

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL
DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO**

JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN

GUATEMALA, JULIO DE 2011

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO
EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

PRESIDENTA:	Licda. Vitalina Orellana y Orellana
VOCAL:	Lic. Saulo De León
SECRETARIO:	Lic. Emilio Orozco Piloña

Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Guillermo Díaz
VOCAL:	Licda. Dora René Cruz Navas
SECRETARIA:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)”



LICENCIADO
DIETER ORLANDO GUDIEL ORTIZ
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 20 de julio de 2010

Jefe de la
Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En cumplimiento del oficio de fecha treinta y uno de mayo de dos mil diez, emitido por esa Unidad de Tesis, en el que se me notifica el nombramiento como Asesor de tesis de la Bachiller **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**, me permito informarle, que he asesorado el trabajo de tesis intitulado **"EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO"** por lo que procedo a emitir el dictamen favorable en virtud de cumplir el presente trabajo con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, de la siguiente forma:

1. La estudiante **Jessie Estela Guadalupe Portillo De León** ha realizado un trabajo meritorio, toda vez que a través del mismo se analizan aspectos fundamentales relacionados con el documento electrónico y el derecho informático aplicado al proceso civil y mercantil guatemalteco, de acuerdo a los sistemas de valoración de las pruebas que el Código Procesal Civil y Mercantil regula, así como la procedencia del documento electrónico como medio probatorio, en virtud que contiene las características que revisten a los medios de prueba enumerados en el artículo 128 del Código anteriormente referido.
2. La bibliografía utilizada y la redacción fue revisada minuciosamente.
3. En el relacionado trabajo de tesis se analiza y argumenta con absoluta claridad la procedencia del documento electrónico como medio probatorio en el proceso civil y mercantil y queda demostrada la idoneidad de éste, puesto que posee todas las

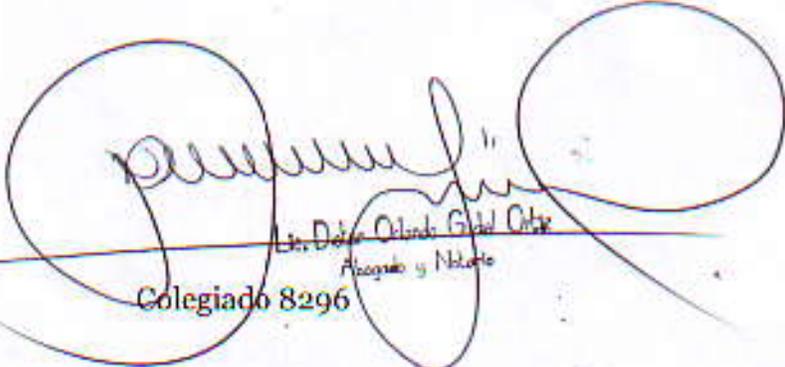


características de los documentos en papel que en la actualidad son el medio probatorio mas utilizado en los diversos procesos llevados a cabo en los Tribunales de Justicia de la República.

4. Uno de los éxitos de esta investigación, es la aplicación de técnicas y métodos adecuados a lo realizado, habiendo sido éstos de gran apoyo a la investigadora para la obtención y clasificación del material informativo, legal, jurisprudencial y doctrinario, basada en la realidad actual, ya que el documento electrónico carece de uso común, dada su actual incorporación en los sistemas que conforman los diversos órganos e instituciones del Estado.
5. En razón de lo anterior me permito emitir dictamen favorable al presente trabajo, considerando que durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis la Bachiller **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN** tuvo el empeño y atención cuidadosa en el amplio contenido científico, utilizando un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado, haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo las cuales son congruentes con el tema.

Consecuentemente, me permito recomendar al señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, que al haberse cumplido con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, que el mismo continúe con el proceso correspondiente, hasta llegar a su aprobación e impresión para ser materia de discusión en el examen de rigor.

Agradeciendo su atención, atentamente.


Lic. Dalys Otilinda Gálvez Cortez
Abogada y Notario
Colegiado 8296

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y SOCIALES. Guatemala, 5 de agosto de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) JOSÉ ARTURO RODAS OVALLE**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**, Intitulado: " **EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO.**"

1

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/ ell.



LICENCIADO
JOSE ARTURO RODAS OVALLE
ABOGADO Y NOTARIO
Ave. Reforma 12-01 zona 10 Of.304
Telefono: 23325893

investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía adecuada.

- El estudiante observó y aplicó las reglas de la Real Academia de la Lengua Española en la elaboración de esta tesis, resguardando siempre la expresión técnico jurídica propia de la disciplina del Derecho.
- Sin lugar a dudas, esta tesis servirá de apoyo elemental para la realización del proceso civil y mercantil en su etapa probatoria, ya que con el paso del tiempo y los avances tecnológicos que se den, el documento electrónico estará a la vanguardia y será de uso común a nivel procesal, ya que es utilizado por las partes dentro de una contratación o por la simple relación jurídica que se de entre ellos, abriendo brecha a la utilización del medio electrónico que es objeto de estudio en la tesis.
- Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegado a las pretensiones de la autora, por ende cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada por la Bachiller **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**, por lo que puede ser sometido a su discusión y aprobación.

Reciba mi mas sincera consideración y respeto, me suscribo ante usted.

Colegiado 1,879

José Arturo Rodas Ovalle
ABOGADO Y NOTARIO



LICENCIADO
JOSE ARTURO RODAS OVALLE
ABOGADO Y NOTARIO
Ave. Reforma 12-01 zona 10 Of.304
Teléfono: 23325893

Ciudad de Guatemala, 06 de octubre de 2010.

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

En cumplimiento de la resolución de fecha cinco de agosto de dos mil diez, emitida por esa Unidad de Tesis, procedí a **REVISAR** el trabajo de tesis de la Bachiller **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**, intitulado **"EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO"**. En virtud del nombramiento de revisor recaído en mi persona, rindo mi dictamen favorable en virtud de cumplir el presente trabajo con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esa Facultad, siendo esta la siguiente:

- He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolló.
- En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad en base a los avances en la tecnología que se han dado a nivel mundial y que afectan de alguna manera al derecho en cada uno de los países que se encuentran abiertos a éstos cambios.
- La recolección de información realizada por la Bachiller **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**; fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual, así como la bibliografía utilizada, la cual en su mayoría procede de un medio virtual, ello en base al tipo de información que fue utilizada en la tesis.
- La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo, inductivo, analítico, sistemático, histórico, jurídico y la utilización de la técnica de



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **JESSIE ESTELA GUADALUPE PORTILLO DE LEÓN**, Titulado **EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO MEDIO PROBATORIO EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL GUATEMALTECO**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

1705192

CMCM/sllh.
effl

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

DEDICATORIA

- A Dios Todopoderoso:** Porque me sostuviste en tus manos de amor y me diste fuerzas, valor y sabiduría para correr esta carrera y llegar a la meta, gracias porque nunca me has dejado.
- A mis padres:** CESAR AUGUSTO PORTILLO DONIS Y ESTELA MARINA DE LEÓN ARREAGA DE PORTILLO, por sus sabios consejos y su ejemplo, no habría sido posible llegar hasta acá sin su ayuda e incondicional apoyo, las palabras no son suficientes y se quedan cortas para expresar mi gratitud y amor hacia ustedes, este logro es suyo también.
- A mis hermanos:** ALEX, JACKELINE, JOSSELINE, CÉSAR y CEILING, por su compañía a lo largo de la vida, porque gracias a Dios hemos salido adelante en las buenas y en las malas, manteniendo firme nuestra unión, los amo.
- A mi tío:** OSCAR RENÉ PORTILLO DONIS, tú sabes que eres mi segundo papá, por eso creo que la mejor forma de honrarte es esta, alcanzando paso a paso y en el tiempo de Dios las metas que tu has imaginado para mi y que tú, con tu ejemplo, me has enseñado.
- A mi tía:** AMANDA CRISTINA DE LEÓN ARREAGA, porque has estado junto a mi en los momentos mas importantes de mi vida y este no es la excepción, gracias porque nunca has rehusado ayudarme, qué bendición es tener tu cariño.
- A mi prometido:** ERVIN RAFAEL ARREAGA FRANCO, por tu compañía y comprensión, porque has sabido esperarme con paciencia, y tu amor y tus actitudes me hace tan feliz y hablan más que mil palabras.

A mi asesor y revisor de tesis: Lic. DIETER ORLANDO GUDIEL ORTIZ y Lic. JOSÉ ARTURO RODAS OVALLE, por sus consejos y sugerencias siempre acertadas.

A mi pastor: Hermano Juan Carlos Hernández Telhes, porque a través de usted he aprendido a acercarme a Dios y a esperar en Él, sus consejos me han guiado y me han hecho crecer humana y espiritualmente.

A ustedes: Mis demás familiares, amigos, compañeros de trabajo y hermanos de la iglesia, por su muestra de cariño y afecto, Dios los puso en mi camino, ocupan un lugar muy especial en mi corazón.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El proceso civil y mercantil en Guatemala.....	1
1.1. El proceso ordinario civil guatemalteco.....	2
1.2. Naturaleza jurídica del proceso civil y las teorías que la definen.....	3
1.3. Clasificación del proceso.....	10
1.4. El juicio ordinario civil guatemalteco.....	15

CAPÍTULO II

2. La prueba dentro del proceso civil y mercantil guatemalteco.....	21
2.1. El procedimiento probatorio.....	24
2.2. Clasificación de los medios probatorios.....	27
2.3. Sistemas de valoración de la prueba.....	36

CAPÍTULO III

3. El documento electrónico.....	41
3.1. El documento desde el punto de vista general.....	42
3.2. Concepto y generalidades del documento electrónico.....	43
3.3. Características del documento electrónico.....	46
3.4. Naturaleza jurídica del documento electrónico.....	51
3.5. Funciones del documento electrónico.....	52
3.6. Requisitos legales que invisten al documento electrónico.....	56

3.7. Diferencias entre el documento escrito y el electrónico.....	64
---	----

CAPÍTULO IV

4. La incursión del documento electrónico como medio de prueba.....	69
4.1. El documento electrónico como medio probatorio.....	70
4.2. El documento electrónico en el proceso civil y mercantil.....	72
4.3. Valor probatorio del documento electrónico.....	74
4.4. El uso del documento electrónico en la actualidad.....	76
4.5. Análisis jurídico sobre el Decreto 47-08 del Congreso de la República.....	80
4.6. Análisis comparado entre el Decreto 47-08 y Decreto Ley 107.....	83
4.7. Incidencias en la aplicación del documento electrónico.....	86
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se realiza con vistas a descubrir los efectos que el avance tecnológico ha generado en Guatemala en los últimos años. A partir del uso de computadoras en las operaciones comerciales hasta la llegada del sistema electrónico digital como fuente de enlace en la negociación civil y mercantil, se ha afectado de manera abrupta el ámbito jurídico que rige las relaciones entre particulares, personas jurídicas y entidades estatales.

El campo de uso del documento electrónico iniciado hace más de una década, es cada día más amplio, en virtud de su aplicabilidad y fácil adaptación en la esfera civil y mercantil. Como consecuencia, los cambios operados afectan las relaciones sociales, civiles y comerciales, surgen a su vez conflictos entre contratantes dentro de los negocios y las partes en los actos jurídicos; y por lo tanto, para la resolución de los mismos ha sido necesaria la coparticipación de los Órganos Jurisdiccionales a través de normativas legales que regulen este aspecto.

De tal manera, que dentro de la presente investigación se requirió el estudio y análisis del desarrollo en los procesos civil y mercantil guatemaltecos, la interpretación jurídica de las pruebas dentro de los mismos; así como, el papel del documento electrónico y su forma de aplicación e incorporación dentro de los procesos anteriormente referidos.

Con el objeto de hacer más factible la comprensión de la participación del documento electrónico al momento de ser incorporado como medio probatorio en los procesos, en este trabajo se analiza lo que establece el Decreto 47-2008 del Congreso de la República

reconocido como Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

En cuanto al fundamento teórico, este trabajo se ha basado en el método analítico, en virtud del estudio realizado a la teoría de que un documento electrónico puede perpetrar en todas las fases del período probatorio y figurar como prueba en los procesos civiles y mercantiles; lo que conllevó a su vez a la implementación del método inductivo-deductivo tomando en cuenta el reconocimiento de la existencia del documento electrónico en la legislación nacional y por ende su implementación como medio probatorio, no obstante que no se encuentra dentro de los aspectos regulados en el Artículo 128 del Decreto Ley 107.

Su orden y estructuración se desarrolló de la siguiente manera: el capítulo primero trata lo relativo al proceso ordinario civil guatemalteco en general: el segundo aborda el tema referente a la prueba dentro de los procesos civiles y mercantiles, aquellos medios probatorios que regula el Código Procesal Civil y Mercantil y su forma de diligenciamiento; el tercero trata lo referente al documento electrónico, sus funciones y las ventajas versus documentos en papel; finalmente, el capítulo cuarto muestra al documento electrónico dentro de los procesos civiles y mercantiles figurando como medio de prueba, así como su forma de incorporación y valoración.

Se espera que a través del presente trabajo se reconozca la importancia del documento electrónico, su uso y aplicación en los negocios jurídicos y sobre todo se promueva su inclusión en los procedimientos judiciales en la fase probatoria de los procesos civiles y mercantiles; así como su debida aceptación por parte de los administradores de justicia desde el momento que sean ofrecidos como medio probatorio por las partes.

CAPÍTULO I

1. El proceso civil y mercantil en Guatemala

Desde el inicio de su vida independiente el Estado y la sociedad guatemalteca han buscado mantener la armonía social estableciendo mecanismos jurídicos que han permitido, en cierto grado, resolver los conflictos que surgen de la naturaleza humana en el ámbito de las relaciones sociales cotidianas, adoptando para el efecto, diferentes instituciones jurídicas y creando órganos de administración de justicia a través de los cuales se aplican las normas sustantivas y adjetivas del ordenamiento jurídico positivo cuyo principio y fin ha sido siempre la búsqueda de la paz social.

Conforme el crecimiento y desarrollo social de los pueblos, el Estado se ve en la necesidad de ir adecuando la legislación a esas nuevas realidades y nuevas formas de relación, circunstancia a la cual no es ajena el Estado de Guatemala, por lo que, derivado de esa necesidad, en el año 1963 el Coronel Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República designó una Comisión de Jurisconsultos para la creación de un proyecto de ley que se adecuara a las necesidades de esa época, proyecto que, luego de haber sido aprobado por la Comisión Revisora designada por el Gobierno en Consejo de Ministros, se promulgó como el Decreto Ley 107, habiéndosele denominado Código Procesal Civil y Mercantil.

No obstante lo manifestado en cuanto a la necesidad de adecuar la legislación al desarrollo social, el Decreto Ley 107 no ha sido objeto de cambios sustanciales que

abarquen las nuevas realidades de la sociedad guatemalteca derivadas del desarrollo tecnológico en general, circunstancia opuesta con relación a otras leyes, las cuales sí han sido objeto de un acomodo a esa realidad, lo cual obliga a que los procesos civiles se desarrollen aplicando análogamente conceptos que, por el paso del tiempo, se han tornado anacrónicos dada su imprecisión, lo que indiscutiblemente impide la certeza jurídica.

1.1. El proceso ordinario civil guatemalteco

A través de la historia del derecho guatemalteco, este ha sido el primer proceso que se ha desarrollado mediante una ley, siendo el primer proceso ordinario resuelto aplicando el Decreto Ley 107 el proceso ordinario de divorcio, cuya sentencia es de fecha seis de julio de 1964 y corresponde al juicio 23,175 del libro de demandas nuevas del Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, que contiene los procesos tramitados en ese Juzgado del 16 de febrero de 1960 al 22 de septiembre de 1965.

El proceso ordinario civil sirve de base para el desarrollo de los demás procesos existentes en la legislación guatemalteca, tal es el caso del juicio sumario, el ejecutivo, la vía de apremio y el juicio oral, siendo a su vez el juicio ordinario el proceso de general aplicación y debida observancia en aquellos casos que no tengan contemplado un proceso específico para su tramitación, ello conforme a lo regulado en el Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Para referirse al proceso civil guatemalteco, se hace necesario que previamente se

defina al proceso propiamente dicho, el cual en términos generales es una sucesión de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante la intervención de un órgano jurisdiccional un conflicto o situación sometida a su conocimiento.

La finalidad del proceso es resolver la *litis* que surge entre los particulares. Aquí interviene el Estado, ya que la finalidad de éste es proteger a la persona y a la familia de acuerdo a lo que regula el Artículo 1° de la Constitución Política de la República de Guatemala, delegando esa función en los Tribunales de Justicia, actuando a través de los Jueces y Magistrados, siendo estos funcionarios públicos los que están directamente involucrados en el proceso e investidos de todo el poder que la ley les confiere.

En consecuencia, finalizadas las fases del proceso civil se dará la emisión de la sentencia, la cual tendrá como finalidad culminar el proceso, aportando con ello la resolución de la *litis*, dejando sin efecto las diferencias que las partes externen y dando lugar a la aplicación del derecho propiamente dicho.

1.2. Naturaleza jurídica del proceso civil y las teorías que la definen

Al hablar de la naturaleza jurídica del proceso civil, se debe remontar a la raíz de su creación, si éste provino por sí solo o si es la piedra angular o columna vertebral que sostiene los conceptos básicos del derecho, es decir, si a través del proceso civil se encapsuló a todos y de ahí se desprendieron los demás procesos.

La naturaleza jurídica del proceso civil, según el tratadista Eduardo Couture, consiste en: “determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial. Así, por ejemplo se trata de saber si el vínculo que une a las partes y al juez constituye un contrato, un cuasicontrato o alguna otra figura jurídica semejante, y de resolverse ese punto en sentido negativo, sería necesario, entonces, decidir qué es el proceso como fenómeno particular”.¹

Con la definición antes referida, el tratadista Eduardo Couture revela los parámetros que deben regir la naturaleza jurídica del proceso civil. Una cuestión importante que debo destacar, es que en la medida que determina la normativa supletoria a aplicar en los casos de lagunas legales o antinomias jurídicas que se presentan en la resolución de los procesos sometidos a conocimiento de un Órgano Jurisdiccional competente y preestablecido.

En torno a la naturaleza jurídica del proceso civil, han existido dos corrientes contrapuestas que tratan de ubicarla en dos campos paralelos entre sí: 1) las teorías privatistas y 2) las teorías publicistas.

1) Las teorías privatistas, que regulan la naturaleza jurídica del proceso civil, consideran que el proceso civil es una institución integrada dentro del derecho privado, en virtud de que es tomado como un contrato en el cual existe acuerdo de voluntad de las partes las cuales deciden someterse a la decisión de un Juez.

¹ Couture, Eduardo, **Fundamentos del derecho procesal civil**, Pág. 124.

En la actualidad no puede mantenerse esta teoría, habida cuenta del monopolio estatal sobre la jurisdicción, que impide considerar al proceso como algo propio del ámbito privado, es por ello que el proceso debe tratarse únicamente desde el punto de vista del público, en base a las partes que conforman el desarrollo del proceso, es decir que quien resuelve un proceso es un Juez y este por la Fe pública que ostenta no puede conformar al derecho privado.

2) Las teorías publicistas, que regulan la naturaleza jurídica del proceso, sostienen como argumento fundamental que el proceso no puede explicarse a través de las relaciones jurídico-privadas y por ello acuden al derecho público.

Entre las teorías publicistas más importantes que explican el desenvolvimiento del proceso dentro de la sociedad existen las que se mencionan a continuación: a) **el proceso como relación jurídica**, que sostiene que el proceso debe ser tomado como una actuación propia del hombre dentro de la sociedad y que va a tener consecuencias jurídicas a medida que su actuación interpersonal se le vaya dando ese valor jurídico y se haga uso de las diversas instituciones jurídicas del Estado; b) **el proceso como situación jurídica**, que explica el estado en el que se encuentran las partes previo a la emisión de la sentencia; c) **el proceso como institución jurídica**, es decir, por estar reconocida dentro del ordenamiento jurídico es de imperativa observancia para las partes.

a) El proceso como relación jurídica, dentro de la sociedad es natural que se den las relaciones interpersonales y para el proceso no hay excepción alguna, en el que se

debe observar la obligatoria intervención de las partes, las cuales procuran que a través de éste se resuelva sus diferencias.

Couture afirma que para esta teoría es indispensable la actuación de las partes y argumenta lo siguiente: “Se dice en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez, sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses.”²

Actualmente, se concibe al proceso como una relación jurídica material y se caracteriza por su autonomía o independencia de la relación jurídica formal que se deduce dentro del mismo.

Las características que revisten a la teoría que define al proceso como una relación jurídica son: 1) **la relación compleja** existente entre las partes, porque engloba tanto derechos como deberes que se van produciendo en las diversas fases del procedimiento; 2) es una relación que debe ejercitarse **basada en los principios** que rigen al derecho público; 3) es el **Juez quien asume** la tarea de decidir la contienda y 4) las **partes quedan totalmente supeditadas** a la resolución del Juez.

Asimismo, puede afirmarse que se integra esta teoría con las obligaciones puramente procesales que deben cumplir las partes dentro del proceso y, para que éstas se

² **Ibíd.** Pág. 132

produzcan, es necesario que se cumplan determinados requisitos denominados presupuestos procesales, que son los requisitos de admisibilidad y condiciones previas a la tramitación de cualquier relación procesal.

b) El proceso como situación jurídica, permite confrontar a ambas partes en un estado en el que se espera únicamente la solución de sus diferencias a través de la sentencia. Para esta teoría, las partes se encuentran en un momento en el que tienen en sus manos poner a conocimiento del Juez su pretensión.

Couture define esta teoría de la siguiente forma: “El proceso no es relación, según este particular modo de ver, sino situación, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial, que se espera con arreglo a las normas jurídicas.”³

En esta teoría se observa que los presupuestos procesales no pueden ser la condición de existencia del proceso, ya que los mismos deben ser discutidos dentro del proceso en sí, que finalizará, si no concurren éstos, con una sentencia absolutoria en la misma instancia.

El contenido del proceso no lo constituyen derechos y obligaciones; es verdad que el Juez tiene la obligación de dictar sentencia, pero dicha obligación no deriva de una relación jurídica procesal, sino de la obligación del Estado de administrar la justicia, y por tanto, nace del propio derecho público. Asimismo, las partes no tienen en reserva obligaciones procesales, ya que la sujeción del ciudadano al poder del Estado es

³ **Ibíd.** Pág. 136

natural y no deriva de ninguna relación jurídica. A lo sumo, pueden existir cargas para las partes, pero no obligaciones.

La teoría de la relación jurídica es estática, y no aporta nada nuevo al proceso, el cual se caracteriza por su dinamismo, ya que se desarrolla de acto en acto hasta desembocar en la resolución dictada por el Juez.

El proceso progresa por medio de los actos procesales, cuya meta será el logro de una sentencia favorable a las pretensiones de las partes, y cada acto procesal crea situaciones en que las partes examinan cuáles son sus posibilidades de obtener esa sentencia favorable.

Cada una de estas situaciones es válida en tanto es condición de la siguiente y tiene como presupuesto la anterior; así, para la teoría de la situación jurídica, el proceso se define como un conjunto de situaciones transitorias, que van llevándose a cabo hasta llegar a una situación definitiva que es la sentencia.

En el proceso, todos los derechos se encuentran en situación de espera mientras no se produzca la sentencia. Por eso, lo que caracteriza al proceso es la incertidumbre, tanto por parte del actor, como por parte del demandado. Así, en el proceso no puede haber derechos, sino expectativas de derechos; de la situación de incertidumbre solamente derivan cargas y expectativas.

En cuanto a las obligaciones, éstas no existen, propiamente, en el ámbito procesal, sino

que sólo hay cargas; la carga se diferencia de la obligación en que, mientras que ésta es un imperativo nacido del interés de un tercero o del interés del Estado, la carga es un imperativo del propio interés, de ahí que no haya sanción para quien decide no asumir una carga.

Desde el punto de vista de la teoría de la situación jurídica, el proceso se define como el fenómeno jurídicamente reglamentado que se desenvuelve de situación en situación produciendo determinadas cargas y expectativas, con el fin de obtener una decisión judicial.

c) El proceso como institución jurídica, para esta teoría el proceso, se encuentra en contraposición con la teoría de la relación jurídica, por considerar que dentro del proceso existen varias correlaciones de derechos y deberes.

En ese orden de ideas, el proceso es el conjunto de actividades relacionadas por el vínculo de una idea común y objetiva, a la que están adheridas las diversas voluntades particulares de los sujetos de los que procede aquella actividad, y por lo tanto, no se produce una sola relación jurídica sino múltiples, que son susceptibles de ser reconducidas a la unidad a través de la idea de institución.

Couture, define al proceso como institución, y para el efecto hace la siguiente enunciación: “Es un complejo de actos, un método, un modo de acción unitario, que ha sido regulado por el derecho para obtener un fin.”⁴

⁴ **Ibíd.** Pág. 144

En este sentido, la institución procesal la configuran dos elementos fundamentales que van inmersos dentro de la definición que se citó anteriormente: 1) la idea común y objetiva que es la satisfacción de la pretensión, 2) las voluntades particulares que se adhieren a ella.

Entonces, con base en las definiciones anteriormente citadas, se deduce que el proceso contiene varios caracteres fundamentales, tales como: **la jerarquía** entre las partes que intervienen, situando al Juez como intermediario; **la universalidad**, en la que el proceso no reconoce particularidades territoriales dentro de los límites de una misma soberanía; **la permanencia**, en virtud de que el proceso perdura a lo largo del tiempo, y; **la elasticidad formal** para adaptarse a las vicisitudes de cada caso en concreto.

1.3. Clasificación del proceso

Al haberse entendido al proceso desde diversas teorías que lo definen y posterior a las enunciaciones que se hicieron anteriormente, se sitúa la clasificación del proceso.

En vista de que la legislación guatemalteca abarca todos los procesos los regula, desglosa y obliga a los ciudadanos a que encuadren sus pretensiones en base a esa clasificación, dentro de la misma se encuentran:

- a) por la finalidad que pretenden alcanzar;
- b) por la plenitud o limitación de su conocimiento, la cual encierra los parámetros temporales en los que se debe llevar un proceso;

- c) por la generalidad o especialidad de los litigios que resuelve;
- d) por la cuantía, es decir, los procesos que toman como base el monto de la pretensión que se tiene;
- e) por la forma en la que los procesos pueden desarrollarse, o sea el mecanismo que se utiliza para el diligenciamiento de los procesos;
- f) por su contenido, que regula la materia de los procesos;
- g) por su estructura y, finalmente,
- h) la clasificación legal existente en el Decreto Ley 107.

a) Por su finalidad, en esta clasificación se persigue el objetivo al que se pretende llegar y para ello existen: de conocimiento, de ejecución y cautelares.

Los procesos de conocimiento: por medio de éstos se pretende crear un derecho no existente; esto quiere decir que a pesar de que un derecho se encuentre regulado en una norma sustantiva, hay que darle vida a esa norma sustantiva precisamente a través del proceso de conocimiento en el que se declare y otorgue el derecho objeto de controversia.

Los procesos de ejecución: en éstos ya no se procura la creación de un derecho, sino que ya debe de existir ese derecho y, lo que pretende éste proceso es hacer cumplir ese derecho ante la negativa del cumplimiento del obligado.

Los procesos cautelares: son aquellos procesos que sirven como alternativa común a todos los procesos, protegen la seguridad de las personas, evitan que una persona

salga del país, lo sujetan a un futuro proceso y garantizan el cumplimiento de una obligación.

b) Por la plenitud o limitación de su conocimiento, esta clasificación se refiere a las fases y plazos del proceso, así como a la totalidad o parcialidad de la pretensión que exponga el interponente: plenarios y sumarios.

Los procesos plenarios, estos se refieren a que el conocimiento de un litigio ha sido completo, por lo que debe llevarle a la realización total y definitiva del mismo, y **los procesos sumarios:** estos se refieren a que el conocimiento del litigio está limitado a determinados extremos, por lo que su realización es parcial y no de forma definitiva.

c) Por la generalidad o especialidad de los litigios que resuelve: dentro de esta clasificación existen únicamente dos tipos de procesos: **Ordinarios,** cuando a través de ellos se conoce la generalidad de los litigios; y los **Especiales,** cuando a través de ellos se conocen únicamente determinado tipo de litigio.

d) Por la cuantía: en esta clasificación se dividirán a los procesos por el valor de la pretensión a la que se quiere llegar: **de mayor, de menor y de ínfima cuantía.**

Los procesos de mayor cuantía, actualmente los juicios de mayor cuantía son de cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00) en adelante y serán conocidos por un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil el que será competente para dirimir ese tipo de procesos de conformidad con el Artículo 1° inciso a) del Acuerdo 37-2006.

De menor cuantía, estos procesos serán conocidos por un Juez de Paz Civil que será competente cuando el monto sea hasta cincuenta mil quetzales (Q. 50,000.00). En las cabeceras departamentales y los municipios siguientes: Coatepeque, Quetzaltenango; Santa Lucía Cotzumalguapa, Escuintla; Malacatán e Ixchiguán, de Quiché; Poptún, Petén; Santa Eulalia, Huehuetenango; Mixco, Amatlán y Villa Nueva, será competente para conocer un Juez de Paz Civil hasta un monto de veinticinco mil quetzales (Q. 25,000.00); en los casos no comprendidos en los casos anteriores el monto será hasta de quince mil quetzales (Q. 15,000.00) de conformidad con lo regulado en los incisos b) y c) del Artículo primero del Acuerdo antes referido.

Los procesos de ínfima cuantía, en estos procesos serán competentes para conocer los Jueces de Paz del Ramo Civil y los Jueces de Paz de los demás municipios de la República en los casos en que el monto del litigio no exceda de diez mil quetzales (Q. 10,000.00) y en estos casos no es necesario el auxilio de un abogado.

e) Por la forma en la que los procesos pueden llevarse a cabo: Esta clase de procesos contiene dos únicamente: **Escritos**, en estos prevalece el principio procesal de la escritura sobre el de oralidad, esto quiere decir que en la mayoría de sus actos prevalece la escritura; **Orales**, siguiendo la premisa anterior, de igual manera en los procesos orales prevalece el principio procesal de oralidad sobre el de escritura.

f) Por su contenido: Esta clase de procesos se dividen según la competencia y jurisdicción atinente a cada proceso, ejemplo de ello son los procesos civiles, penales, laborales, ramo de familia, entre otros, es decir son nombrados de acuerdo a la materia

que se trate dentro de los mismos.

g) Por su estructura: En ésta subdivisión se encuentran únicamente los procesos contenciosos y los voluntarios.

h) Clasificación legal del proceso: en este caso se debe tomar como referencia lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. De acuerdo a esta subdivisión se toman los Libros que conforman el Decreto en mención, se dividen en:

- Libro segundo: se divide en los procesos de conocimiento tales como: juicio ordinario, juicio oral y juicio sumario.
- Libro tercero: en éste apartado se encuentran los procesos de ejecución, juicio ejecutivo, juicio ejecutivo en la vía de apremio, ejecución de la sentencia y juicio de ejecución colectiva.
- Libro cuarto: se regulan los procesos especiales, como la jurisdicción voluntaria y los procesos sucesorios.
- Libro quinto: se regulan las alternativas comunes a todos los procesos: providencias cautelares, intervención de terceros, inventarios, avalúos, consignaciones, costas y modos excepcionales de terminación del proceso.
- Libro sexto: se encuentran las impugnaciones a las resoluciones judiciales, tales como: los recursos de aclaración y ampliación, revocatoria, reposición, apelación, nulidad y casación.

1.4. El juicio ordinario civil guatemalteco

Al realizar el estudio de las leyes guatemaltecas y los procesos que se desarrollan puede deducirse que del juicio ordinario civil se derivan todos aquellos procesos que se regulan en el ordenamiento jurídico nacional. Las fases que componen al Juicio Ordinario Civil son:

- a) **el planteamiento** de la demanda, a través de la cual se accionará al sistema judicial con el objeto de obtener solución a la pretensión inicial;
- b) **el emplazamiento**, que tiene como función esencial hacer de conocimiento a la parte demandada de la *litis* promovida en su contra, a efecto de que pueda tomar una actitud de defensa;
- c) **la apertura a prueba** como la ley la denomina, que representa el período con que cuentan las partes para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos vertidos en la demanda o proceso instaurado;
- d) **la vista**, como parte del proceso es el momento oportuno en el que con base al principio de oralidad las partes puedan alegar frente al Juez sus pretensiones y tratar de convencerlo de la veracidad de los mismos;
- e) **el autor para mejor fallar**, que es facultad exclusiva del Juez para esclarecer algún hecho que no le ha quedado totalmente claro; y
- f) **la sentencia**, que es una resolución plasmada la decisión del Juez en base a la sana crítica.

a) Planteamiento de la demanda: esta es la primera etapa del proceso, en la que el demandante acciona ante el Juez para que su pretensión sea atendida, ello una vez

que estén cumplidos todos los requisitos que regula el Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 61. La demanda podrá ser ampliada o modificada por el actor antes de que haya sido contestada por el demandado.

b) Emplazamiento: en esta etapa luego de que el Juez admite para su trámite la demanda, emplaza al demandado concediéndole nueve días para que tome una actitud frente a la demanda.

Las actitudes que la parte demandada puede tomar dentro del período del emplazamiento son: el allanamiento o adherencia a lo solicitado por el actor; la contestación negativa de la demanda, en la que el demandado rechazará todo lo argumentado por el demandante; la reconvención o contrademanda y la actitud de rebeldía, que es declarada a petición de parte cuando el demandado toma una actitud pasiva dentro del proceso, es decir que no acciona frente a los tribunales para hacer valer sus derechos como demandado.

Durante el allanamiento, el demandado podrá aceptar las aseveraciones del demandante mediante ésta actitud, dando como resultado que el juicio finalice mediante la inmediata emisión de la sentencia por parte del Juez que tenga a su cargo el conocimiento del litigio, favoreciendo a la parte demandante en su totalidad.

En la contestación negativa de la demanda e interposición de excepciones perentorias, el demandado defenderá sus argumentos, los cuales estarán completamente opuestos a la pretensión del demandante interponiendo las excepciones que regula la ley, siendo

éstas las que afectan al fondo del asunto, y cuando prosperan suponen una eliminación del derecho del actor.

La reconvencción, procede cuando en un mismo proceso la calidad de demandante y demandado recae sobre la misma persona, ante el accionar de quien está siendo demandado en el caso en particular. Para que esto suceda, tiene que haber conexión con el asunto principal y tramitarse ambos asuntos por la misma vía.

La rebeldía, es una actitud del demandado que viene a constituirse como un no hacer nada, un silencio frente a ella, el hacer caso omiso al llamado que hace el Juez, pero que es un **no** manifestarse del demandado, procesalmente se le denomina a esa actitud como pasiva y negativa frente a la demanda. Es un silencio frente a la demanda, es un no acudir al llamamiento que hace el Juez, pero técnicamente se le llama que es una actitud negativa pasiva del demandado frente a la demanda.

c) Apertura a prueba: el plazo ordinario de prueba dentro de este juicio es de 30 días. El proceso civil se encuentra en contraposición con el proceso penal, ya que las pruebas que se podrán utilizar únicamente son aquellas que hayan sido ofrecidas en la demanda y los medios de prueba que acepta el proceso civil, son los que están regulados en el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Este ordenamiento jurídico también deja abierta la posibilidad a que el período de prueba sea ampliado, previniendo que el plazo de los 30 días sea insuficiente para el diligenciamiento de los medios de prueba. Para ello, se otorgará el plazo de 120 días

en los casos en que la prueba deba recibirse fuera de la República.

d) Vista: este es el momento procesal mediante el cual las partes podrán alegar de palabra o por escrito ellas mismas o por medio de sus abogados a efecto de convencer al Juez de su pretensión u oposición.

e) Auto para mejor fallar: es necesario partir de que un auto es una resolución mediante la cual en base a un fundamento por parte del Juez, se resuelve una cuestión que no pone fin al proceso, como el caso de los incidentes.

El auto para mejor fallar es una facultad discrecional del Juez y es a través de el que se podrá acordar para mejor proveer que se traiga a la vista cualquier documento que crea conveniente para el esclarecimiento de los derechos de los litigantes; podrá ordenar que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que considere necesario y traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso, estas diligencias se realizarán en un plazo no mayor de 15 días.

f) Sentencia: Acto del órgano jurisdiccional en que se emite un juicio sobre la pretensión del actor y la oposición del demandado, por medio de un debido proceso, en la cual se resuelve la hipótesis planteada; es entonces, la resolución que le pone fin a un proceso en forma normal, cuando se han cumplido todas las etapas en ese proceso.

Aunque el Código Procesal Civil y Mercantil no regula el plazo para la emisión de la sentencia, en este caso se aplica supletoriamente lo regulado en los Artículos 141 y 142

de la Ley del Organismo Judicial, que regulan que el plazo para la emisión de la sentencia es de 15 días.

El tratadista Manuel Ossorio al referirse a la sentencia, hace énfasis en el Órgano que tiene como función principal la emisión de la misma, y argumenta que: “Es el acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometido a su conocimiento”⁵.

El punto medular del presente capítulo es el proceso y sus generalidades, pero el principal interés de la autora es destacar el juicio ordinario y las diferentes fases que lo estructuran, ya que dentro de las cuales es posible incluir al documento electrónico como medio de prueba dentro de cualquier litigio.

No obstante que el documento electrónico no se encuentra contemplado por el Decreto Ley 107, éste cumple con los requisitos necesarios para que sea tomado en cuenta como prueba, lo cual tiene como asidero legal el Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, por lo que se amplía lo referente a la prueba en el capítulo que continúa.

Siguiendo un orden lógico, en el presente trabajo de investigación se hace necesario abarcar el tema de la prueba y diferentes clasificaciones de prueba existentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco, dentro de los cuales se incluye al documento electrónico, tema que se abordará en el siguiente capítulo.

⁵ Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 699.

CAPÍTULO II

2. La prueba dentro del proceso civil y mercantil guatemalteco

En este capítulo, continuando con la secuencia del capitular se abordará el período probatorio, ya que dentro de éste el documento electrónico hará la demostración de su idoneidad para figurar como prueba dentro del proceso civil y mercantil guatemalteco.

Se presenta en este capítulo como punto medular **la prueba dentro del proceso civil y mercantil guatemalteco**, ya que en base a la prueba aportada el Juez arribará a la emisión de la sentencia. Por lo que, se abordará la forma de incorporación, el desarrollo, los procedimientos para la valoración y la apreciación de los medios probatorios puestos a criterio del Juez, siendo éstos de vital importancia al proceso dentro del cual se incluyan.

Para el efecto se mencionan las generalidades de la prueba, que consisten en: a) el concepto de prueba, para entender a la prueba propiamente dicha; b) el objeto de la prueba, el cual se traduce en la enunciación del hecho o hechos que se pretenden probar mediante el proceso; y c) la carga de la prueba, los que se desarrollan a continuación.

a) El Concepto de prueba, es la actividad necesaria por cada una de las partes dentro del proceso, que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley.

Según Manuel Ossorio, la prueba se define como: “El Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas”.⁶

La prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo. Atendiendo a ello la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo. Si no, puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Aquí se produce una distribución de la carga de la prueba.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso. Cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa.

b) El objeto de la prueba, para que un medio de prueba cumpla con sus funciones dentro del período probatorio, deberá contener un objeto, es decir un fin determinado.

Para el tratadista Hugo Alsina, el objeto de la prueba es: “El hecho o hechos que se alegan como fundamento del derecho que se pretende. De este punto de vista, puede decirse que la prueba tiene por objeto la demostración de la existencia de un hecho, pero también puede ser objeto de prueba la inexistencia de un hecho, como ocurre

⁶ **Ibíd,** Pág. 625

frecuentemente en las acciones meramente declarativas, cuando fundada en esa circunstancia se afirma la inexistencia de un derecho”.⁷

El objeto de la prueba puede dividirse en inmediato y mediato. El objeto inmediato de la prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de todos los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. El objeto mediato de la prueba es llegar a la verdad de los hechos.

Por lo anterior, se comprende que la prueba es la que da vida a éste y es mediante la prueba que se van a dirimir las pretensiones expuestas ante el Juez y lo ayudarán a arribar a una conclusión y consecuentemente a la emisión de la sentencia.

c) La carga de la prueba, es la que impulsa a la parte demandante a demostrar la veracidad de los hechos que la motivaron a acudir a los Órganos Jurisdiccionales y a la parte demandada a demostrar sus argumentos que pretenden destruir la pretensión instaurada en su contra.

El autor Erick Álvarez, señala dos enfoques de la carga de la prueba: “*A priori* para las partes, quienes tienen la carga de probar qué es lo que tienen que probar en su momento procesal (demanda y contestación de la demanda); *a posteriori*, le corresponde al Juez cuando va a pronunciar sentencia, analiza si los hechos afirmados fueron acreditados, dictando sentencia condenatoria o analizando a quien correspondía probar los hechos y ante la ausencia o insuficiencia de la prueba dictando una sentencia

⁷ Alsina, Hugo, **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**, pág. 239.

absolutoria o desestimatoria”.⁸

2.1. El procedimiento probatorio

Dentro de este son admisibles todos aquellos medios que la ley contempla. Es el estudio de la prueba, exponiendo y analizando su proposición, admisión, producción y elevación judicial, la cual puede servir al actor y al demandado.

La prueba en el proceso oscila entre la verificación de los hechos y la aplicación del derecho. Para su explicación se desarrolla en varias fases tales como: a) el ofrecimiento de la prueba; b) la proposición de los medios probatorios; c) el diligenciamiento de la prueba y d) la valoración de la prueba, los cuales se enumeran a continuación.

a) Ofrecimiento de los medios de prueba, es el acto de las partes por el que precisan qué medios de prueba desean practicar en el proceso y que a su vez pretenderán probar la veracidad de los hechos que originaron el litigio. En cuanto al documento electrónico éste siempre deberá ser ofrecido como los medios de prueba existentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Los autores Juan Montero y Mauro Chacón definen al ofrecimiento de la prueba así: “Este acto, dado que los medios de prueba deben proponerse en la demanda y en la contestación de la demanda, se produce conjuntamente con el de petición de apertura del proceso a prueba, pero debe tenerse en cuenta que una cosa es que se pida que en

⁸ Álvarez Mancilla, Erick Alfonso: **Introducción a la teoría general del proceso.** Pág. 91.

el proceso exista prueba y otra que se diga qué medios deben practicarse.”⁹

b) Proposición de los medios probatorios, acto del Juez, por el que previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, entre los ofrecidos por las partes, deben practicarse en el proceso.

Aquí es donde surgen las facultades negativas y positivas del Juez, quien puede rechazar o admitir un medio de prueba propuesto por una parte, pero además puede de oficio ordenar la práctica de medios de prueba, cuando para ello exista norma expresa que así lo determine. En cuanto a los documentos electrónicos, éstos deberán ser admitidos por el Juez, ya que se encuentran investidos de las facultades que se exigen a los medios probatorios regulados por el Decreto Ley 107.

c) Diligenciamiento de los medios probatorios, en esta fase adquiere especial relevancia el procedimiento probatorio de cada uno de los medios de prueba, ya que como función del Juez propiamente dicha, pone en movimiento a su vez a todas las ramas del derecho que hacen posible y más factible el diligenciamiento de las pruebas sometidas al juzgador.

Con el objeto de que la función del Juez se lleve a cabo dentro de los parámetros legales, respetando al estado de derecho, es necesario que esa función se lleve a cabo con la ayuda de una serie de normas generales y principios que proveerán de seguridad jurídica al diligenciamiento de los medios probatorios, los mismos se listan a

⁹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado; **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, vol. 2. Pág. 49.

continuación: **Presencia judicial (inmediación)**, el Juez presidirá todas las diligencias de prueba; **Audiencia o contradicción**, todas las pruebas se practican con intervención de las partes debiendo al efecto ser citadas con dos días de antelación por lo menos.

La falta de citación debe suponer nulidad o en palabras del Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 129 “**no se tomarán en consideración**”; **Publicidad**, la regla general es que todas las diligencias de prueba se practiquen en audiencia pública, esto es, con total publicidad. Excepcionalmente los jueces podrán disponer que se practiquen de manera reservada cuando por su naturaleza lo estime conveniente; **Lugar**, En principio las pruebas se practicarán en el local del órgano jurisdiccional, aunque cabe la posibilidad, en el reconocimiento judicial, de que el Juez tenga que ir al lugar o terreno del caso al cual se pretende realizar el reconocimiento judicial. Los documentos electrónicos poseen facilidad en su traslado, por lo que cumplen a cabalidad con esta regla; **Documentación**, Las pruebas se practican de un modo mixto, es decir de forma oral y de forma escrita, pero en todo caso el acto ha de ser documentado por el secretario que levantará acta, haciendo constar en la misma su nombre y siendo responsable solidariamente con el Juez del contenido de los mismos (Artículo 68 de la Ley del Organismo Judicial).

d) Valoración de los medios probatorios, esta actuación propia del Juez, otorga al procedimiento probatorio la certeza jurídica de que la prueba aportada al proceso cumplirá la función para la que fue ofrecida.

De igual manera, gracias a la valoración de las pruebas se pueden lograr dentro del

proceso que ocurra: la seguridad de que los medios probatorios ofrecidos al proceso prueben los hechos que las partes desean que queden plasmados y que ayuden a que la decisión del Juez sea favorable para quien ofreció un medio de prueba determinado y a su vez otorga al Juez el papel deseado en el que se constituye como árbitro del proceso en el que al plasmar su decisión la hará basada en la sana crítica y en las pruebas aportadas al proceso.

2.2. Clasificación de los medios probatorios

La legislación adjetiva civil guatemalteca regula y clasifica los medios probatorios que harán que la prueba dentro del proceso se diligencie de una manera correcta, eficaz y adecuada, facilitando la labor del Juez. Estos son los siguientes: a) declaración de las partes, b) declaración de testigos, c) dictamen de expertos, d) reconocimiento judicial, e) Prueba de documentos, f) Medios científicos de prueba.

a) Declaración de las partes, consiste en la actividad procesal por la que una parte, bajo juramento, contesta a las preguntas (posiciones) que le formula la otra o el Juez, relativas a hechos personales de aquella, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el proceso.

b) Declaración de testigos, para abordar éste tema es necesario definir a los elementos que intervienen en esta clasificación que son: el **testigo**, persona física que ha presenciado un hecho y que posee la capacidad jurídica para declarar sobre el mismo dentro de un proceso al que ha sido llamado, en base a lo percibido por sus

sentidos, es decir, que le conste. Y **el medio de prueba o testimonio**, la actividad probatoria consiste en la prestación del testimonio por parte de quien sea llamado a testificar, aunque hay que distinguir entre la preparación para el mismo y su realización, es decir, la diferencia que existe entre las preguntas o interrogatorio que se realizarán al testigo y la forma en que responderá éste, coadyuvando de esta forma al criterio del Juez y a su convencimiento.

De ello se infiere que, este deberá dar valor probatorio a un testimonio aduciendo su veracidad únicamente por la lógica que exista entre éste y el hecho que se pretende probar puesto que sin ambos elementos la declaración de testigos no logrará los efectos jurídicos para los que fue creada mediante el Decreto Ley 107.

c) Dictamen de expertos, este medio probatorio surge por la necesidad de esclarecer ciertas dudas que a lo largo del diligenciamiento de los medios probatorios se van suscitando.

El esclarecimiento de las dudas es la búsqueda realizada por parte del Juez con el afán de brindar una resolución objetiva y encaminada al cumplimiento de los principios y normas que fundamentan al debido proceso.

El ordenamiento jurídico ha optado por configurar un tipo de Juez técnico desde el punto de vista de la ciencia jurídica, esto es, con conocimiento acreditado del derecho, al que cabe exigir además que tenga cultura media que se corresponde con el grado actual de desarrollo de la sociedad, pero esto ha supuesto renunciar a establecer un tipo de Juez

que pudiera llamarse **especialista en otras materias**.

Teóricamente nada hubiera impedido que para juzgar una cuestión en la que fueren precisos conocimientos médicos, se configurara un órgano judicial integrado por personas con esa especialidad y lo mismo cabría decir de todas las ramas del saber, pero el sistema judicial guatemalteco (realmente el de todos los países) se basa en un Juez sabedor del derecho y de conocimiento normal o genérico en otras materias.

Los conocimientos científicos, artísticos y prácticos son más necesarios cuanto más complejas y tecnificadas son las relaciones jurídicas.

Si el Juez, pues, no posee los conocimientos necesarios para llegar a establecer la existencia de los hechos de los que derivan las consecuencias jurídicas, alguien tiene que proporcionárselos y esa es la función que se pretende cumplir con la prueba pericial o de expertos.

No se trata de que otro juzgue por el Juez sobre los hechos, sino de facilitar el juicio que debe seguir haciendo este. Naturalmente, atendida esa función, es posible cuestionarse la naturaleza jurídica de la llamada prueba pericial, pues ya de entrada se advierte que hay algo de distinto en la actividad que, más que aportar a los hechos al proceso con los que comparar las afirmaciones fácticas de las partes, parece que sirve para conocerlos y apreciarlos.

d) Reconocimiento judicial, es uno de los medios probatorios contemplados en la

legislación guatemalteca, que permiten al Juez reconocer por medio de sus sentidos, el objeto, lugar, persona, entre otros, con el objeto de que este valore directamente y no a través de una simple conclusión mental, la aportación de este medio probatorio que dará solidez y legalidad a la resolución del Juez.

Como fuente de prueba de este medio probatorio, se puede mencionar los enunciados que se encuentran en el Artículo 173 párrafo primero del Código Procesal Civil y Mercantil, que se refieren a personas, lugares y cosas que interesen al proceso.

El objeto de este medio probatorio lo constituye **la cosa**, cualquiera que sea susceptible de apreciación por medio de los sentidos, y en el caso de recaer en personas, el Juez podrá reconocer tanto sobre sus características físicas como sobre sus aptitudes mentales y cualidades.

e) Prueba de documentos: La única manera de llegar a un concepto razonable de documento consiste en precisar, primero, cuáles son los elementos que hacen que algo deba ser considerado como tal.

Los elementos a los que suele referirse la doctrina son: a) **la cosa**, es decir el documento propiamente dicho; b) **el contenido** del documento, c) **la forma** de representación, en el entendido de que es en papel, d) **el autor** y e) **la fecha**.

a) La cosa: el documento ha sido siempre una cosa mueble, capaz de ser transportada a presencia judicial, con lo que quedan excluidos los inmuebles.

b) Contenido: la cosa que es el soporte del documento representa un hecho o acto jurídico, no pudiendo confundirse entre una y otro. Hay que hacer hincapié en la diferencia entre hecho y acto jurídico y la cosa que lo representa; por ejemplo un contrato no es el papel en el que se plasma, sino el acto de declaración de voluntades que lo constituye. Dicha distinción es base de otra que distingue entre documentos dispositivos y testimoniales. Los primeros incorporan una declaración de voluntad constitutiva, mientras que los segundos plasman una declaración de conocimiento o un simple acontecimiento que puede tener consecuencias jurídicas. Los documentos dispositivos no suelen ser medio para dar seguridad a las relaciones jurídicas materiales; los documentos testimoniales pueden o no realizarse sin finalidad procesal o con ese fin.

c) Forma de la representación: este es el aspecto clave en la actualidad para definir el documento, por cuanto aquí la alternativa es si la forma de representación ha de ser la escritura o si puede ser cualquier otra manera de representar el hecho o acto, como pueden ser la imagen o el sonido.

d) Autor: si el documento es una cosa mueble que representa un hecho o acto de forma escrita, es evidente que tiene que tener autor. Cosa distinta es cómo se establece la autoría del documento. Lo normal es que sea mediante la firma, pero también puede ser por la huella digital, por el sello comercial o por una contraseña.

e) Fecha: los hechos y actos ocurren en el tiempo y de ahí la trascendencia de la fecha en el documento que los representa. No puede llegarse a afirmar que sin fecha no existe

el documento, por cuanto aquella puede ser establecida por otras fuentes o medios de prueba, pero sí debe afirmarse que la eficacia probatoria del documento puede sufrir graves perturbaciones si en él no consta la fecha.

Los documentos suelen clasificarse en documentos públicos y documentos privados.

Los documentos públicos son aquellos autorizados por notario, por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo y habrá de entenderse, con las solemnidades establecidas por la ley (lo que es especialmente trascendente cuando se trata de los documentos notariales, ello de acuerdo con lo regulado en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Para que un documento sea público, han de concurrir tres requisitos: 1) estar autorizado o expedido por quien tiene facultad para ello; 2) que sea creado dentro de su competencia o en el ejercicio de sus funciones y 3) haberse fraccionado con las formas o solemnidades establecidas por la ley.

Como puede observarse, no existiría un documento público sin la autorización de éste por medio de una persona que lo firme, la cual tiene que estar investida de fe pública misma que es otorgada por el Estado de Guatemala.

Esto tiene su explicación, en que en un momento de la historia, el Estado de Guatemala asumió en exclusiva la función de dar fe de la existencia de los hechos y actos jurídicos y se le atribuyó a las personas que estimó conveniente, como ejemplo de ello se puede

mencionar a los notarios.

Los documentos privados son aquellos creados por una persona particular que no está investida de fe pública alguna. Para el autor Mauro Chacón Corado no existe una clara definición de documentos privados, pero indica que: “si se tratara de armar una, ésta se realizaría de forma negativa, en contraposición con la definición de documentos públicos, es decir, que los documentos privados son entonces aquellos que no son públicos”¹⁰.

f) Medios científicos de prueba, son aquellos medios obtenidos de los avances de la ciencia, aquellos que han surgido con el paso del tiempo en vista de los cambios que van innovando cada asunto en la vida cotidiana y que son ofrecidos por las partes en virtud de poseer un contenido probatorio extraíble únicamente por éstos, entre ellos se menciona a los calcos, relieves, reproducciones, fotografías, radioscopias entre otros.

Para el diligenciamiento del documento electrónico podrá en algún caso solicitarse la intervención de un ingeniero en sistemas, con el objeto de que emita un informe el cual desarrolle el contenido del documento electrónico.

g) Las presunciones, se constituyen en el criterio del Juez basado en los elementos que fundamentan a la sana crítica. Son un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella.

¹⁰ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado; **Ob Cit**, vol. 2. Pág. 156.

Según el tratadista Manuel Ossorio, la presunción es: “el juicio formado por el Juez valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos”.¹¹

Es un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte en el proceso y que ha de ser después probado por ella, para lo cual pueden ser utilizados todos los medios de prueba. Este hecho no constituye el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por la parte.

La presunción, es a su vez un nexo lógico o razonamiento que, partiendo del hecho base llega al hecho presumido y que puede ser bien establecido directamente por el legislador, el que, estimando que el indicio esté probado, ordena al Juez que dé por existente el hecho presumido (presunción legal), bien dejado por el legislador para que sea establecido por el Juez en cada caso (presunción judicial).

Las presunciones se dividen: en **presunciones legales y presunciones humanas**.

De acuerdo a lo regulado en la sección octava del Capítulo Quinto del libro Segundo del Código Procesal Civil y Mercantil: “**Presunciones legales:** En este medio de prueba la labor del Juez recaerá en encuadrar los hechos dentro de los juicios hipotéticos presumidos en las normas jurídicas.”

Según Manuel Ossorio, el tratadista define a la presunción legal como: “toda aquella

¹¹Ossorio, **Ob Cit.** Pág. 604

que, por disposición del legislador, releva de prueba al favorecido con ella".¹²

En estas presunciones, el nexo lógico entre el indicio y el hecho presumido viene establecido por el propio legislador.

Ante la confusión terminológica de las leyes, es preciso advertir que para que se trate de una verdadera presunción legal, es necesaria la existencia de una norma procesal que la establezca, norma que ha de referirse a un efecto probatorio y en la que han de preverse dos hechos, el indicio y el hecho presumido. Esa norma tiene que decir que si el Juez estima que se ha probado un hecho, la consecuencia es la de que tiene que dar por probado otro hecho.

Por ello, no son presunciones legales las reglas de interpretación o disposiciones supletorias. Por ejemplo, la presunción del Artículo 486 del Código Civil, según el cual en la copropiedad las cuotas de los partícipes se presumen iguales, ni las normas que establecen verdades interinas. Asimismo, en el Artículo 623 del Código Civil, presunción de buena fe en la posesión. Aunque ambas sí determinen la carga de la prueba. En estas falsas presunciones no existe un indicio, un enlace lógico y un hecho presumido, si no que se trata de normas especiales de carga de la prueba que podrían haberse enunciado así: **el que afirme la mala fe del poseedor debe probarla.**

La presunción legal no dispensa de toda prueba, dispensa de probar directamente el hecho presumido, pero el hecho base tiene que ser probado por cualquiera de los

¹² **Ibíd.** Pág. 605

medios de prueba.

Las presunciones humanas: son el hecho que se probará en un proceso, requiere de la presunción por parte del Juez en cuanto a valorar la prueba. En base a su experiencia y a la sana crítica que presupone toda sentencia dictada por éste, que el criterio plasmado en la resolución que se emita le de valor probatorio al hecho que se pretende probar.

Lo anterior trae como consecuencia que el Juez podrá dar valor probatorio a ambos argumentos de las partes contrarias, pero lógicamente se inclinará a una de ellas con el objeto de que la sentencia sea favorable para una parte y desfavorable para la contraparte, de otra manera, la sentencia sería **empatada** y al final no habría condena ni absolución, lo cual dejaría mucho que desear por parte del Juzgador de quien se espera el mejor criterio y que aplique la ley en la sentencia en base a su sano juicio.

Por esa razón las presunciones humanas son el medio probatorio ofrecido por las partes en el proceso, con el objeto de que sea analizado a profundidad cada uno de los acontecimientos o hechos ocurridos y que originen la interposición de la litis

2.3. Sistemas de valoración de la prueba

La legislación nacional, de hecho cuenta con un sistema que será aplicable a los medios de prueba reconocidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que la ley regula el sistema de valoración aplicable. Estos, son los medios con que cuenta el Juez al

momento de valorar la prueba, tomando en consideración el medio probatorio que se someta a su conocimiento, ya que cada uno, como lo expresa el Código referido, posee un sistema de valoración específico.

Según la doctrina, los sistemas de valoración que existen son: **a) la prueba legal o tasada, b) la libre convicción y c) la sana crítica.**

a) Prueba legal ó tasada, en este sistema la ley le señala al Juez por anticipado el grado de eficacia que tiene la prueba, es decir que este no debe apreciar la prueba, más bien debe cumplir lo que la ley ordena. En la actualidad se ha limitado a la confesión, que establece el valor que debe asignarle el Juez a este tipo de prueba.

El Juez pone en práctica la ley literal, sin emitir un juicio distinto a lo preceptuado en esta, poniendo en balance lo que regula con el hecho que se pretende probar. Como se puede observar este sistema no es aplicable al documento electrónico, ya que la ley no regula un procedimiento para incorporar al documento electrónico al conjunto de pruebas que se ofrecerán en un litigio.

b) Libre convicción, conforme a este sistema el Juez está autorizado para formar su convicción de acuerdo con su criterio, no está sometido a una regla de experiencia, ni es impuesta por la ley sino a la regla que libremente elija.

El Juez emite la valoración de la prueba en base a la convicción que haya logrado una de las partes sobre éste, dando como resultado que la sentencia sea favorable para la

parte que haya logrado persuadir al Juez al utilizar los medios probatorios que la ley ofrece.

El documento electrónico podrá encajar perfectamente en este sistema de valoración de la prueba, si el Juez así lo contemplare.

c) Sana crítica, en éste sistema el Juzgador analiza la prueba ante todo mediante la regla del correcto entendimiento humano, con arreglo a la sana razón, a la psicología y a un conocimiento experimental de las cosas.

Es el sistema utilizado en la legislación guatemalteca. Este sistema deja abierta la posibilidad de que el Juez pueda emitir un juicio de valor utilizando la sana razón y su experiencia y conocimiento.

Habiendo sido desglosados cada uno de los puntos de este capítulo referente a la prueba, cabe mencionar que el Código Procesal Civil y Mercantil regula los medios probatorios aceptables entre los cuales no se encuentra comprendido el documento electrónico, así como su forma de incorporación y valoración entre otros, sin enunciar un sistema de valoración específico reconocido por el Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

La legislación nacional, de hecho cuenta con un sistema que será aplicable a los medios de prueba reconocidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero la ley no regula el sistema de valoración aplicable al documento electrónico, por lo que será el Juez quien

determine la implementación del sistema de valoración de prueba que crea aplicable a cada documento electrónico que se someta a su conocimiento.

Por tanto, la labor del Juez como mediador para la solución de un conflicto en el que figure un documento electrónico es amplia, ya que tendrá en sus manos el requerimiento de las partes y la posibilidad de emitir la sentencia correspondiente.

En el siguiente capítulo, se presenta un análisis de la figura del documento electrónico para que ésta constituya el modelo material para los demás procesos civiles o mercantiles que se avecinen, ya que en la actualidad los documentos electrónicos aún se encuentran en proceso de implementación en la vida cotidiana y ese proceso es aún mas lento en cuanto a ser medio de prueba dentro de la *litis*.

CAPÍTULO III

3. El documento electrónico

En el Estado de Guatemala, durante la última década las empresas comerciales, las organizaciones sociales y el sector público con el objeto de implementar herramientas que provoquen un cambio en sus procedimientos y que permitan agilizarlos han recurrido a los avances tecnológicos. Estos avances han creado un nuevo marco de actuación que permite la utilización cotidiana de nuevos medios tecnológicos, especialmente del documento electrónico.

Este impulso es ineludible para colocar a cualquier país que pretenda un desarrollo sostenido en una situación de igualdad frente a otras naciones o regiones que ya tienen medio camino recorrido.

En tal sentido, se ha observado que en diversos países los foros de discusión, centros de investigación, entidades públicas y privadas tienen la obligación de generar un debate en todos los ámbitos de la sociedad y especialmente en los que se ven más afectados.

Es por ello que, en el presente trabajo de investigación se busca fundamentar teóricamente en el ámbito jurídico el uso del documento electrónico con el objeto de facilitar sus aplicaciones, hacerlas más confiables y seguras, con miras a que dentro de la sociedad guatemalteca se desarrolle las bases que permitan la digitalización jurídico-

legal de los procedimientos mercantiles y comerciales.

3.1. El documento desde el punto de vista general

En términos físicos generales, se puede afirmar que un documento es aquel medio que se utiliza para dejar plasmado mediante un papel, aquellas voluntades, propósitos, algún pensamiento o idea que surta efectos para el autor del mismo. Pero, para comprender a cabalidad que los alcances que puede presentar legalmente un documento se debe definir el mismo desde diferentes supuestos teóricos.

El tratadista Guillermo Cabanellas, establece sobre el documento que, este es: “Escrito, escritura, instrumento con que se prueba, confirma, demuestra o justifica una cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito.”¹³ En la aceptación más amplia, Cabanellas afirma: “consta por escrito o gráficamente, así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extiende o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier comprobante o cosa que sirve para ilustrar. Diploma, inscripción, relato que atestigua sobre un hecho histórico”¹⁴.

Asimismo, para una mejor comprensión del tema tratado en este capítulo, se toma una definición actualizada de documento del portal electrónico: “Testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en

¹³ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 770.

¹⁴ Cabanellas, Guillermo, **Ob Cit**, pág. 770.

cualquier tipo de soporte (papel, cintas, discos magnéticos, películas, fotografías, entre otros) en lengua natural o convencional. Es el testimonio de una actividad humana fijada en un soporte. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.”¹⁵

La legislación nacional, de hecho, cuenta con un sistema que será aplicable a los medios de prueba reconocidos en el Código Procesal Civil y Mercantil, pero la ley no regula el sistema de valoración aplicable al documento electrónico, por lo que será a cargo del Juez la implementación del sistema de valoración de prueba que crea aplicable a cada documento electrónico que se someta a su conocimiento.

3.2. Concepto y generalidades del documento electrónico

Para el presente trabajo interesa el desarrollo del documento electrónico visto desde una forma material, en la que exclusivamente figurará como medio de prueba, pero para llegar a abordarlo de tal manera, es necesario que se conozcan sus funciones y características, con el objeto de que al conocerlas se de su uso adecuado.

En el portal electrónico de la enciclopedia Wikipedia.org se desarrolla una definición de documento electrónico, que representan la ponencia de la autora en relación al tema central, la cual indica que: “Debe entenderse como toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, almacenadas en

¹⁵ Definición de documento del portal electrónico: <http://es.wikipedia.org/wiki/documento>, 20 de marzo de 2010, 8:30 a.m.

cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos, con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.¹⁶

El tratadista Aníbal Pardini al definir el documento electrónico, amplía los conceptos originales cuando afirma: “toda captación de información realizada sobre un soporte electrónico, con un registro digital permanente, de modo que permita su recuperación sobre soportes distintos (por ejemplo, papel) o en virtud de éstos, utilizando para ello descifradores de las señales digitales que los originaron”.¹⁷

Los documentos generados en medios magnéticos no responden al concepto tradicional o restringido de documento manuscrito en soporte en papel, sino al concepto más amplio.

Por exclusión, se entiende que constituye un documento no electrónico aquel que es elaborado por las formas tradicionales, sean éstas manuales, mecanográficas, micro grabado, micro copiado o fotográfico.

Al hablarse de documentos electrónicos, se alude a casos en que el lenguaje magnético constituye la acreditación, materialización o documentación de una voluntad.

Esa voluntad, quizás ya fue expresada en las formas tradicionales y en que la actualidad puede ser transferible desde un computador o de una red electrónica sólo comprueban o

¹⁶ Definición de “documento electrónico: http://es.wikipedia.org/documento_electrónico, 20 de marzo de 2010, 8:54 a.m.

¹⁷ Pardini, Aníbal A, **Derecho de internet**, pág. 216.

consignan electrónica, digital o magnéticamente un hecho, una relación jurídica o una regulación de intereses preexistentes.

Los documentos electrónicos se caracterizan porque sólo pueden ser leídos o conocidos por el hombre gracias a la intervención de sistemas o dispositivos traductores que hacen comprensibles las señales digitales.

Una cuestión de importante relevancia es tener presente que, eventualmente será necesario imprimir o trasladar a soporte en papel los documentos que se deriven de procedimientos digitales o electrónicos.

Se trata de casos de necesidad práctica, como ocurre por ejemplo con las declaraciones aduaneras de importación de mercancías que deben imprimirse para retirar las mercancías desde los recintos portuarios o para pagar en los bancos los derechos de aduana.

Esto de ninguna manera resta credibilidad o seguridad al documento electrónico, ni a los procedimientos que cuenten con su inclusión.

La convivencia del documento electrónico y el documento en papel se da por simples trámites en las entidades, en las cuales, en su totalidad, no se ha llevado a cabo un proceso virtual en cada una de sus diligencias o procedimientos.

Otro tema de gran interés, relacionado con los documentos digitales o electrónicos, es el

de los documentos enviados o transmitidos a distancia vía telefax. El **fax**, es el transmisor vía telefónica y magnéticamente almacenados en la memoria del fax receptor para su ulterior impresión en papel.

La transmisión de la moción en el momento es la oportunidad de establecer, con algunas precisiones que la fotocopia o documento nuevo que resulta de la transmisión a distancia vía telefónica y que emana del fax receptor tenga legalmente el mismo valor que el original enviado, pasado, leído o barrido por el fax transmisor.

3.3. Características del documento electrónico

Previo a referirse a las características, es necesario mencionar los elementos de éste, con el objeto de dilucidar cualquier confusión que pueda surgir entre estos.

Los elementos del documento electrónico son:

- Constan en un soporte material (cintas, diskettes, circuitos, chips o redes).
- Contiene un mensaje, el que esta escrito usando el lenguaje convencional de los **dígitos binarios**.
- Están escritos en un idioma o código determinado.
- Pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una **firma digital, clave o llave electrónica**.

El lenguaje convencional de los documentos electrónicos se denomina **Digito binario o bits**, el cual es definido por Marcos Guglielmetti, como: “un dígito dentro del sistema de numeración binario, es decir que un **bit** puede ser un 1 o un 0. El término proviene del

inglés **Binary digit**, que significa dígito binario entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir directamente, pero que en su conjunto constituyen un conjunto de letras, palabras y signos, formando un mensaje.”¹⁸

La firma digital, clave o llave electrónica se define como: “Un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje”¹⁹

Como características del documento electrónico se menciona: a) la autenticidad, b) la durabilidad, y c) la seguridad.

a) Autenticidad, es la característica del documento electrónico mediante la cual el contenido plasmado dentro de este posee un autor determinado y la información es fidedigna confiable, siendo necesario únicamente el documento electrónico.

Para Antonio Pérez Luño, la autenticidad está relacionada con la inalterabilidad del documento, éste afirma: “un documento será más seguro cuando más difícil sea alterarlo y sea más fácil de verificarse la alteración que podría haberse producido o reconstruir el texto originario”.²⁰

¹⁸ <http://www.mastermagazine.info/termino/4050.php/> por Marcos Guglielmetti, 25 de marzo de 2010, 11: 35 a.m.

¹⁹ Definición de firma digital del portal electrónico: http://es.wikipedia.org/wiki/Firma_digital, 25 de marzo, 2010 12:00 p.m.

²⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique, **Ensayos de informática jurídica**, pág. 248.

Se puede decir que, un documento es auténtico cuando no ha sufrido alteraciones que varíen su contenido, lo que implica decir que la autenticidad está íntimamente vinculada a la inalterabilidad.

b) Durabilidad, se refiere al carácter de permanencia a través del tiempo con que cuenta el documento electrónico. Durable es toda reproducción indeleble del original que importe una modificación irreversible del soporte.

Se entiende por modificación irreversible del soporte, la imposibilidad de reinscripción del mismo; por indeleble la inscripción o imagen estable en el tiempo y que no puede ser alterada por una intervención externa sin dejar huella.

Pérez Luño no comparte la idea de que la durabilidad vaya de la mano con los documentos en papel. Este autor afirma que con el paso del tiempo ha quedado demostrado que existen varios riesgos que este corre, atentando de esa manera con el contenido expreso en papel.

Por lo que, Pérez Luño deja en entredicho que: “es un razonable soporte físico porque no es fácil de alterar, lo que es relativo, ya que ha quedado comprobado que sí es alterable y por ende es posible la falsificación de instrumentos. El papel se deteriora e incluso su conservación es problemática por la capacidad de absorción de partículas de polvo”.²¹

²¹ **Ibíd**, Pág. 250

c) Seguridad, esta característica hace alusión a que la información íntegra del documento electrónico es guardada por sus sistemas de almacenamiento, los que no pueden ser alterados.

Con el desarrollo de claves de cifrado y otras medidas criptográficas, el documento electrónico es al menos equivalente al instrumento escrito y firmado sobre soporte de papel en cuanto a seguridad.

El requisito de la firma de las partes es requerido como condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. La firma es un signo personal autógrafo, trazado por la mano del autor, que sirve para informar sobre la identidad del autor de la declaración de voluntad, así como del acuerdo de éste con el contenido del acto y que luego sirve para probar la autoría.

La impresión dígito pulgar, aunque asimilada a la firma, se puede observar que puede suplirla en los casos en que el autor de la voluntad expresada en el papel no pueda o no sepa firmar.

En materia de prueba de los actos jurídicos esta noción de autoría por medio de la firma debe ampliarse, incorporando otro medio técnico que asegure la verificación de la autoría atribuida y de la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento.

Las técnicas de seguridad de los datos basadas en la biometría (métodos de

identificación y autenticación de los seres humanos a través de características fisiológicas y de comportamiento) o las técnicas criptográficas (sistemas de registro y sistemas de cifrado literal), brindan similares seguridades.

La premisa de que la firma de una persona física colocada a continuación de un texto implica su conocimiento del mismo y su conformidad, es decir, que representa el consentimiento, estaba fundada en el simple hecho de no existir otras maneras de registro permanente de la voluntad expresada por las personas.

La imprenta, teléfono, telégrafo y la radiofonía, ampliaron las posibilidades de comunicación, pero en el plano jurídico no tuvieron el mismo efecto dada la desconfianza sobre la autenticidad del mensaje.

Dicha desconfianza se cultiva por el desconocimiento de la seguridad brindada por un sistema electrónico, es decir, para que un documento electrónico surta efectos en la vida jurídica, deberá constar de el medio que acredite la autoría del mismo, lo cual se consigue a través de la firma electrónica, la cual es imposible de falsificar o alterar, lo cual no ocurre en la firma manuscrita, que es falsificada con facilidad.

El autor Antonio Pérez Luño expresa que un documento deberá ser auténtico y para el efecto indica que: "El instrumento privado puede prescindir de la firma, en la medida que por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización o sea la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración. La autenticidad e inalterabilidad dependen de la seguridad que rodee el proceso de elaboración y emisión

del documento”.²²

3.4. Naturaleza jurídica del documento electrónico

Uno de los principales conflictos en relación a los documentos electrónicos es establecer su naturaleza jurídica. Esta complejidad se da con base en la problemática existente por el carácter electrónico que posee este tipo de documentos.

Con el objeto de desvanecer esa situación y definir la naturaleza jurídica del documento electrónico, se debe inferir que las características de éste aportan seguridad y confianza en su contenido. De esa forma, es inaceptable que se tengan dudas o se niegue la validez y sobre todo la eficacia del documento electrónico.

De éste modo se hace énfasis en que el documento electrónico, como cualquier otro de los documentos emitidos sin importar su soporte material gozará de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos que establecen las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizaran la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad y autenticidad de los datos de carácter personal que contengan en base a los lineamientos que expresa el Código Procesal Civil y Mercantil.

²² **Ibíd.** Pág. 255

Por ello, los juzgados, tribunales y corporaciones municipales podrán usar cualquier medio técnico electrónico e informático para el cumplimiento de sus funciones.

3.5. Funciones del documento electrónico

Como quedó puntualizado anteriormente, que el documento electrónico reúne los requisitos esenciales de un documento en papel, en este apartado se enfatiza en las funciones que desempeña haciendo efectiva la sustitución del documento en papel a que se hace referencia, el documento electrónico debe fungir como prueba en un litigio, lo que en la ley actualmente es denominado como prueba electrónica.

La prueba electrónica, para algunos juristas, constituye por analogía una perfecta adecuación a la prueba documental; y para otros, esta prueba, posee diferencias y restricciones al momento de ofrecer, actuar y valorar un medio de prueba como el documento electrónico.

El tratadista Antonio Pérez Luño indica que: “la actividad probatoria para este tipo de medios de prueba está definida de varias maneras, entre ellas elegimos la que responde a una consideración unitaria: consiste en el conjunto de declaraciones legalmente reguladas, tanto de voluntad como de ciencia o intelectuales, por las cuales se introducen y valoran, en el proceso, elementos capaces de producir algún conocimiento acerca del tema propuesto como prueba.”²³

²³ **Ibíd.** Pág. 214

En principio las diferencias que se encuentran respecto de la admisión como medio de prueba del documento electrónico equiparado al documento en papel, son las siguientes:

a) El establecimiento de la autenticidad de los documentos electrónicos a través de la firma electrónica y el ocaso gradual de la firma manuscrita, asimismo su correspondiente reconocimiento legal por parte de la legislación nacional ya se ha dado, solo falta su reglamentación con mayor profundidad.

b) Una de estas verdaderas y enormes diferencias, es la impresión en soporte de papel de un documento en soporte electrónico a través de una impresora, siendo errada la afirmación que en un proceso se deba ofrecer tanto el disco compacto, diskette o tarjeta perforada y sus respectivas impresiones, ya que sería innecesaria, debido a que, ambos contendrían la misma información y no tendría razón de ser, siendo procedente la obtención en ambos soportes de ser posible o, su evaluación y dictamen por parte de un experto en la materia, lo que evitaría que las oficinas de los Juzgados se colmen de mas papeles, y daría lugar al avance tecnológico.

Por lo tanto, cuando el documento original es un documento digital o electrónico, han de adoptarse medidas específicas y preparar profesionales calificados, para verificar esas medidas, con el objeto de que se pueda detectar de forma sencilla y eficaz la autenticidad de las copias de los documentos.

Al adoptar la opinión emitida a través de un dictamen de un experto en ingeniería en

sistemas, se torna práctica la idea de que el derecho se auxilia de varias ramas, entre ellas la que interesa al presente trabajo el Derecho Informático.

En base a esa practica se avecina un aire moderno, no solo a la implementación del documento electrónico a la vida cotidiana, lo que ya es un hecho, sino específicamente vuelve mucho mas práctico el período probatorio dentro de los procesos civiles y mercantiles, porque entonces todas las partes deberán conocer de informática y aplicar esta a dichos procesos y adecuarla de la mejor manera, porque las copias, sean en formato digital o en papel, seguirán siendo necesarias.

La digitalización no elimina el papel, ni siquiera en los procesos de digitalización de los documentos cuyo original se encuentra en papel y en los que, bajo ciertas condiciones, se pueden destruir los originales en papel. Hay una cuestión subyacente que es de vital importancia analizar y resolver en los procesos de digitalización de documentos, que es el uso del documento electrónico.

Los documentos en papel conservan y conservarán todavía mucho tiempo ventajas en diversos ámbitos sobre los documentos electrónicos, lo cual hace necesario plantear la coexistencia de ambos en un largo plazo. Por ello existen varias ventajas en el uso del documento electrónico frente al documento en papel.

A continuación se mencionan algunas:

- Es necesario elaborar índices para la ubicación del documento cuya búsqueda esté pendiente, ya que en base a la masa de documentos existe mayor dificultad de

hallazgo.

- Para el almacenamiento de los documentos en papel, se necesita de una estructura para archivar los mismos y que estos se encuentren organizados, siendo indispensable disponer de grandes espacios cuyo mantenimiento representan un costo elevado.
- Riesgo de rotura o pérdida al momento de la manipulación, ya que como bien se sabe el papel sufre un deterioro con el paso del tiempo.
- Existe pérdida de tiempo considerable en la búsqueda de los documentos.
- En el caso de necesitar doble copia de los documentos, realizar ese duplicado constituye también una enorme pérdida de tiempo.
- El acceso de varias personas a los documentos que deberían ser privados atentan contra la seguridad y confiabilidad que se supone que debe cumplir el documento en papel como requisito esencial.
- Y por último, pero no menos importante hay que contar con el usuario durante todo el proceso: al principio para definirlo y para que se sienta implicado, durante la transición para que se lleve a cabo de forma eficaz y después para ir resolviendo los problemas que puedan ir surgiendo.

En vista de las ventajas que ofrece el uso del documento electrónico y ante las ventajas que ya se conocen en el uso tradicional del documento en papel, hace pensar en la coexistencia de ambos en buena armonía.

Por ello, es preciso en todos los proyectos que involucren documentos electrónicos, prever esta convivencia, ver en que casos es mejor uno u otro, tener en cuenta la

validez legal donde sea necesaria, contar con la colaboración de los usuarios durante todo el proceso y sobre todo vencer esa resistencia al cambio, que tradicionalmente es mayor en las administraciones públicas y por que no decirlo en los particulares, que teniendo en sus manos el poder optar por utilizar un documento electrónico o hacer uso de un procedimiento que emane de estos no lo hace por temor o desconfianza.

3.6. Requisitos legales que invisten al documento electrónico

Como se refirió anteriormente, el documento electrónico posee las características del documento escrito, así mismo contiene requisitos que favorecerán a la credibilidad del contenido que posean, entre estos se encuentran: a) el criterio equivalente funcional, b) el de escritura, c) de firma, d) de neutralidad tecnológica, entre otros.

a) Criterio equivalente funcional: El principio de equivalencia funcional es considerado como la piedra angular del comercio electrónico; de él se derivan las disposiciones fundamentales que regulan esta nueva actividad mercantil.

La revista de contratación electrónica define el principio de equivalencia funcional como: “la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa – o eventualmente su expresión oral - respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia

manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto”.²⁴

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta. Por ello, se adoptó los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio de equivalente funcional se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de confiabilidad, inalterabilidad y modo de rastreo que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida.

Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito, que suele constituir un requisito mínimo no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de escrito firmado, original firmado o acto jurídico autenticado.

La legislación que trata de implementar la documentación electrónica al mundo cotidiano alrededor del mundo, en el caso de Guatemala, no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento en papel que haya de desempeñar idéntica función, hasta finalmente sustituirlo.

²⁴ Torres Torres, Ana Yasmín, Revista de Contratación Electrónica, revista electrónica anual, pág. 46, (marzo 2010) <http://vlex.com/source/rce-59>

b) Requisito de escritura: el documento electrónico posee la facilidad de que se puede tener acceso a la información que contiene cuantas veces lo desee su usuario y para ello se auxilia de un computador que despliegue la información contenida dentro de este.

La Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala regula en su Artículo siete el requisito que debe poseer el documento electrónico primordialmente: “Escrito: Cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o un contrato consten por escrito, en papel o en cualquier otro medio físico o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”.

En ese Artículo precitado, se da validez a una comunicación electrónica para que cumpla el requisito de que una información conste por escrito siempre y cuando sea accesible para su ulterior consulta, es decir que cumpla con el requisito de disponibilidad de la información.

Esto podría ser por medio de la custodia de documentos que proveen los Prestadores de Servicios de Certificación, quienes según el Artículo décimo del Decreto 47-2008 del Congreso de la República se define como: “la entidad que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas y mediante el cual se garantiza conservar la información íntegra y confidencial”.

c) Requisito de firma: la firma manuscrita tiene como fin identificar y asegurar la

identidad de un autor o remitente o como una prueba del consentimiento o aprobación de la información que está firmando, esto se hace a través de un pequeño trazo o dibujo personal que solo el dueño puede realizar.

Igualmente la firma electrónica tiene el objetivo de identificar al autor, pero se vale de procedimientos mucho más confiables y complejos y no solo de la suposición de que la firma solamente puede hacerla el dueño o suscriptor.

Para firmar electrónicamente, son necesarios datos de creación de firma, que solamente posee la persona vinculada con esa firma, además, para asegurar la identidad del firmante, el prestador de servicios de certificación está obligado por la ley a comprobar su identidad antes de emitirle el certificado y precisamente en eso radica la autenticación en la firma electrónica.

El Artículo ocho de la ley antes mencionada, equipara la firma manuscrita con la firma electrónica: "Firma. Cuando cualquier norma jurídica requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte o prevea consecuencias en el caso de que no se firma, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica si se dan los siguientes presupuestos: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y, b) Si el método empleado: 1) Es fiable y resulta apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o si; 2) Se ha demostrado en la práctica que, por si solo o con el respaldo de

otras pruebas, dicho método cumple las funciones enunciadas en la literal a) del presente Artículo”.

d) Requisito de proveer el documento original: Si se requiere que un documento conste en original, es porque se necesita asegurar dos requerimientos en la información que contiene: el primero es la integridad, es decir que permanezca sin modificaciones a lo largo del tiempo y el segundo es la disponibilidad, es decir que pueda ser consultado cuando se requiera o se necesite.

Tanto la integridad como la disponibilidad de la información pueden ser satisfechas con una firma electrónica, porque como ya se mencionó anteriormente ésta tiene la capacidad de cumplir con ambos requerimientos.

El Artículo nueve de la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas preceptúa: “Original. Cuando cualquier norma jurídica requiera que una comunicación o un contrato se proporcionen o conserve en su formato original o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica si cumple con los lineamientos que se litera: a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, tanto en comunicación electrónica como de otra índole; y b) Si, en los casos en que exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar”.

e) Requisito de criterio de neutralidad tecnológica: este requisito apunta a que el documento electrónico, dado su uso a nivel mundial y su utilización de manera general dentro de los países que lo implementan en los diversos ámbitos de la sociedad, no posee un soporte tecnológico especializado o patentado para el despliegue de la información o para su uso, sino que utiliza del hardware y software convencionales a nivel mundial, sin hacer una especificación o descalificación de ningún programa en específico, salvo que los Estados que lo implementen así lo requieran.

Se considera necesario hacer referencia acerca de este requisito, dado que el presente trabajo abarca el área mercantil.

Por ello se desprende del criterio de neutralidad tecnológica lo siguiente: en diversos países, existe actualmente un marco que exige al Estado y a los ciudadanos el respeto de los derechos de propiedad intelectual, es decir, que utilicen los programas de soporte técnico de acuerdo a las licencias y permisos que la entidad creadora de los mismos otorgan, de esa forma también se cierran las puertas al comercio ilícito mejor conocido como piratería.

De acuerdo con este marco, cada cual es libre de decidir entre el sistema de soporte de operaciones u OSS, cuyo significado en inglés es: Operation Support System o el software²⁵ (que se define como: la suma total de los programas de cómputo, procedimientos, reglas, documentación y datos asociados que forman parte de las

²⁵ Definición de Software según el Institute of Electrical and Electronics Engineers (en español Instituto de Ingenieros Electricistas y Electrónicos) portal virtual: www.mastermagazine.info, 27 de marzo de 2010, 7:37 a.m.

operaciones de un sistema de cómputo).

En los últimos años, sin embargo, ha venido consolidándose una tendencia a obligar a las entidades de orden público a instalar y usar OSS, esgrimiendo como argumentos de fondo la dependencia a un proveedor de software propietario, el valor de mercado de las licencias, el libre acceso a la información y la brecha tecnológica, descuidando aspectos tales como la libertad de elección, la libre competencia, la seguridad de tales aplicaciones, la capacitación del personal en esas nuevas herramientas (que genera un sobre costo) y las ventajas operativas que puedan representar, en términos de eficiencia y eficacia, para esas entidades.

En países como Brasil, Argentina, Perú y Colombia existen leyes sobre este tema o cursan proyectos que pretenden convertir esta iniciativa en ley, buscando que las administraciones públicas no puedan elegir libremente, como cualquier agente del mercado cuál es la mejor herramienta según sus necesidades, sino que, por el contrario, deban limitarse a usar programas que pueden no cumplir sus requerimientos.

Definir que el sector público debe excluir el software de sus sistemas de información y comunicaciones, es una grave violación a la competencia libre en el mercado y favorece solamente a un grupo de competidores, en detrimento de otro y así también atenta contra la libre elección de cada Órgano o Institución que lo requiera.

En Guatemala, se implementa el uso de software básico y comercial, es decir no existe un marco que exija a las personas individuales y a las entidades comerciales la elección

y por ende el uso de un software determinado, pero a conveniencia, los miembros del sector público y privado han ido creado nuevos programas y nuevas formas de almacenamiento de datos que lo hacen mejor y más fácil para su uso en general.

De este modo desaparece la manipulación en cuanto a la preferencia del software que deberá aplicarse en los procedimientos de almacenamiento de datos.

f) La libertad de elección del software en la lectura de documentos electrónicos:

frente a esta imposición dogmática vale la pena resaltar los beneficios que para la sociedad en general implica la libertad de elegir.

Para el efecto, es necesario mencionar lo siguiente: El software que desarrolla los documentos electrónicos debe escogerse por sus méritos, no de acuerdo a preferencias categóricas. Las entidades públicas y en general, la sociedad, debe elegir el software, sea libre o comercial, porque realmente satisface sus necesidades, no por una imposición que favorece a uno sobre el otro.

Entre los criterios que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de elegir se encuentran el valor, el costo total de propiedad, su desempeño y la seguridad provista.

Por ello, los gobiernos de los países que implementan al documento electrónico en los diversos ámbitos, deben tomar en cuenta esos criterios ya que al momento de financiarlos darían como resultado el amplio desarrollo del software, las innovaciones resultantes serían tener acceso a ellas al público y la posibilidad de aplicarlas en

herramientas comerciales.

De esta manera, el ciclo de innovación tecnológica es sostenible, al permitir al público acceder a última tecnología y al tiempo, permitir su comercialización mientras se crean empleos, utilidades e impuestos, que servirán para financiar futuras investigaciones.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la libertad de elección, que implica mayores índices de investigación y desarrollo (que se traducen en más y mejor tecnología más barata), permite la creación de puestos de trabajo y la generación de rentas tributarias para aquellos países en los que tienen implementados un software determinado.

3.7. Diferencias entre el documento escrito y el electrónico

Gracias a la aceptación del uso del documento electrónico en los diferentes ámbitos de la vida del ser humano, se considera de capital relevancia el desarrollo de este tema a efecto de dejar en claro la importancia de éste al ámbito jurídico.

Caso contrario con el documento escrito, cuya alteración es de manera sencilla mediante la inserción o alteración de contenido al documento original el cual puede ser avalado mediante la falsificación de la firma manuscrita de quien autoriza el documento.

Dicha falsificación a un documento electrónico es difícil de detectar, y se haría únicamente mediante una prueba grafo técnica, ello en el caso de que se detecte, ya

que de no ser así la parte falsificada haría las veces de original hasta que sea denunciado por alguna persona a quien afecte tal alteración.

A continuación se observaran las características más importantes del documento electrónico, siendo las siguientes:

- por medio de este puede comprobarse la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse;
- es un documento legible que puede ser presentado ante las entidades públicas y los tribunales;
- admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoria para los fines contables, impositivos y reglamentarios;
- afirma derechos y obligaciones jurídicas entre las partes que intervienen y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

Como condición debe tomarse en cuenta, y que es de singular trascendencia en la integridad de la información del documento electrónico, que este conserve su originalidad e inalterabilidad, y esta condición se satisface gracias a los sistemas de protección de la información con que cuenta la criptografía.

Como criptografía puede definirse: “la técnica que protege documentos y datos, la cual funciona a través de la utilización de cifras o códigos para escribir algo secreto en documentos y datos confidenciales que circulan en redes locales o en Internet”²⁶

²⁶Definición del sitio web: informatica-hoy.com.ar/seguridad-inform/Criptografia.php 27 de marzo de 2010,9:20 a.m

Parte importante de la criptografía actual son las firmas digitales o electrónicas, cuya definición que se encuentra plasmada en el Decreto 47-2008 del Congreso de la República, cuya normativa hace referencia a los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica.

Al igual que la actividad de las entidades de certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

De lo anterior se infiere la importancia del mensaje de datos, pues es éste el soporte electrónico con base en el cual se sustentan y se prueban las relaciones que se establezcan en los entornos electrónicos. Sin embargo, los documentos que instrumentalizan los mensajes de datos para su emisión, plantean una serie de inconvenientes frente a los documentos tradicionales en papel.

El contenido de un documento electrónico está consignado sobre un soporte electrónico (magnético u óptico) no apreciable por los sentidos. Su contenido esta representado por signos, códigos binarios, que deben ser descodificados mediante un programa, con un procedimiento lógico que convierta la expresión en codificación informática a lenguaje natural.

Las tecnologías que intervienen en la generación y el almacenamiento de estos

documentos, equipos, aplicaciones y fragilidad de los soportes en que se conservan cada día van innovando, haciendo obsoletas a las anteriores.

No se puede frenar el avance de los equipos y las aplicaciones pero si se puede pedir una compatibilidad.

Además aún no se conoce la duración de muchos de estos soportes y a la vez se están creando otros nuevos. Lo idóneo será un soporte estandarizado universal y perdurable a través del tiempo.

La mutación de la información electrónica. Esto queda de manifiesto en la reutilización de soportes destruyendo la información almacenada y sustituyendo la automática de datos en documentos dinámicos.

Virtualidad de la información apreciable sobre todo en los documentos telemáticos, como es el caso del correo electrónico, que en la mayor parte de los casos es eliminado sin control, privando a los organismos de parte de sus documentos de comunicación.

Ubicación de la información que es usada por varios organismos que la comparten lo que impide en muchos casos identificar al productor.

Dificultades para identificar el tipo y la forma documental de estos documentos. La forma documental (original, copia) tiene especial relación con el valor probatorio de estos documentos o lo que es lo mismo con su validez jurídica.

En virtud de lo anterior, no puede negarse que la implementación del documento electrónico en la sociedad actual se va realizando paulatinamente, prueba de ello es que ambos documentos (en papel y electrónico) deberán subsistir en el medio actual, hasta que se de un cambio total en los procedimientos en los que todavía se incluye al documento en papel como medio único, sin dar lugar a la coexistencia o participación del documento electrónico.

La implementación del documento electrónico de forma general es imperativa en vista que el campo de su aplicación es cada vez más amplio y la brecha de la tecnología se cierra cada día más, por lo que no se duda que el documento electrónico suprimirá al documento en papel demostrando su valor y capacidad para fungir en todos los campos de la sociedad y ámbito jurídico, que es el que interesa para el presente trabajo, no es la excepción.

CAPÍTULO IV

4. La inclusión del documento electrónico como medio de prueba

A lo largo de este trabajo se ha abordado temas como el desarrollo del documento electrónico; la incursión del mismo en el mundo cotidiano, su inserción a cada uno de los ámbitos de la sociedad.

En este capítulo, en vista de la laguna legal existente en cuanto a la forma de incorporarlo como medio de prueba al proceso y el valor legal que el Juez debe otorgarle, voy a enfocarme en definirlo con carácter tecnológico como consecuencia legal e indicar de una manera más amplia como recurso legal al documento electrónico enfocado desde el punto de vista jurídico.

Debido al carácter tecnológico que posee el documento electrónico, es necesario decir, que para descubrir el contenido de éste, muchas veces se debe acudir a medios electrónicos y/o por la seguridad de la información con que cuenta la criptografía en sus datos, el acceso al contenido como recurso legal se ve limitado para aquellas personas que aún ignoran el manejo de un computador.

Asimismo, y con una mayor carga jurídica, se puede observar la renuencia del uso del documento electrónico como medio probatorio en los procesos civiles y mercantiles, en vista de la laguna legal existente en cuanto a la forma de incorporarlo como medio de prueba al proceso y el valor legal que el Juez debe otorgarle, puesto que no existe un

procedimiento específico como en el caso de los medios de prueba enumerados en el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En base a esa problemática jurídica existente en la incorporación de los documentos electrónicos en los litigios, se precisa el desarrollo del documento electrónico como medio probatorio, su desenvolvimiento en los procesos civiles y mercantiles, el valor probatorio que le otorgará el Juez de conocimiento y su uso en la actualidad.

Como apoyo a dicha aseveración se hará mención de su inclusión en el proceso civil y mercantil, en vista del uso de este en las relaciones jurídicas y sociales de personas naturales, entidades mercantiles y del sector público, entre otras; así como, su forma de incorporarlos, la aceptación y el valor legal que debe otorgarle el Juez de conocimiento, una vez hayan sido finalizadas las fases del proceso probatorio.

4.1. El documento electrónico como medio probatorio

Para poder establecer que un documento electrónico puede tomarse como medio probatorio, se debe partir de la definición de éste, el cual en palabras sencillas es el medio que utilizan cada una de las partes dentro de un litigio, para que en el momento procesal oportuno o sea el período de prueba, sean diligenciados y puedan servir para convencer al Juez de la veracidad del testimonio o de los hechos que éstos deseen probar, con el objeto que se dicte una sentencia favorable y acorde a las pruebas que se han presentado. Claro, todo esto conlleva las fases del procedimiento probatorio, que son el ofrecimiento, proposición, diligenciamiento y la valoración de la prueba.

Dicho lo anterior, pues, para que un documento electrónico pueda tomarse como un medio probatorio equiparado a los medios convencionales establecidos en la ley, debe lógicamente ser capaz de llevarse a cabo dentro de las fases del período probatorio, para que entonces el Juez pueda emitir una conclusión en la que le de valor probatorio al documento electrónico propuesto como medio de prueba.

Para que pueda comprobarse la eficacia de la aplicación del documento electrónico en una *litis*, debe partirse de la verificación de la legalidad de los documentos electrónicos, éstos, como ya se abordó en capítulos anteriores no obstante de no encontrarse dentro del listado de los medios de prueba que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, están reconocidos legalmente por el Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Es de esa cuenta que, al encontrarse reconocidos por la ley, son susceptibles de ser incluidos como prueba en un proceso civil y mercantil, ya que no existe impedimento que se oponga a su participación en el proceso.

Al poseer libre participación en los litigios, deberá analizarse entonces la forma de su incorporación, ya que se trata de medios de prueba que buscan la convicción del Juez y, al tener carácter extraordinario, colocarán al Juez en un plano en el que el criterio plasmado en la resolución final que emita será puramente basada en su sano juicio y en base a la sana crítica, trasladando esa resolución como punto de partida al momento de resolver los subsiguientes procesos.

Un ejemplo muy particular y usado actualmente en algunos procesos, es la incorporación de correos electrónicos como medio de prueba.

Estos correos son enviados desde una cuenta de correo electrónico o e-mail determinado, a los que los Jueces están proporcionando valor probatorio dada la confiabilidad que ofrece éste tipo de documentos, en que solo la persona que posea una cuenta de correo y la contraseña, puede tener acceso a ésta, lo cual da certeza de que quien envió el correo, en efecto, es propietaria de dicha cuenta y por lo tanto autora de ese medio probatorio, el cual es ofrecido y propuesto únicamente mediante su impresión.

Se estima conveniente recalcar que un medio de prueba electrónico es posible de incorporar a un proceso de cualquier naturaleza, ya que ha quedado comprobado que éste provee certeza y seguridad de su contenido y de quien lo ha creado, es decir, la autoría de dicho documento es comprobable por los medios electrónicos pertinentes.

4.2. El documento electrónico en el proceso civil y mercantil

Para poder desarrollar este tema, es menester mencionar lo que la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas establece en su Artículo 11: "Admisibilidad y fuerza probatoria de las comunicaciones electrónicas. Las comunicaciones electrónicas serán admisibles como medios de prueba. No se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria en toda actuación administrativa, judicial o privada a todo tipo de información en forma de comunicación electrónica, por el

sólo hecho que se trate de una comunicación electrónica, ni en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

En base al Artículo precitado, se deduce que el ordenamiento jurídico guatemalteco reconoce y da por sentado que los documentos electrónicos existen como medio de prueba y que no deberán ser rechazados para su trámite por ningún motivo.

Su incorporación a un proceso deberá hacerse de conformidad con los lineamientos que la legislación regula, es decir, de acuerdo a los sistemas de valoración de la prueba, tales como el sistema legal o prueba tasada, libre convicción y la sana crítica.

Hay que hacer conciencia en que no existe un procedimiento de valoración del documento electrónico, es decir, el proceso para desarrollarlo en todas las fases de prueba, lo que será atribuible al Juez encargado del proceso.

Por ello, la aceptación de tales medios de prueba a un proceso determinado presenta dificultad por parte del Juez, ya que como se anotó anteriormente no existe un procedimiento para atribuirle el valor requerido.

Un ejemplo de que cada medio de prueba contemplado en el Código Procesal Civil y Mercantil tiene un procedimiento específico, a través del cual se permita incorporarlo a las pruebas ofrecidas dentro de un litigio determinado es la prueba de declaración de parte, cuyo procedimiento se encuentra regulado del Artículo 130 al 141 del Código precitado.

La falta de un procedimiento expreso que de los parámetros al Juzgador para diligenciar al documento electrónico como medio probatorio, no imposibilita su aceptación para el esclarecimiento de los hechos que originen la *litis*, es decir, este si debe ser aceptado como prueba dejando a criterio del Juez el procedimiento que considere necesario para el diligenciamiento de dicho medio probatorio.

4.3. Valor probatorio del documento electrónico

Para el desarrollo del presente tema, se considera adecuado citar el Artículo 12 del Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, mismo que regula lo siguiente: “Criterio para valorar probatoriamente una comunicación electrónica. Toda información presentada en forma de comunicación electrónica gozará de la debida fuerza probatoria de conformidad con los criterios reconocidos por la legislación para la apreciación de la prueba. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos habrá de tenerse presente la confianza de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; la certeza de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

Este Artículo pone de manifiesto que un documento electrónico goza de igual valoración equiparado a cualquier otro tipo de prueba presentado en el proceso, haciendo énfasis en lo que regula el Artículo 12 precitado, en que: “toda información presentada en forma de comunicación electrónica gozará de la debida fuerza probatoria de conformidad con los criterios reconocidos por la legislación para la apreciación de la prueba”.

Ello traslada a los criterios de apreciación de la prueba que el proceso civil y mercantil guatemalteco, los que regulan los parámetros dentro de los cuales debe enmarcarse la función jurisdiccional del Juez, siendo de gran importancia, ya que a lo largo del litigio al momento de valorar la prueba aportada al proceso deberán observarse principios como el de legalidad, el debido proceso e inmediación procesal.

Así como el Juez es una parte importante dentro del proceso, dada su función jurisdiccional, también lo son las partes, actor y demandado, ya que son estas las que tienen la carga de la prueba, pudiendo persuadir al Juzgador, a través de un documento electrónico, para que este al momento de apreciarlo como prueba realice una valoración individual del documento electrónico, tanto de la forma como del contenido del mismo.

La inquietud que surge entonces, es que el Juez tendrá en sus manos dar valor probatorio a un documento cuyo contenido o función le son desconocidos o bien conoce pero no a cabalidad.

Por esa razón el Juez deberá auxiliarse de los expertos en la materia, aquellas personas que conocen del tema y que pueden en algún momento aclarar las interrogantes que surjan al valorar un documento electrónico, ayudando a su vez a que su conocimiento se enriquezca para la aplicación del criterio plasmado en la resolución final a procesos posteriores que sean sometidos a su jurisdicción.

Es por ello que el derecho jamás puede ser tomado de forma individual, es decir, que éste siempre se va a auxiliar de otras ramas.

En el caso en concreto, la rama auxiliar sería **la ingeniería en sistemas y se requeriría la intervención de los técnicos en computación como peritos, los cuales en conjunto forman parte del Derecho Informático.**

4.4. El uso del documento electrónico en la actualidad

La tecnología ha adquirido auge a nivel mundial gracias al desenvolvimiento que ha tenido en la sociedad, siendo implementada también en Guatemala a medida que va incursionando en los diversos ámbitos, siendo el motivo principal de su implementación que permite la facilidad de sus comunicaciones y evita que las personas tengan que desplazarse de un lugar a otro, pudiendo realizar sus negocios, actividades y comunicaciones en el lugar en el que se localicen al alcance de un clic.

Esta implementación dio como resultado que se computarizara todo aquello que el hombre pueda imaginar, estando siempre a la cabeza el ser humano, pero ya no como proveedor de su fuerza sino de su intelecto, como operador de una máquina o un sistema al cual le dará instrucciones, las que serán cumplidas al pie de la letra con un mínimo margen de error.

Como consecuencia se observa que en varios sectores se está implementando algún método tecnológico avanzado que provea certeza a las actividades que se realizan.

El sector justicia no es la excepción, ya que ha adecuando a los regímenes de notificaciones el sistema electrónico.

Dicho sistema se lleva a cabo a través de un computador o lector de los datos plasmados a través del monitor, el mismo es operado por un notificador que ingresa los datos al sistema computarizado de notificaciones y el mismo sistema lleva el control de la fase en la que se encuentra el proceso, generando de esa forma la notificación correcta en la fase correcta.

Como puede observarse del ejemplo mencionado, el trabajo del ser humano puede llegar a ser sustituido por los sistemas computarizados que necesitan únicamente ser abastecidos de los datos necesarios para funcionar a plenitud.

En este caso el trabajo del notificador es entonces el de controlador de la información ingresada al sistema, evitándose con ello la engorrosa elaboración manual de cada notificación, se dan menos errores, existe un mayor desempeño de los recursos humanos, materiales y financieros, lo que dará como resultado la agilización de los procesos.

Como puede observarse la utilización de medios electrónicos ha trascendido, de modo que la actualización a cada Estado que lo implementa, lo transforma en una necesidad latente.

Debido al uso que se le ha dado surge la problemática entre el momento de la creación del documento electrónico y el lugar en que fue expedido, ello debido a que un documento podrá expedirse en un momento determinado, pero el lugar de su creación será incierto, ya que en la mayoría de documentos electrónicos su creación depende de

un computador el cual puede desplazarse de un lugar a otro, sin tener certeza del lugar en el que ha sido creado.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas provee una solución a la incertidumbre del momento en que se da la creación del documento electrónico.

Para el efecto dicha legislación indica que el momento en el que se presume la creación del documento electrónico es al instante en el que salga de un sistema de información, que esté bajo el control del iniciador o, de la parte que la envíe en nombre de quien la expida.

En el caso de que la comunicación electrónica no haya salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, se presumirá que será realizada en el momento en que sea recibida.

Una comunicación electrónica será recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado

A través de la dirección señalada se podrá verificar la comunicación electrónica cuantas veces se requiera, es decir, no existe límite para verificar una comunicación electrónica.

La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario, en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa

dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección.

Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser obtenida por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

Puede inferirse entonces, que al aplicarse el documento electrónico surge la interrogante en los usuarios en determinar el lugar específico de su creación.

La legislación mencionada indica que la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario o receptor tenga el suyo, el cual deja en claro que no obstante que la creación del documento electrónico sea en un lugar distinto al de su establecimiento o lugar habitual de su expedición, éste si tendrá anotado el tiempo en el que fue recibido, que hará las veces de su revisión.

De esta forma se descarta la posible interposición de excepciones dentro de un proceso en el que se trate de atacar un documento electrónico y de demostrar su invalidez al pretender demostrar que es incierto el tiempo o lugar de su creación.

La ley de ante mano regula este tipo de situaciones, evitando que se ataque la eficacia y certeza de las comunicaciones electrónicas, puesto que el documento electrónico demuestra fehacientemente la capacidad para emitir un juicio de valor intrínseco como medio probatorio en cualquier proceso.

4.5. Análisis jurídico sobre el Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala

El Estado de Guatemala se organiza para obtener como fin supremo la realización del bien común y, en esa ardua tarea lleva a cabo la creación de diversas leyes que hacen real y efectiva esa finalidad.

Como ejemplo de esa labor, se encuentra la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, mediante la cual se implementa una serie de instituciones, con el objeto de que éstas se adapten a la modernización que sufren los diversos ámbitos que rodean a la sociedad guatemalteca.

Para ello, utiliza como pilares fundamentales para la creación de dicha ley: la inmersión masiva de la tecnología a la sociedad, la aplicabilidad forzosa de conceptos y visiones tradicionales del mundo físico actual al mundo digital, la ausencia de modelos técnicos y legales basados en los modelos de legislación internacional, cuyo objetivo es la uniformización de la informática al derecho, dando seguridad jurídica y técnica tanto a las contrataciones y comunicaciones electrónicas como a las firmas electrónicas, mediante la equivalencia funcional de éstas últimas con respecto a los documentos en papel y las firmas manuscritas.

La ley analizada es un proyecto que trae desde ya muchos beneficios para la población en general, ello debido a que ante tantos avances, Guatemala está tratando de posicionarse a la altura de aquellos países cuyo avance es innegable en todos sus

ámbitos, y la forma en que el Estado lleva a cabo sus procedimientos para aquellos países avanzados quedó en el pasado.

Claro, Guatemala trata de posicionarse, pero el avance de países tan actualizados como Estados Unidos, Japón, Singapur, Dinamarca, Taiwán, Suiza e incluso algunos países latinoamericanos como Chile, Brasil, Perú, Argentina, entre otros, es evidente.

La creación de la ley analizada, permite la inclusión del documento electrónico y de comunicaciones electrónicas a las contrataciones y relaciones que los guatemaltecos emprendan, atribuyendo un gran avance a nivel social, lo cual con la llegada de la globalización, permite que se derriben las barreras que existían en el pasado, permitiendo la fluidez y tráfico mercantil, así como la expansión del mercado guatemalteco y la actualización de la forma de comunicación de cada individuo tanto en su forma de contratación como en la comunicación a nivel mundial.

La comunicación de individuo a individuo, hace referencia a que con la ley de análisis se reconozcan todos aquellos sucesos que se llevan a cabo a nivel virtual, desde una simple cuenta de correo electrónico, hasta una contratación entre entidades mercantiles, todo ello bajo la protección de los prestadores de servicios de certificación, los cuales avalan los movimientos a nivel mercantil en la república en los que intervengan firmas electrónicas o se hagan mediante mensajes de datos.

Cabe mencionar, que dentro de esta ley, se encuentra regulada la forma de llevar a cabo la contratación y el comercio electrónico, que abarca al Derecho Civil y al

Mercantil.

A través de la contratación y comercialización electrónica, cuyas bases se encuentran reguladas en la ley analizada, se otorga seguridad jurídica a cualquier acto jurídico que se emprenda y que afecte el tráfico mercantil guatemalteco, dando lugar a que la contratación se lleve a cabo sin fronteras, facilitando a su vez la producción, importación y exportación, lo que hará más factibles los procedimientos atinentes a cada caso, lo cual genera como resultado inmediato que el nivel social de Guatemala aumente.

Gracias al aval con que cuenta la ley mencionada y el reconocimiento del Derecho Informático, ésta cumple con los requisitos esenciales para dar valor a un documento electrónico, al cual se le atribuye validez, fuerza probatoria y por ende efectos jurídicos.

Finalmente, es necesario hacer mención de lo que regula la ley en cuanto a que tanto el Estado, sus instituciones, así como los sujetos privados, están facultados para la utilización de las comunicaciones y firmas electrónicas, a efecto de hacer posibles sus transacciones, actos y negocios jurídicos, utilizando los parámetros que en ella se establecen.

De esa forma se deja abierta la opción a que los sujetos privados utilicen otros mecanismos que aseguren la autenticidad e integridad de las comunicaciones electrónicas, y las fronteras impuestas al ordenamiento jurídico del mundo escrito al que se estaba adaptado se rompe, abriendo paso a un nuevo campo de acción a nivel mundial, siendo el resultado inmediato la transformación de la economía, educación y

nivel social de la población, haciendo que la negociación jurídica se fortalezca y de alguna forma se simplifique, sin que por ello sufra detrimento en el contenido ni en el acto o negocio jurídico que se esté celebrando, afianzando el uso de las instituciones creadas en la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

4.6. Análisis comparado entre el Decreto 47-2008 y Decreto Ley 107

El presente análisis abarca lo relativo a lo regulado en el apartado referente a las pruebas dentro de los procesos que regula el Código Procesal Civil y Mercantil; por ende, entrando en materia, para ayudar a una mejor comprensión es necesario hacer las acotaciones siguientes:

El Código Procesal Civil y Mercantil regula todos los medios de prueba admisibles en los diversos procesos de conocimiento que se llevan a cabo en los Tribunales de Justicia del Ramo Civil de la República de Guatemala.

Sin embargo, la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas regula otros medios de prueba como lo son los documentos electrónicos, denominados en dicha ley como las comunicaciones electrónicas y firmas electrónicas, otorgándoles a su vez valor dentro de un proceso para ser utilizadas como medio probatorio, a efecto de dirimir un litigio.

Esa aseveración tiene su asidero legal en lo regulado en el Artículo 11 de la Ley Para el

Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, que establece: “Admisibilidad y fuerza probatoria de las comunicaciones electrónicas. Las comunicaciones electrónicas serán admisibles como medios de prueba. No se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria en toda actuación administrativa, judicial o privada a todo tipo de información en forma de comunicación electrónica, por el solo hecho que se trate de una comunicación electrónica, ni en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

La diferencia entre los medios de prueba convencionales y los documentos electrónicos radica, en que el Código Procesal Civil y Mercantil regula cuáles medios de prueba serán admisibles en el proceso, su forma de valorarlos y el procedimiento que se llevará a cabo para realizar dicha valoración, dando los parámetros al Juez o Magistrado para que dicha valoración se lleve a cabo con éxito y dentro de los lineamientos legales a través de los cuales se respete el estado de derecho.

Lo anterior es paralelo a lo que regula la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, ya que en ésta se mencionan cuáles son o podrían figurar como medios probatorios, pero no establece el mecanismo de cómo se deberán valorar éstos medios de prueba, ni regula el sistema de valoración que se aplicará para otorgar valor a dicha prueba, lo cual remite al Código referido, dejando a criterio del Juzgador el sistema de valoración de cada documento, comunicación electrónica o firma electrónica que se proponga como medio de prueba.

Ello constituye un reto bastante grande para los Juzgadores, ya que estará en sus

manos entonces que cada caso que se someta a su conocimiento deje un precedente para el sector justicia.

Entonces, la función jurisdiccional radicará en que cada caso que se suscite en el futuro, en el que figure uno de los medios de prueba que se regulan en la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas sea aplicable para el siguiente caso y así sucesivamente.

Sin detrimento de lo anterior, cabe mencionar, que si bien es cierto que la valoración de los documentos electrónicos como medio de prueba está a cargo de los Jueces, también lo es que muchos de ellos han dejado por un lado el estudio de la informática y su aplicación al derecho o su conocimiento en la materia es bastante limitado y por ende desconocen la aplicabilidad del Derecho Informático.

Ello ocasiona que muchos Juzgadores se fijen límites al momento de juzgar, y como consecuencia se produzca el entorpecimiento en la marcha del proceso, la falta de valoración adecuada de dicha prueba electrónica o bien, como consecuencia directa de la falta de conocimiento y el manejo del tema de informática, produzca el rechazo de estos medios probatorios, no obstante que sean la prueba idónea en el proceso en el cual se estuvieran ofreciendo.

Esa aseveración riñe con lo preceptuado en el Artículo 15 de la Ley del Organismo Judicial, precepto que regula **la obligación de resolver** que tienen los Jueces de la República, ante la falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, siendo de

imperativa observancia para ellos aunado a la función de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

Como apoyo a la labor del Juez, la ley les otorga mecanismos en los cuales se podrá ampliar los parámetros del proceso civil y mercantil, dando lugar a que el Juez pueda apoyarse en el dictamen y valoración por parte de expertos en el tema de la informática, ya que con ello ayudaría a afianzar dicha valoración y a la vez haría crecer el conocimiento de los Juzgadores.

4.7. Incidencias en la aplicación del documento electrónico

Como principal beneficio que puede obtenerse al hacer uso de los documentos electrónicos, es facilitar las comunicaciones y el mecanismo en que se den los actos y negocios jurídicos, ya que se evita el papeleo innecesario al almacenarse la información únicamente por medios electrónicos que son de difícil acceso y mejor almacenamiento.

El comercio se abre un campo más amplio, al enviarse por vías electrónicas la información correspondiente que se necesite para formalizar los negocios y actos jurídicos.

Es necesario tener en cuenta que a medida que la inclusión del documento electrónico se de en todos los ámbitos sociales, así mismo se estará necesitando de la ayuda de los abogados litigantes que tendrán a su cargo la dirección y procuración de los procesos en los que se suscite un litigio.

Es por esa razón que los abogados deberán enriquecer su conocimiento en cuanto al Derecho Informático, la actualización de los procedimientos y el conocimiento de los cambios que se den en los que se incluya el documento electrónico.

En cuanto afecte la negociación y actuación de personas naturales o jurídicas, los abogados deberán adaptarse a los cambios que la tecnología vaya ofreciendo, de esa forma se dará el avance eficaz hacia un cambio verdadero, genuino, en el que los procesos, procedimientos, medios de prueba, sentencia y ejecución de sentencia serán por el sistema electrónico, facilitando al principio de economía procesal, celeridad y el principio de legalidad.

Por lo mismo se esperan algunas reformas al Código Procesal Civil y Mercantil actual, adecuándolo al nuevo sistema electrónico que se avecina y que dará lugar a la creación de nuevas leyes en materia de derecho informático, virtualizando el proceso y la forma de llevarlo a cabo.

No debe dejarse por un lado la tarea que tienen los Jueces de la nueva era, que deberán conocer las leyes que se vayan creando con el pasar del tiempo, a efecto de que su labor se lleve a cabo de la mejor forma para ir de la mano con el avance tecnológico y los cambios que se efectúen en el sector justicia.

Un claro ejemplo de que en la actualidad se empieza a concebir la idea de cambio se da a nivel de aduanas, que ha implementado procedimientos electrónicos en cuanto a la importación y exportación de mercaderías, en la que se ha hecho la actualización

correspondiente dado el tráfico mercantil que se da en este lugar, en el que se busca una mayor confianza y seguridad de la mercadería que se importa y exporta.

Anteriormente se llevaba a cabo el procedimiento de importación y exportación de mercaderías mediante una póliza en papel, siendo sustituida esta por la póliza electrónica que mediante la firma electrónica del agente de aduanas denominado PKI, ofrece mayor seguridad e imposibilita la falsificación de la misma, dando como resultado la agilización de ese procedimiento y, a su vez, otorga certeza jurídica del contenido de la póliza y consecuentemente de la mercadería.

En vista del ejemplo anterior, se desprende que a medida que ha transcurrido el tiempo y el documento electrónico se ha ido perfeccionado, se ha solidificado su uso, el que se ha fusionado con el documento en papel en los procedimientos, tal es el caso de las aduanas, demostrando que el documento electrónico cumple con las expectativas por las cuales ha sido creado y que su inserción en las diversas esferas de la sociedad deja como resultado: seguridad jurídica, agilidad en los trámites, satisfacción de los usuarios y un mayor avance tecnológico a nivel guatemalteco.

CONCLUSIONES

- 1) El ordenamiento jurídico nacional reconoce la existencia del documento electrónico como medio probatorio a través de la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República, sin embargo, en este no se encuentra regulado un procedimiento específico que pueda llevarse a cabo para cumplir con las fases de la prueba, ni incluye un sistema de valoración de prueba que pueda ser aplicado por el Juez que tenga a cargo dirimir el litigio.
- 2) El documento electrónico no se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil como medio de prueba dentro de los que se mencionan en el Artículo 128 de este ordenamiento jurídico, lo que provoca el desuso de las comunicaciones electrónicas que emanen de medios electrónicos, porque se ignora el contenido probatorio intrínseco que poseen.
- 3) Los documentos electrónicos cumplen con todos los requisitos legales para figurar como medio de prueba dentro de una *litis*, es decir, son susceptibles de cumplir con todas las fases de la prueba, pero a pesar de ello, no son incluidos como medio probatorio.
- 4) Dentro de la cátedra de Derecho Informático que se imparte a los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, no se incluye al documento electrónico, ni su

aplicabilidad como medio probatorio en los procesos que se dirimen en los
Tribunales de Justicia.

RECOMENDACIONES

- 1) Al Organismo Legislativo, representado por el Congreso de la República de Guatemala, para que incentive y accione en la creación de nuevas leyes que amplíen el campo de la tecnología y del documento electrónico en el ámbito jurídico, con el objeto de evitar cualquier laguna legal dentro del ordenamiento jurídico existente, dado el uso de medios electrónicos que se está implementando.

- 2) El Congreso de la República de Guatemala, debe implementar la utilización de las comunicaciones electrónicas a nivel nacional, creando las leyes necesarias para informar a la población acerca de la criptografía inmersa en el documento electrónico, por la confiabilidad que ofrecen, en base a las medidas de seguridad que poseen en la protección de la información que contienen.

- 3) Que las personas que figuren como partes procesales dentro de un litigio, si poseen un documento electrónico cuyo contenido sea útil al proceso, lo ofrezcan como medio de prueba para su diligenciamiento, ya que el Juzgador tendrá en sus manos la aplicación de los preceptos legales existentes en la actualidad, a efecto de otorgar valor al medio de prueba y emitir una sentencia congruente con las pruebas aportadas al proceso.

- 4) Que los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la

Universidad de San Carlos de Guatemala, promuevan un mejor desempeño en el desarrollo de la cátedra de Derecho Informático dentro del pensum de estudios, a efecto de expandir los conocimientos de los estudiantes, para lograr así que se formen profesionales capacitados para ejercer tan digna carrera de forma eficiente y adecuada, que les permita adaptarse a la innovación que ofrece la tecnología que incursiona en el ámbito jurídico guatemalteco.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y mercantil**. Ed. Sociedad Anónima, ed. II, tomo III, Buenos Aires, 1956.

ÁLVAREZ MANCILLA, Erick Alfonso, **Teoría general del proceso**, Ed. Vile, Guatemala, 2005.

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo, **Derecho e informática, aspectos fundamentales**, Ed. Centro de estudios de derecho, Guatemala, 2006.

Bibliojurídica.org, <http://bibliojurídica.org/> (22 de marzo de 2010, 7:25 a.m.)

CARNELUTTI, Francisco, **La prueba civil**, Ed. Depalma, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1982.

CORREA, Gustavo, **Aspectos jurídicos da Internet** (versión traducida al español), Ed. Saravia, Sao Paulo, 1999.

COUTURE, Eduardo, **Fundamentos del derecho procesal civil**, Ed. Depalma, ed. III, Buenos Aires, 1976.

DELPIAZZO, Carlos, **Derecho informático**, ed. I, Tomo I, Montevideo, Uruguay, 2001.

DE PINA, Rafael, **Tratado de las pruebas civiles**, Ed. Porrúa, ed. I, México, D.F. 1975.

Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1978.

Diccionario jurídico, Filosofía y teoría del derecho e informática jurídica, Ed. Comares, España, 2004.

Diccionario de la lengua española, Ed. Talleres tipográficos de Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

Enciclopedia Wikipedia.org, <http://es.wikipedia.org/> (20 de marzo de 2010, 8:30 a.m.)

MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado, **Manual de derecho procesal civil** Vol. I, Ed. Magna Terra, Guatemala, 2005.

ORELLANA DONIS, Giovanni, **Teoría general del proceso**, Ed. Orellana, Alonso & Asociados, Guatemala, 2006.

PARDINI, Aníbal, **Derecho de internet**, Ed. La Rocca, Argentina, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, **Ensayos de informática jurídica**, Ed. Fontamara, ed. II, México, 2001.

TORRES TORRES, Ana Yasmín, **Revista de contratación electrónica**, revista electrónica anual, pág. 46, Colombia, marzo 2010.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-08, 2008.