La equivalencia probatoria del documento electrónico en Cuba

Oxana Lidia Betancourt Ricardo

La principal función de la escritura impuesta de los contratos es precisamente la probatoria; siendo determinada esta con el objetivo de que el acuerdo adoptado, quede incorporado en un soporte suficientemente duradero para poder ser consultado con posterioridad tanto por las partes como por el órgano juzgador en caso de ser necesaria la prueba de la existencia del contrato, así como el contenido específico del mismo. Las normas sustantivas cubanas, tanto el Código civil, como las restantes normas tipificadotas de contratos, al determinar la escritura con función probatoria no hacen distinción del origen autoral de las mismas; sin embargo, esta escritura debe cumplir determinados requisitos para el válido desempeño de esta función, los cuales se encuentran regulados en la doctrina y la norma procesal.[1] Requisitos que deberán ser satisfechos por el documento electrónico a fin de ser empleados equivalentemente como medios de prueba válidos del contrato celebrado por vía electrónica; en los que se basa UMAÑA para calificar de relativo el valor probatorio del documento electrónico.[2]

En primer orden, para que exista constancia del contrato, debe logarse la perdurabilidad del documento con vista a posteriores consultas; de ahí que el contenido del contrato, deberá estar incorporado en un soporte duradero permisivo de su reproducción futura, en caso de ser necesario consultar y comprobar lo acordado. La persistencia del documento, tanto soporte como contenido, implica su guarda y custodia a cargo de la parte a la que se le entregue el documento original en caso de no emitirse copias, o de todas las partes, en caso de que a cada una se les entregue copia del contrato. En todo caso, la parte interesada en probar el contrato celebrado electrónicamente deberá procurar la guarda del documento electrónico que lo contiene.[3]

Cuando el contrato es perfeccionado por correo electrónico y la aceptación forma parte del contenido del correo, el mensaje de aceptación deberá ser guardado tanto por el emisor-aceptante y por el receptor-proponente, en cualquiera de los soportes electrónicos que considere

---

[1]Según el Código civil, artículo 51, requieren de escritura en función probatoria aquellos en los que las partes sean personas jurídicas o el precio del objeto excede los 500 pesos, además de todos aquellos tipos contractuales en los que se determine expresamente la escritura.

[2]"Depende de las circunstancias particulares de su creación, transmisión y almacenamiento el que el mismo sea considerado confiable.", UMAÑA CHAUX. Andrés Felipe, *op cit*, p 80.

[3]El archivo y custodia del registro electrónico de la acción realizada contentiva de una aceptación contractual, estará a cargo del interesado, pues es este el que corre con la carga de la prueba en caso de tener que probar la relación contractual y los derechos de ella derivados. *Vid*, MONTERO AROCA. Juan, Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil, 10ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p 255.

pertinente; en la propia bandeja de salida del buzón por el que se envió o en la bandeja de entrada en el que se recibe, incluso en cualquier otra carpeta creada al efecto, en el propio buzón de las partes; pero también puede copiarlo y guardarlo en archivos fuera del buzón en el propio ordenar empleado para la mensajería electrónica o cualquier otro dispositivo externo al ordenador (disquetes, CDs, memorias, etc). Tanto el mensaje original enviado, como la copia recibida o archivada por las partes, deberán contener la fecha y la identificación de la persona que lo envía.

En caso de ser perfeccionado por correo pero la aceptación se adjunta al mensaje electrónico, este documento contentivo de la aceptación podrá guardarse de conjunto al correo principal con igual procedimiento anteriormente descrito, o podrá guardarse de modo independiente a este. En este último caso, en que la aceptación de una propuesta contractual está separada del mensaje original enviado y recibido se presenta el problema de la ausencia de la información personal del emisor, la fecha y dirección del buzón electrónico del que procede, los que son incorporados automáticamente a los correos en su circulación; por tal razón carecen de la información necesaria para comprobar la autoría del mismo y los datos de su emisión.

Cuando el contrato es perfeccionado en la red –Internet o Intranet-, la aceptación se emite con el simple clic en un botón en la pantalla del ordenador, lo cual genera un reporte de aceptación que se envía a la parte proponente de modo automático, siendo esta la responsable de guardar la información para ulterior consulta; ya que de modo general, el aceptante de un bien o servicio contratado en Internet no visualiza este reporte, razón por la que no puede guardarlo para su uso ulterior; a excepción de los casos en los que al pedir los datos para el pago de las mercancías o servicios, se genera un registro con un número de orden o pedido que puede ser guardado por el aceptante en cualquiera de los soportes ya descritos e incluso ser impreso en soporte físico.

En estos casos, la constancia del acuerdo adoptado resulta más difícil para el aceptante, pues al realizar la adhesión a la propuesta y precios prefijados en la página Web, administrada por el proponente o tercera persona, carece de los mecanismo técnicos para manejar la información generada en la Web, si no fue previsto por el administrador de los servicios de Internet, como una opción a seleccionar por los contratantes. De ahí que se convierta en una obligación del proponente en su propia página Web o del prestador del servicio, el hecho de garantizarle al adquirente la opción de guardar o no la información generada en la contratación en la Web; y de este modo pueda contar en el futuro con un documento electrónico en el que conste la transacción realizada, la fecha y los datos de identificación de las partes intervinientes. (Ej.: Cubana de Aviación.)

Cuando el contrato es perfeccionado por video-conferencia *on line* -en tiempo real, también calificado como contrato entre presentes-, las manifestaciones de voluntad de cada parte pueden ser gravadas por cada uno de los interesados en los mismos ordenadores desde donde se comunican, dejando un registro de lo manifestado por cada uno. La posibilidad de negociación, similar a la contratación presencial, permite a los contratantes llegar a un acuerdo con mayor igualdad entre ellos que el obtenido en la contratación por páginas Web; de ahí que el control de las facultades para emitir voluntades adecuadas a sus intereses, posibilita la diversas formas y opciones para su archivo y conservación, e incluso llegar a un acuerdo acerca de este particular.

Tomando en consideración las peculiaridades de cada uno de las técnicas empleadas, esta autora es del criterio que de modo general, para satisfacer el deber de constancia del contrato documentado, el documento electrónico con contenido contractual debe ser archivado por las partes de modo que pueda ser accesible para posteriores consultas. El archivo puede ser en cualquiera de los formatos que permita su reproducción exacta sin implicar modificación del contenido; el formato a su vez, puede ser el originalmente generado o cualquiera de los tipos de archivos que permitan su reproducción; incorporando además todo dato que permita determinar el origen y destino del mensaje, así como la fecha y hora en que fue enviado o recibido.

En segundo orden, el documento electrónico contentivo de un contrato celebrado por vía electrónica, para fungir como medio probatorio de la relación contractual objeto de un proceso, deberá ser oportunamente aportado; en concordancia con lo estipulado en los artículos 227 y 763 de la LPCALE., correspondientes al proceso ordinario civil y económico respectivamente. La aportación del documento contentivo del contrato o de otra información que justifique el vínculo entre las partes, constituye un requisito de admisión de la demanda, requerimiento establecido en la Instrucción 215 del 2012[4], artículo Primero, tanto en los procesos ordinarios como ejecutivos presentados ante la sala de lo Económico de los Tribunales Populares, y en los procesos ejecutivos de la jurisdicción civil, según artículo Decimoquinto. Ante la falta de aportación del documento como consecuencia de la no posesión del mismo por el proponente, este puede indicar el archivo o registro oficial en que se encuentre incorporado el original, según prevén los artículos 227 y 763 segundo párrafo de ambos. La ausencia del documento en que se funda la pretensión y la falta de indicación en que obra, da paso al otorgamiento de un plazo de hasta cinco días para la subsanación de este requisito formal, transcurrido el mismo sin ser corregido debidamente, la demanda no podrá ser admitida.

En la práctica procesal cubana, los documentos electrónicos se aportan en CDs unidos con cuerda floja, lo cual permite separarlos y revisarlos en el ordenador; práctica no excluyente del

[4]Publicada en la Gaceta Oficial Ordinaria del 29 de mayo del 2012.

empleo de otros soportes tecnológicos para tal fin, siempre y cuando permitan su revisión mediante los medios tecnológicos creados al efecto, sea el ordenador o cualquier otro reproductor compatible tecnológicamente. En tal sentido, la aportación de un documento electrónico en cualquiera de los soportes existentes, dará cumplimiento al requisito exigido; y no será causa de inadmisión[5] el hecho de que el documento haya sido generado, enviado o archivado electrónicamente, pues los artículos que lo establecen, no fijan un soporte determinado para contener el contrato objeto del proceso.

Una vez presentada y admitida la demanda acompañada del documento contentivo del contrato objeto de la litis o indicado el registro oficial en que se encuentra incorporado; el órgano juzgador valora el cumplimiento de los requisitos exigidos y determina su admisión o no sobre la base de su utilidad y pertinencia. El documento electrónico con contenido contractual aportado, solamente no podrá admitirse como consecuencia de su impertinencia en razón del contenido alegado en la demanda, o por ser innecesario, si existe conformidad entre las partes u otros medios de prueba con el mismo objeto.[6]

Las causas de inadmisión de los medios de prueba, se encuentran reguladas en el artículo 260 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, agrupadas en causales de utilidad, pertinencia y formales. Esta última, referida al cumplimiento de los requisitos y condiciones del acto de proposición de los medios probatorios, y no para el medio en si. Estos aspectos hacen referencia al contenido del documento y no al soporte en que se encuentra incorporado, razón por la cual, esta autora asevera que la cualidad tecnológica del documento electrónico no interfiere en la valoración para su admisión o no como medio de prueba; mas cuando la propia norma procesal, los incorpora como soporte admitido de las pruebas documentales.

---

[5]MONTERO AROCA, identifica dos causas de inadmisión de las demandas, por razones de fondo y por falta de presupuestos procesales, estas últimas, las subdivide en subsanables e insubsanables; e incorpora en la última, a la ausencia del documento que debe acompañar a la demanda. En caso de que la litis se refiera a una relación contractual, la falta del documento contentivo del contrato, o la designación del archivo oficial en que se encuentra el original, será suficiente para inadmitir la demanda. *Vid*, MONTERO AROCA. Juan, Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil, 10ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p 192.

[6]Varios autores han calificado los hechos requerido de prueba y los que no, llegando a identificar los casos en que la prueba propuesta es inadmisible o innecesaria. Entre ellos, Font califica como prueba inadmisible cuando el hecho no ha sido articulado, no es conducente, o no es controvertido; y como prueba innecesaria, cuando los hechos son afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, son presumidos por la ley o cuando son hechos notorios. Y Escobar Fornos, enuncia como hechos no necesitados de prueba, los aceptados o confesados por las partes, los hechos notorios, los hechos que la ley prohíbe probar, los reconocidos por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, los impertinentes, inútiles e imposibles, los indefinidos, los presumidos por la ley y el derecho vigente. *Vid*, FONT. Miguel Ángel, Guía de Estudio, Editorial Estudio .S.A., Buenos Aires, 2003, p 146, ESCOBAR FORNOS. Iván, Introducción al proceso, Editorial Hispamer, 1998, Managua, pp. 245 a 247; MONTERO AROCA. Juan, Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil, 10ma edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 271 y 274. *Vid*, FIX-ZAMUDIO. Héctor, José OVALLE FAVELA, Derecho Procesal, Instituti de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1991, pp. 84 a 87.

En tercer orden, aparece el análisis diferenciado que debe hacerse respectos a los requisitos específicos exigidos al medio de prueba documental. Existe consenso doctrinal en cuanto al reconocimiento de valor probatorio tanto de los originales como las copias de los documento públicos; mientras que las copias de los privados se admitirán si están certificadas o si poseen su original incorporado a algún archivo, expediente oficial o Registro público, que posibilite la comprobación de su exactitud.[7] Esta diferenciación tiene su fundamento, según CHIOVENDA, en que la escritura privada, "al no provenir de un funcionario público autorizado para atribuirle fe pública, no hace por si fe plena de sí misma ni de lo que en ella se afirme, sino en cuanto sea reconocida por aquel a quien perjudique; en este caso tiene el mismo efecto probatorio del acto público".[8]

Cada vez que un documento electrónico es enviado, recibido, recuperado, almacenado o leído, este es replicado electrónicamente. Más aún, durante el proceso de envío, recepción, almacenaje o recuperación, este es normalmente procesado por uno o varios programas de cómputo para comprimir, descomprimir, encriptar o darle el formato adecuado al mensaje; por ello, calificar uno de los documentos electrónicos como original frente otros considerados copias, resulta conflictivo.

Para algunos autores, los documentos electrónicos deben ser considerados copias en su totalidad, concepción que no deja de ser sorprendente al pensar cómo es posible la existencia de copia sin original; para otros, el documento electrónico debe ser considerado original, argumentado por la no diferenciación entre copia y original en este tipo de soporte. ORTEGA, es de los que considera a todos los documentos electrónicos como originales; para esto valora la posibilidad de tomar la fecha de confección del documento para calificarlo de original, lo cual resulta innecesario, pues las reproducciones con fechas posteriores son idénticas a aquellas; de ahí que le atribuya a todos los archivos que contengan el mismo documento electrónico el valor probatorio del original, sin distinguir a tales efectos entre originales y copias. [9]

La modificación del contenido de un documento electrónico, será el resultado de la acción específica de provocarla; de ahí que la constatación de la exactitud del documento electrónico depende de la fiabilidad que las medidas de seguridad le atribuyan en aras de evitar estas modificaciones. Por tal razón, el documento electrónico debe garantizar su integridad para cumplir con el requisito de originalidad, o sea, las copias serán idénticas al original. La integridad del documento electrónico, como garantía de la originalidad requerida para la atribución de su

---

[7] *Vid*. SADA CONTRERAS. Carlos Enrique, Derecho Procesal Civil. Apuntes elementales, Universidad Autónoma de Nuevo León, Nuevo León, 2000, p 94.

[8] CHIOVENDA. José, *op cit*, p 338.

[9] *Vid*, ORTEGA DÍAZ. Juan Francisco, *op cit*, p 37.

valor probatorio, al igual que el de las copias no soportadas electrónicamente, dependerá de la existencia de mecanismos que permitan constatar que el mismo no ha sido modificado, por adición o supresión del contenido; lo cual lleva implícito una necesaria garantía de conservación, acceso limitado y reproducción futura.[10] Los particulares anteriormente expuestos permiten a esta autora sostener que el documento electrónico podrá cumplir equivalentemente el requisito de originalidad exigido a la prueba documental siempre que la información contractual contenida en él sea íntegra, y se haya garantizado su conservación, acceso futuro y la reproducción exacta de la información originalmente incorporada.

La equivalencia del documento electrónico a las copias de los no electrónicos, ha sido generalmente reconocida por el derecho positivo; mediante la cual se le atribuye a los documentos electrónicos, igual valor probatorio que a los documentos originales no soportados electrónicamente. Del estudio comparado realizado, la generalidad de las normas consultadas admiten el cumplimiento del requisito de originalidad requerido para el desempeño de la función probatoria por parte del documento electrónico; con la condición de tener garantizada su integridad (Ley Modelo, Convención, Ecuador, Estados Unidos, Francia, Italia, Panamá y Venezuela), concebida esta como la información completa e inalterada, exacta; con la peculiaridad de la legislación italiana que establece como condición la conformidad del acto reproducido.[11]

Un cuarto aspecto indispensable para el desempeño de la función probatoria por parte del documento electrónico, es el cumplimiento de los requisitos de autenticidad y legitimidad; los cuales deberán ser comprobados en caso de ser impugnados como medio de prueba.[12] Para que el documento sea auténtico debe identificar al autor y poder atribuirle el contenido a este, cualidad que MENDOZA[13] describe como la coincidencia del autor aparente con el autor real. Por su parte, la legitimidad del documento se encuentra estrechamente vinculado a la veracidad del contenido representado, el cual ha sido estudiado en la doctrina desde una perspectiva negativa, la falsedad. La falsedad del documento ha sido calificada en atención a que los hechos incorporados no coincidan con los acaecidos, o que los elementos formales del documento hayan sido adulterados; en este sentido, FONT califica la falsedad en material o ideológica,[14] y

---

[10]"Esta disposición reconoce que la esencia del requisito de la "originalidad" se basa en la integridad de la información contenida en el documento y que la información no esté comprometida." UNCTAD, Aspectos Legales del Comercio Electrónico. Manual, Módulo 2, Validez Legal de los Mensajes de Datos, 2008, p 29.

[11]*Vid*, Anexo No. 4. Regulación comparada de la equivalencia funcional del documento electrónico.

[12]*cfr*, Artículo 285 de la LPCALE.

[13] MENDOZA DÍAZ. Juan, *op cit*, p 62.

[14]"La falsedad de un instrumento puede ser material o ideológica: falsedad materia): se refiere al instrumento en sí mismo, a sus elementos externos, como ser: lugar, fecha, firma de las partes, etc. -

MARTÍN, en objetiva y subjetiva.[15] En la doctrina patria, MENDOZA, concibe la falta de legitimación, como aquellos casos en que se han incluido hechos falsos en el documento.[16]

La comprobación de estos requisitos en el documento electrónico, requiere de un análisis diferenciado en atención a las características tecnológicas de este y de los mecanismos específicos mediante los cuales se logra que el documento electrónico sea atribuido de legalidad y autenticidad. La legalidad o veracidad del contenido no depende del medio electrónico empleado para soportar la información, pues esta puede ser vulnerada aun y cuando no se empleen las tecnologías en la creación del documento. La legalidad del documento solo se ve influenciada por el uso de las TICs en caso de que sea material u objetiva; siendo necesario demostrarla mediante otros medios de prueba.

Por su parte, la autenticidad de los documentos se ve comprometida en su totalidad por el empleo de las TICs, pues el modo de comprobarla se encuentra estrechamente vinculado a la identificación del autor y a la atribución del contenido mediante la firma; aspectos que poseen peculiaridades tecnológicas cuando los medios empleados son los electrónicos. La atribución de autoría generalmente se materializa con la incorporación de la firma en el contrato, y se verifica mediante el reconocimiento expreso de ésta por la parte identificada como autor de la misma; aunque parte de la doctrina ha aceptado la existencia y valor probatorio de los documentos privados sin firma, en los que la atribución de la autoría y por tanto su autenticidad se comprueba mediante otros medios. [17]

En la práctica procesal cubana, la identificación de los autores del contrato, se realiza con la comprobación de la incorporación en el texto del documento del nombre completo del autor tanto en el encabezado como en el pie de firma del documento escrito, pero si el documento probatorio es de audio o video, requiere para la identificación del autor a falta del reconocimiento expreso, el empleo de otros medios reprueba como la pericial, para identificar al autor y atribuirle el contenido del documento. En caso de ser documentado el contrato electrónicamente en un texto único, inclusivo de las voluntades concordantes, este debe observar los requisitos formales de identificación de las partes establecidos en la legislación vigente; para ello se debe incluir

---

falsedad ideológica: (o intelectual): se refiere al contenido del instrumento; es decir, a lo que se manifiesta o relata en el acto." FONT, Miguel Ángel, Guía de Estudio, Editorial Estudio .S.A., Buenos Aires, 2003, p 161.

[15]"Cuando hablamos de la falsedad de un documentó, esta puede consistir en que contiene declaraciones contrarias a la verdad o que su texto haya sido adulterado materialmente De ahí que se hable de dos tipos de falsedades: a) objetiva, que es la alteración material por adicción, supresión modificación del instrumento; b) subjetiva, que aquella que consiste en hacer constar documentalmente algo que jamás ha existido en la realidad. A esta última se le llama en nuestro foro falsedad civil propiamente dicha, y a la otra falsedad civil material.", MARTÍN HERNÁNDEZ. P. 149.

[16] MENDOZA DÍAZ. Juan, op cit, p, 62.

[17]RIVERA. Julio César, op *cit*, pp. 690-691, *Vid supra*, Capítulo I, Epígrafe 1, p. 26.

entre otros datos, la denominación o razón social y los nombres y cargos de quienes las representan, así como el documento que acredita tal condición; y para las personas naturales, se debe consignar sus nombres y apellidos.[18]

Sin embargo, cuando las voluntades concordantes se manifiestan en documentos independientes, ya sea por correo electrónico o Internet, la identificación de las partes se encuentra en documentos distintos, debiendo cada uno de ellos incorporar la identificación y datos generales del autor de la voluntad para poder comprobar la autenticidad. En uno de los documentos, aparecen las condiciones generales de contratación de las que se seleccionarán las opciones a aceptar, o la proforma con cláusulas predispuestas a las que se adhiere el aceptante. Y en otro, la aceptación, mediante el reporte de envío con su correspondiente número de registro, si es efectuada en Internet, o la aceptación expresa de las condiciones seleccionadas o la adhesión al formulario preelaborado por el oferente, si es emitida por correo electrónico. Situación similar se da cuando el medio empleado es la video-conferencia, pues las manifestaciones de voluntad pueden encontrarse en documentos separados, en los cuales la identificación del autor necesariamente será necesaria verificarla en cada uno de ellos. La identidad de los autores en los documentos electrónicos deberá verificarse en el texto o el contenido del documento electrónico, y no deberá confundirse con la información automática generada por el ordenador en el que se confecciona el archivo contentivo de la información, pues este atribuye como autor del documento electrónico, al asignado como administrador o titular de la cuenta en la que se crea el documento.[19]

En la doctrina patria, la documentación contractual privada ha sido escasamente desarrollada, a diferencia de la pública, que cuenta con varias obras al respecto.[20] Aquella se encuentra regida por el principio de libertad de forma, positivado en el Código Civil, artículo 50 y el 31 del Decreto Ley 304/2012. El reconocimiento de la libertad de forma incluye a la libertad de conformación, en la que la incorporación de la firma constituye un formalismo de libre determinación de las partes; a pesar de que doctrinalmente, los documentos con contenido contractual, tanto públicos como

---

[18]*Crf*, Artículo 10, Decreto Ley 304/2012, "De la Contratación económica", publicado en la Gaceta Oficial Ordinaria No 62 del 27 de diciembre del 2012.

[19]Cada ordenador tiene designado una persona que actúa como administrador del mismo, y tiene entre sus facultades el acceso completo al equipo, la realización de cambios y el control de la seguridad del mismo, así como crear, modificar o eliminar las cuentas de usuarios del equipo que considere necesario. Cada cuenta estándar creada tiene identificado su dueño, el que tiene acceso a la mayoría de los softwares y a modificaciones determinadas en el sistema, a diferencia del Administrador quien puede acceder a todas las cuentas. Los documentos electrónicos al ser guardados o archivados en el ordenador u otro dispositivo externo, son registrados con los datos del titular de la cuenta de usuario desde la cual fueron creadas, siendo posible consultarla, al solicitar las propiedades del archivo o carpeta contenedora.

[20]*Vid*, CHINEA GUEVARA. Josefina, "La crisis…", *cit*, PÉREZ GALLARDO, "A propósito de la nulidad…, *cit*.

privados, están requeridos de firma como modo de atribución autenticidad. Una muestra de la escasa exigencia de firma en los documentos privados figura en el artículo 164 el Decreto 310/2012 de los Tipos de Contratos, donde se determina la firma en el contrato de ejecución de obra, mas no como requisito del documento, sino como momento de inicio de determinadas obligaciones para las partes.

El reconocimiento de la validez probatoria de los documentos privados sin firma contentivos de contratos, puede interpretarse del artículo 288 de la LPCALE, al preverse mecanismos para la comprobación de autenticidad de los documentos en caso de ser impugnados y este carezca de la firma o se niegue su autoría. En estos casos, se procede al cotejo de letras, para lo cual el tribunal se valdrá de peritos en caligrafía o dactiloscopía que determinen la autoría del documento.[21] Del propio precepto se desprende el carácter manuscrito de la firma y la escritura, pues la especialidad del peritaje es la caligrafía, la cual hace referencia específica al mecanismo manual de escribir; la misma norma permite inducir la referencia al soporte papel u otro similar, al aceptar como modo de autenticación ante la ausencia de firma, las impresiones digitales.

En situación diversa se encuentra la atribución de autoría de los documentos electrónicos, la cual no depende de una firma manuscrita reconocible por su autor, el juez o un perito, ni del cotejo con otra indubitada; sino, de la vinculación al documento de una firma electrónica, con niveles de seguridad tecnológicas suficientes para vincular exclusivamente el documento con el autor identificado.[22] La función autenticadora de la firma electrónica, ha sido reconocida por RIVERA,[23] NADAL[24] y los cubanos CORZO y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, para quienes la llamada firma

---

[21]Acuerdo 127 del 2 de agosto de 1983, dispone los trámites a cumplimentar por los tribunales, cuando se haga la impugnación de escritos polémicos, así como las consecuencias de la admisión o inadmisión de los mismos, con relación a la resolución definitiva que sobre ellos recaiga. Boletín del Tribunal Supremo, año 1983, pág. 22.

[22]LORENZETTI ha reconocido que la firma como medio de autenticación generalmente se plasma en el documento de forma manuscrita; mas, señala la existencia de otros medios distintos a esta, entre ellos las claves, los códigos, el estampillado, el perforado, la firma mecanografiada, el membrete, los que han sido suficientes para satisfacer el requisito de la firma en supuestos especiales. A estos medios, suma la firma electrónica, la cual no está constituida por trazos que surgen de la mano del autor, sino de signos o claves, que le pertenecen de un modo indubitable, que no pueden ser falseadas ni utilizadas por terceros. *Vid*, LORENZETTI. Luís Ricardo, o*p cit*, p 843.

[23]"Pero lo más relevante es que se considera satisfecho el requisito de la firma cuando en los instrumentos generados por medios electrónicos se utilice un método para identificar a la persona que firma, siempre que ese método asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del documento", RIVERA. Julio César, *Op cit*, p 594.

[24]"Una firma electrónica sería simplemente cualquier método o símbolos basados en medios electrónicos utilizados o adoptados por una parte con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo con todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita", MARTÍNEZ NADAL. Apolonia, La Ley de firma electrónica, Segunda edición, Civitas Ediciones, S.R.L., Madrid, 2001, p, 48.

electrónica o digital, tendrá el mismo valor jurídico que la manuscrita, "siempre que se apoye en sistemas de seguridad certificante, como la llamada criptografía asimétrica."[25]

La firma electrónica se crea mediante un algoritmo matemático que permite encriptar una información, mediante el uso de una llave o contraseña, que luego de ser aplicada al documento por el autor y único usuario, el mismo quedará inalterable. La encriptación es el conjunto de técnicas que intentan hacer inaccesible la información a personas no autorizadas. Según MARTÍN-CASALLO es "un sello integrado en datos digitales creado con una clave privada que permite identificar al propietario de una firma y comprobar que los datos no han sido falsificados";[26] y LORENZETTI la describe como el mecanismos que posibilita transformación de un mensaje "utilizando un sistema de cifrado asimétrico, de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación".[27]

Se han identificado dos sistemas de cifrado: simétricos y asimétricos;[28] de ahí su clasificación en firmas simples y avanzadas, respectivamente. Las firma electrónica simple se basan en un cifrado simétrico de una única clave pública, con la que se encripta la información y que nuevamente es utilizada por el destinatario, para descifrar el mensaje. La llamada firma electrónica avanzada está basada en un cifrado asimétrico mediante dos claves; una clave pública de conocimiento y uso de todos los posibles destinatarios de los mensajes y otra privada de exclusivo conocimiento del propietario o titular; con la privada, se encripta la información que solo podrá ser descifrada al ser aplicada la clave pública.[29]

Teniendo en cuenta la clasificación anterior, esta autora es del criterio que la firma electrónica que atribuye autenticidad al documento con ella cifrado, es la firma electrónica asimétrica; de

---

[25]CORZO GONZÁLEZ. Lázaro J y Rodolfo HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *op cit*, pp. 55 – 72; *Vid*, MARTÍN-CASALLO LÓPEZ. Juan José, Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, Consejo General del poder judicial, Madrid, 2000, p, 156.

[26]MARTÍN-CASALLO LÓPEZ .Juan José, *idem*, p, 127; *Vid*, MADRID PARRA. Agustín, Aspectos jurídicos de la identificación en el Comercio Electrónico, Primeras Jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid, La Ley, 2001, pp. 53 -54.

[27]LORENZETTI. Luís Ricardo, *op cit*., p 843.

[28]*Vid*, CHACÓN GÓMEZ. Nayibe, La aplicación de los sistemas de certificación electrónica en la actividad Comercial, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p 61; MARTÍNEZ NADAL. Apolonia, La Ley…, *cit*, p, 45 – 52; LÓPEZ JIMÉNEZ. David, Los Códigos de Conducta como Solución frente a la Falta de Seguridad en Materia de Comercio Electrónico, Anales de Estudios Económicos y Empresariales, Vol. XIX, 2009, 193-233, p 199.

[29]La firma electrónica avanzada se desarrolla por la infraestructura de clave pública, también conocida como "PKI" por su denominación en inglés, "Public Kay Infrastructure". "La PKI es en definitiva, la infraestructura que gestiona las claves y certificados para personas, programas y sistemas. Proporcionando de esta manera, los mecanismos de autenticación, integridad, confidencialidad y no repudio sobre la que se sustenta la confianza on line." FONT. Andrés, Seguridad y certificación en el comercio electrónico. Aspectos generales y consideraciones estratégicas, citado por CHACÓN GÓMEZ. Nayibe, o*p cit*, p 62.

modo que los documentos solo puedan ser firmados con la clave privada de conocimiento exclusivo de su autor, y por tanto, atribuirle la autoría de los documentos firmados por él. El cifrado asimétrico posibilita que terceros a la relación no puedan modificar el documento,[30] garantizándose así la inalterabilidad de la información, ni suplantar la identidad del emisor, permitiendo atribuir al titular de la clave la autoría del mismos, por tanto verificar la autenticidad y evitar el repudio por parte del emisor. La firma electrónica simétrica, no satisface esta cualidad, pues la única clave pública existente, es conocida por todos y se emplea tanto en el encriptación como en la descodificación del documento, de ahí que cualquiera pueda hacerse pasar por el autor del documento y suplantar su identidad.

A su vez, las diversas vías de contratación mediante las TICs requieren diferentes tipos de firma para garantizar la autenticidad del documento y evitar el repudio de estos por quien aparece como autor. Cuando se contrata por correo electrónico tanto el oferente como el aceptante, controlan la generación y envío de los documentos contentivos de las manifestaciones vinculantes, y en consecuencia, antes de enviar el documento al destinatario pueden cifrarlo con la clave privada para que al ser recibido se descifre por la parte interesada a la cual se le envió con la clave pública. En situación distinta se encuentran los contratantes por Internet, pues el control de la Pág. Web está en manos de una de las partes, generalmente el oferente, quien prevé diversos mecanismos de seguridad para limitar el acceso[31] y así evitar modificaciones de la información ofrecida, entre las que se encuentran sus datos personales.

Sin embargo, el aceptante debe incorporar una serie de datos personales, sin la posibilidad de proteger el acceso a esa información con su clave privada, debiendo confiar exclusivamente en la declaración del oferente de limitar el acceso de terceros a esa información y del uso específico que hará de ella; además está obligado a confiar en los mecanismos de seguridad incluidos en la

---

[30]La firma electrónica asimétrica incorpora la función hash, que produce un resultado ininteligible al ser alterado el documento. "Un valor hash de un mensaje es un valor «único» generado a partir de él. Esto se realiza pasando el mensaje a través de una función criptográfica con las siguientes propiedades: Su algoritmo es conocido públicamente. – Son de un solo sentido: a partir del valor hash o se puede obtenerlos datos originales. –Es muy poco probable obtener el mismo valor hash a partir de otros datos. Entre los algoritmos hash más empleados cabe destacar el SHA-1 (*Secure Hash Algorithm*) y el MD5 de RSA *Data Security Inc*."Criptografía. http://maite100.upc.es/cgil/crypto/doc2_5.html. ESPINOSA CÉSPEDES. José Francisco, Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático, Editorial RAO.S.R.L., Lima, 2000, p 125. "El hash es una operación matemática que asocia un texto de extensión variable a un número de longitud fija (entre 128 ó 160 bits) que se llama resumen. Si el documento sufre alguna alteración o modificación, por mínima que sea, el hash cambia, reflejando que el documento ya no es el mismo."

[31] ESPINOSA CÉSPEDES identifica diversos niveles y tipos de seguridad para las transacciones en redes abiertas. Enuncia entre ellos a los Firewalls, los que tienen como objetivo evitar que terceras personas ajenas a la relación contractual ingresen a las redes internas de las partes contratantes, permite restringir el ingreso de aquellos que circulan en la red; los Sniffers, son paquetes que sirven para monitorear las transacciones que se realizan a nivel de los enlaces en las redes, permitiendo un seguimiento de los accesos; y la criptografía moderna simétrica y asimétrica. *Vid*, ESPINOSA CÉSPEDES. José Francisco, *op cit*, pp., 97-127.

página, como son el ingresos de contraseñas, a las que tienen acceso además del oferente, el prestador de servicios Web. No sucede lo mismo en la contratación por video conferencia, pues la certeza de la identidad de las partes puede comprobarse de modo inmediato con la visualización de la información y la identificación de quien dice ser autor y el que muestra el documento.

En el caso de contratación por Internet, la atribución de la autoría del documento generado al aceptar presenta mayores dificultades, pues la aceptación puede ser efectuada por cualquier persona suplantando la identidad de otra. Para garantizar la certeza de la identidad de los contratantes, atribuirles la autoría de la información enviada, así como la comprobación de que determinado par de claves pertenece al que dice firmar será necesario, además del cifrado asimétrico de la información, la intervención de un tercero que certifique la identidad de cada una de las partes intervinientes: una Entidad de certificación.[32] La posibilidad de apropiación de las claves de encriptación por terceros constituye la principal insuficiencia de la firma electrónica, tanto simétrica o asimétrica; para superarlo y dotarla de mayor seguridad tecnológica, se vinculan a certificados electrónicos, creados y emitidos por las Entidades de certificación que, según ADRADOS,[33] viene a complementar la función de autenticidad. El mayor nivel de seguridad tecnológica que los Entes de Certificación le confieren a las firmas electrónicas respecto a aquellas no certificadas, permite a esta autora considerar a la firma asimétrica certificada, como la firma electrónica más adecuada para la comprobación de la autenticidad de los documentos electrónicos con contenido contractual propuestos como medios de prueba.

En el estudio comparado realizado, constituye una generalidad el reconocimiento de la validez del empleo de la firma electrónica de modo equivalente a la firma manuscrita. Algunas legislaciones solo admiten la firma electrónica avanzada, cualificada o asimétrica (Alemania, Italia, Chile y España); otras, le agregan el requisito de la certificación (España, Italia y Venezuela); y las legislaciones de Estados Unidos, Francia, Colombia y México, las admiten desvinculadas de cualquier mecanismo de seguridad tecnológica.[34]

A modo de conclusión de este artículo es posible afirmar, para que el documento electrónico contentivo de un contrato o información relativa a este, desempeñe equivalentemente la función probatoria atribuida a la escritura, deberá cumplir con las condiciones siguientes:

---

[32]"Las firmas digitales, pueden ser usadas directamente por las partes cuando se tiene mutua confianza; también admiten un mecanismo adicional de seguridad conocido como entidad de certificación, que es una institución a la que acuden las partes, para que les confirme si las claves en uso corresponden a los contratantes o usuarios en general,…" , ESPINOSA CÉSPEDES. José Francisco, *op cit*, p 132.

[33]"… la identificación no ha sido posible por medios exclusivamente técnicos, y se llama en su auxilio al hombre, el prestador de servicios de certificación", RODRÍGUEZ ADRADOS. Antonio, o*p cit*, p 14.

[34]*Vid*, Anexo No. 6: Regulación comparada de la firma electrónica.

Primero: El documento electrónico, para satisfacer el deber de constancia del contrato documentado debe ser archivado por las partes de modo que pueda ser accesible para posteriores consultas; en cualquiera de los formatos que permita su reproducción exacta sin implicar modificación del contenido. El formato puede ser el originalmente generado o cualquiera de los tipos de archivos que permitan su reproducción o impresión en papel; y debe incorporar todo dato que permita determinar el origen y destino del mensaje, así como la fecha y hora en que fue enviado o recibido.

Segundo: El documento electrónico para ser admitido como medio de prueba de la relación contractual, deberá contener información contractual pertinente en razón del objeto de la demanda; deberá ser necesario en relación con la existencia de controversia entre las partes u otros medios de prueba con el mismo objeto.

Tercero: El documento electrónico será considerado original y exacto siempre que la información contractual contenida en él se mantenga íntegra, como consecuencia de haberse garantizado por algún mecanismo su conservación, la limitación al acceso por ajenos y la reproducción futura exacta de la información originalmente incorporada.

Cuarto: El documento electrónico será considerado auténtico y legítimo siempre que se garantice mediante una firma electrónica asimétrica certificada, la identificación de su autor, la atribución del documento a este y la inalterabilidad del contenido.