

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Insuficiente regulación de la prueba digital para los procesos judiciales ecuatorianos: WhatsApp como medio probatorio.

Emilia Marcela Terán Espinosa

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del
título de Abogado/a

Quito, 19 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Emilia Marcela Terán Espinosa

Código: 00216518

Cédula de identidad: 1003550389

Lugar y Fecha: Quito, 19 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en: <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on: <http://bit.ly/COPETHeses>.

**INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA PRUEBA DIGITAL PARA LOS PROCESOS JUDICIALES
ECUATORIANOS: WHATSAPP COMO MEDIO PROBATORIO¹.**

**INADEQUATE REGULATION OF DIGITAL EVIDENCE FOR ECUADORIAN JUDICIAL
PROCESSES: WHATSAPP AS A MEANS OF EVIDENCE.**

Emilia Marcela Terán Espinosa²
eteran@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

El presente trabajo analiza la relevancia y el impacto de la prueba digital en el contexto jurídico ecuatoriano, resaltando la necesidad de asegurar la autenticidad y validez de la evidencia digital en los procesos legales. Se enfatiza el papel crucial de la informática forense en la recolección, autenticación, y manejo de pruebas digitales, así como la importancia de los marcos normativos como el Código General de Procesos y la Ley de Comercio Electrónico. Se sugiere como referencia a la jurisprudencia internacional, particularmente las *Federal Rules of Evidence* de EE. UU., como guías para establecer criterios de admisibilidad de pruebas digitales. Un hallazgo crucial que resuena, es la urgencia de actualizar el marco legal para garantizar la legitimidad de la prueba digital en la balanza de la justicia dentro del escenario jurídico ecuatoriano. Su objetivo es promover una mejor comprensión y aplicación de dicha evidencia.

PALABRAS CLAVE

Prueba digital, Normativa ecuatoriana, Informática forense, Admisibilidad, WhatsApp.

ABSTRACT

This paper analyzes the relevance and impact of digital evidence in the Ecuadorian legal context, highlighting the need to ensure the authenticity and validity of digital evidence in legal proceedings. It emphasizes the crucial role of forensic computing in the collection, authentication, and management of digital evidence, as well as the importance of legal frameworks such as the General Code of Processes and the Electronic Commerce Law. International jurisprudence, particularly the *Federal Rules of Evidence* of the U.S., is suggested as a reference for establishing criteria for the admissibility of digital evidence. A crucial finding resonates, indicating the urgency to update the legal framework to ensure the legitimacy of digital evidence in the scales of justice within the Ecuadorian legal landscape. Its aim is to promote a better understanding and application of such evidence.

KEYWORDS

Digital evidence, Ecuadorian regulations, Computer forensics, Admissibility, WhatsApp.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada/o. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jorge Luis Mazón.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 19 de abril de 2024

Fecha de publicación: 19 de abril de 2024

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. – 2. MARCO NORMATIVO. – 3. MARCO TEÓRICO. – 4. ESTADO DEL ARTE. – 5. LA PRUEBA DIGITAL Y LA PRUEBA ELECTRÓNICA: CONCEPTOS Y CARACTERÍSTICAS. – 5.1 LA PRUEBA DIGITAL Y ELECTRÓNICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO. – 5.2 LA PRUEBA DIGITAL Y ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO. – 6. PRUEBA DOCUMENTAL. – 7. WHATSAPP COMO FUENTE PROBATORIA. – 7.1 EL TRATAMIENTO DE LOS MENSAJES DE DATOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO. – 7.2 LA APLICACIÓN WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO. – 8. PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DEL ANÁLISIS FORENSE DIGITAL PARA LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS DIGITALES EN LOS PROCESOS CIVILES ECUATORIANOS. – 9. CONCLUSIONES. –

1. Introducción

La constante evolución tecnológica ha transformado significativamente el panorama jurídico, dando lugar a una creciente importancia de la prueba digital en el ámbito legal. En este contexto, el presente trabajo se centra en la evaluación de la relevancia, la fiabilidad y la autenticidad de la prueba digital en el contexto jurídico ecuatoriano actual. Específicamente, se busca analizar cómo la evidencia digital, especialmente aquella obtenida a través de herramientas tecnológicas como WhatsApp, impacta en la actividad probatoria, la práctica forense y la toma de decisiones jurisdiccionales. Además, el planteamiento se enfoca en determinar la idoneidad y el valor probatorio de la evidencia digital en los procesos legales, considerando los desafíos y las implicaciones que surgen en la aplicación de la prueba digital en el sistema judicial. En su mayoría el estudio se propone explorar detalladamente la actividad probatoria en la era digital, así como los principios y herramientas de la informática forense que respaldan la validez y la fiabilidad de esta prueba.

El objetivo principal de esta investigación es examinar en profundidad la naturaleza y el alcance de la evidencia digital, con un enfoque particular en su valor probatorio, su fiabilidad y su autenticidad dentro del marco legal ecuatoriano para proceder a su admisibilidad en los procesos judiciales. Se realizó a partir de la investigación jurídica doctrinal, investigación y análisis de contraste del derecho comparado, e investigación documental. Se abordarán aspectos cruciales relacionados con la producción, incorporación, y valoración de las pruebas digitales, con el fin de

comprender los desafíos y las oportunidades que plantean las nuevas tecnologías dentro del mundo del Derecho al momento de administrar justicia.

Mediante un enfoque interdisciplinario que amalgama el Derecho, la tecnología y la informática forense, esta investigación aspira a proporcionar una perspectiva holística sobre la prueba digital y su impacto en la administración de justicia. Se analizará la evolución de la informática forense y su papel en la recolección, preservación y análisis de la evidencia digital, resaltando las implicaciones jurídicas y técnicas que emergen en la práctica legal.

Se espera que este estudio no solo contribuya al entendimiento y la aplicación efectiva de la evidencia digital en el contexto jurídico actual, sino que también sienta las bases para futuras investigaciones en el campo de la prueba digital y su influencia en el sistema legal. A través de un análisis detallado y crítico, se busca ofrecer una visión comprensiva de la relevancia y el potencial de la prueba digital en la justicia moderna, fomentando el desarrollo y la innovación en este campo en constante evolución.

2. Marco Normativo

En el presente trabajo es pertinente hacer referencia a la normativa vigente en el ordenamiento ecuatoriano sobre materia probatoria para entrar en el tema central: la prueba digital. El cuerpo normativo principal para la base legal del problema jurídico planteado es el Código Orgánico General de Procesos, COGEP. El Título II del COGEP desarrolla las reglas generales que versan sobre la prueba. Refiriéndose a la admisibilidad de la prueba, en el artículo 160 se menciona los cuatro (4) requisitos que debe reunir la prueba para ser admitida: pertinencia, utilidad, conducencia, y legalidad³. Se establece razones de rechazo de la prueba y cuando ésta carece de eficacia⁴. En el Capítulo III del mismo Título, artículo 193 y siguientes, el Código aborda el tratamiento de la prueba documental⁵, es apenas ahí donde se entra en la materia en cuestión, ya que la prueba digital o electrónica es considerada en principio como prueba documental⁶. A pesar de ello, la primera referencia de prueba digital es ambigua e imprecisa. A pesar de que en el artículo 202 del mencionado cuerpo normativo, en su título menciona “Documento

³ Artículo 160, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 5 de enero de 2024.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Artículo 193, COGEP.

⁶ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 199-218.

digital”, en él solo brinda someramente un concepto de lo que es y abarca la prueba digital⁷. En efecto, este artículo que lleva por título “Documentos digitales”, indica que “Los documentos producidos electrónicamente, con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales”, y señala también que “podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código”⁸.

Además, es necesario mencionar tanto al Código Orgánico Integral Penal como a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, que son cuerpos normativos que brindan un glosario taxativo referente a pruebas electrónicas y digitales⁹, el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, lo que abarca el contenido digital, actuaciones especiales relativas al contenido digital, y como es pertinente, las sanciones legales necesarias en caso de incurrir en falsificación informática¹⁰.

Desafortunadamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cuenta con jurisprudencia que haga referencia a la prueba digital o electrónica de manera concreta. No obstante, para el desarrollo del trabajo se hará uso de cierta jurisprudencia nacional que habla sobre la materialización de documentos de origen digital¹¹, al igual que jurisprudencia y regulaciones de carácter internacional, como por ejemplo el caso estadounidense que cuenta con las leyes federales de evidencia¹², dentro de las cuales se establece la importancia de los requisitos de autenticidad e integridad para la admisibilidad de pruebas digitales en los procesos judiciales. En conjunto también se hará alusión a las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, y sentencias de la Corte Constitucional Colombiana. El ordenamiento jurídico que rige en el presente análisis es el ecuatoriano, aun así, se abordarán disposiciones dentro del ámbito del derecho comparado.

3. Marco Teórico

Si bien el Derecho Procesal Digital o Informático es una rama del Derecho relativamente naciente, son pocas las posturas y regulación que existen sobre el mismo y

⁷ Artículo 202, COGEP.

⁸ Artículo 202, COGEP.

⁹ Artículo 234.4, Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 26 de febrero de 2024.

¹⁰ Artículo 234.1, COIP.

¹¹ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 199-218.

¹² Federal Rules of Evidence. "Rules of Evidence." Legal Information Institute, Cornell Law School. Última modificación del 1 de diciembre de 2011. Consultado en <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>

sobre su subrama, la prueba digital y electrónica. El avance incesante tecnológico ha ayudado a facilitar procesos legales por medio de la digitalización y virtualidad. Dentro de la materia probatoria, está en constante cuestión cómo debería llevarse a cabo la recolección, obtención, manejo, autenticación y validez de las pruebas digitales. Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de que no se tiene mayor avance y desarrollo sobre el Derecho Procesal digital, si se habla de “documentos digitales” dentro del COGEP, pero no expresamente como prueba digital. La doctrina mayoritaria entiende a la prueba digital como toda información o hecho de valor probatorio con origen en un medio electrónico o transmitido por dicho medio¹³.

Es también postura mayoritaria tanto doctrinaria como legal que la prueba documental abarca a la prueba digital o electrónica. En el COGEP, de la lectura del texto del artículo 196¹⁴, se entiende implícitamente que la prueba digital y electrónica forman parte del régimen de la prueba documental, pues dicha disposición legal las abarca¹⁵. Además, al tratarse de “documentos electrónicos o desmaterializados” se establece que no requieren de materialización¹⁶. Pese a ello, existe en la práctica una errónea concepción de lo que es una prueba digital. En Ecuador, las pruebas y medios de prueba pueden tanto materializarse como desmaterializarse. Existe la errónea confusión de que, al desmaterializar pruebas documentales, periciales y entre otras, se convierten en prueba digital y/o electrónica al ser simplemente escaneadas o digitalizadas, dejando así el mundo tangible y de papel para entrar al mundo digital. Se debe cuestionar si una prueba digital al materializarse, como los “pantallazos” impresos y certificados de “autenticidad” por los notarios, es en verdad una prueba documental o una prueba digital enmascarada como prueba documental para ser admitida en los procesos judiciales.

En línea con lo previamente expuesto, la prueba digital o electrónica sufre una transformación, ya que, al no estar expresamente regulada en la legislación ecuatoriana como tal, para que este tipo de prueba pueda ser ingresada y/o admitida al proceso ésta debe ser revestida como prueba documental o ser incorporada al juicio por diferentes medios de prueba¹⁷ en fundamento al principio de la equivalencia funcional en materia

¹³ Joaquín Delgado Martín, “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario la ley*, N°6, (2017), 2.

¹⁴ Artículo 196, COGEP.

¹⁵ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 199-201.

¹⁶ Artículo 193, COGEP.

¹⁷ Joaquín Delgado Martín, “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, 6-7.

probatoria mencionado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico¹⁸. En otras palabras, para que una prueba sea admisible en un proceso legal, debe tener una función probatoria equivalente a otras formas de evidencia admitidas por la ley. Desafortunadamente, este principio también presenta diversas problemáticas.

En la actualidad para poder llevar al juez a la luz de la verdad es muy frecuente que se utilicen medios de prueba o pruebas obtenidas desde la aplicación de mensajería instantánea, WhatsApp. Dicha aplicación permite el intercambio de mensajes de texto, fotografías, videos, notas de voz, videollamadas, llamadas, compartir archivos e incluso hasta la ubicación entre los usuarios¹⁹. Hoy por hoy, la aplicación permite eliminar y editar los mensajes enviados y enviar mensajes y notas de voz temporales²⁰. Entonces ¿cómo se puede saber la veracidad de un hecho en controversia si se presenta como prueba un pantallazo impreso de un chat y no saber si el mensaje estuvo editado, eliminado o ya desapareció? Es por eso la relevancia de análisis legal que tiene al ser una diversa y versátil fuente de pruebas. Cabe entonces cuestionarse si la prueba digital se presentaría como prueba indiciaria o como prueba documental; si la prueba digital requiere ya de ser reconocida como una categoría distinta a la prueba documental y por lo tanto un régimen jurídico independiente. Además, es significativo examinar cómo debería ser la correcta recolección, obtención, manejo, almacenamiento, análisis de autenticidad y validez para que la evidencia obtenida desde la aplicación de WhatsApp pueda ser admitidas en los procesos judiciales ecuatorianos, y consecuentemente valoradas de manera apropiada por el juez.

Las pruebas digitales o electrónicas son evidencias más susceptibles de ser manipuladas y sufrir alteraciones en comparación de las pruebas documentales tradicionales que están soportadas en papel²¹. Esto se debe principalmente por su naturaleza digital y electrónica. Las pruebas digitales pueden ser fácilmente editadas, copiadas, falsificadas, e incluso eliminadas. La prueba digital y electrónica se caracterizan por su vulnerabilidad²², es por eso que el presente trabajo busca argumentar la relevancia de la recolección, resguardo y análisis de autenticación e integridad de las pruebas digitales para su admisibilidad y así llevar un hecho controvertido y arroje luz sobre la

¹⁸ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998.

¹⁹ WhatsApp, "About WhatsApp," WhatsApp, accessed April 1, 2024, <https://www.whatsapp.com/about/>.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Armando Valencia Álvarez, "Las pruebas digitales o electrónicas y sus desafíos jurídicos actuales", *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*, Vol.2, Núm.2 (2022), 57-59.

²² *Ibidem*.

verdad del caso. En consonancia con lo dicho anteriormente, al no verificar la autenticidad y origen de una prueba digital o electrónica, se podrían ver en juego la justicia y la vulneración de derechos de las partes procesales, como el derecho a la privacidad²³ y el derecho a la protección de datos²⁴.

4. Estado del arte

Para estudiar el tema en cuestión es adecuado comprender que es lo que abarca la actividad probatoria y su estado actual dentro de los avances del Derecho. Es así, que Ramírez Romero, establece la trascendental función de la prueba, ya que, sin ella, la o el juzgador no podrá pronunciarse sobre los asuntos en controversia, y, consecuentemente, no podrá administrar justicia²⁵. Según F. Luso Soares, la actividad probatoria abarca cuatro (4) dimensiones: 1) la actividad procesal la cual busca demostrar lo que uno afirma; 2) llevar a la convicción de la verdad al juez; 3) los motivos de la prueba que son las razones por cuales el juzgador llega a una conclusión; y, 4) los medios de prueba que sirven para demostrar la verdad²⁶. Sin embargo, Darci Guimarães Ribeiro plantea la siguiente interrogante referente a la actividad probatoria: ¿es más importante el criterio subjetivo, la convicción del juez, o el criterio objetivo, los medios utilizados para formarla?²⁷. Ambos están interrelacionados y son interdependientes, ya que el uno no puede formarse sin el otro.

Para dar inicio a la actividad probatoria esta debe empezar con la recolección de las pruebas o medios de prueba. Según Valencia Álvarez el avance imperante de las tecnologías hace que la actividad de recolección, manejo y resguardo respecto de las pruebas digitales persista en ser una problemática en los procesos judiciales de cada ordenamiento jurídico. El autor recalca la importancia de advertir que tan lejos puede llegar la prueba digital, y percatarse de la gravedad inadvertida que incurren las pruebas digitales por su fácil manipulación y alteración²⁸.

²³ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez el 25 de enero de 2021.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 19.

²⁶ Fernando Luso Soares, *Processo Civil de Declaração*, (Coimbra: Almedina, 1985), 770.

²⁷ Darci Guimarães Ribeiro, *Teoría Crítica do Processo* (Brasil: RFB Editora, 2022), 61-63.

²⁸ Armando Valencia Álvarez, “Las pruebas digitales o electrónicas y sus desafíos jurídicos actuales”, 57-59.

Ahora bien, cabe reconocer que el mundo jurídico contemporáneo está en un constante cambio, principalmente por la presencia de las nuevas tecnologías. Anselma Vicente Martínez, propone una nueva parcela jurídica denominada “derecho procesal informático”, la cual surge como resultado de la fusión del Derecho Procesal con las nuevas tecnologías para permitir la automatización de los procesos jurisdiccionales y poder resolver conflictos que se generen en el ciberespacio²⁹.

El avance tecnológico, del internet, las redes sociales y nuevos canales de comunicación se ven inmersos dentro de las diversas ramas del Derecho, y es posible presenciar su utilización y las consecuencias que estos mismos generan en los procesos judiciales. Según Gabriela Yuba “es necesario compatibilizar en los marcos legales procesales respectivos cuál es el valor de esos medios tecnológicos [...] desde el punto de vista probatorio³⁰”. Además, según Dana Wilson-Kovacs, es de suma importancia el rol central de la prueba digital ya que al no verificar sus requisitos de validez, autenticidad e integridad se puede caer en el mal manejo de la justicia³¹.

En consonancia con lo mencionado anteriormente, Marín Gonzáles y García Sánchez establecen que toda prueba digital debe ser autenticada para ser admitida al proceso³². Dicha autenticación de las pruebas digitales se lleva a cabo mediante el análisis y ejercicio de la informática forense, que en palabras de Kovacich es la “aplicación legal de métodos, protocolos, y técnicas para obtener, analizar y preservar evidencia digital relevante³³”. Mientras que, para Darahuge la informática forense es aquel “conjunto multidisciplinario de teorías, técnicas, y métodos de análisis que brindan soporte conceptual y procedimental a la investigación de la prueba digital³⁴. De igual manera, en palabras de Pino Icaza la informática forense es aquella rama de la informática

²⁹ Anselma Vicente Martínez, “La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales”, *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal* 763l, (2016), 610-613.

³⁰ Gabriela Yuba, “Validez probatoria de las distintas tecnologías: abordaje jurisprudencial. ¿Hacia dónde vamos?”, en *PRUEBA DIGITAL E-Mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías*, de Horacio R. Granero [...] et al (Buenos Aires: Albremática, 2021) 31-35.

³¹ Dana Wilson-Kovacs et al, “Digital evidence in defense practice: Prevalence, challenges and expertise”, *The International Journal of Evidence & Proof* 27, (2023), 235-236.

³² Juan C. Marín Gonzáles y Guillermo J. García Sánchez, “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América”, *Revista de Estudios de la Justicia* 21, (2014), 4.

³³ Kovacich Gerald, *High -Technology Crime Investigator’s Handbook: Working in the Global Information Environment*, (United States of America, 2000).

³⁴ María Elena Darahuge, *Manual de informática forense I* (Buenos Aires, 2011), 8.

que va de la mano del Derecho y se encarga de la recuperación, preservación y análisis de evidencia de origen digital y/o electrónico³⁵.

Lamentablemente en nuestro ordenamiento jurídico no contamos con mayor desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de la prueba digital y el Derecho Procesal digital o electrónico. No obstante, a nivel latinoamericano se destaca el ordenamiento jurídico colombiano en emitir novedosa jurisprudencia respecto de la prueba digital. Del mismo modo, el derecho anglosajón y español son ordenamientos cuyo avance en la materia crece cada día más.

5. La prueba digital y la prueba electrónica: conceptos y características

En la actualidad la presencia del internet, las redes sociales, aplicaciones y los medios electrónicos se ven inmersos íntimamente en diversos aspectos de la vida cotidiana del ser humano. Estas herramientas tecnológicas permiten facilitar y desarrollar de mejor manera la comunicación, el comercio, el conocimiento, e incluso el entretenimiento. Gracias a dicha presencia, la información que circula por el internet y los dispositivos empleados para ello, han desarrollado un nuevo papel como evidencias dentro de los procesos judiciales en los diferentes ordenamientos jurídicos para resolver hechos en controversia. Estas evidencias a grandes rasgos son las pruebas digitales o electrónicas.

El mundo tangible se entrelaza con el mundo virtual para crear una nueva realidad, en la cual también coexisten problemas donde el Derecho evoluciona para brindar soluciones innovadoras a retos contemporáneos. Día a día el Derecho evoluciona y la doctrina no se queda atrás en analizar el posible desarrollo de una nueva parcela, el Derecho Digital/Electrónico o Informático. Es por eso que Gamboa, resalta trascendencia desarrollar un Derecho Procesal Digital, ya que existe la constante incertidumbre respecto de si las legislaciones son claras y explícitas ante las nuevas situaciones generadas en y por la tecnología³⁶.

Las pruebas digitales o electrónicas son toda información de cualquier naturaleza con valor probatorio contenida o transmitida por un medio electrónico susceptible de

³⁵ Edith Pino Icaza, “Informática forense como medio de prueba en el Ecuador”, *Revista Universidad de Guayaquil*, Vol.108, No. 3 (2010), 60.

³⁶ Rafael Hernando Gamboa B, “Validez procesal de la información digital”, *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, N°1, (2005), 54.

identificación y tratamiento diferenciado³⁷. Han sido definidas también como todos los medios probatorios derivados de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC's) expresadas en distintos medios digitales y soportes electrónicos³⁸. Sin embargo, debido al gran abanico de fuentes y medios probatorios digitales o electrónicos, la definición puede llegar a ser incluso más abierta. Además, tiene dos dimensiones para llegar a ser comprendida correctamente. Por lo tanto, la prueba digital en su primera dimensión alude a todos los datos o información almacenada en un dispositivo electrónico (prueba electrónica). Mientras que, en su segunda dimensión, la prueba digital es toda información cuya fuente es en el ámbito digital, como la información transmitida a través de redes de comunicación (prueba digital)³⁹. Es así como se diferencia la prueba digital de la prueba electrónica. Asimismo, Delgado Martín, califica a las pruebas digitales como: intangibles, volátiles, delebles y manipulables⁴⁰.

Ahora bien, la prueba digital es un hecho informático que busca demostrar hechos jurídicos controvertidos, y en consonancia con el principio dispositivo, las partes procesales tienen la carga procesal de probar lo que se alega con cualquier medio de prueba reconocido por la ley⁴¹. De este modo, la actividad probatoria empieza con la recolección y obtención de los medios probatorios. El problema con la prueba digital o electrónica surge debido a que al ser una fuente y/o medio de prueba relativamente nuevo y tan diverso, está un limbo jurídico porque los códigos procesales no contienen todavía normas expresas que las regulen. Por ello, el panorama actual de la prueba digital o electrónica carece de un régimen jurídico o guía de cómo atenderse para su recolección, conservación, manejo y presentación para su admisibilidad y validez en los procesos judiciales.

5.1 La prueba digital y electrónica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En la legislación ecuatoriana, la regulación general sobre la prueba se encuentra en el Título II, Capítulo I del COGEP. La finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de hechos controvertidos⁴². Además, para que una prueba sea admitida

³⁷ Joaquín Delgado Martín, “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, 7-8.

³⁸ Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, “La prueba electrónica”, en *Colección de formación continua de la facultad de Derecho de ESADE: Serie de Estudios Prácticos sobre Medios de Prueba* (España: Bosch Editor, 2011), 22.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Joaquín Delgado Martín, “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, 6-7.

⁴¹ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 78.

⁴² Artículo 158, COGEP.

debe reunir los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad⁴³. Los medios de pruebas regulados por la ley son: la prueba documental, pericial, testimonial y la inspección judicial⁴⁴. Adicionalmente a lo antedicho, el juez puede rechazar de oficio la prueba impertinente, inútil e inconducente⁴⁵. Se debe examinar una vez más, que la prueba digital no tiene régimen jurídico independiente. En el Capítulo III del mismo código normativo, empieza la regulación general de la prueba documental. En el artículo 193 se menciona implícitamente a la prueba digital y electrónica al mencionar que “cuando se trate de documentos electrónicos o desmaterializados, no se requerirá su materialización”⁴⁶. Es apenas en el artículo 202, que se alude expresamente a “documentos digitales” y se reconoce que “podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código”⁴⁷.

A pesar de menciones someras en el COGEP sobre prueba digital, este cuerpo normativo no señala ninguna definición expresa sobre lo que es o abarca la prueba digital. Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal, COIP, sí tiene definido lo que debe entenderse como contenidos digitales:

[...] El contenido digital es todo dato informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico o canal de comunicación que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí⁴⁸.

Dicha definición cumple con los elementos y/o características de lo que se mencionó es la prueba digital. También admite a la prueba digital como medio probatorio dentro de las reglas generales respecto de la prueba documental⁴⁹. Solamente en estos dos cuerpos normativos se hace mención y reconocimiento respecto de la prueba digital a grandes rasgos. De hecho, a lo largo del COGEP se establece solamente la regulación respecto de cómo se llevará a cabo la práctica de la prueba digital o electrónica en audiencia, aún bajo los parámetros del régimen jurídico de la prueba documental. Para lo cual, la exhibición de los medios electrónicos o desmaterializados, se realizará por los medios tecnológicos idóneos⁵⁰. Sin embargo, nada se dice respecto de la recolección, manejo, preservación y presentación de la prueba digital para su admisibilidad y validez

⁴³ Artículo 160, COGEP.

⁴⁴ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 153-158.

⁴⁵ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 24-26.

⁴⁶ Artículo 193 COGEP.

⁴⁷ Artículo 202, COGEP.

⁴⁸ Artículo 505, COIP.

⁴⁹ Artículo 499 numeral 6, COIP.

⁵⁰ Artículo 196 numeral 1 y 3, COGEP.

en los procesos judiciales. Sólo dentro del COIP se regula la preservación de la evidencia digital, incluso con cooperación internacional⁵¹, las actuaciones especiales relativas al contenido digital como la cadena de custodia⁵², el aseguramiento de datos⁵³ y la investigación de pruebas digitales y electrónicas⁵⁴. En el mismo orden de ideas, el COIP sanciona con pena privativa de tres a cinco años a la falsificación informática, es decir, la persona que con dolo introduzca, modifique, elimine o suprima contenido digital, o incluso que interfiera de cualquier otra forma en el tratamiento informático de datos, produzca datos o documentos no genuinos incurre en el delito de falsificación informática⁵⁵. A pesar de ello, el COIP regula los aspectos únicamente relacionados con Derecho Penal⁵⁶, por lo que, aún queda el vacío legal respecto de la prueba digital y electrónica en el COGEP, el cual regula cuestiones procesales civiles. En este orden de ideas, no se puede aplicar normas que regulan materia penal para regular cuestiones civiles, como lo es la admisibilidad de las pruebas digitales en los procesos judiciales civiles.

Una vez comprendido el alcance y reconocimiento jurídico de la prueba digital y electrónica dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es pertinente examinar su tratamiento y proceso para su admisibilidad en los procesos judiciales. Si bien el proceso de recolección y obtención de pruebas es labor del abogado, se debe distinguir que la obtención y recolección de cada tipo de prueba, ya sea, documental, testimonial, o pericial, cada una tiene su complejidad. Respecto de la prueba digital, los abogados han tenido que realizar un trabajo innovador y creativo para su obtención y recolección.

En el caso pertinente de pruebas obtenidas de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, la práctica común entre los abogados ha sido presentar “pantallazos” de los chats de los usuarios para probar un hecho controvertido. En palabras de la Real Academia Española, un pantallazo es un americanismo que quiere decir “captura del contenido que se visualiza en la pantalla de una computadora u otro dispositivo electrónico”⁵⁷. De este modo, el COGEP en su artículo 142 establece que, en el contenido de la demanda, contestación y/o reconvención, respecto de materia

⁵¹ Artículo 477.5, COIP.

⁵² Artículo 456, COIP.

⁵³ Artículo 477.1, COIP.

⁵⁴ Artículo 500, COIP.

⁵⁵ Artículo 234.1, COIP.

⁵⁶ Ver, Fiscalía General del Estado y Universidad Espíritu Santo, *Derecho Procesal Penal: Aspectos Probatorios* (Quito: TRIBU Soluciones Integrales, 2022), 25-98.

⁵⁷ Real Academia Española, "Pantallazo," Diccionario de la lengua española, recuperado el 2 de abril del 2024, <https://dle.rae.es/pantallazo>.

probatoria, deberán contener el anuncio de los medios de prueba que se ofrezcan para acreditar hechos⁵⁸. Aquellos que no hayan sido anunciados debidamente, no podrán introducirse en la audiencia salvo excepciones como la prueba sobre hechos nuevos y la prueba para mejor resolver⁵⁹. Si bien al momento de presentar la demanda solamente se hace mención de los medios de prueba, al momento de anunciar un medio de prueba digital o electrónico por medio de un pantallazo, se entra en la confusión de si la prueba es prueba documental o prueba digital.

En el caso de la prueba digital y/o electrónica, que son medios de prueba que no se pueden adjuntar a la demanda de manera física y en su estado original por su propia naturaleza y esencia, por lo que, se debe materializar la prueba digital, es decir, convertirlos en documentos físicos para su anuncio probatorio. Además, resulta discutible cómo podría asegurarse que el mensaje de datos aportado por medio de un pantallazo garantice fiabilidad o integridad⁶⁰. Debido a lo que ya se mencionó anteriormente, respecto de la posibilidad de eliminar o editar mensajes dentro de la aplicación de WhatsApp, función que no se puede constatar al momento de la materialización, incluso se desconoce si el pantallazo fue editado o alterado, lo cual generaría un posible mal manejo de la justicia al emitir sentencia.

En línea con lo mencionado previamente, en Ecuador dentro de las atribuciones de los notarios reconocidas por la Ley Notarial está la autenticación de documentos y dar fe pública de actos y/o documentos para conferirles validez legal⁶¹. Es por ello que es práctica común que los abogados acudan donde los notarios para materializar las pruebas digitales, y solicitar la certificación de autenticidad y validez legal al notario de las mismas. En adición a esto, en el COGEP establece entre los requisitos para la validez del documento como medio de prueba, que, si se presentan copias, es decir, reproducciones del documento original estas deben estar debidamente certificadas⁶². Siendo así que el pantallazo materializado se interpretaría como una copia del documento original. Por otro lado, también existen casos en los que los abogados acuden ante peritos para la recolección, obtención, y manejo de la prueba digital o electrónicas, y son anunciadas y

⁵⁸ Artículo 142, COGEP.

⁵⁹ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 76.

⁶⁰ Melissa Ríos Marmolejo, “Valor probatorio de conversaciones realizadas a través de redes sociales en el proceso judicial colombiano”, *Repositorio Institucional Unilibre: Derecho, Ciencia Política y Sociales* (2023), 3.

⁶¹ Artículo 18, Ley Notarial. R.O. Suplemento 158, de 11 de noviembre de 1966, reformado por última vez el 7 de febrero de 2023.

⁶² Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 205.

practicadas como prueba pericial a pesar de ser en origen y esencia pruebas digitales o electrónicas. Es pertinente reconocer que la prueba pericial también es presentada en documento físico. De igual manera, cuando no se tiene acceso a la prueba digital y se solicita auxilio judicial⁶³. Por lo que entran aquí dos importantes cuestiones: en primer lugar, la constante transformación de la prueba digital a documental y viceversa, ya que se transforma de prueba digital a documental a partir de la materialización para ser anunciada y adjuntada a la demanda, sin embargo, se vuelve a transformar en prueba digital al momento de la práctica de la prueba en audiencia. En segundo lugar, ¿es suficiente la certificación de autenticidad que hace el notario sobre la prueba digital al materializarla y brindándole validez legal? Se puede determinar que existen varias ambigüedades legales e incluso contradicciones legales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de la prueba digital o electrónica.

5.2 La prueba digital y electrónica en el Derecho comparado

La prueba digital y electrónica es un medio probatorio que se ve presente en los procesos judiciales contemporáneos de los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. En este apartado se examinará respecto de la prueba digital y electrónica en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, en representación del *common law*, y en contraste con Colombia, en representación del Derecho Civil. Como punto de partida, Estados Unidos no cuenta con una regulación específica para este tipo de prueba, sin embargo, su sistema judicial ha desarrollado reglas y cánones generales para que el juez aplique cuando la prueba digital pueda ser desechada de manera preliminar al no haber sido autenticada correctamente (*Federal Rules of Evidence, FRE*)⁶⁴. Dichas reglas establecen que la prueba digital para su admisibilidad debe ser: relevante, auténtica y confiable. También se establece que los componentes u objetos informáticos deben atravesar por un proceso de autenticación⁶⁵. Dicho proceso busca mostrar que la prueba digital o electrónica se encuentra completa y no ha sido alterada, y que proviene de fuente confiable y de la que se alega⁶⁶. Las FRE establecen que toda prueba digital debe ser autenticada con independencia de que la evidencia sea presentada en formato digital o

⁶³ Artículo 142 numeral 7 y 8, COGEP.

⁶⁴ Federal Rules of Evidence. "Rules of Evidence." Legal Information Institute, Cornell Law School. Última modificación del 1 de diciembre de 2011. Consultado en <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>

⁶⁵ Juan Carlos Marín González y Guillermo J. García Sánchez, "Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América", *Revista de Estudios de la Justicia*, N°21 (2014), 76-77.

⁶⁶ *Ibidem*.

electrónico, o si es un testimonio o documento basado en información obtenida de fuente digital o electrónica⁶⁷. Parte del proceso de autenticación, se encuentra la cadena de custodia (*chain of custody*), cuyo objetivo es comprobar que las pruebas digitales no hayan sido alteradas desde el momento en que se volvieron relevantes hasta el momento en el que son presentadas al juez⁶⁸. Dicho sistema de custodia se basa en el empleo de las encrypciones de documentos (*hashing*); creación y requerimiento de contraseñas para el acceso de los documentos digitales; y contar con un registro protegido en el que constan los accesos, cambios y resguardo de copias de los documentos (*mirror image*)⁶⁹.

El sistema judicial de Estados Unidos considera todos estos procesos como medidas de seguridad, integridad y veracidad respecto de las pruebas digitales, ya que estas son consideradas pruebas de contenido frágil, en la que incluso la menor manipulación podría dañarlas, alterarlas o eliminarlas. Es de suma importancia el proceso de recolección, obtención, manejo y conservación de la prueba digital o electrónica para su admisibilidad en los procesos judiciales estadounidenses. El Departamento de Justicia de Estados Unidos ha publicado una serie de guías y manuales que tienen como finalidad brindar información e instrucciones de como recolectar y conservar las pruebas digitales y electrónicas. Se destaca particularmente el manual sobre Evaluación Forense de Información Digital: Una Guía para Oficiales (*Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement*)⁷⁰. A pesar de que Estados Unidos es uno de los ordenamientos jurídicos más avanzados en la materia, persiste en enfrentar dificultades sobre la tensión generada por la delgada línea entre respetar y garantizar el derecho a la privacidad durante la recolección y manejo de pruebas digitales y electrónicas para verificar su autenticidad y legalidad requerida para su admisibilidad.

En cambio, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe regulación expresa respecto de la prueba digital, su concepto se encuentra disperso a lo largo de la normativa vigente. Dentro de la normatividad procesal colombiana, en su artículo 243 de su Código General del Proceso⁷¹, establece lo que se reconoce como prueba documental. La innovación de este artículo a comparación del artículo 251 contemplado en el antiguo

⁶⁷ Ver, FRE N°403. El texto completo en inglés es el siguiente: “RULE 403. EXCLUDING RELEVANT EVIDENCE FOR PREJUDICE, CONFUSION, WASTE OF TIME, OR OTHER REASONS”, Legal Information Institute, Cornell Law School. Última modificación del 1 de diciembre de 2011. Consultado en <http://www.law.cornell.edu/rules/fre/>

⁶⁸ Juan Carlos Marín González y Guillermo J. García Sánchez, “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de América”, 81-82.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Artículo 234, Código General de Proceso de Colombia. Ley 1564 de 2012.

Código de Procedimiento Civil⁷², resalta al consagrar al mensaje de datos y videgrabaciones como documentos. Además, en la Ley 527 de 1999, concerniente a Ley de Comercio Electrónico⁷³, al igual que nuestro ordenamiento, también brinda un concepto de lo que son los mensajes de datos y los documentos electrónicos. La diferencia con nuestro ordenamiento recae en que, en la mencionada Ley de Comercio Electrónico de Colombia, sí se establece el valor probatorio que se le puede atribuir a los mensajes de datos con fundamento en sus artículos 6,7 y 8. En adición del valor probatorio, también plantea requisitos de admisibilidad del documento electrónico y mensaje de datos: que consten por escrito⁷⁴; que el documento electrónico cuente con firma para reconocer el vínculo jurídico que une la información del documento con su autor⁷⁵; y, finalmente, la originalidad del documento, es decir, que no haya sido adulterado o modificado⁷⁶. Cabe brindarle relevancia al tercer requisito, ya que el mismo se desarrolla abarcando el tema de desmaterialización de documentos físicos y/o la materialización de documentos digitales. El alcance del requisito de originalidad es sin importar si han sido generados de forma electrónica o si inicialmente fueron documentos físicos que luego fueron convertidos a formato digital, se espera que, tras la digitalización, el documento físico cumpla con los mismos 3 requisitos mencionados para ser considerado equivalente y válido en su forma y contenido⁷⁷.

En el contexto del sistema jurídico colombiano, se observa un avance significativo en la regulación de las pruebas digitales, especialmente en lo que respecta al establecimiento de requisitos para su valor probatorio. Estos avances normativos reflejan el reconocimiento y la adaptación del sistema legal colombiano a la realidad digital en contraste con la legislación ecuatoriana. De esta manera, este avance promueve la confianza y la eficacia en la utilización de pruebas digitales en los procesos judiciales.

6. La prueba documental

En consonancia con lo mencionado, la prueba digital o electrónica al carecer de regulación expresa e independiente, ha sido de práctica común en los diferentes

⁷² Ley de Comercio Electrónico de Colombia, Ley 527 de 1999, de 18 de agosto de 1999, Diario Oficial No. 43.694, de 21 de agosto de 1999.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Artículos 6,7 y 8, Ley de Comercio Electrónico de Colombia.

⁷⁵ Artículo 6, Ley de Comercio Electrónico de Colombia.

⁷⁶ Artículo 7, Ley de Comercio Electrónico de Colombia.

⁷⁷ Correa Fernández, M. *et al*, “Valor Probatorio del Documento Electrónico a la Luz de la Digitalización de la Justicia en Colombia”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* 14 (2022), 302-324.

ordenamientos jurídicos ajustarla al régimen jurídico de la prueba documental. Cabe advertir que esto se debe a que a simple vista se considera la similitud en ciertas características, no obstante, la prueba documental y la prueba digital o electrónica son distintas. La prueba documental es aquel medio probatorio que recoge, contiene o representa la veracidad sobre un hecho o derecho mediante un documento público o privado⁷⁸. En palabras del autor Devis Echandía, la prueba documental es en sentido estricto “toda cosa que sea producto de un acto humano, o perceptible con los sentidos de la vista y el tacto que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”⁷⁹. En adición a lo mencionado, el documento no solamente alude a impresiones o escritos en papel, el documento es un objeto que es meramente representativo⁸⁰. Por lo tanto, puede estar constituido de cualquier material y diferentes presentaciones que permita representar algo, siendo así como un escrito, una pintura o una escultura pueden ser considerados como documentos en materia probatoria⁸¹.

A primera impresión tanto la prueba documental como la digital comparten, en ciertos casos, la tangibilidad o materialidad, como los dispositivos electrónicos y documentos que son susceptibles por nuestros sentidos. En el caso de las fotografías que *prima facie* parecen pertenecer como prueba documental, en la actualidad las imágenes tienen origen y soporte digital. Por lo tanto, las imágenes son medios de prueba digitales, pero que, al momento de ser impresas en soporte de papel cumplen con los requisitos y características de prueba documental. Esto alude a la materialización de pruebas digitales para su admisibilidad en los procesos judiciales. De este modo, ¿qué tratamiento jurídico se brinda entonces a los denominados “pantallazos”? Y a su vez, ¿la prueba digital se transforma en prueba documental para ser admitida en los procesos judiciales? Son cuestiones que intento resolver a lo largo del presente trabajo. Es significativo comprender que no todas las reglas y/o procedimientos previstos para las pruebas documentales y físicas se pueden aplicar del mismo modo a las pruebas digitales y electrónicas.

7. WhatsApp como fuente probatoria

⁷⁸ Artículo 193, COGEP.

⁷⁹ Devis Echandía, *Teoría General del Proceso, Tomo II, Tercera edición* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996), 473.

⁸⁰ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 199-201.

⁸¹ Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio, Décima sexta edición* (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007), 499.

WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes que permite a los usuarios enviar mensajes de texto, imágenes, videos, notas de voz, documentos, la ubicación, y realizar llamadas de voz y video entre los usuarios a través de Internet⁸². Desde la actualización de 2017 es posible poder eliminar mensajes de los chats. Desde el 2023 es posible poder enviar mensajes de texto, imágenes, videos y notas de voz temporales, es decir, es una función que permite a los usuarios enviar mensajes que desaparecen automáticamente después de un periodo de tiempo determinado⁸³. Los mensajes temporales desaparecerán tanto en el chat del remitente como en el del destinatario después de un tiempo preestablecido, brindando una capa adicional de privacidad y confidencialidad en la comunicación⁸⁴. Esto muestra ser un gran avance para la tecnología y la preservación de la privacidad de los usuarios.

En adición, la información compartida y transmitida por medio de la aplicación no se conserva por medio de un servidor externo, sino que se emplean protocolos de mayor seguridad a partir de cadenas de cifrado de información⁸⁵. La utilización de servidores externos es para el almacenamiento de datos en la nube, ejecución en línea y el desarrollo de sitios web para garantizar la fluidez, seguridad y protección de datos⁸⁶. Por lo que, WhatsApp no cuenta con un servidor y/o administrador general de toda la información que se comparte a través de ella. Esto hace que sea imposible para los abogados o autoridades judiciales solicitar a la Compañía de WhatsApp que certifique el contenido de los mensajes enviados o recibidos

Desde este punto de vista, WhatsApp constituye una fuente probatoria diversa por toda la información que permite a los usuarios compartir con otros. Misma información que cuando se genere un hecho controvertido podrán permitir fungir como medio probatorio. De todas formas, es trascendente analizar las consecuencias jurídicas que se pueden llegar a generar al momento de presentar como medio probatorio la información intercambiada por WhatsApp, ya que se debe verificar que el hecho que se busca probar no se base en chats con mensajes editados, eliminados y/o temporales.

⁸² WhatsApp, "About WhatsApp," WhatsApp, accessed April 1, 2024, <https://www.whatsapp.com/about/>.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Teresa Armenta Deu, "Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre", *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, N°27 (2018), 73.

⁸⁶ *Ibidem*.

7.1 Tratamiento de los mensajes de datos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como ya se advirtió anteriormente, el presente trabajo busca analizar a WhatsApp como medio de prueba en los procesos judiciales en Ecuador, y es pertinente entonces identificar si el mismo podría tener reconocimiento jurídico en la legislación ecuatoriana. La base legal en Ecuador que regula la materia que versa sobre los mensajes de datos y contenido electrónico es la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos⁸⁷. A este cuerpo normativo se le atribuye el mérito de haber sido el primero en otorgar el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, estableciendo que los mensajes de datos tendrán el mismo valor jurídico que los documentos escritos⁸⁸. Además, en su Título IV, Capítulo I, referente a la prueba y notificaciones electrónicas, se reconoce a los mensajes de datos, documentos electrónicos y entre otros, la validez y eficacia como medios de prueba, siempre y cuando cumplan con los requisitos del Código de Procedimiento Civil⁸⁹, que, para fines prácticos, se interpreta que alude actualmente al COGEP.

Dentro de esta ley se encuentra un glosario que nos permite comprender que es lo que abarca el concepto de mensaje de datos:

Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, 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 datos⁹⁰.

En este contexto, es posible interpretar que el servicio y función de la aplicación de mensajería WhatsApp corresponde dentro de la categoría de mensaje de datos. Los contenidos que se intercambian por medio de WhatsApp, al ser mensajes de datos, son, por lo tanto, medios de prueba reconocidos por la ley. WhatsApp, entonces, además contener mensajes de datos, también es una prueba digital. Aun con este reconocimiento jurídico de eficacia y validez, y como medio de prueba, persiste el cuestionamiento de por qué las pruebas digitales se someten al régimen de la prueba documental. Se estaría reconociendo parcialmente el régimen de la prueba digital dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁸⁷ Artículo 1, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. R.O. Suplemento 557 de 17 de abril de 2002, reformado por última vez el 5 de enero de 2004.

⁸⁸ Artículo 2, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

⁸⁹ Artículo 52, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

⁹⁰ Disposiciones Generales, novena, Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

Según lo establecido por el COGEP en su artículo 193, la prueba documental puede estar contenida en un documento público o privado. La calidad de público corresponde a cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen con la actividad de un funcionario público, en ejercicio del cargo, o documentos que tengan origen y pertenezcan a una oficina o entidad pública⁹¹. Por lo tanto, las pruebas obtenidas de WhatsApp al momento de materializarse tienen la calidad de documento privado. Además, en su artículo 196 numeral 3⁹², reconoce que hay documentos que no necesariamente llevan o deben llevar firma para su valor probatorio, como lo es las fotografías, grabaciones, elementos audiovisuales o cualquier otro carácter electrónico⁹³.

Dentro del tema en cuestión, la Corte Nacional de Justicia emitió una resolución, que, a pesar de tener carácter no vinculante, representa una afirmación al análisis realizado en los párrafos precedentes. Dicha resolución versa sobre la prueba por medios electrónicos, pertinentemente de WhatsApp, a partir del análisis de la consulta de si “se puede demandar en procedimiento monitorio con conversaciones de WhatsApp bajadas y desmaterializadas ante un notario como prueba de la deuda”⁹⁴. La presente resolución utiliza como base legal el COGEP y la Ley de Comercio Electrónico, mismos cuerpos normativos que ya se revisó en los párrafos anteriores. La Corte concluye respecto de las pruebas obtenidas desde la aplicación de WhatsApp lo siguiente:

Los mensajes enviados por un medio digital como es el WhatsApp, constituyen documentos electrónicos, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, es decir, respecto de la autenticidad del mensaje en cuanto a su origen y el titular de la cuenta que lo emitió; pero además para que constituya medio de prueba de una deuda, debe demostrar la existencia de crédito y la relación previa de acreedor y deudor. Lo que dependerá en cada caso de la valoración probatoria⁹⁵.

Si bien la pregunta de consulta se orientaba más respecto de si las pruebas obtenidas o bajadas desde WhatsApp y que hayan sido materializadas ante un notario, estas tendrían o no validez legal como pruebas. La Corte solamente afirma el reconocimiento jurídico de las pruebas obtenidas desde WhatsApp como prueba digital y documento electrónico, sin embargo, nada se dice respecto del proceso de materialización de la prueba digital y electrónica para que el notario le conceda validez legal. Además, menciona que constituirán medios probatorios electrónicos siempre y cuando cumplan

⁹¹ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 211-212.

⁹² Artículo 196 numeral 3, COGEP.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Oficio 171-2020-P-CPJP-YG, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha [Absolución de consultas criterio no vinculante], Prueba por medio de documentos electrónicos (whatsapp), 03 de febrero de 2020.

⁹⁵ *Ibidem*.

con los requisitos de la ley como la autenticidad del mensaje. No obstante, los únicos requisitos establecidos por la ley son: pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad. De este modo, cabe cuestionarse si la Corte agrega implícitamente un nuevo requisito para las pruebas digitales para su correcta admisibilidad.

7.2 La aplicación de WhatsApp como medio de prueba en el Derecho comparado

Con base a lo expuesto previamente, el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a su jurisprudencia, se destaca y evoluciona en el año 2020, al pronunciarse respecto del valor probatorio de los pantallazos WhatsApp como medio de prueba, en la Sentencia T-043⁹⁶, emitida por Corte Constitucional. El caso versa sobre una mujer que desempeñó labores como educadora en un centro infantil durante dos periodos consecutivos. El equipo de personal compartía un chat grupal en la aplicación de mensajería WhatsApp, en donde recibían instrucciones y órdenes por parte de la directora de sede. Al concluir su segundo año de contrato, la directora de la sede le brindó pautas positivas acerca de la renovación de su contrato para el siguiente año por el mismo medio. Posteriormente recibió una llamada de la directora del jardín en la que le confirmó la no contratación, y el 25 de enero de 2019 fue eliminada del grupo de WhatsApp, estando para esa fecha activa en la plataforma docente de la institución. No obstante, poco después de enterarse la accionante de su embarazo, le comunicaron a través de un grupo de WhatsApp que no sería contratada nuevamente y la excluyeron del grupo. La accionante radicó un derecho de petición a la institución educativa solicitando la explicación de las razones de la no renovación del contrato laboral, petición de la cual nunca obtuvo respuesta por parte de la entidad accionada. Ante lo cual interpuso una acción de tutela en contra de la empresa, con el fin de amparar su derecho al fuero de estabilidad reforzada por motivo de presunción de discriminación, solicitando el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir. Aunque el juez de primera instancia ordenó su reintegro, en segunda instancia se determinó que la protección especial para mujeres embarazadas no era aplicable en este caso, dejando la competencia del asunto en manos del juez laboral. La Corte Constitucional confirmó la sentencia del juez de primera instancia, otorgando el amparo sin carácter transitorio. Además, se presentó el debate respecto del valor

⁹⁶ Sentencia T-043, Corte Constitucional de Colombia, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas, 10 de febrero de 2020.

probatorio que se le debe dar a los pantallazos de WhatsApp impresos que son aportados como prueba por parte de la accionante⁹⁷.

La Corte Constitucional Colombiana para realizar el análisis respecto del valor probatorio de los pantallazos de WhatsApp impresos, acude a hacer referencia a lo establecido tanto por la doctrina española como por la doctrina argentina. En su análisis inicial, se hace referencia al trabajo de Federico Bueno de Mata, reconocido experto en derecho español, quien establece una distinción entre documentos electrónicos y pruebas electrónicas⁹⁸. Según la perspectiva de Mata, los documentos electrónicos representan una categoría particular dentro del ámbito de las pruebas electrónicas. Esta diferenciación cobra relevancia al reconocer que no todos los documentos electrónicos poseen el mismo grado de validez probatoria, pudiendo variar en términos de fiabilidad y autenticidad⁹⁹. Esta distinción reviste una importancia crucial, dado que reconoce la variabilidad en la fiabilidad y autenticidad de los documentos electrónicos, la cual está condicionada por diversos factores tales como su procedencia, integridad y contexto de creación.

Al tomar en consideración esta disparidad, la Corte Constitucional demuestra su reconocimiento de la necesidad de evaluar cada documento electrónico de forma individual, teniendo en cuenta su contexto y las circunstancias que rodean su generación, con el propósito de determinar su validez probatoria en un proceso legal. Esta perspectiva refleja una comprensión más matizada y sofisticada de la evidencia digital, que no se limita únicamente a su presentación formal, sino que también pondera su autenticidad y fiabilidad como elementos fundamentales para su admisión y valoración en el ámbito judicial.

Respecto de la doctrina argentina, la Corte Constitucional Colombiana se fundamenta en el argumento presentado por Gastón Bielli respecto a las capturas de pantalla enfatiza la necesidad de ser cauteloso al considerarlas como pruebas definitivas en un caso legal¹⁰⁰. Bielli señala que las capturas de pantalla son fácilmente manipulables y, por lo tanto, pueden carecer de la integridad necesaria para ser consideradas como

⁹⁷ Sentencia T-043, Corte Constitucional de Colombia, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas, 10 de febrero de 2020.

⁹⁸ Bueno de Mata, Federico. *Prueba electrónica y proceso 2.0*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 130.

⁹⁹ Galvis L., A.F. y Bustamante R., M. "La no equivalencia entre la prueba electrónica y la prueba documental: una lectura desde la regulación procesal colombiana". *Revista Ius et Praxis*, Año 25, N° 2 (34) (2019): 89-222. Disponible en: <https://investigacionespure.udem.edu.co/es/publications/la-no-equivalencia-funcional-entrela-prueba-electr%C3%B3nica-y-la-pru>

¹⁰⁰ Gastón E. Bielli, "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", *La Ley* (2018), 5-10.

evidencia irrefutable¹⁰¹. La posibilidad de alteración y manipulación de las capturas de pantalla plantea dudas sobre su fiabilidad y confiabilidad como prueba en un proceso judicial. Por lo tanto, en lugar de considerar las capturas de pantalla como pruebas concluyentes, Bielli sugiere que deberían ser tratadas como indicios que pueden proporcionar pistas sobre ciertos eventos o situaciones, pero que requieren un análisis más detenido para determinar su valor probatorio¹⁰². Esto implica examinar cuidadosamente el contexto en el que se tomaron las capturas de pantalla, así como la integridad de los datos que contienen.

Una vez planteado el fundamento de análisis doctrinario, la Corte establece que, debido a consideraciones de autenticidad, las capturas de pantalla se clasifican como pruebas informales, dado que existe la posibilidad de que un archivo digital que contenga texto pueda ser alterado mediante un programa de edición¹⁰³. Por consiguiente, el valor probatorio de dichas capturas es atenuado por el juzgador, quien debe ponderarlo en conjunto con otros medios de prueba¹⁰⁴. Esta acción implica desconocer no solo el marco legal establecido en los preceptos mencionados previamente, sino también la jurisprudencia propia, inclusive en el ámbito constitucional. La Corte Constitucional identifica un nuevo desafío para el derecho probatorio en el contexto de las comunicaciones e información compartida llevadas a cabo a través de herramientas tecnológicas como WhatsApp, las cuales pueden eventualmente representar "situaciones fácticas relevantes para la deducción de consecuencias jurídicas específicas"¹⁰⁵. Por consiguiente, se opta por abordar la producción, incorporación, impugnación y evaluación de este tipo de pruebas obtenidas de plataformas digitales.

En tal contexto, es primordial destacar que la determinación de la Corte Constitucional no prescribe el empleo de evidencia electrónica, ni tampoco prescribe sus atributos definitorios. En su lugar, efectúa una consideración preliminar para abordar las capturas de pantalla de WhatsApp, otorgándoles un estatus probatorio en calidad de prueba indiciaria. Esta valoración se fundamenta, en su esencia, en ciertos criterios

¹⁰¹ Ver, Gastón E. Bielli, "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", *La Ley* (2018), 5-10.

¹⁰² Jacobo Alejandro González Cortés, "Corte Constitucional aclara que los pantallazos impresos de WhatsApp tienen el valor de prueba indiciaria", *Diálogos Punitivos* (2021), 3.

¹⁰³ Sentencia T-043, Corte Constitucional de Colombia, M.P.: José Fernando Reyes Cuartas, 10 de febrero de 2020.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Jacobo Alejandro González Cortés, "Corte Constitucional aclara que los pantallazos impresos de WhatsApp tienen el valor de prueba indiciaria", 3.

doctrinarios aportados por eruditos extranjeros¹⁰⁶. La prueba del "pantallazo impreso" debe ser considerada como prueba indiciaria, la Corte resalta que esta determinación surge de la informalidad inherente a tales evidencias, así como de las dudas suscitadas respecto a su origen, autenticidad y fidelidad, aspectos para los cuales no existen mecanismos técnicos que permitan una determinación precisa, como sí ocurre en el caso de la evidencia electrónica.

La Corte aclara que es imperativo entender que el pantallazo no puede ser equiparado a una prueba electrónica bajo ninguna circunstancia, dado que no cumple con los criterios característicos de este tipo de evidencia. Al respecto, la Corte cita a las palabras del autor Federico Bueno de Mata:

[...] se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo, la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas¹⁰⁷. La Corte llega a la conclusión de que la evidencia presentada a través de capturas de pantalla impresas podría ser vulnerable a manipulación debido a la disponibilidad de software de edición especializado, lo que potencialmente facilita la alteración de su contenido. Por lo tanto, se recomienda que el juzgador atribuya un peso probatorio limitado a esta evidencia en comparación con otros medios probatorios.

En este contexto, si se considera que la evidencia de las capturas de pantalla impresas tiene un carácter meramente indicativo y su valor probatorio se ve reducido, solo adquirirá fuerza probatoria cuando esté respaldada por otros elementos que confirmen la veracidad de un hecho.

8. Propuesta de incorporación del Análisis Forense Digital para la admisibilidad de las pruebas digitales en los procesos civiles ecuatorianos

En esta sección, se abordará el análisis forense digital, explorando su definición, alcance, metodología de implementación y objetivos. Además, como parte integral de este estudio, se plantea la recomendación de utilizar el análisis forense digital como una estrategia eficaz para abordar el problema jurídico en cuestión y poder aplicarlo en el Ecuador. Se sugiere específicamente que esta solución se sustente en el estudio y seguimiento de guías y manuales instructivos especializados, los cuales proporcionarán

¹⁰⁶ Jacobo Alejandro González Cortés, "Corte Constitucional aclara que los pantallazos impresos de WhatsApp tienen el valor de prueba indiciaria", 4.

¹⁰⁷ Federico Bueno de Mata, *Prueba electrónica y proceso 2.0* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 130.

un enfoque estructurado y detallado para enfrentar el desafío legal de manera profesional y rigurosa de la prueba digital. La informática forense es una disciplina moderna que se centra en el procedimiento de obtención, recolección, conservación, recuperación, manejo, análisis y verificación de evidencia digital. Este proceso se lleva a cabo mediante la utilización métodos científicos y herramientas especializadas con el objetivo de asegurar la integridad, autenticidad y confiabilidad de la evidencia digital recopilada¹⁰⁸. Es crucial destacar que en el ámbito legal desempeña un papel fundamental, ya que todas las actividades llevadas a cabo en relación con las pruebas digitales deben realizarse en estricto cumplimiento de las disposiciones normativas de cada jurisdicción. En este sentido, el perito informático o forense digital asume la responsabilidad de llevar a cabo una serie de tareas, que incluyen la identificación, preservación, análisis y presentación adecuada de las pruebas digitales, con el fin de garantizar su autenticidad, integridad y legalidad para su admisibilidad en los procedimientos judiciales y cumplir con los requisitos legales aplicables¹⁰⁹.

La informática forense es comúnmente empleada dentro de procesos judiciales en materia penal para acreditar hechos delictivos, por lo que, grandes rasgos, la informática forense se asimila como una “disciplina criminalística auxiliar”¹¹⁰ para la justicia contemporánea. No obstante, se destacan varias jurisdicciones las cuales han desarrollado e implementado guías de buenas prácticas para la evidencia digital, tales como Canadá, Estados Unidos, Reino Unido y Hong Kong¹¹¹. En la mayoría de ordenamientos jurídicos no cuentan con regulación expresa respecto de la prueba digital. Es por eso que las guías y manuales de informática forense son creadas con el objetivo de brindar a los peritos un sistema de pautas respecto de la recolección y tratamiento de las pruebas digitales¹¹². Además, Darahuge recalca la importancia de la implementación del análisis digital forense en materia probatoria debido a que “consistente en la revisión

¹⁰⁸ Marta C. Fennema *et al*, “Tratamiento de Evidencias Digitales Forenses en Dispositivos Móviles”, *Instituto de Investigación en Informática y Sistemas de Información, Facultad de Ciencias Exactas y Tecnologías, Universidad Nacional de Santiago del Estero* (2017), 648.

¹⁰⁹ Tomas Marqués-Arpa y Jordi Serra-Ruiz, “Cadena de Custodia en el Análisis Forense. Implementación de un Marco de Gestión de la Evidencia Digital”, *RECSI* (2014), 167.

¹¹⁰ Cintia Verónica Gioia, “Metodología de análisis forense informático para la obtención de evidencia digital en Base de Datos”, *Repositorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Matanza* (2019), 26.

¹¹¹ Nicolas Armilla *et al*, “Buenas prácticas para la recolección de la evidencia digital en la Argentina”, *XXIII Congreso Argentino de Ciencias de la Computación* (2017), 1250.

¹¹² *Ibidem*.

científica, tecnológica y técnica, con fines periciales, de una colección de evidencias digitalizadas para fines de investigación o legales”¹¹³.

Ahora bien, si bien el perito informático termina su actividad de análisis forense digital mediante la emisión de un dictamen pericial, sería este documento el que ingrese al proceso judicial como medio probatorio pericial y no como prueba digital. Se presencia entonces una transformación de la prueba digital en base del principio de equivalencia funcional en materia probatoria, es decir, la aplicación del principio de equivalencia funcional asegura que la evidencia digital presentada en un proceso judicial conserve su validez y relevancia, reconociendo que puede equipararse a una prueba documental siempre que se cumplan los requisitos mencionados anteriormente¹¹⁴. El perito en su dictamen pericial aporta toda la información obtenida como resultado del análisis forense digital y permite concluir e identificar si la prueba digital o electrónica es auténtica, confiable e íntegra¹¹⁵. De esta manera, el dictamen pericial informático contribuye y facilita la labor de valoración de la prueba digital del juez, y consecuentemente, ayuda a que pueda administrarse justicia a la luz de la verdad y legalidad de las pruebas aportadas por las partes procesales. Además, si se establece como requisito de admisibilidad el previo análisis forense digital de la evidencia respecto de la prueba digital y electrónica, contribuiría a la celeridad y economía del proceso.

9. Conclusiones

A lo largo del trabajo, se ha evidenciado la creciente importancia de la evidencia digital en los procesos judiciales, especialmente en un entorno donde la tecnología y las comunicaciones electrónicas desempeñan un papel fundamental en la vida cotidiana y en la actividad comercial. La intersección entre el mundo tangible y el mundo virtual ha generado nuevos desafíos para el Derecho, que se ve en la necesidad de adaptarse y ofrecer soluciones innovadoras a los retos contemporáneos que plantea la era digital.

En este sentido, se ha destacado la necesidad de compatibilizar los marcos legales procesales con el valor de los medios tecnológicos en el ámbito probatorio,

¹¹³ María Elena Darahuge, *Manual de informática forense 1*, 9

¹¹⁴ Claudia Peña Hidalgo y Sandra Herrera Acosta, “El valor probatorio que la Corte Constitucional otorgó a los pantallazos de WhatsApp en la sentencia T-043 de 2020”, *Repositorio Universidad Libre Colombia* (2022), 3-5.

¹¹⁵ Cintia Verónica Gioia, “Metodología de análisis forense informático para la obtención de evidencia digital en Base de Datos”, 29.

reconociendo la importancia de garantizar la validez, autenticidad e integridad de la prueba digital para evitar posibles errores en la administración de justicia. La informática forense ha surgido como una disciplina fundamental para autenticar y preservar la evidencia digital, proporcionando los métodos y técnicas necesarios para obtener y analizar de manera rigurosa la información digital relevante en un proceso judicial.

Asimismo, se ha resaltado la relevancia de la jurisprudencia nacional e internacional, así como de los marcos normativos como el Código Orgánico Integral Penal y la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, en la definición de los criterios y requisitos para la admisibilidad de pruebas digitales en los procesos judiciales. La referencia a la jurisprudencia estadounidense, en particular a las *Federal Rules of Evidence*, ha permitido establecer la importancia de los requisitos de autenticidad e integridad para la admisibilidad de pruebas digitales, sirviendo como un referente clave para el desarrollo de un marco normativo sólido en el ámbito de la evidencia digital en Ecuador.

En conclusión, este estudio ha perseguido contribuir significativamente al entendimiento y la aplicación efectiva de la evidencia digital en el sistema legal ecuatoriano, sentando las bases para futuras investigaciones y desarrollos en el campo de la prueba digital. La investigación detallada y crítica realizada ha ofrecido una visión integral de la relevancia y el potencial de la prueba digital en la justicia moderna, fomentando el desarrollo y la innovación en un campo en constante evolución. Se espera que los hallazgos y recomendaciones presentados en este trabajo impulsen una mayor reflexión y acción en torno a la gestión de la evidencia digital en el ámbito jurídico, promoviendo la eficacia y la transparencia en la administración de justicia en la era digital.