘magnética’, ‘óptica’, o incluso otras menos conocidas como las ‘memorias moleculares’ ”¹⁹.

¹⁹ Devoto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, pág. 166

De esta forma, el autor antes mencionado, llega a la conclusión de que la utilización del término “firma electrónica” sería más restrictivo que el de “firma digital”; además, consideran que la expresión “digital”, no se vincula necesariamente con una tecnología específica, sino que es la forma en que convencionalmente se ha acordado seguir para tratar la información; y también pone en consideración el hecho de que la firma mecanizada, sin importar la forma en que sea almacenada, no pierde su cualidad de numérica, es decir digital, por lo que le correspondería esa denominación como tal.²⁰

Sin embargo de lo mencionado por el autor, para nosotros, la real diferencia entre firma digital y firma electrónica se encuentre en el alcance de la legislación. En este sentido, partiendo del hecho de garantizar la integridad e identidad de un mensaje, el término firma electrónica (a excepción del Ecuador), se utiliza para regular las formas de firmas que no se enmarcan dentro del sistema de criptografía asimétrico; y, el término firma digital, para aquellas formas que sí cumplen con los parámetros que implica la utilización de este criptosistema.

A efectos de mantener la claridad y la unanimidad de los conceptos en esta investigación, hablaremos simplemente de la “firma electrónica”

I.IV. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

²⁰ Ibidem, pág. 166.

Para que la firma electrónica sea considerada como tal, debe cumplir con ciertos requisitos indispensables que tienen por objeto simplemente garantizar la seguridad y eficacia de este medio informático.

De forma concordante, las tres legislaciones en estudio determinan que para que una firma electrónica goce de validez y se le puedan considerar efectos jurídicos, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser susceptible de verificación mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos en la ley.
- Que al momento de generarse, la información con la que se crea debe estar en poder exclusivo del titular.
- Que se encuentre bajo el control exclusivo de la persona que la utiliza; y,
- Debe estar añadida o asociada lógicamente al mensaje de datos de tal manera que sea posible detectar si la firma digital o el mensaje de datos ha sido alterado.²¹

La validez de la firma electrónica es verificada por las entidades de certificación de información, que son personas jurídicas creadas para prestar servicios relacionados con las firmas electrónicas. Uno de estos servicios, que además es una obligación legal²², es la de emitir un certificado de firma electrónica que garantiza al receptor de un mensaje de datos que el mismo ha

²¹ Ecuador: Art. 15, Ley 67
Colombia: Art. 28 Ley 527
Perú: Art. 14 Ley 27269

²² Ecuador: Art. 29, Ley 67
Colombia: Art. 2 lit. b), Ley 527
Perú: Art. 12, Ley 27269

sido enviado y recibido de forma segura, así como la vigencia del mismo y la vinculación de ésta con una persona determinada.

La legislación ecuatoriana define al certificado de firma electrónica como el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad.²³

De forma explícita, la legislación colombiana no da una definición de certificado de firma electrónica, pero sí se refiere al tema de manera muy amplia, destinando para ello todo un capítulo en donde se regula lo referente a su contenido, aceptación, revocatoria y duración de los registros.²⁴

La legislación peruana, por su parte, en el Art. 6 de la Ley 27269, establece una definición de certificado de firma electrónica o digital y lo hace de la siguiente manera: “El certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su identidad”.

Del análisis de los requisitos de validez para las firmas electrónicas, podemos concluir que el espíritu del legislador al establecerlos no es otro que el garantizar la seguridad y confianza en el uso de las firmas electrónicas en cualquier relación. Seguridad en tanto y en cuanto se exigen procesos técnicos y tecnológicos seguros para su generación, y confianza en función de la obligatoriedad de mantener la información de su generación (claves) en poder

²³ Ecuador: Art.20, Ley 67

²⁴ Colombia: Capítulo III, Ley 527.

exclusivo de quien es su titular, logrando así que tanto la integridad y la identidad de un mensaje de datos sean determinables.

Para efecto de esta investigación, el establecimiento de requisitos de validez de la firma electrónica, tiene una gran importancia ya que nos ayuda a determinar los efectos jurídicos de la misma, tema del que hablaremos detenidamente más adelante; sin embargo, mencionaremos que uno de los principales efectos jurídicos de la firma electrónica es que, de comprobarse el cumplimiento de los requisitos de validez legalmente establecidos, ésta tendrá la misma fuerza y los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa o manuscrita y como tal las únicas diferencias entre ambas, en el derecho procesal, no serán otras que las de tipo técnico.

I.V. EFECTOS Y FUNCIONES DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

I.V.I EFECTOS

Como ya lo habíamos mencionado, uno de los principales efectos de la firma electrónica, siempre y cuando cumpla con los requisitos de validez legalmente determinados, tiene, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita y como tal puede ser admitida como prueba en un juicio.

Las legislaciones ecuatoriana, peruana y colombiana hacen mención de este aspecto de forma muy clara.

Así, la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos del Ecuador, en su artículo 14 manifiesta: "Efectos de la firma electrónica.-

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

De la misma manera, la Ley 527 de la república colombiana, aborda el tema en el párrafo único del Art. 28 al mencionar que: “El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos (...)”

Así también, la legislación peruana, de forma clara, señala en el Art. 1 de la Ley 27269, que el objeto de la mencionada Ley es el de “regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad”.

Nuevamente cabe mencionar que para las tres legislaciones no existen diferencias jurídicas entre la firma electrónica y la firma autógrafa o manuscrita, las únicas diferencias serían, entonces, las de carácter técnico.

En este punto, me gustaría poner en consideración lo expresado por Alfredo Alejandro Reyes Krafft,²⁵ quien por medio de un cuadro muy básico, pero completo, compara tanto a la firma electrónica como a la manuscrita, así:

	Firma autógrafa	Firma electrónica
Elementos formales		
La firma como signo personal	x	X
El animus signando, voluntad de asumir el contenido de un documento	x	X
Elementos funcionales		

²⁵ Reyes, Krafft, *La firma electrónica*, en Martínez, Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Ed. Temis S.A., Bogotá, 2004, pág. 78

Función identificatoria, relación jurídica entre el acto firmado y la persona que lo ha firmado	x	X
Función de autenticación: el autor del acto expresa su consentimiento y hace propio el mensaje	x	X
Integridad		X
Accesibilidad		X

Otro de los efectos de la firma electrónica, considerada como válida, es que puede ser considerada como prueba dentro de un juicio. Sobre este punto, no entraremos en detalle ya que será analizado más adelante.

I.V.II. FUNCIONES

En la actualidad, la firma electrónica cumple un papel muy importante en lo que se refiere al comercio electrónico, ya que garantiza la identidad y la integridad de los documentos que circulan en la Internet. Sin embargo, su utilización no solo garantiza estos aspectos, sino también su reconocimiento y su autenticación.

Al respecto, la doctrina establece ciertas funciones, garantías o incluso ventajas derivadas de la firma electrónica.

En primer lugar, la firma electrónica garantiza la **integridad del mensaje**; es decir, verifica que los datos no han sido modificados desde su emisión hasta su recepción, evitando así, alteraciones fraudulentas.

Hermman Zubieta manifiesta al respecto:

“la firma digital es más segura que la firma manuscrita, dado que cuando se firma un documento en papel, no se tiene la garantía de que éste no se modifique. Por eso es que en algunos documentos se obvia al uso de párrafos y los espacios en blanco, los llenan con “x”. No obstante, este método no impide que alguien le agregue una tilde o una coma al texto. En cambio, los mensajes de datos firmados digitalmente garantizan la integridad del documento”²⁶

En segundo lugar, garantiza la **identificación de las partes intervinientes** ya que tanto el receptor como el emisor sabrán que la otra parte es quien dice ser.

El **no repudio** es otra de las garantías de la firma electrónica, y se refiere al hecho de ninguna de las partes podrá negar el mensaje de datos que envió. En otras palabras, se trata de que una vez enviado un documento por A, éste no puede negar haber sido el autor de dicho mensaje.

Como dice Arturo Ribagorda, por el “no repudio” se entiende “que el participante en alguna etapa de su manipulación no pueda posteriormente renegar de haber intervenido, por ejemplo el autor o el remitente de una información no puede repudiar su autoría o su remisión.”²⁷

Para algunos autores como María Cristina Ramírez, la firma electrónica cumple con la función de garantizar la **confidencialidad** del mensaje, evitando que terceros distintos al receptor conozcan el contenido del mismo, función que

²⁶ Zubieta, Hernán, *El Tiempo en los mensajes de datos*, pág. 147, en *El Contrato Por Medios Electrónicos.- Homenaje a Fernando Hinojosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera edición, DIGIPRINT Editores, 2003.

²⁷ Ribagorda, Garnacho, Arturo, *Sistemas de certificación: La firma y el certificado digital*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, pág. 1314.

se lograría gracias a la utilización de la criptografía²⁸. Sin embargo, otros autores como Ribagorda consideran que la firma electrónica no es un instrumento para garantizar la confidencialidad del mensaje, en el sentido en que “como cualquiera puede conocer la clave pública del signatario, puede aplicarla al mensaje firmado y obtenerlo en claro”.²⁹

Evidentemente, para nosotros, las únicas garantías que ofrece la firma electrónica respecto a la información contenida en un mensaje, son las de integridad y la de identidad del signatario, gracias a todos los procesos técnicos que analizamos anteriormente; pero no garantiza la confidencialidad del mismo ya que el hecho de firmar electrónicamente un documento, no impide que un tercero lo pueda leer; lo mismo sucede al plasmar una firma autógrafa en un documento: el hecho de poner nuestra firma al pie del documento, no impide el que cualquier persona pueda tener acceso a lo que está escrito en el.

Siguiendo con el estudio de las funciones de la firma electrónica, tomaremos en consideración lo manifestado por Gastón Velásquez, quien acredita otras funciones adicionales a las ya establecidas anteriormente: la identidad del propósito y la identidad de efectos jurídicos.

Al hablar de la **identidad del propósito**, el autor se refiere a la función de la firma electrónica de identificar al titular de la firma en relación con un mensaje de datos; hace relación también al hecho de que por esa identidad del signatario con el mensaje de datos, éste aprueba el contenido de dicho mensaje.

²⁸ Vallejo, Ramírez, María Cristina, *La aplicación de la firma electrónica en el Ecuador*, UASB, TESIS, Quito, 2004.

²⁹ Ribagorda, Garnacho, Arturo, *Sistemas de certificación: La firma y el certificado digital*, en Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, pág. 1324

En este sentido, Gastón Velásquez muestra que la firma electrónica es un medio válido de manifestación de la voluntad. Al respecto señala:

“De igual manera la firma digital no reemplaza la voluntad, la manifiesta de modo adecuado utilizando un cierto estado de la técnica, como por ejemplo el uso de criptografía asimétrica, siempre y cuando, verifiquemos que su aplicación corresponda a datos electrónicos, que viajan por la Internet, de modo semejante a como está integrada la pluma y el papel respecto a la firma manuscrita; en ambos casos y por una mera convención social, prevista en una Ley, la firma tanto digital como manuscrita son formalidades generalmente aceptadas de la manifestación de la voluntad”.³⁰

En cuanto a la **identidad de efecto jurídico**, el autor señala que a la firma electrónica o firma digital, dependiendo de la legislación, se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a la firma manuscrita, siempre y cuando cumpla con los requisitos de validez legalmente establecidos en cada ordenamiento jurídico.

I.VI. DURACIÓN Y EXTINCIÓN

Las tres legislaciones abordan el tema de manera muy parecida. Tanto en Colombia como en Ecuador y Perú, se establece que las firmas electrónicas tienen una duración indefinida. Pero además se determina que las mismas pueden revocarse o extinguirse.

³⁰ Velásquez, Villamar, Gastón, *La Firma Digital Sin Mitos*, http://www.vivancoyvivanco.com/lex/LEX_ECUADOR_JUL_05.pdf

De manera concordante, las tres legislaciones establecen que las firmas electrónicas y sus certificados digitales pueden extinguirse por los siguientes motivos:

- Voluntad de las partes,
- Fallecimiento o incapacidad de su titular,
- Disolución o liquidación de la persona jurídica titular de la firma,
- Por causa judicialmente declarada; y,
- Por el cese de actividades de la entidad de certificación.³¹

Para concluir, cabe recalcar que, como principio general, las legislaciones estudiadas establecen que la extinción de la firma electrónica o del certificado digital, no exime a su titular de las obligaciones previamente contraídas y que se deriven de su uso, cualquiera fuere el motivo.

³¹ Ecuador, Art. 18 y 19, Ley 67.
Colombia: Art. 37, Ley 527.
Perú: Art. 9, Ley 27269.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA Y LOS MEDIOS PROBATORIOS

II.I. PRUEBA. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

II.I.I. DEFINICIÓN.-

Partiendo de lo más general, diremos que, de acuerdo con una de las corrientes etimológicas más aceptadas, la palabra prueba viene del vocablo probandum, que significa recomendar, patentizar, hacer fe. En función de esta noción etimológica, podríamos decir que prueba es aquello que es apto para rememorar un hecho no presente³².

No solamente en el sentido general sino también en el procesal, la prueba tiene un significado polifacético y es por esto que es muy difícil precisar su noción.

Para los fines de nuestro estudio, nos acercaremos básicamente a la definición de la prueba judicial; y así, comenzaremos por citar a Devis Echandía quien entiende por prueba judicial “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.³³

Carrara, por su parte, dice respecto a la prueba que “en general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una

³² Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 15

³³ Devis, Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, pág. 23

proposición. La certeza está en nosotros, la verdad en los hechos”³⁴. Sobre esta definición, nos restaría decir que la noción de prueba no tiene que ver con obtener la verdad de proposiciones, que según el mismo autor, son solamente un conjunto de palabras que relacionan conceptos; tiene que ver más bien, con determinar la verdad de los hechos, cosas y actos, cuya demostración se plantea en el proceso.³⁵

Nosotros, siguiendo a Devis Echandía estudiaremos la noción de la prueba desde tres aspectos: su manifestación formal, su contenido esencial; y, su resultado subjetivo.

La manifestación formal de la prueba hace referencia a “los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos, indicios, etcétera”.³⁶

Su contenido esencial presupone “las razones o motivos que de esos medios se deduce a favor de la existencia o inexistencia de los hechos”.³⁷

Y finalmente, su resultado subjetivo no es otra cosa que “el convencimiento de que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador, y en ese sentido el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos”.³⁸

La noción procesal de la prueba, también es de gran interés para nuestro tema de análisis.

³⁴ Carrara, Francesco, *Programa*, pág., 381, en Rodríguez, Gustavo Humberto, *Curso de Derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, sexta edición, 1990, pág. 25.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Devis, Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, pág. 21.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

En cuanto a la acepción procesal general, Gustavo Rodríguez señala que es “la producción de los elementos de convicción, como la actividad procesal encaminada a obtener determinadas piezas judiciales dentro del proceso de verificación o representación de los hechos materia del debate”.³⁹

De acuerdo a los lineamientos de Couture, podemos decir, que prueba es un método de averiguación y un método de comprobación; y, en el ámbito procesal civil, prueba es “normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio”.⁴⁰

Entendiendo a la prueba bajo esta acepción, Devis Echandía dice: “la prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”.⁴¹

Bonnier al respecto dice:

“Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos de orden físico o de orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”.⁴²

³⁹ Rodríguez, Gustavo, Humberto, *Curso de derecho probatorio*, pág. 24, en Juan Carlos, *La prueba electrónica*, pág. 18.

⁴⁰ Eduardo J. Couture, *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Ed. B de F, cuarta edición, 2002, pág., 178.

⁴¹ Devis, Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, pág. 23.

⁴² Bonnier, M., Eduardo, *Tratado teórico – práctico de las pruebas en el derecho civil y penal*, pág.5, en Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 20

De manera general, nosotros diremos que la prueba procesal es el procedimiento jurídico orientado a convencer al juez respecto de la certeza de los hechos, cosas o actos, manifestados por las partes, a través de los medios de prueba legalmente establecidos.

II.I.II. ELEMENTOS DE LA PRUEBA.-

Algunos autores han puesto énfasis en determinar los elementos de la prueba como tal.

Así, Florían considera que la prueba tiene tres elementos: el objeto, el medio y el órgano⁴³.

Por otro lado, Juan Carlos Riofrío, incluye a la enumeración antes dada a la fuente como un elemento de la prueba.⁴⁴

Otros autores como Devis Echandía, analizan, como elementos de la prueba, al objeto, al órgano y a la fuente, clasificación que tomaremos como eje para nuestro estudio.

II.I.II.I. OBJETO

Sobre el objeto, el autor señala:

“puede ser todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógico (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico);

⁴³ Florían, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, pág. 305, en Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 26.

⁴⁴ Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 26

es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que pueda asimilarse a éstos (costumbres y ley extranjera)”⁴⁵

II.I.II.II. ORGANO

Si entendemos a la prueba como la actividad encaminada a la comprobación de los hechos en el proceso, ésta va a requerir siempre de la intervención de varios sujetos, entre ellos quienes la solicitan, quienes la contradicen; y, otros sujetos que colaboran en la práctica de la misma.

Devis Echandía, distingue a los órganos de los sujetos de la prueba. En este sentido, por sujetos entiende “ a las personas que desempeñan algunas de las actividades procesales probatorias, (...); esto es, el juez y las partes principales y secundarias del proceso.” Por órganos de la actividad probatoria, el autor entiende a las “personas que se limitan a colaborar con el juez en la actividad probatoria, (...), o a suministrarle el conocimiento del objeto de la prueba, (...); por lo tanto, los órganos de prueba son generalmente los terceros no intervinientes y las partes sólo cuando son autores del medio de prueba, confesión o documento; nunca el juez”⁴⁶.

Dentro de este elemento, el autor cita como ejemplos a los testigos, los peritos, a los intérpretes, a los testigos actuarios de la inspecciones, a los funcionarios judiciales, entre otros.

II.I.II.III. FUENTE

⁴⁵ Devis, Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, pág. 75.

⁴⁶ *Ibidem*, pág.126.

Devis Echandía siguiendo a Carnelutti dice que la fuente de prueba son “los hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho que va a probar, sea que constituya o no la representación del segundo.”⁴⁷

En términos más simples, Riofrío define como fuente a “toda cosa o hecho sensible anterior al proceso que, finalmente, puede servirnos para demostrar la verdad de un enunciado”.⁴⁸

En este punto, es necesario hacer una diferenciación entre el objeto y la fuente de prueba.

Al respecto, Devis Echandía considera que “el objeto es el hecho que se prueba, y la fuente la que sirve para probarlo. Cuando un hecho conduce a la prueba de otro, el primero es su fuente y el segundo su objeto.”.⁴⁹

Los medios electrónicos, entre ellos las firmas electrónicas, al ser generados anteriormente al proceso y tener total independencia de este, pero a su vez siendo capaces de informar algo respecto del objeto del proceso, deben ser consideradas como fuentes de prueba.

La firma electrónica cumple con los elementos de la prueba arriba señalados, en tanto y en cuanto tiene como objeto el determinar la integridad e identidad de un mensaje electrónico, su seguridad, fiabilidad y vigencia, elementos que pueden ser confirmados a través de un certificado de firma electrónica emitido por una entidad creada y autorizada para ello (órgano), y su

⁴⁷ *Ibidem*, pág. 131.

⁴⁸ Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 26

⁴⁹ Devis, Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, pág. 131.

existencia es anterior al proceso y como tal independiente del mismo, pero es capaz de informar algo respecto al objeto del litigio (fuente).

Frente a esto, las tres legislaciones en estudio la reconocen como prueba⁵⁰, e inclusive le otorgan aptitudes probatorias bastante amplias, específicamente en los temas relativos a la integridad e identidad del mensaje de datos.⁵¹ Este reconocimiento, para nosotros, se lo realiza en función de que las firmas electrónicas, por su proceso de generación, pueden ser capaces de crear convicción en el juez respecto de la integridad e identidad de un documento electrónico.

Los medios de prueba son considerados un elemento más de la prueba. Sin embargo, por la importancia que tienen estos para el desarrollo de nuestro trabajo, hemos creído conveniente tratarlos en un acápite diferente.

II.II. MEDIOS DE PRUEBA

II.II.I. DEFINICIÓN

Sobre el medio, como elemento de la prueba, Riofrío sostiene que este es “un procedimiento, un acto o un instrumento, por el que la fuente de prueba se integra al proceso”⁵².

Devis Echandía al respecto señala lo siguiente:

⁵⁰ Ecuador: Art. 14,52,53, Ley 67.
Colombia: Art. 5 y 26, Ley 527.
Perú: Art. 1, Ley 27269.

⁵¹ *Ibidem*, Art. 53

⁵² Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 26

“La noción de medio de prueba comprende los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de los peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va a probar.”

Con la finalidad de que las partes prueben ante el respectivo tribunal la veracidad sobre los hechos materia de la controversia que cada uno ha presentado, tanto en la demanda como en su contestación, éstas utilizan mecanismos legales para demostrar la ocurrencia de ciertos hechos o la existencia de ciertos derechos.

Devis Echandía entiende por medios de prueba “la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos y argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso.”⁵³

Cabanellas dice lo siguiente: “medios de prueba son los diversos elementos que, autorizados por Ley, sirven para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio”.⁵⁴

En las tres legislaciones en estudio, se constituyen como medios de prueba los instrumentos o elementos de que se vale el juez y las partes para aportar la

⁵³ Devis Echandía, *Teoría General De La Prueba Judicial*, Santa Fe de Bogotá, Ed. ABC, Tomo I, 1995, Pág. 550

⁵⁴ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, Tomo V, 1981, pág. 371

verdad al proceso. De manera concordante, determinan que servirán como medios de prueba⁵⁵:

- La confesión de parte
- Los instrumentos públicos y privados
- La declaración de testigos
- La inspección judicial
- El dictamen de peritos e intérpretes, entre otros.

Cabe aquí hacer mención de la inclusión de los instrumentos electrónicos como medios de prueba, para esto es de vital importancia el hacer un acercamiento a las posturas doctrinales acerca de la libertad de medios probatorios.

Algunos autores como Francisco Ricci⁵⁶ y Hugo Alsina⁵⁷, consideran que sólo las pruebas tipificadas en la ley pueden tener eficacia procesal probatoria. También señalan que al ser el tema probatorio un asunto de orden público, el dejar al libre criterio judicial la admisión de nuevos medios de prueba generaría inseguridad jurídica.

Pero por otro lado, existen otros autores como Couture quien señala que “los repertorios de jurisprudencia están llenos de antecedentes que reflejan la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la Ley

⁵⁵ Ecuador: Art. 121, Código de Procedimiento Civil.
Colombia: Art. 175, Código de Procedimiento Civil.
Perú: Art. 192,193, Código Procesal Civil.

⁵⁶ Ricci, Francisco, *Derecho civil teórico y práctico*, pág. 127, en Riofrío, Juan Carlos, *La prueba Electrónica*, pág. 58.

⁵⁷ Alsina, Hugo, *Tratado teórico- práctico de derecho procesal civil y mercantil*, pág. 23, en Riofrío, Juan Carlos, *La prueba Electrónica*, pág. 58.

civil o procesal.” Y de forma aún más explícita, continúa diciendo el autor que “Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de los mismos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación”.⁵⁸

En el Ecuador existe jurisprudencia en donde se evidencia esta posición de Couture.

Así, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 11 de marzo del 2003 dijo lo siguiente: “TERCERO.- En la era de la computación, las pruebas no pueden tener la estrictez de épocas anteriores y deberían aplicarse con cierta flexibilidad hasta cuando la legislación se actualice debidamente.”⁵⁹

Para Juan Carlos Riofrío, “actualmente la tendencia en el derecho y en la jurisprudencia comparada es la de apostar por un criterio de *numerus apertus*, es decir, ampliar expresamente la lista convencional de medios probatorios (...)”⁶⁰

Esta tendencia claramente se puede evidenciar en las legislaciones colombiana y peruana.

El Código de Procedimiento Civil colombiano en su Art. 175 establece los medios que servirán como prueba, y el último numeral de éste artículo manifiesta

⁵⁸Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, pág. 261, en Riofrío, Juan Carlos, *La prueba Electrónica*, pág. 60

⁵⁹Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 71-2003, de 11 de marzo del 2003, Registro oficial N° 85 de 20 de mayo de 2003.

⁶⁰ Riofrío, Juan Carlos, *La prueba electrónica*, pág. 61

lo siguiente: “cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”

De igual manera, el Código Procesal Civil peruano establece en el Art. 91 la posibilidad de admitir medios de prueba no tradicionales o “atípicos” como los denomina en el Art. 193. El Art. 91 es muy claro al expresar que: “Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el Artículo 188. Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos”.

En el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, desgraciadamente, no existe ninguna estipulación que nos permita interpretar la posibilidad de admitir otros medios de prueba diferentes a los estipulados en la ley. Además la administración de justicia aún no ha demostrado de manera amplia su interés por aceptarlos como medios de prueba válidos y eficaces, quizás por el recelo de prevaricar.

Cabe señalar, que algunos instrumento electrónicos pueden, de manera general, hacer fe en un juicio si se hace una interpretación extensiva del inciso 2º del Art. 121 del CPC ecuatoriano; sin embargo, otros instrumentos como las firmas electrónicas, los correos electrónicos, etc., pueden quedar fuera de esta disposición.

Siguiendo a Riofrío, “el criterio seguido por el legislador al publicar la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, ha sido claramente el de

sancionar un criterio de *numerus apertus*”,⁶¹ y a su entender, el juzgador no puede desconocer el contenido del Art. 52 de nuestra ley 67.

Para nosotros la posición más valedera es la desarrollada por Couture, partiendo del hecho de que si la finalidad máxima del juez es administrar justicia, y que para llegar a ésta es necesario conocer la verdad de los hechos, el limitar los medios al juez, para descubrir la verdad, sería como taparle los ojos.

Volviendo al tema analizado y para concluir, diremos que tomando en cuenta la definición de medios de prueba y entendiendo que la finalidad de los mismos es acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, bien puede considerarse a las firmas electrónicas como medios de prueba dentro de un proceso. Un medio de prueba en todos aquellos aspectos que, tratándose de mensajes de datos, no tengan relación ni con la integridad e identidad del mensaje.

Las legislaciones, como podemos notar, le otorgan esa doble facultad a este instrumento, el de ser prueba y el de ser medio de prueba.

Sin restar importancia a la consideración de las firmas electrónicas como prueba dentro del proceso, centraremos nuestro estudio básicamente en el reconocimiento jurídico de las mismas como medios de prueba.

⁶¹ Ibidem.

CAPÍTULO III

TRATAMIENTO JURÍDICO PROCESAL DE LA FIRMA ELECTRÓNICA COMO MEDIO DE PRUEBA EN COLOMBIA, PERU Y ECUADOR

Por la seguridad del proceso de generación y principalmente por todos los beneficios que se generan gracias a sus funciones, las legislaciones de los tres países en estudio, reconocen a la firma electrónica como un sistema válido y capaz de generar efectos jurídicos.⁶²

Así también, nuestros legisladores le han otorgado la facultad de servir como medio de prueba para determinar la integridad, identidad y autenticidad de un documento, objeto de prueba, en un proceso. Como ya lo habíamos mencionado antes, esta facultad legal es conferida a aquellas firmas electrónicas que cumplan con los requisitos de validez legalmente establecidos.⁶³

Cuando se trata de regular temas nuevos, como el relacionado con los medios electrónicos, el legislador se ve enfrentado a un dilema crucial. Por una parte, podría crear un régimen jurídico particular y exclusivo para los medios electrónicos, independiente de la regulación tradicional. Por otra, podría simplemente adaptar el régimen jurídico existente a las nuevas realidades. Los legisladores de los países en estudio, siguiendo la tendencia internacional,

⁶² Colombia: Art. 5 y 28, Ley 527
Ecuador: Art. 2, 14, Ley 67
Perú: Art. 1, Ley 27269

⁶³ Colombia: Art. 10 y 52, Ley 527
Ecuador: Art. 52, Ley, 67
Perú: Art. 7 Ley, 27269

optaron por la segunda alternativa. Esto fue posible en razón del principio de equivalencia funcional, el mismo que busca, en este caso, que el cumplimiento de ciertos requisitos formales, documentados en medios impresos, y estipulados en la normativa tradicional, se vea ampliado también a aquellas representaciones soportadas en el uso de medios tecnológicos.

En este momento analizaremos el tratamiento de la firma electrónica en los procesos judiciales y las normas referentes a su aplicación, tanto las normas tradicionales aplicadas en la generalidad de los casos como las normas específicas creadas para el efecto.

Este análisis se basará en el siguiente esquema procesal: la carga de la prueba, su admisibilidad al proceso, la práctica de la prueba y finalmente la valoración por parte del juez.

III.I. LA CARGA DE LA PRUEBA

De acuerdo a Gustavo Humberto Rodríguez, la carga probatoria consiste

“en la facultad discrecional de ofrecer y solicitar pruebas y de intervenir en su práctica a efecto de que el juez se forme una convicción sobre la existencia o las circunstancias de los hechos del tema a probar, facultad que para las partes se ejerce en interés propio o con miras a obtener una decisión favorable, y para el juez como un deber funcional”.⁶⁴

De manera muy general, podemos decir que la carga de la prueba es un principio procesal a través del cual se determinará a cuál de las partes se dirige

⁶⁴ Rodríguez, Gustavo Humberto, *Curso de Derecho Probatorio, Compendio*, Bogotá, Colombia, Ediciones Librería del Profesional, sexta edición, 1990, pág.68.

el requerimiento de proponer, suministrar y preparar las pruebas dentro del respectivo proceso.

Como principio procesal, la carga de la prueba le corresponde a la parte haga afirmaciones en el proceso.⁶⁵

En el caso específico de las firmas electrónicas, las legislaciones pertinentes regulan el tema en los términos que a continuación analizaremos.

La Ley 527 de Colombia, para los ámbitos relacionados con las admisión, práctica y valoración de la firma electrónica, hace expresa remisión a su Código de Procedimiento Civil.⁶⁶

La Ley 67 del Ecuador, regula de forma expresa el tema referente a la carga de la prueba, específicamente lo concerniente a la firma electrónica. Así, el último inciso del Art. 54 dice:

“(…)En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la Ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros”.

En la legislación ecuatoriana, se evidencia un caso muy particular. Doctrinariamente, la carga de la prueba es de quien afirma, no de quien niega, pero partiendo de la presunción establecida en el Art. 53 de la Ley 67, la carga

⁶⁵ Ecuador: Art. 113 y 114 CPC
Colombia. Art. 177, CPC
Perú: Art. 196, CPC

⁶⁶ Art. 10 y 11, Ley 527

de la prueba recae sobre quien niega la validez de un mensaje de datos, invirtiéndose el principio general de la carga de la prueba. Esto sólo se aplica para el caso de la firma electrónica; no es aplicable al resto de medios electrónicos.

Para nosotros, la inversión de la carga de la prueba refleja la intención de nuestros legisladores de incrementar la confianza pública en la firma electrónica certificada. Confianza que se deriva de su complejo y seguro sistema de generación y verificación; así como también en la obligación legalmente establecida de guardar cuidadosamente la clave “privada” de esta firma.⁶⁷

III.II. ADMISIÓN, EFICACIA

Para que una prueba que ha sido ofrecida por las partes sea ingresada al proceso, debe ser “admitida” por el juez.

La admisión de un medio de prueba al juicio, depende de si la ley lo reconoce o no como tal.

Una vez admitido un medio de prueba dentro del juicio, es importante determinar su validez. De manera sencilla podemos decir que la validez de un medio de prueba depende de si su producción cumplió o no con los requisitos que la ley establece para el efecto. En el caso de las firmas electrónicas, por ejemplo, la ley establece ciertos requisitos que las mismas deben cumplir para

⁶⁷ Ecuador: Art. 17, Ley 67
Colombia: Art. 37, Ley 527
Perú: Art. 15, Ley 27269

que puedan ser consideradas válidas y puedan ser admitidas en juicio como medio de prueba o prueba, según sea el caso.⁶⁸

Sin embargo de lo anterior, un medio de prueba válido no siempre es eficaz.

En este punto es necesario hacer una diferenciación entre eficacia y validez, que definitivamente son aspectos distintos.

La validez de los medios de prueba, como ya lo mencionamos, se determina en función del cumplimiento de los requisitos que la ley establece para su producción.

La eficacia, por su parte, es el mérito probatorio que poseen los medios de prueba; es decir, la capacidad de los mismos para demostrar el hecho que las partes están invocando.

Respecto a la eficacia, Gustavo Humberto Rodríguez dice: “la eficacia tiene grados, y el juez los valorará según como se presenten estos requisitos”.⁶⁹

En términos generales diremos que una prueba es eficaz en función del convencimiento al que haya llegado el juez respecto de las proposiciones hechas por las partes.

Aquí creemos oportuno hacer un breve análisis respecto de la eficacia de la prueba electrónica.

⁶⁸ Ley 67 del Ecuador. Art. 14, 15

Ley 527 de Colombia. Art. 28

Reglamento a la Ley 27269 del Perú. Art. 5,7,14

⁶⁹ Rodríguez, Gustavo H., *Curso de Derecho probatorio*, pág. 110.

Empezaremos diciendo que cada instrumento electrónico tiene una aptitud natural probatoria; es decir, una aptitud o función concreta que existe antes de que la misma Ley la establezca.

Para explicar el por qué decimos que la aptitud natural probatoria es anterior a la Ley, citaremos a Javier Hervada, quien dice lo siguiente:

“El derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo. El principio de unidad entre el derecho natural y el derecho positivo es triple: 1º) En primer lugar, como antes indicábamos la Ley positiva se genera a partir de la Ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación. 2º) En segundo término, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social u la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3º) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales”.⁷⁰

Como habíamos mencionado, de la aptitud natural probatoria emana la ley positiva, la misma que en algunas ocasiones consagra de manera expresa y concreta tal aptitud, tal como sucede en las legislaciones que estamos estudiando.⁷¹

⁷⁰ Hervada, Javier, *Introducción al derecho natural*, pág. 177, en Riofrío, Juan Carlos, *La prueba electrónica*, pág. 70.

⁷¹ Ecuador: Art. 52, Ley 67.

Perú: Art.5 y 7, Reglamento a la Ley 27269.

Colombia: Art. 10, Ley 527.

De acuerdo a Juan Carlos Riofrío, esta aptitud natural probatoria de los medios informáticos puede ser “enriquecida, concretada y fortalecida, siempre dentro de los límites naturales probatorios de la prueba, con las sanción de leyes pertinentes sobre los mensajes de datos.”⁷²

Lo antes mencionado se logra gracias al principio de equivalencia funcional, a través del cual se busca ampliar la aptitud probatoria de ciertos medios tradicionalmente aceptados a los nuevos medios electrónicos.⁷³

Como podemos darnos cuenta, los medios electrónicos, específicamente la firma electrónica tienen mérito probatorio, y este mérito además es reconocido legalmente, y bien puede ser valorada por el juez como eficaz.

III.III. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Lamentablemente, las legislaciones que estamos estudiando no regulan de forma clara y amplia el tema. Tanto la legislación peruana como la colombiana, se remiten a las disposiciones procesales civiles. Sin embargo, la Ley 67 del Ecuador, más allá de hacer una remisión expresa al Código de Procedimiento Civil, establece algunas particularidades que deben tomarse en cuenta para la práctica de la prueba electrónica.

Por esto, hemos tomado como eje principal para el análisis de la carga de la prueba el contenido del Art. 54 de la Ley 67 del Ecuador.

Expresamente este artículo manifiesta.

⁷² Riofrío, Juan Carlos, *La prueba electrónica*, pág. 72.

⁷³ Ecuador: Art. 7 y 8, Ley 67.

Colombia: Art. 6, 7,8, y 9, Ley 527.

“Práctica de la prueba.- La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes:

a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos;

b) En el caso de impugnación del certificado o de la firma electrónica por cualesquiera de las partes, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información correspondiente, remitir a ese despacho los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados; y,

c) El facsímile, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta Ley.

En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la Ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros. Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica”.

El Art. 54 nos remite al Código de Procedimiento Civil, y en este sentido tendremos en cuenta lo dispuesto en el libro II, título I, sección 7 de este cuerpo legal. De esta sección, la parte pertinente a nuestro tema de estudio será la referente a los instrumentos privados, en vista de que, el tratamiento de los

documentos públicos firmados electrónicamente es muy particular, y su estudio no será objeto de este trabajo.

Siguiendo al Art. 54, leemos “al presentarse un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático”

Para Miguel Temboury, el soporte informático “suele ser un elemento que puede magnetizarse o recoger huellas ópticas susceptibles de determinar, según pase o no un haz de luz, cuál es el contenido de la información”.⁷⁴

Debemos suponer entonces, que durante el proceso se deberá buscar la manera de que este soporte informático podrá ser accesible y entendible para las partes, de tal forma que la contraparte, principalmente, pueda determinar las características del documento que tiene en frente.

De acuerdo a Juan Carlos Riofrío, “el artículo 54 protege el legítimo derecho a la defensa de la contraparte, proporcionándole los medios necesarios para que ella pueda verificar o desvirtuar con peritos la seguridad del documento”⁷⁵.

De acuerdo al artículo que estamos analizando, junto al soporte informático se debe adjuntar también “la transcripción en papel del documento electrónico”.

⁷⁴ Temboury, Redondo, Miguel, *La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales*, en Mateu de Ros, Rafael y Cedoya, Méndez De Vigo, Juan Manuel, *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma digital*, Navarra, España, Ed. Aranzadi, S.A., primera edición, 2000, pág. 411.

⁷⁵ Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, pág. 133.

Temboury, señala que “lo característico del documento electrónico es que los signos en él plasmados no son susceptibles de entendimiento por el hombre sino después de un complejo proceso de descodificación, inverso al de su creación.”⁷⁶

Si partimos entonces de que, en la mayor parte de los casos, estos documentos contienen caracteres que no son legibles para el ser humano, resultaría poco relevante la presentación de esta transcripción, porque aportaría muy poco a la resolución de una controversia.

Nosotros concordamos con Juan Carlos Riofrío en el hecho de que lo que sí es conveniente en un proceso judicial, es el requisito establecido en el literal b) del artículo que estamos analizando, esto es el aporte del certificado de firmas electrónicas, en el caso de impugnación de firmas o certificados electrónicos. Este literal plantea la posibilidad de solicitar a las entidades de certificación la presentación de certificados electrónicos en papel.

Este requerimiento evidencia que todavía en nuestras sociedades, la información contenida en un soporte material genera más confianza que los documentos electrónicos.

Sin embargo, el tema de los certificados electrónicos y, principalmente, el de las entidades de certificación, es un tema que merece un especial análisis de nuestra parte.

⁷⁶ Temboury, Redondo, Miguel, *La prueba de los documentos electrónicos en los distintos órdenes jurisdiccionales*, en Mateu de Ros, Rafael y Cedoya, Méndez De Vigo, Juan Manuel, *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma digital*, pág. 412

En la mayoría de los casos, cuando alguien firma electrónicamente un documento, lo hace ante una autoridad certificadora extranjera, como por ejemplo, Thawte, ACE, o AC Experimental. Estas entidades son mundialmente reconocidas, pero las mismas no han sido autorizadas por la autoridad administrativa correspondiente, que en el caso del Ecuador es el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, Conatel.

Esta falta de autorización hace un poco más difícil la constatación de la información, y por ende, tanto el juez como las partes se encuentran frente a un problema de celeridad y desconfianza de estos instrumentos.

Nosotros no estamos de acuerdo con negarle eficacia a aquellos certificados emitidos por estas entidades no autorizadas en nuestro territorio, ya que la misma Ley, a través del principio de “compatibilidad del reconocimiento transfronterizo”, prevé soluciones para este inconveniente.

Por una parte, permite revalidar los certificados extranjeros ante una entidad certificadora nacional.⁷⁷ Por otra parte, el legislador establece la posibilidad de otorgarles eficacia a estos certificados, demostrada su suficiencia técnica y fiabilidad a petición de la autoridad competente.⁷⁸

Y finalmente, también se establece la posibilidad de que las partes establezcan de común acuerdo la utilización de determinadas firmas electrónicas y de ciertos certificados electrónicos.⁷⁹

⁷⁷ Ecuador: disposición general primera, Ley 67.

Colombia: Art. 43, Ley 527

Perú: Art. 11, Ley 27269

⁷⁸ Ecuador: Art. 28 inc. 1, Ley 67

⁷⁹ Ecuador: Art. 28 inc. 3, Ley 67

Con el cumplimiento de estos mecanismos, el juez podría asegurarse de contar con un documento que efectivamente sirva como medio para probar la identidad, y sobre todo la seguridad de una firma electrónica.

Como habíamos señalado, el artículo en análisis establece la facultad a la contraparte de impugnar el documento presentado.

De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 194 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, si se redarguye de falso o se objeta la legalidad del documento dentro del término legal, no se puede considerar tal documento como auténtico hasta que no se pruebe lo contrario a través de testigos o peritos.⁸⁰

Respecto a la autenticidad de los documentos privados, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 80 del 2002, manifiesta lo siguiente:

“Tanto los instrumentos públicos como los títulos valor gozan de presunción de autenticidad, pero en los restantes documentos privados ocurre exactamente lo contrario, o sea, carecen de tal presunción y si se los quiere hacer valer en juicio, debe acreditarse su autenticidad. Por regla general, el documento privado cuya autenticidad o

⁸⁰ Art. 194 CPCE .- El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la Ley no prevenga a la solemnidad del instrumento público:

1o.- Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, o en escritura pública;

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

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

4o.- Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.

legitimidad, incluido su reconocimiento expreso o implícito no se ha probado, carece de toda eficacia probatoria.⁸¹

Sin embargo, en el caso de los documentos firmados electrónicamente, la presunción de validez es diferente de la de los documentos privados tradicionales, en vista de que los documentos que contengan firma electrónica gozan de presunción iuris tantum de autenticidad.⁸²

En este sentido, un documento firmado electrónicamente es considerado válido hasta que se demuestre lo contrario; y en función de este principio, es que la carga de la prueba se traslada a quien impugne la validez de la misma.

Como habíamos señalado, cuando la contraparte impugna la validez de la firma electrónica, este puede hacer uso de varios mecanismos técnicos para comprobar sus proposiciones. Estos mecanismos pueden ser los informes de peritos, la exhibición de documentos, las inspecciones judiciales etc. Los resultados que arrojen estos medios técnicos también tienen el carácter de impugnables.⁸³

Nosotros no nos detendremos a analizar cada uno de estos mecanismos o instrumentos, por no ser parte determinante de esta investigación, pero diremos que la más apropiada es la solicitud de dictámenes de peritos expertos en temas relacionados con sistemas electrónicos.

⁸¹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 80 del 2002, Registro Oficial N° 626 de 25 de julio del 2002.

⁸² Ecuador: Art. 53, 10 y último inciso del Art. 54 de la Ley 67.
Colombia: Art. 17, Ley 527

Perú: Art. 8, Ley 27269

⁸³ Riofrío, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, 2004, Pág. 135.

Una vez que se concluye la etapa de ejecución de la prueba o práctica de la prueba, el juez procede a evaluarlas o valorarlas.

III.IV. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Sobre la valoración, Eduardo J. Couture manifiesta que “se trata de señalar con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.”⁸⁴

La doctrina distingue tres sistemas de valoración de la prueba: el de las pruebas legales, el de la libre convicción y el de la sana crítica.

El sistema de las pruebas legales señala que la Ley es la que le indica al juez el grado de eficacia que se le debe atribuir a determinado medio probatorio; es decir, el juez para valorar la prueba, debe regirse exclusivamente a lo que anticipadamente la Ley ha establecido para cada medio de prueba.

Sobre el sistema de libre convicción o libre criterio judicial, Eduardo Couture señala que “es un modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes”.⁸⁵

De forma más radical, Jorge Fábrega considera que el sistema de la libre convicción es “el método mediante el cual se otorga al juez plena libertad en la estimación de las pruebas. El sistema de la prueba libre concede al juez amplia

⁸⁴ Couture, Eduardo, *Valoración Judicial de las Pruebas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera Edición, 2000, pág. 12

⁸⁵ Couture, Eduardo J., *Pruebas y su valoración*, en Quiceno, Fernando, *Valoración Judicial de las pruebas*, comp., Colombia, Primera Edición, Editora Jurídica, 2000, pág. 20

facultad de apreciarla sin restricción legal, virtualmente sin sujeción a norma legal y sin necesidad de motivación”.⁸⁶

Sin embargo de lo mencionado por el autor arriba citado, nosotros creemos que la libre convicción presupone la libertad del juez para valorar, en base a su criterio, las pruebas que se le presentan, pero jamás este principio presupondría la idea de que el juez no tiene la obligación de motivar. De no hacerlo se incurriría en una arbitrariedad y en Derecho eso no puede ser posible.

Finalmente, sobre el sistema de la sana crítica se han dicho muchas cosas. Couture, por ejemplo, señala que “sin la excesiva rigidez de la primera – sistema de la prueba legal – y la excesiva incertidumbre de la última – sistema de libre convicción – configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la valoración de la prueba”.⁸⁷ Para este autor, el sistema de la sana crítica sería entonces una atenuación de los otros dos sistemas analizados.

Devis Echandía, señala que sana crítica significa “libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso”.⁸⁸

Para el autor arriba citado, no cabe hablar de libre apreciación y de sana crítica como dos sistemas diferentes, en vista de que “la libre apreciación no

⁸⁶ Fabrega, Jorge, *La sana crítica en las apreciación de la prueba*, en Quiceno, Fernando, *Valoración Judicial de las pruebas*, comp., Colombia, Primera Edición, Editora Jurídica, 2000, pág. 166

⁸⁷ Fabrega, Jorge, *La sana crítica en las apreciación de la prueba*, en Quiceno, Fernando, *Valoración Judicial de las pruebas*, comp., Colombia, primera edición, Editora Jurídica, 2000, pág. 168

⁸⁸ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial, Tomo I*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, quinta edición, Editorial ABC, 1995, pág. 99.

significa desconocer la lógica, ni las reglas de la experiencia, y menos aún, las Leyes naturales.”⁸⁹

Para nosotros sí existe una diferencia entre estos dos últimos sistemas y ésta es que mientras en el sistema de la libre convicción el juez valora la prueba teniendo en cuenta su criterio personal y libre convencimiento, el sistema de la sana crítica le faculta al juez a valorar las pruebas teniendo en cuenta las “reglas de la sana crítica”

Hugo Alsina dice que "Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio" ⁹⁰

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"⁹¹.

La Primera Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de abril del 2004 dice lo siguiente:

“En este proceso mental (el de la valoración) el juez ha de aplicar las reglas de la sana crítica, las cuales no constan en normas de derecho positivo, sino son reglas de lógica y de experiencia humana, suministradas por la psicología, la sociología y la técnica, que permiten al juzgador distinguir lo que es verdadero y lo que es falso”⁹².

⁸⁹ Ibídem, pág. 99

⁹⁰ Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico De Derecho Procesal Civil Y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1956, Pág. 127.

⁹¹ Couture, Eduardo, *Estudios De Derecho Procesal Civil*, pág. 195.

⁹² Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. pág. 5015 de 15 de Abril de 2004

La misma sala arriba mencionada, en la Resolución No. 127 de 14 de junio del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 360 de 31 de julio del mismo año, señala:

"la sana crítica no está definida en ningún Código y que tampoco se podrán encontrar sus reglas en ningún texto legal. Tal cosa sería imposible, pues no son sino las reglas del correcto entendimiento humano, en el que se juntan la lógica del raciocinio y la experiencia personal del juez; son como las describe Friedrich Stein: 'Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos' (El conocimiento privado del juez, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 27). Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acerbo de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes. Es por eso que la sana crítica no le permitirá hacer una valoración absurda, o que contraríe las reglas de la experiencia humana, pues si tal situación se detectara en una sentencia, el tribunal de casación si tendría atribución para corregirla."⁹³

⁹³ Primera Sala Civil y mercantil, Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 127 de 14 de junio del 2002, publicada en el Registro Oficial No. 360 de 31 de julio, también en la Gaceta Judicial, Año CIV, Serie XVII, No. 13, pág. 4110.

Las tres legislaciones estudiadas adoptan como su sistema de valoración de pruebas el de la sana crítica.⁹⁴

Ya en el ámbito pertinente a la valoración de las pruebas electrónicas, las tres legislaciones nos remiten a lo dispuesto en la regulación procesal civil, y de manera similar adoptan también como sistema de valoración de este tipo de medios de prueba el de la sana crítica.⁹⁵

Las tres legislaciones reconocen que frente a todas las pruebas que se hayan practicado, el juez deberá analizar cuáles de ellas gozan de las garantías de autenticidad, de integridad, de confidencialidad, de ausencia de repudio y de veracidad; así como la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó, si fuese el caso, la firma electrónica. Esta valoración debe estar enmarcada en las disposiciones que la Ley prevea para el efecto.

A diferencia de lo estipulado en las legislaciones colombiana y peruana, en la legislación ecuatoriana se prevé la obligación del juez de nombrar peritos para analizar la parte técnica y tecnológica de las pruebas presentadas⁹⁶, al decir: “Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios (...).”

No es que la legislación peruana y colombiana no prevea este auxilio al juez; simplemente, en su normativa no se establece como una obligatoriedad.

⁹⁴ Ecuador: Art. 115 CPC

Colombia: Art. 187 CPC

Perú: Art. Art. 197 CPC

⁹⁵ Ecuador: Art. 55, Ley 67

Colombia: Art. 10 y 11, Ley 527

⁹⁶ Último inciso del Art. 55, Ley 67.

Esta obligatoriedad, para nosotros, nace del hecho de que a pesar de todo el conocimiento y la experiencia que un juez pueda tener en un determinado tema, no se puede pretender que deba dominar todas las áreas del conocimiento, y mucho menos aquellas poco estudiadas como las relativas a los medios electrónicos. Y es por esto, que la Ley prevé la posibilidad de que el juez se apoye en herramientas técnicas para lograr mejores elementos de juicio. Una de estas herramientas es el informe pericial.

A nuestro entender, el someter un documento firmado electrónicamente al estudio técnico de un perito en la materia, no implica restarle valor probatorio ni eficacia jurídica, ya que lo único que se pretende con esto es dotar al juez de claridad en los asuntos que está resolviendo.

La inclusión de los nuevos medios electrónicos a los procesos judiciales, y la regulación de los mismos a través de las normas que hemos citado a lo largo de este trabajo, es para nosotros el primer paso dentro un gran camino que todavía deben recorrer nuestros países para lograr no solamente la utilización, sino la aceptación de todos los nuevos mecanismos que la tecnología nos ofrece, para agilizar los procesos judiciales y de alguna manera aportar a la eficiencia y eficacia de los mismos.

CONCLUSIONES

Con los antecedentes arriba analizados, hemos podido llegar a las siguientes conclusiones generales:

1. Las tres legislaciones en análisis reconocen a la firma electrónica como un sistema válido capaz de genera efectos jurídicos; y otorgan a la misma igual tratamiento jurídico que a las firmas autógrafas.
2. Las tres legislaciones en análisis, reconocen la eficacia jurídica y validez de las firmas electrónicas y regulan su funcionamiento, partiendo, a nuestro entender, del hecho de que en la actualidad la presencia de actividades relacionadas con medios electrónicos son cada vez más frecuentes, incluso en sociedades en donde el acceso a Internet no es universal.
3. La firma electrónica cumple con los elementos de la prueba en tanto y en cuanto tiene como objeto el determinar la integridad e identidad de un mensaje electrónico, su seguridad, fiabilidad y vigencia, características que pueden ser confirmados a través de un certificado de firma electrónica emitido por una entidad creada y autorizada para ello (órgano), y su existencia es anterior al proceso y como tal independiente del mismo, pero capaz de informar algo respecto al objeto del litigio (fuente).
4. Las tres legislaciones en estudio reconocen a la firma electrónica como prueba e inclusive le otorgan aptitudes probatorias bastante amplias. Este

- reconocimiento, para nosotros, se lo realiza en función de que las firmas electrónicas, por su proceso de generación, pueden ser capaces de crear convicción en el juez respecto de la integridad e identidad de un documentos electrónico.
5. Una vez que se ha comprendido que la finalidad de los medios de prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos, bien puede considerarse a las firmas electrónicas como medios de prueba dentro de un proceso para verificar la integridad, autenticidad, seguridad e identidad de un documento.
 6. La legislación ecuatoriana, peruana y colombiana, adopta en sus regulaciones sobre medios electrónicos el principio de equivalencia funcional, el mismo que no siempre es aplicable ni cumple con su finalidad en vista de que los medios de prueba electrónicos tienen atributos diferentes a los medios de prueba tradicionales.
 7. En la actualidad, los documentos electrónicos respaldados por firma electrónica certificada gozan de eficacia probatoria bastante alta, pues se presumen auténticos mientras no se demuestre lo contrario.
 8. En las tres legislaciones se puede evidenciar que aún existe un total apego por los documentos e instrumentos soportados en medios materiales, por lo que se deduce que todavía existe recelo en la utilización y aceptación de los medios electrónicos, a pesar de sus atributos legales y de la eficacia jurídica de los mismos.

RECOMENDACIONES

Frente al análisis realizado, realizamos las siguientes recomendaciones:

- Uno de los principales inconvenientes para la utilización de los medios electrónicos, particularmente de las firmas electrónicas en el Ecuador, es el hecho de que no existan entidades de certificación autorizadas en el país. Frente a esto, creemos conveniente que las autoridades correspondientes agilicen el trámite de autorización de las mismas, evidentemente dentro del marco legal establecido para ello.
- Por lo dicho, y partiendo de lo sugerido en el Art. 28 de la Ley 67 del Ecuador, creemos que es necesario, que se suscriban convenios o tratados internacionales que reconozcan la validez de los certificados emitidos en los países suscriptores, esto con el fin de armonizar las normas relativas a la regulación de firmas electrónicas.
- Otro de los temas que frenan el acceso a estos medios, es el recelo del juzgador de aceptarlos dentro de juicio por no poderlos incluir dentro de los medios de prueba tradicionalmente reconocidos. En este sentido, creemos conveniente que se realicen reformas legales que permitan la inclusión de nuevas tecnologías al universo de los medios probatorios. Pero además es importante que el legislador no encadene las normas a los procesos tecnológicos actuales, ya que los mismos están en continuo avance y modificación y con el pasar de los años nos veríamos nuevamente en este inconveniente. Para esto, nuestros legisladores

deberían tomar como ejemplo la legislación colombiana y peruana, que en este aspecto están más avanzada que la nuestra.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS BIBLIOGRAFICOS

- Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil Y Comercial*, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1956.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Ed. B de F, cuarta edición.
- Couture, Eduardo, *Valoración Judicial de las Pruebas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, primera edición, 2000.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, Tomo V, 1981.
- Cremades, Javier y otros, *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, Ed. La Ley, 2002.
- Devis Echandia, Hernando, *Teoría General De La Prueba Judicial*, Santa Fe de Bogotá, Ed. ABC, Tomo I, 1995.
- Devoto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital*, Buenos Aires, Ed. La Ley S.A., 2001.
- Mateu, De Ros, Rafael, y otros, *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Navarra, Ed. Aranzadi, S.A., 2000.
- Quinceno, Fernando Álvarez, *Valoración Judicial de las Pruebas*, Compendio, Colombia, Editora Jurídica, primera edición, 2000.

- Riofrío, Martínez, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2004.
- Rodríguez, Gustavo Humberto, *Curso De Derecho Probatorio*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, sexta edición, 1990.
- Roland Arazi, *La Prueba en el Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial La Roca, 1998.
- Vallejo, Ramírez, María Cristina: *La aplicación de la Firma Electrónica en el Ecuador*, Tesis, UASB, Quito, 2004.
- Zubieta, Hernán, *El Contrato Por Medios Electrónicos.- Homenaje a Fernando Hinostroza*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

LEGISLACIÓN

- Ley 527, sancionada el 18 de Agosto de 1999, Colombia.
- Decreto 1747, que reglamenta a la Ley 527, del 2000
- Ley 27.269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, Publicada en el Diario Oficial el 28 de mayo del 2000, Perú.
- Decreto Supremo 19 del 2000 que reglamenta la Ley 27269 de 21 de Junio del 2001, Perú
- Ley 27310 Publicada en el Diario Oficial de 15 de Julio del 2000, mediante el cual se modifica el Art. 11 de la Ley 27269

- Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 557 de 17 de abril del 2002, Ecuador.
- Decreto No. 3496, Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, de 12 de Diciembre del 2002.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Colombia y Perú.

JURISPRUDENCIA

- Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 80 del 2002, Registro Oficial N° 626 de 25 de julio del 2002.
- Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia, sentencia N° 71-2003, de 11 de marzo del 2003, Registro oficial N° 85 de 20 de mayo de 2003.
- Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13. pág. 4110 de 2 de mayo de 2003.
- Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. pág. 5015 de 15 de Abril de 2004

INTERNET

- LA FIRMA DIGITAL SIN MITOS, Velásquez, Villamar, Gastón., Julio del 2005, Ecuador.
http://www.vivancoyvivanco.com/lex/LEX_ECUADOR_JUL_05.pdf

- DESARROLLOS EN LA REGULACION DEL DERECHO ELECTRONICO EN LA REGION ANDINA, Gutiérrez María Clara, 6 de Octubre del 2005, Santo Domingo, República Dominicana.
<http://www.funlode.org/vmundialdi/documentos/regulacioncomercioelectronico.t>
- LA FUNDAMENTACION DE LAS SENTENCIAS Y LA SANA CRITICA, Castillo, Joel González, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°1, pp. 93 – 107,2006.