

Artículo:

EFICACIA NATURAL PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS NO FIRMADOS

Hay dos extremos que son irreales: el que considera que los documentos electrónicos carecen de toda eficacia probatoria, y el que les confiere una eficacia absoluta.

El primer extremo fue mantenido fundamentalmente por juristas de la vieja guardia, quienes temían adentrarse a ese misterioso mundo de la informática y preferían excusarse en que tales documentos electrónicos no estaban tipificados como prueba en la ley¹. Para ellos la Ley de Comercio Electrónico (LCE) aclaró que «*los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos.*»²

¡Y es que resultaba lógico! ¡No podía el legislador taparse los ojos ante tanta evidencia electrónica como existe! ¡Más de la que el común de la gente considera! BOWDEN afirmaba que la evidencia electrónica es muy superior a la tradicional, que es casi indestructible, secreta y abundante.³

Ahora bien, no es que antes de la LCE los documentos electrónicos carecían de todo valor probatorio, ni tampoco que en la actualidad todo documento de esta naturaleza haga plena fe en un juicio. Ambas hipótesis son extremas e irreales.

Ciertamente la LCE ha fortalecido la eficacia natural de los documentos electrónicos debidamente firmados, permitiendo que entren por la puerta ancha del proceso, con presunciones de validez y autenticidad. Pero si el documento no está firmado «*siempre estará al margen de su consideración documental, y por ende podrá entrar,*

¹ En efecto, ni el artículo 125 del CPC, ni el 1742 del CC, hablan exactamente de documentos electrónicos. El hecho de que un determinado medio de prueba no se encuentre tipificado en la ley fue entendido en otro tiempo como si el legislador los hubiera excluido de su consideración probatoria, restándoles toda eficacia. Esa interpretación resultaba más propia del sistema de las pruebas tasadas o legales. Al sucederle el sistema de la sana crítica, que contiene implícito el principio de la libre admisibilidad de los medios probatorios, no cabe ya restarle eficacia probatoria a los medios de prueba no contemplados en la ley.

² Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, publicada en el Suplemento del R.O. No. 557, de 17 de abril del 2002, artículo 2.

³ «*Paper documents can be shredded; physical evidence can be "lost"; human testimony is only as strong as the witness's credibility – but electronic evidence is virtually impossible to destroy.*

«*That's because the information (including attempts to delete it) is "remembered" by the computer at four levels of electronic storage. The average computer user can delete activity on the first level; the more advanced computer enthusiast might also be able to eliminate much of the second level. But the third and fourth levels belong strictly to the realm of the cybersleuths.*

«*If you are tremendously familiar with computers, it is possible to commit 'the perfect crime' –to totally hide your tracks,"* said Doug Rehman, a computer forensic expert in Mount Dora, Fla. "But to succeed, you've got to sequentially close about 13 'back doors' to the information, without a single error", he said. "If you make just one mistake, I can detect it. So my odds of success are vastly better than yours."» (...)» BOWDEN, Michel M., *Electronic Evidence*, revista electrónica *Lawyers Weekly USA*, Junio 10 de 2002, URL: www.lawyersweeklyusa.com/usa/feature.cfm.

pero solamente por la estrecha ventana pericial o bien como una simple presunción judicial, como en el caso chileno.»⁴ y ⁵

1. Eficacia natural probatoria de los documentos en general.

Derecho natural, derecho informático y derecho procesal son tres ramas del Derecho que para muchos son independientes, y hasta quizá inexistentes, imposibles de unir. Pues bien, aquí tenemos un buen ejemplo donde confluyen estas tres ciencias.

Eventualmente cualquier documento puede dar fe de algo en un juicio, en mayor o menor medida, según su naturaleza se lo permita: algunos llegan a configurarse como prueba plena, mientras que otros no pasan de ser un simple indicio, un principio de prueba, y otros ni siquiera eso. La eficacia probatoria dependerá de la naturaleza del documento. Nuestra LCE así lo consagra cuando dice que *«los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.»⁶*

Cada documento tiene una eficacia natural probatoria determinada: una simple hoja de papel en donde consta impresa una confesión de una deuda impaga, no basta para inculpar al que aparece como confesante mientras no conste ahí su firma, o haya algo que lo relacione (v. gr. una referencia del confesante a ese documento). Naturalmente ese papel no constituye, de ninguna manera, prueba plena dentro de un juicio. De igual forma, un simple archivo electrónico de texto (.txt) aportado en disquete a un proceso judicial *per se* no da más fe que el papel sin firmar del que hablábamos; antes y después de la LCE ambos aportan poco, sino nada, al proceso.

De igual forma, una firma manuscrita puesta al final de un contrato de varias hojas, no da fe *«per se»* de su integridad –es decir, de no haberse alterado–, pues cabe que algún sujeto malintencionado le haya añadido palabras o frases, o haya sustituido unas hojas por otras. La función probatoria natural de la firma manuscrita es la de demostrar que se ha recibido o aceptado un documento; solo *«per accidens»* puede concluirse, con muy poca certeza, que el documento firmado es íntegro, cuando vemos una rúbrica en cada una de sus hojas.

⁴ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto, *Instrumento público electrónico*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 197.

⁵ LCE, artículo 55, 2º inc.– *«Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas.»*

Cfr. Reglamento a la LCE (RLCE), artículo 7, último inciso.- *«De acuerdo a las leyes, se podrá recurrir a peritos para determinar la procedencia y otro tipo de relaciones de un mensaje de datos, con quien lo remite de modo directo o indirecto.»*

⁶ LCE, artículo 52.

Esta eficacia natural probatoria eventualmente puede redimensionarse. La ley, en efecto, la amplía o disminuye frecuentemente: por ejemplo, la aumenta cuando confiere presunciones de validez a los títulos ejecutivos⁷, y la reduce cuando prohíbe probar mediante testigos al que demanda una cosa “valiosa”⁸. Obsérvese que en ambos casos tal redimensionamiento no rebasa las posibilidades naturales del documento. Lo que el legislador no puede es menoscabar la intrínseca naturaleza del medio probatorio, ir contra su «*realidad jurídica*», como diría John RAWLS⁹. Así, ni aunque la ley lo diga, nunca será lógico presumir *iuris et de iure* la autenticidad de cualquier copia fotostática.

Como se ve, la norma positiva perfecciona el derecho natural de muchas formas: concretando sus enunciados generales¹⁰, adoptando uno o varios derroteros por donde naturalmente se puede transitar¹¹ o protegiendo los bienes jurídicos naturales¹². No obstante, la ley deberá siempre encuadrarse dentro de las posibilidades naturales: no se le puede exigir a un hombre que vuele, porque aunque quisiera ello no le pertenece a su naturaleza; pero la ley siempre podrá obligarle a tomar un avión para salir del país.

2. Ampliación de la aptitud natural probatoria hecha por la LCE.

Esa natural eficacia probatoria propia de los documentos electrónicos ha sido enriquecida, concretada y fortalecida por la LCE de la siguiente forma:

2.1. Ha quedado consagrado legalmente el principio de la eficacia natural probatoria de los medios de prueba electrónicos (artículo 52).

⁷ Cfr. CPC, artículo 423.

⁸ CC, artículo 1754.

⁹ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993.

¹⁰ V. gr. las declaraciones de derechos humanos que concretan de forma positiva los principios fundamentales del derecho natural.

«El derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico –dice HERVADA–, el cual es en parte natural y en parte positivo. El principio de unidad entre el derecho natural y el derecho positivo es triple: 1.º) En primer lugar, como antes indicábamos, la ley positiva se genera –deriva– 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. 2.º) En segundo término, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3.º) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales» [HERVADA, Javier, *Introducción al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1981, p. 177]

¹¹ Así, por ejemplo, es de la naturaleza que para manejar el conductor coja o el lado derecho de la vía, como en América, o el izquierdo, como en Inglaterra. La ley puede concretar las posibilidades naturales (coger la izquierda o la derecha), pero no puede irse contra lo que está más allá de la naturaleza, que es que dos conductores que van en contra cojan la misma vía, cualquiera que sea esta (derecha o izquierda), so pena de una desastrosa colisión. En el derecho informático-procesal tenemos otro ejemplo: la ley puede adoptar o no una presunción de validez *iuris tantum* como la del artículo 53 de la LCE, pero iría contra la naturaleza de la misma firma electrónica otorgarle una presunción de veracidad *iuris et de iure*.

¹² V. gr. las leyes laborales, que protegen y garantizan la justicia en las relaciones entre los trabajadores y sus empleadores.

- 2.2. Se otorga la misma aptitud probatoria de los documentos originales a todo mensaje de datos cuya integridad pueda comprobarse (Artículo 7).¹³
- 2.3. Tales mensajes tienen igual valor jurídico que los documentos escritos (Artículo 2). En otras palabras, cuando la ley requiera *ad substantiam*, *ad probationem* o *ad solemnitatem* que un acto jurídico determinado deba realizarse por escrito, este requisito se considerará cumplido cuando la información conste en forma de mensaje de datos.

Sin embargo, la LCE no puede obviar la realidad natural del documento electrónico, que adolece de una escasa corporalidad, y tiene que acotar que *«su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento»* (artículo 2).¹⁴

- 2.4. *«Se reconoce la validez jurídica a la información no contenida directamente en un mensaje de datos, siempre que figure en el mismo en forma de remisión o de anexo accesible mediante un enlace electrónico directo y su contenido sea conocido y aceptado expresamente por las partes»* (artículo 3).

Se resalta que el hipervínculo del que se habla deberá ser *«directo»*, lo que tiene importantes repercusiones prácticas. Cuando aceptamos un mensaje de datos, aceptamos el texto que aparece en la pantalla (T1) y también el texto que no aparece (T2) pero al que nos remite el hipervínculo constante en T1. Si en T2 existen otros hipervínculos que nos remiten a otros lados (T3), todo lo contenido en T3 no nos obliga, ni se presume que lo conocemos, porque los hipervínculos de T2 no son *«directos»*.

Pero se ha de aclarar que por aceptar un T1, no se acepta tácitamente todo T2, sino solamente aquel T2 que sea *«conocido y aceptado expresamente por las partes»*. Naturalmente sólo podemos aceptar lo que conocemos, y solamente conocemos un documento cuando lo leemos. Por eso, la doctrina

¹³ Para estos efectos la ley regula la forma de conservación de la información. Un mensaje de datos constituye prueba plena, igual que el original tradicional, cuando cumple con los requisitos estipulados en la ley. Cfr. LCE, artículo 8; RLCE, artículos 4, 5 y 9.

¹⁴ El artículo 3 del RLCE, concreta: *«Información escrita.- Se entiende que la información contenida en un mensaje de datos es accesible para su posterior consulta cuando:*

- »a) *Ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formato entendibles por las partes involucradas en el intercambio de información y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de la información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los remitidos o anexos correspondientes en cualquier momento empleando los mecanismos previstos y reconocidos para el efecto; y,*
- »b) *Se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo.*

Las publicaciones que las leyes exijan por escrito, sin perjuicio de lo establecido en dichas leyes, podrán adicionalmente efectuarse en medios electrónicos en forma de mensajes de datos.

Cumplidos los requisitos de accesibilidad, el mensaje de datos tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito.»

recomienda incluir junto al botón de aceptación de los contratos *click*, una leyenda que diga: «*acepto, conozco y me obligo al texto anterior y a lo contenido en los hipervínculos que ahí aparecen*»¹⁵.

- 2.5. La LCE ha fortalecido sustancialmente la eficacia probatoria de los documentos firmados digitalmente con un certificado expedido por una entidad autorizada, hasta darles un valor similar al de un instrumento reconocido¹⁶. Los artículos 10 y 53 de la Ley presumen válidos estos documentos¹⁷, mientras no se pruebe lo contrario.¹⁸

Se ha trasladado la carga de la prueba: antes, quien debía demostrar la validez y autenticidad de un documento electrónico digitalmente firmado era quien lo aportaba; hoy se presume válido mientras la contraparte no compruebe que dicho documento «*adolece de uno o varios vicios que lo invalida, 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.*»

Además, el legislador ha querido incrementar la confianza pública en la firma electrónica certificada, imponiendo la obligación de guardar bajo secreto la clave personal de la propia firma electrónica.¹⁹ Cuando hay este deber de

¹⁵ RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 29.

¹⁶ Cfr. CPC, artículo 198.

¹⁷ LCE, artículo 10.— «*Procedencia e identidad de un mensaje de datos.— Salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y autoriza a quien lo recibe para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación de emisor y la firma electrónica, excepto en los siguientes casos:*

»a) *Si se hubiere dado aviso que el mensaje de datos no proviene de quien consta como emisor; en este caso, el aviso se lo hará antes de que la persona que lo recibe actúe conforme a dicho mensaje. En caso contrario, quien conste como emisor deberá justificar plenamente que el mensaje de datos no se inició por orden suya o que el mismo fue alterado; y,*
 »b) *Si el destinatario no hubiere efectuado diligentemente las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de su resultado.»*

LCE, artículo 53.— «*Cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, se presumirá que ésta reúne los requisitos determinados en la ley, y que por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario.»*

¹⁸ LCE, artículo 54, últ. inc.— «*cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica.*»

¹⁹ Nuestra LCE recoge esta obligación que aumenta la aptitud natural probatoria de la firma digital, básicamente en el artículo 17, que estipula: «*Obligaciones del titular de la firma electrónica.— El titular de la firma electrónica deberá: (...); b) Actuar con la debida diligencia y tomar las medidas de seguridad necesarias, para mantener la firma electrónica bajo su estricto control y evitar toda utilización no autorizada; c) Notificar por cualquier medio a las personas vinculadas, cuando exista el riesgo de que su firma sea controlada por terceros no autorizados y utilizada indebidamente; (...); e) Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia; f) Notificar a la entidad de certificación de información los riesgos sobre su firma y solicitar oportunamente la cancelación de los certificados (...).*»

También se procura una tutela en este sentido introduciendo numerosos tipos penales, entre los cuales destaca el artículo innumerado de la «Falsificación electrónica» que dice: «*Son reos de falsificación electrónica la persona o personas que con ánimo de lucro o bien para causar un perjuicio a un tercero utilizando cualquier medio; alteren o modifiquen mensajes de datos o la información incluida en éstos, que se encuentre contenida en cualquier soporte*

secreto, es más fácil admitir que el que firmó un documento sólo pudo ser el propietario de la firma. De no existir este deber de custodia y confidencialidad, fácilmente el propietario de una firma digital podría alegar que un tercero se apoderó de su clave personal y firmó por él diversos documentos, sin mayores inconvenientes. Nuestra LCE incluso responsabiliza al titular de la firma electrónica *«por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia, para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia.»*²⁰

También existen importantes presunciones acerca del tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos.²¹

3. Documentos sin firma digital certificada.

Si tenemos un documento con firma digital certificada nuestra prueba del derecho resultará bastante fácil, porque entraremos al proceso por la puerta ancha, con presunciones de validez a nuestro favor que trasladarán la carga de la prueba a quien quiera negar la validez de nuestro documento.

Pero, ¿y si solo contamos con un email, con un archivo cualquiera no firmado digitalmente, lo que es, a todas estas, lo más probable? ¿qué si tenemos la bandeja del Outlook llena de evidencia no firmada? ETTORE llegó a afirmar que en el ordenamiento jurídico italiano *«el acto escrito carente de la suscripción y, por tanto, carente del valor de escritura privada, tiene un relieve jurídico modesto, en general, no superior a cualquier otro medio de prueba y a menudo inferior al testigo»*²². Entonces, volvemos a preguntarnos: ¿tienen algún valor probatorio estos documentos privados no reconocidos? Creemos que sí, justamente por la natural aptitud probatoria intrínseca a las fuentes de la prueba.

material, sistema de información o telemático, ya sea: (...) 2.- Simulando un mensaje de datos en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. (...)"

²⁰ Ibidem.

²¹ LCE, artículo 11.— *«Envío y recepción de los mensajes de datos.- Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes:*

»a) Momento de emisión del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese cuan sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de éste o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto;

»b) Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que ésta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos; y,

»c) Lugares de envío y recepción.- Los acordados por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.»

²² ETTORE, Giannantonio, *Informática y Derecho*, Depalma, t. I, Buenos Aires, 1987, p. 114.

La mayor parte de las pruebas electrónicas carecen de regulación. LESSONA decía que «cuando la Ley no determine el valor de un medio probatorio, entonces el Juez tiene la mayor libertad, pudiendo atribuir a aquel medio el valor de una prueba plena, o negarle también el de simple indicio»²³. Pese a esta verdad teórica, en la práctica algunos jueces temen aceptar como prueba algo no regulado por la ley, creyendo muchas veces de modo timorato e infundamentado que prevaricarían si la admitieran. Así terminan escapando a sus ojos medios por los cuales podrían llegar a la certeza de un hecho, o por lo menos, a un mejor conocimiento.²⁴

En principio, para que el documento privado posea valor probatorio es preciso que sea reconocido²⁵. Pero, como dice GAETE GONZÁLEZ, si bien es verdad que «el documento privado no reconocido, por su parte, no tiene ningún mérito frente al Derecho, y por ende, carece de todo valor en el Derecho Chileno tanto como en el Derecho argentino, cuestión que no es, sin embargo tan tajante en el Derecho español, en el cual si bien no adquiere el carácter de auténtico, no le priva totalmente de valor, pues, como tiene declarado la jurisprudencia, "el Tribunal Supremo ha establecido que el documento privado no averdado, puede considerarse pero, conjugando su contenido con los demás elementos de juicio, y atendidas las distintas circunstancias del debate; incluso es posible que, respecto del instrumento privado no reconocido, puedan aplicarse otros medios distintos a objeto de acreditar la autenticidad del mismo (...)»²⁶ y ²⁷. La jurisprudencia francesa se ha inclinado por el mismo derrotero²⁸, al igual que la italiana²⁹, y que alguna jurisprudencia chilena³⁰.

²³ LESSONA, Carlos, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, t. I, Reus, Madrid, 1983, p. 355 y ss.

²⁴ Un buen criterio sobre el tema es el dado por el juez José Rendón, dentro de un proceso seguido por la Iglesia Universal del Reino de Dios contra la Editorial ENSA que imprime la revista Vistazo, por un reportaje supuestamente injurioso titulado «El Negocio de la fe», que se publicó en agosto de 1999 (cuando aún no estaba vigente la LCE). El Juez ingresó desde su juzgado a varias página web que contenían las fuentes informativas del artículo publicado por Vistazo; luego absolvió en primera instancia a la revista. «El Código de Procedimiento Civil no menciona textualmente entre su lista de pruebas una que se relacione con fijar en soportes escritos la información que aparece en el Internet», dice la sentencia. Sin embargo, en vista de que la ley prevé de manera amplia la aceptación de pruebas de naturaleza técnica o científica y «consciente de la necesidad de que el derecho y, por lo tanto, la administración de justicia, marchen juntos con el avance de la tecnología», el juez aceptó este medio probatorio [Proceso N° 919-C-99, Juzgado 10° de lo Civil del Guayas]. Parece ser la primera inspección judicial en páginas web realizada en nuestro país.

²⁵ Como excepción legal a la regla general, no hará falta la firma del demandado para obligarlo, cuando el documento privado cumpla con lo previsto en los artículos 37 a 63 del CCom. El artículo 47 del mismo código especifica que «los libros llevados con arreglo a los artículos anteriores serán admitidos como medios de prueba en las contiendas judiciales entre comerciantes, por hechos de comercio.»

²⁶ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio A., *op. cit.*, p. 434.

²⁷ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo español de 8 de febrero de 1991, de 19 de abril de 1991, de 3 de noviembre de 1997, donde se considera a los medios informáticos –que por su naturaleza carecen de firma autógrafa– como prueba documental.

²⁸ Cfr. las sentencias de: Cour d'appel de Paris, de 4 de febrero de 1987; Cour d'appel de Lyon, de 3 de febrero de 1982; y, Cour d'appel de Colmar, de 25 de febrero de 1982, fallos en donde se da el valor de principios de prueba por escrito a los telex y a las facturas no suscritas. Destacamos que, en materia comercial, Francia se ha caracterizado por darle una mayor elasticidad a la prueba de contratos, permitiendo probarlos por cualquier medio legal, utilizando, si es preciso, documentos electrónicos. En este país los documentos electrónicos pueden tomar el lugar de un libro de diario o de un libro de balance; en este caso, se deben identificar, numerar y fechar desde su recepción, utilizando medios que constituyan evidencia convincente.

Posteriormente tal criterio ha sido sancionado por la ley en diversos países, bajo el denominado principio de neutralidad tecnológica³¹ y ³².

No vemos obstáculo para que en el Ecuador se considere a un documento electrónico no firmado, al menos, como un principio de prueba por escrito³³. Resultan aplicables a

²⁹ «(...) occorre tenere presente il consolidato insegnamento di questa Corte, secondo cui il disconoscimento della conformità di una delle riproduzioni menzionate nell'art. 2712 cod.civ. ai fatti rappresentati non ha gli stessi effetti del disconoscimento previsto dall'art. 215, comma secondo, cod. proc. civ., della scrittura privata, perché, mentre quest'ultimo, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo di questa, preclude l'utilizzazione della scrittura, il primo non impedisce che il giudice possa accertare la conformità all'originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni (Cass. 12 maggio 2000 n. 6090, in tema di copie fotostatiche; Cass. 26 gennaio 2000 n. 866 e Cass. 5 febbraio 1996 n. 940, in tema di copie fotografiche, Cass. 22 dicembre 1997 n. 12949 in tema di tabulati informatici riepilogativi di retribuzioni, Cass. 8 luglio 1994 n. 6437 in tema di dischi cronotachigrafi; Cass. 10 settembre 1997 n. 8901 sugli oneri probatori dell'utente che contesti la corrispondenza al proprio traffico telefonico delle risultanze del misuratore di centrale)» [Sentenza n.11445/2001 della Corte suprema di cassazione – Sezione lavoro].

³⁰ Cfr. Fallo de Casación, de 7 de septiembre de 1973, Rev., t. 70, sec. 4ª, p. 96: «el art. 478 del mismo Código [de Procedimiento Penal] no impide a los jueces del fondo apreciar el mérito probatorio de aquellos documentos que no reúnan los requisitos que dicha disposición señala, como "indicios o presunciones"». En el campo civil, Cfr. el fallo de Casación, de 19 de noviembre de 1969, Rev., t. 66, sec. 1ª, p. 291, en donde se afirma que: «la resolución que acepta tener por reconocido un documento privado no suscrito por la parte contraria, o que acepta una objeción por tal motivo, debe ser entendida que es sin perjuicio del valor probatorio que, en definitiva, pueda darse al documento así reconocido u objetado, sin que sea dable sostener a priori que carece de todo mérito de prueba.» RIOSECO opina al respecto que «lo relacionado con la autenticidad del instrumento privado es una etapa distinta a la concerniente a su valoración probatoria. Ésta última opera en la sentencia definitiva y antes que se produzca no es dable resolver que el documento carece de todo mérito de prueba» [RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 196]. Sin embargo la gran mayoría de la jurisprudencia chilena sostiene que «el instrumento privado sólo hace prueba cuando ha sido reconocido dentro del juicio y el que no lo ha sido carece de todo mérito, incluso como base de presunción judicial» [Fallo de la Corte de Santiago, de 26 de mayo de 1981, Rev., t. 78, sec. 2ª, p. 67].

³¹ En Chile la Ley N° 19.799, primero define sus directrices en el artículo 1, inc. 2º: «Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel.» Luego, en su artículo 5 especifica: «Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:

«1.- Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y
 «2.- Los que posean la calidad de instrumento privado tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior, en cuanto hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada. En caso contrario, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.»

³² Siendo menos precisa que la Ley chilena, la *Electronic Transactions Ordinance* de Hong Kong dispone de forma general: «9. Admissibility of electronic records.- Without prejudice to any rules of evidence, an electronic record shall not be denied admissibility in evidence in any legal proceeding on the sole ground that it is an electronic record.»

Nuestra LCE confiere a los mensajes de datos «igual valor jurídico que los documentos escritos» (artículo 2) y cuando considera como medios de prueba a los documentos electrónicos (artículo 52). No se determina la eficacia probatoria de los documentos no firmados, ni se sanciona el principio de neutralidad tecnológica; únicamente se limita la Ley a recoger un par de corolarios del principio general.

³³ Una interesante jurisprudencia laboral ecuatoriana va más allá, y confiere el valor de prueba a un instrumento privado redargüido de falso, en atención a otras pruebas presentadas: «(...) el sobre de pago de sueldo que se menciona (fs. 13) que, aunque redargüido de falso par [sic] la parte demandada, en el apartado IV del escrito de fs. 21 de los autos, esa alegación, por entrañar la afirmación de la falsedad de lo impugnado, debió justificarse, lo cual no ha ocurrido en el presente juicio, además de que la parte demandada, conforme se dijo en el número anterior de estas conclusiones, aceptó que ese fue el sueldo del reclamante (...)» [Gaceta Judicial Serie XI, N° 8, p. 1.167]. Sin embargo, en honor a la verdad, hemos de calificar a esta jurisprudencia como una excepción. En general, los documentos no reconocidos tienen escaso valor para los jueces ecuatorianos [Cfr. Gaceta Judicial, año V, Serie II, N° 28, p. 222], e incluso, hasta se ha llegado a decir que un documento reconocido ante juez de trabajo no se encuentra bien reconocido, por no ser juez civil: «revisado que ha sido por esta Sala el documento, se observa que se trata de una acta de liquidación laboral en la que se detallan los rubros en los que se ha basado la transacción a la que han llegado los litigantes, y cuyas firmas y rúbricas constantes a su pie, se hallan reconocidas judicialmente ante un Juez de Trabajo, incumpliendo la norma del

nuestro sistema jurídico las palabras del italiano ETTORE, quien afirma que «se puede afirmar que el documento electrónico podría constituir principio de prueba por escrito en el sentido del art. 2724, C.C. En efecto, como ha afirmado muchas veces la jurisprudencia, no es necesario que el principio de prueba escrita esté suscrito por aquellos contra quienes se exige la prueba testimonial, ni que la suscripción sea reconocida»³⁴. Pero además, como se verá, un documento electrónico eventualmente podría llegar a ser más que un mero principio de prueba.

La mayor parte de las pruebas electrónicas no han sido tratadas por la LCE, más que en la vaga referencia del artículo 52 que estipula que los mensajes de datos³⁵ «serán considerados medios de prueba»³⁶. No se concluye que cualquier mensaje de datos sea prueba inexpugnable dentro de un proceso judicial, porque el artículo 52 termina acotando que «para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil».

La norma nos remite a nuestro código adjetivo, el cual adopta uno de los tres sistemas de valoración de la prueba, que a saber son: el sistema de prueba legal, el sistema de prueba libre y el sistema de la sana crítica³⁷. El primero cataloga las pruebas una a una, las tasa, les confiere a cada una un valor y le impone ese criterio al juzgador. El segundo permite al juez una amplia facultad para analizar las pruebas estableciendo los hechos y estimándolos según su libre convicción, sin que quede obligado a expresar en la sentencia el razonamiento de cómo llegó a ellas. El tercero,

numeral 16 del art. 198 del CPC que exige que para que un documento privado haga tanta fe como un instrumento público, debe estar reconocido ante un Juez Civil o un notario (...)» [5ª Sala, Juicio Ponce-Ind. Omega, sentencia de 23 de abril de 1990]. So pretexto de un irrestricto apego a la ley, el juzgador obvia lo evidente: que el documento estaba reconocido.

³⁴ ETTORE, Giannantonio, *op. cit.*, t. 1, p. 115.

³⁵ La LCE define a los mensajes en su Disposición General Novena de la siguiente forma: «Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios informáticos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos». Esta definición incluye a las firmas electrónicas, documentos electrónicos, emails, archivos electrónicos, certificados nacionales o extranjeros, grabaciones magnetofónicas, etc.

³⁶ Una alusión análoga ya la hacía el artículo 125, inc. 2º, del CPC, que dice: «Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.»

³⁷ Las clasificaciones de los sistemas de valoración de la prueba son, o bien tripartitas (libre convicción, sana crítica, prueba tasada), como la de RODRÍGUEZ [RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Curso de Derecho Probatorio*, Librería del Profesional, Bogotá, 1990, p. 27], o bien bipartitas (pruebas libres, pruebas tasadas), como la de Juan F. COLOMBO CAMPBELL, [citado por DUNLOP RUDOLFFI, Sergio, *Nuevas orientaciones de la prueba*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1981, pp.157 y ss.]. Nosotros hacemos una clasificación tripartita en atención a su pureza de conceptos. Quienes hacen una clasificación dual de los sistemas, siempre terminan admitiendo que existen sistemas mixtos, esos que nosotros llamamos sana crítica.

En igual sentido la Gaceta Judicial, Serie XVI-4, N° 35, de 30 de enero de 1996, que hace un detallado análisis sobre los sistemas fundamentales de la valoración de la prueba, comienza por dividirlos en dos: la teoría de la prueba legal y la teoría de la libre calificación de la prueba. No obstante, termina diciendo que *la sana crítica «configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción»*, corroborando de esta manera esta tercera categoría no extrema.

adoptado en nuestro ordenamiento jurídico como en el español, también «*entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba pero le impone el deber de establecer los hechos a través de un razonamiento lógico a partir de las pruebas rendidas, debiendo expresar en la sentencia razonadamente el proceso lógico por el cual ha llegado a sus convicciones.*»³⁸

Curiosamente, cuando la LCE habla sobre la valoración de la prueba específica que «*se someterá al libre criterio judicial (...)*»³⁹, un sistema en parte distinto la sana crítica del CPC⁴⁰ y que exime al juez de expresar en su sentencia qué análisis da a la prueba^{41 y 42}.

De todas formas, trátase de la «*sana crítica*» o del «*libre criterio judicial*», en nuestro ordenamiento jurídico se le exige al juez que, al momento de valorar la prueba, exprese en los considerandos de la sentencia las «*normas o principios jurídicos en que se haya fundado*» y «*la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)*»⁴³.

Claro está que para valorar la prueba el juez «*deberá designar peritos que considere necesarios*»⁴⁴, a fin de un mejor análisis de la seguridad y fiabilidad del documento electrónico. Ésta exigencia de nombrar peritos⁴⁵ cesa en tres casos:

³⁸ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio A., *op. cit.*, p. 393.

³⁹ LCE, artículo 55.

⁴⁰ CPC, artículo 119.

⁴¹ Se ha cuestionado sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 55 de la LCE, que atentaría contra el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política, el cual dice: «*Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.*» En principio, parecería que esta norma está más orientada a la motivación que deben tener las resoluciones, que a la motivación de las pruebas; no obstante, existe jurisprudencia ecuatoriana de la Corte Suprema de Justicia con el criterio contrario. Cfr. Gaceta Judicial, Año C, Serie XVII, Nº 2, p. 363 y ss., sentencia de 9 de noviembre de 1999. Creemos que éste es el criterio que deben seguir manteniendo nuestras cortes.

⁴² GUASH FERNÁNDEZ entiende a «*la motivación como presupuesto del control casacional del razonamiento probatorio. (...) cuando un órgano entra en la apreciación de las pruebas debe, no sólo establecer adecuadamente la estructura interna de la decisión, sino también el aspecto justificativo de la misma. La seguridad jurídica depende en tan alto grado de su esencialidad que algún autor ha pretendido ver en la omisión voluntaria de una motivación, la posibilidad de formar parte del tipo de delito de prevaricación. (...)*» Afirma que «*CALAMANDREI veía en la motivación un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia (...)*», pero contra este parecer «*expresa TARUFFO que esta obligación no surge a nivel doctrinal sino como reacción a una situación de arbitrariedad judicial. (...) Aunque de origen anterior, es con la Revolución Francesa cuando surge la concepción moderna de motivación como control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional aunque referido sólo a los elementos de derecho y no a los probatorios. En la actualidad, respecto a nuestro ordenamiento [el español] es preciso partir del citado artículo 120.3 CE. Según el cual las sentencias serán siempre motivadas.*» [GUASH FERNÁNDEZ, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 444 y ss.].

⁴³ Constitución Política, artículo 23, num. 13. La norma constitucional debe concordarse con el artículo 119 del CPC, 2º inc., que estipula que «*el juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa.*»

⁴⁴ La LCE no es muy técnica al decir «*designar*»; quizá debió decir que el juez deberá «*oír*» o «*tomar en cuenta*» el informe pericial. Pero como la ley es clara, tenemos que una vez designados los peritos, hayan o no informado, el juez puede valorar las pruebas con «*libre criterio judicial*».

- a) Cuando el juez estimare que la prueba aportada es impertinente, ineficaz o inadmisibles, por razones de economía procesal o por evitar una colisión de derechos.
- b) Cuando se considerare que la fiabilidad del documento no está cuestionada (v. gr. cuando la contraparte ha reconocido la autoría de un correo electrónico⁴⁶). En tal caso la pericia sería inadmitida por superficial.
- c) Cuando el documento electrónico aportado contenga una firma digital autorizada, por cuanto se presume su validez según lo dispuesto en el artículo 10 y 53 de la LCE. No obstante, si alguien quisiera desvirtuar esa presunción, entonces sí se deberán nombrar los peritos que comprueben su validez.

En estos casos, no habiendo lugar a la designación de los peritos, el juzgador puede pasar directamente a valorar la prueba. Pero si debiendo nombrarlos no lo hizo, siempre queda al juez darle a las pruebas producidas el valor de meros indicios probatorios, y, a la luz de la «*sana crítica*», aumentarles o restarles su eficacia, según concuerden o no con el conjunto de pruebas aportadas al proceso.

En conclusión, un documento electrónico sin firma digital certificada podría llegar a superar el estado de indicio probatorio y pasar a constituirse en prueba plena dentro de un proceso, si transita por cualquiera de estas dos vías:

- a) Si de autos aparecen suficientes pruebas concordantes que avalan la autenticidad, integridad y demás garantías del documento electrónico, (v. gr. un reconocimiento tácito, su confrontación con otros documentos públicos y privados que hacen referencia al mismo, testimonios, etc.); y,
- b) Si existe suficiente evidencia electrónica y el juez la valore como tal. Para el efecto, en la generalidad de los casos, el juez deberá fundamentar su análisis en el informe pericial que determine el nivel de fiabilidad y seguridad de los documentos electrónicos.

3. La evidencia electrónica.

Se observa que el artículo 55 de la LCE establece una obligación de nombrar peritos, al decir que «*deberá designar...*». Por su lado, el artículo 7, últ. inc., del RLCE dice «*De acuerdo a las leyes, se podrá recurrir a peritos para determinar la procedencia y otro tipo de relaciones de un mensaje de datos, con quien lo remite de modo directo o indirecto.*»

⁴⁵ CPC, artículo 254.- «*Se nombrarán perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio.*»

⁴⁶ GAETE GONZÁLEZ, aclara que «*para que el documento privado posea valor probatorio es preciso que sea legalmente reconocido, circunstancia que permite que se asuma su contenido por las partes en el acto judicial del reconocimiento. De esta manera al decir de NÚÑEZ LAGOS, el contenido, el hecho o acto reconocido pasará a tener valor y carácter de auténtico, pero no el documento*» [GAETE GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 431].

Contra el sentir general, algunos expertos como BOWDEN opinan que la evidencia electrónica dejada por los mensajes de datos, incluso después de ser borrados, suele ser mayor que la evidencia arrojada por los documentos tradicionales⁴⁷. La evidencia electrónica se asemeja a la evidencia que las fuerzas especiales del ejército son capaces de encontrar en los bosques: estos expertos de la guerra saben interpretar el comportamiento de los insectos, las ramas quebradas, las huellas de los animales, la huida de los pájaros, etc. para dilucidar si alguien más ha pasado por esos lares, hace cuanto tiempo y en qué circunstancias.

Un ejemplo: la gran mayoría de abonados de la red mundial se sienten seguros cuando borran de su bandeja de entrada un email y creen haber hecho desaparecer todos los vestigios del mismo. Desconocen que muy posiblemente ese correo ha pasado y se ha repetido en numerosos servidores que lo han registrado, ni sospechan que en su misma computadora poseen varias copias o señas del mismo, ni consideran posible que en una inspección judicial hecha en su ordenador un experto pueda llegar a descubrir ese email borrado junto con otra información de la cual ni siquiera tenía conocimiento (fechas de emisión, certificados, etc.).

La evidencia informática es significativamente mayor cuando los archivos pasan por un ISP (*Internet service provider*) y es absoluta cuando dichos archivos se hospedan en el mismo, por ejemplo, como correo guardado en www.hotmail.com, www.yahoo.com, etc. Tal es la evidencia que en algunos lugares del mundo se están desarrollando leyes y programas de software que faciliten el acceso judicial a esta información.^{48 y 49}

Repárese, además, en que hoy es posible servirse de robots de búsqueda⁵⁰ para hacerse de la evidencia que nos proporciona Internet.⁵¹

⁴⁷ Vid. nota 3.

⁴⁸ «*In the United States, the Electronic Communications Privacy Act (ECPA), and more recently the PATRIOT Act, largely govern this process. A party to a civil lawsuit can subpoena account information, such as billing records, addresses and other similar information, regarding and account holder whose identity is known. Where only the screen name is known, most jurisdictions require that a party obtain special permission from the court before serving an ISP with a request to obtain information that reveals a person's actual identity (This process was discussed in a SC Opinion article of November 2001, which you can find at www.infosecnews.com/opinion/2001/11/28_02.htm)*», PATZAKIS, John, artículo *It's All in the Discovery*, revista electrónica SC Magazine, de agosto de 2002.

⁴⁹ «*When attorneys subpoena brick-and-mortar businesses to provide copies of records, they usually retain a professional document deposition service that not only performs the copying, but also facilitates the entire process. Verisign recently announced a similar high-tech version of this service, termed NetDiscovery, which will initially help ISPs respond to criminal subpoenas from law enforcement. Verisign also indicates that it is likely to make this service available to law firms in the civil litigation arena, further increasing the overall availability of electronic evidence from ISPs.*», PATZAKIS, John, *Ibidem*.

⁵⁰ V. gr. <http://www.google.com>, <http://www.altavista.com>, <http://www.yupi.com>, <http://www.yahoo.com>.

⁵¹ *Sniffers* como «*Carnivore*», que proporcionan abundante evidencia electrónica a la investigación informática, actualmente son utilizados en diferentes países, como EE.UU., España y Colombia, para combatir el terrorismo y otras réprobas conductas. El «*Carnivore*» es un filtro selectivo, una herramienta de control pasivo de las comunicaciones telemáticas, que ha sido ampliamente controvertido por considerar que las interceptaciones que realiza son violatorias de la privacidad y de la libertad de las comunicaciones electrónicas. Su uso se ha difundido a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

5. La producción del documento electrónico.

El artículo 54 traza el camino que deben seguir los documentos que cuentan con firma electrónica autorizada para entrar al proceso por la puerta ancha, con las presunciones de autenticidad de las que hablan los artículos 10 y 53 de la LCE.⁵²

Junto con el soporte informático del mensaje de datos aportado, se deberá adjuntar su «*transcripción en papel del documento electrónico*». No siempre resultará fácil, ni posible, ni relevante aportar la transcripción de la totalidad del documento electrónico (v. gr. una burda impresión del resultado de un «*type archivo.doc*»), porque estos documentos contienen bastantes caracteres e instrucciones ininteligibles al ser humano. Entendemos que el requisito del artículo 54, lit. a) generalmente se podrá considerar cumplido cuando la transcripción contemple la totalidad de las instrucciones que sean directamente inteligibles por el ser humano.

Si un mensaje de datos se aporta sin observar lo previsto en el artículo 54, no podrá entrar por esa puerta ancha, con las presunciones del artículo 10 y 53, lo cual obviamente no implica que dicho documento carezca en absoluto de méritos probatorios dentro del proceso. Así, por ejemplo, puede aportarse al proceso una copia en disco compacto de un disco duro para que los peritos lo analicen ¡imagínense lo que sería imprimir en papel un disco duro de diez gigabytes!; o la simple copia de un email sin soporte electrónico, que el juez sabrá valorar de acuerdo a los criterios de la sana crítica; o una información sumaria de notario que certifica

RIBAS comenta que «*existen numerosas fuentes de información, de acceso público, que permiten asociar una dirección de correo electrónico a una persona concreta sin alertar a su titular. Además de las bases de datos en las que el propio usuario registra sus datos con el fin de que sus amistades puedan conocer su dirección de correo electrónico (p. ej. LISTIN.COM), existen anuncios gratuitos, clubs de usuarios, asociaciones deportivas, universidades, etc., donde es fácil encontrar el nombre y la dirección e-mail juntos. Por ejemplo, recientemente, el titular de una cuenta de correo electrónico ha sido identificado a través de una lista de usuarios que se adhirieron a la campaña "Tarifa plana en Infovía". Los datos obtenidos en esta lista pública fueron: nombre, apellidos y DNI.*

»*En el caso de nicknames o alias, el presunto infractor puede ser víctima de su propio pasado. En una investigación realizada en abril de 1997, la búsqueda basada en el alias utilizado en los chats, arrojó un resultado sorprendente, ya que esta persona había sido miembro de un club universitario en la que los estudiantes tenían sus propias páginas personales y el investigado había incluido dos fotos suyas, en un alarde de premonición: una de frente y otra de perfil*» [RIBAS A., Javier, *op. cit.* (319), p. 145].

⁵² LCE, artículo 54.- «*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 facsimile, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley.*

»*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.»*

que cierto día apareció en la dirección «www.micasa.com» de la red las imágenes impresas anexas (tampoco será menester adjuntar el soporte electrónico, porque no pretendemos cobijarnos bajo la presunción del artículo 53).

Además, deberá tomarse en cuenta que los documentos electrónicos con certificados expedidos por una entidad certificadora extranjera (aún no autorizada por el CONATEL), son igualmente válidos cuando: a) los certificados extranjeros han sido revalidados ante una entidad certificadora ecuatoriana⁵³; b) cuando se ha probado su suficiencia técnica y fiabilidad, a petición de la autoridad competente⁵⁴; y, c) cuando las partes han acordado en darles validez⁵⁵.

Por último, podrán existir documentos electrónicos que en el lugar de emisión cumplieron con todos los requisitos y solemnidades requeridos por la ley del lugar, pero que en el Ecuador no cumplen con los requisitos de la LCE. De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil⁵⁶ y en el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez Bustamante⁵⁷, tales documentos se reputan válidos y surten plenos efectos legales en nuestro país si han sido debidamente legalizados.

⁵³ LCE, Disposición General 1ª.- «Los certificados de firmas electrónicas, emitidos por entidades de certificación de información extranjeras y acreditados en el exterior, podrán ser revalidados en el Ecuador siempre que cumplan con los términos y condiciones exigidos por la ley. La revalidación se realizará a través de una entidad de certificación de información acreditada que garantice en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, dicho cumplimiento.»

⁵⁴ LCE, artículo 28, 1r. inc.- «Reconocimiento internacional de certificados de firma electrónica.- Los certificados electrónicos emitidos por entidades de certificación extranjeras, que cumplieren con los requisitos señalados en esta ley y presenten un grado de fiabilidad equivalente, tendrán el mismo valor legal que los certificados acreditados, expedidos en el Ecuador. El Consejo Nacional de Telecomunicaciones dictará el reglamento correspondiente para la aplicación de este artículo. (...)»

⁵⁵ LCE, artículo 28, 3r. inc.- «(...) Cuando las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente en derecho. (...)». Así, por ejemplo, existen programas como el PGP que permiten certificar mensajes de datos a personas que no se dedican habitualmente a ese oficio (v. gr. un amigo, una persona de la oficina o un notario). Ellos podrían aportar al juicio un certificado de autenticidad de los documentos, entre otros.

Cfr. RLCE, artículo 17, últ. inc.- «Las entidades que habiéndose registrado y obtenido autorización para operar, directamente o a través de terceros relacionados en Ecuador, no se acrediten en el CONATEL, tendrán la calidad de entidades de certificación de información no acreditadas y están obligadas a informar de esta condición a quienes soliciten o hagan uso de sus servicios, debiendo también, a solicitud de autoridad competente, probar la suficiencia técnica y fiabilidad de los certificados que emiten.»

⁵⁶ Código Civil, artículo 16.- «La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

»La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.»

⁵⁷ Código de Derecho Internacional Privado Sánchez Bustamante, artículo 402.- «Los documentos otorgados en cada uno de los Estados contratantes, tendrán en los otros el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, si reúnen los requisitos siguientes:

»1.- Que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes del país del otorgamiento y de aquel en que el documento se utiliza;
 »2.- Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal;
 »3.- Que en su otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos;
 »4.- Que el documento esté legalizado y llene los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se emplea.»