

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO**



**TEMA DE INVESTIGACIÓN
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INFLUENCIA COMO MEDIOS
PROBATORIOS EN EL PROCESO DECLARATIVO CIVIL SALVADOREÑO**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PRIVADO**

**PRESENTADO POR:
IVONNE LIZZETTE FLORES GONZÁLEZ**

**DOCENTE ASESOR:
DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TABLA DE CONTENIDO

Contenido

LISTA DE ILUSTRACIONES	6
INTRODUCCIÓN.....	7
ABREVIATURAS	9
RESUMEN.....	10
CAPITULO I.....	12
LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE CONFORMAN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS USADOS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS.	12
1.1. Concepto de nuevas tecnologías.....	15
1.1.1. La sociedad de la información y el conocimiento.	17
1.2. Historia de las nuevas tecnologías.	18
1.2.1. Época A. C.....	18
1.2.2. Edad antigua.	18
1.2.3. Edad moderna.	19
1.2.4. Siglo XX y XXI.....	19
1.3. La historia de las TIC.....	20
1.4. Las Nuevas Tecnologías y su incidencia en el Derecho.	25
1.5. Las Nuevas Tecnologías y su influencia en el derecho Procesal.	28
1.6. Las Nuevas tecnologías en la Constitución, el Código Procesal Civil y Mercantil y en normativas secundarias.	30
1.6.1. La Constitución.	30
1.6.2. El Código Procesal Civil y Mercantil.....	31
1.6.3. Leyes Secundarias.	33
1.7. Las Nuevas Tecnologías en el Derecho Internacional.....	35
1.7.1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.	35
1.7.2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.	36
1.8. Clases de Nuevas Tecnologías.	36
CAPÍTULO 2	40
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIOS PROBATORIOS.....	40
2.1. Derecho al Honor.....	42
2.2. Derecho a la Intimidad.	44
2.2.1. Limitación del Derecho a la intimidad por el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información.	46

2.2.2. Ponderación como método de interpretación ante colisión de derechos fundamentales.	47
2.2.3. El derecho a la intimidad en internet.	50
2.2.4. El Derecho a la intimidad del domicilio.	52
2.3. Derecho a la propia imagen.	54
2.4. Derecho a la privacidad en las comunicaciones.	55
2.5 Derecho al Olvido.	58
2.6. Normativas Secundarias que hacen valer el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establecidos en el art. 2 de la Cnst., en El Salvador por el uso de Nuevas Tecnologías.	60
2.7. Licitud de la prueba Electrónica.	63
2.7.1. Prueba Prohibida.	64
2.7.2. Elementos de la Prueba Ilícita.	65
2.7.2.1. Teoría Legalista.	67
2.7.2.2. Teoría Causalista.	67
2.7.2.3 Teoría Traslacionista.	67
2.7.2.4. Teoría de la nulidad de la prueba ilícita.	67
2.7.2.5 Teoría de la flexibilización de la regla de exclusión.	68
2.7.2.6. El principio Constitucional de proporcionalidad para la prueba prohibida.	68
2.7.2.7. La protección de los Derechos fundamentales y el aseguramiento de la prueba.	71
CAPITULO 3.	73
LA PRUEBA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL Y EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS.	73
3.1. Concepto de Prueba.	73
3.2. El Principio del Debido Proceso en la Prueba.	74
3.2.1 Principio a la protección jurisdiccional.	77
3.2.2. Principio de Legalidad.	78
3.2.3. Principio del iura novit curia.	79
3.2.4. Principio de Defensa y Contradicción.	80
3.2.5. Principio de Legalidad.	81
3.2.6. Principio Dispositivo.	81
3.2.7. Principio de Aportación.	82
3.2.8. Principio de Oralidad.	83
3.2.9 Principio de Publicidad.	83

3.2.10. Principio de Inmediación.....	84
3.2.11. Principio de Concentración.	84
3.2.12. Principio de lealtad procesal.....	84
3.2.13. Principio de Dirección y Ordenación.	85
3.3. Distinción entre fuentes y medios de prueba.	85
3.3.1. Fuentes de la Evidencia digital.....	86
3.3.2. Medio Informático como medio de Prueba.....	87
3.4. Clases de prueba de nuevas tecnologías.	87
3.4.1. Teorías para calificar las Nuevas Tecnologías como medios probatorios.....	88
3.4.2. Teoría Autónoma.....	88
3.4.3. Teoría Analógica.	88
3.5. Admisibilidad de la Prueba electrónica.....	88
3.5.1. Pertinencia de la prueba de las Nuevas Tecnologías.....	91
3.5.2. Utilidad de la prueba de Nuevas Tecnologías.....	91
3.5.3. Necesidad de la Prueba de las Nuevas Tecnologías.....	92
3.5.4. Actividad Probatoria con las Nuevas Tecnologías.....	93
3.5.5. Producción de los medios de Prueba Electrónicos.....	94
3.5.6. Importancia de la aplicación de las nuevas tecnologías en la fase probatoria del proceso.	97
3.6. Validez y Eficacia procesal de la prueba electrónica.	100
3.7. Criterios de Valoración.....	101
3.7.1. Valoración Conjunta de la Prueba electrónica.	104
CAPITULO 4	106
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL USO DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MISMAS.....	106
4.1 La cadena de custodia de las nuevas tecnologías.	106
4.1.1. Copia Bit a bit.....	108
4.2. Análisis jurisprudencial de la prueba referente a las Nuevas Tecnologías.....	109
4.2.1. Jurisprudencia en El Salvador.	109
CONCLUSIONES.....	135
RECOMENDACIONES	137
BIBLIOGRAFIA	138

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1. Acciones que sucedieron en internet en 60 segundos en 2017.....	13
Ilustración 2. Redes Sociales con mas usuarios activos mensuales en todo el mundo en 2019	14
Ilustración 3. Tecnología de Información y Comunicación.	16

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el internet es utilizado para casi todas las actividades que se realizan, ha llegado a ser fundamental para los seres humanos, es el medio de comunicación en el día a día, pues se utiliza para enviar fotos, mensajes, buscar información, realizar compras, se puede decir que se está a un clic de distancia de muchas cosas y hoy con la pandemia mundial del COVID-19, se ha implementado su uso y se puede decir que se ha vuelto casi obligatorio para mantener el distanciamiento social.

Pero ello conlleva también que su uso se va expandiendo en todos los ámbitos que rodean a los seres humanos, pues se vuelve tan necesario en la educación, en el trabajo, por tanto, las tecnologías han sido un instrumento muy importante para todo tipo de actividades, eso ha permitido que también sea un medio para las relaciones comerciales, pues se está en la era de la globalización.

Es así que el derecho no puede ni debe quedar alejado de estos cambios, es por ello que la presente investigación versará sobre *“Las nuevas tecnologías y su incidencia como medios probatorios en la sentencia definitiva del proceso declarativo”*, puesto que el WhatsApp, el correo Electrónico, Facebook, twitter, entre otros, son medios de comunicación que además de ayudar a acercarse en la distancia, también son utilizados para obtener información que pueda ayudar a resolver alguna controversia jurídica.

Con el presente trabajo se pretende conocer como las nuevas tecnologías podrán incidir como medio probatorio en la valoración que realiza el juez a la hora de emitir una sentencia definitiva en el proceso declarativo, para ello será necesario determinar que se puede entender por nuevas tecnologías, y cuáles serán esos medios probatorios.

Resulta también necesario establecer en la presente investigación como serán valorados estos medios de prueba, que con el paso del tiempo aumenta su uso por parte de los justiciables, pues algunos consideran que son medios de prueba especiales, por tanto, resulta importante esclarecer ese punto.

El presente trabajo está conformado por 4 capítulos denominados: Los medios probatorios que conforman las nuevas tecnologías usados en los procesos declarativos; vulneración de los derechos fundamentales con el uso de nuevas tecnologías como medios probatorios; la prueba desde el punto de vista procesal y el uso de nuevas tecnologías; y finalmente, análisis jurisprudencial del uso de nuevas tecnologías y el uso de la cadena de custodia de las mismas.

Dentro de los capítulos enunciados, se desarrolla lo que se debe entender por nuevas tecnologías, se hablará sobre el origen e historia y desarrollo de las nuevas tecnologías.

Así también se expone la incidencia que ha tenido el uso de las Nuevas Tecnologías con el derecho, y las diferentes normas que lo regulan, tanto nacionales como internacionales.

Se despliega la importancia que deben detener las nuevas tecnologías y su vínculo con los derechos fundamentales, es decir si éstos vulneran esos derechos a la hora de ser tomados en cuenta como medios probatorios. Dentro de los derechos que pueden ser vulnerados están: el derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen y el derecho a la privacidad de las comunicaciones.

Se habla sobre el derecho al olvido que en la normativa de nacional no se encuentra desarrollado por el momento, pero que otros países ya lo han puesto en práctica, sin embargo, en el presente trabajo se expone la importancia de que se haga uso de ese derecho y si éste tiene un asidero constitucional.

Se desarrolla la licitud de la prueba electrónica, así como la prueba prohibida y la prueba ilícita y sus diferencias. Se desarrolla el principio de proporcionalidad de la prueba. Se habla sobre el concepto de fuente de prueba y medio de prueba y sus diferencias, así como se desarrollan los diferentes principios probatorios que deben de respetarse y sobre los cuales se fundamenta la prueba.

La proposición y la admisibilidad de la prueba es documentada en el presente trabajo, así como su pertinencia y la utilidad de la misma y todo lo referente a la actividad probatoria con nuevas tecnologías se estudia la prueba pericial electrónica y la importancia de la aplicación de nuevas tecnologías en la fase probatoria.

Resulta necesario hacer referencia sobre la validez y eficacia procesal de la prueba electrónica. Se hace también un análisis de los criterios de valoración de estos medios de prueba.

Finalmente, se habla sobre la importancia de la cadena de custodia en relación a las nuevas tecnologías; y, se concluye con un análisis jurisprudencial del uso de nuevas tecnologías tanto en El Salvador como en España, que ha sido un gran referente en el derecho procesal civil y mercantil.

ABREVIATURAS

AAC	Autoridad de Aviación Civil
BTC	Bitcoin
Cnst.	Constitución de la Republica de El Salvador
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
CP	Código Penal
FB	Facebook
HTML	Protocolo de Hipertexto
HTTP	Protocolo de Transferencia de Hipertexto
IdC	Internet de las Cosas
IO	Internet del Objeto
LEC	Ley de Enjuiciamientos Civiles
MNS	Mensajes cortos
PI	Protocolo de Internet
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SNE	Sistema de Notificación Electrónica
TIC	Tecnología de la Información y Comunicaciones
UES	Universidad de El Salvador
URL	Localizador Uniforme de Recursos
WWW	World Wide Web

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INFLUENCIA COMO MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO DECLARATIVO CIVIL SALVADOREÑO

POR

Ivonne Lizzette Flores González

RESUMEN

Con el presente trabajo se pretende dar solución a la problemática que ha surgido respecto a la valoración del juez en la sentencia definitiva con el uso de las nuevas tecnologías como medios de prueba en los procesos declarativos en el ámbito procesal civil y mercantil, puesto que las nuevas tecnologías no están incorporadas de manera clara en la normativa secundaria.

Se utilizan las nuevas tecnologías como medios probatorios novedosos, que no se encuentran como un *numerus clausus* en el Código Procesal Civil y Mercantil, sin embargo se debe mantener el control del uso de esos medios de prueba y evitar que trasgredan o violenten derechos constitucionales, es decir derechos fundamentales de la persona humana, pero ese control permite las mejoras al servicio judicial y en consecuencia se resuelve sobre el fondo de lo discutido, lo que conlleva a un análisis imprescindible de lo que en el derecho procesal está llamado a ser el medio y el camino justo, bueno y equitativo, por medio del cual los particulares y el Estado representado por el órgano judicial tienen la obligación de cumplir por mandato constitucional.

En la valoración de las pruebas que realizan los jueces, ellos recurren necesariamente a apreciaciones y opiniones que, hasta cierto punto, pudieran calificarse como subjetivas, siempre y cuando lo hagan basándose en la razón y su experiencia, por lo que el presente trabajo trata de dar solución al uso de esos medios de prueba, ver si realmente pueden ser medios autónomos o por el contrario devienen de una teoría tradicional análoga, es decir devienen de los mismos medios de prueba preexistente.

Además, se ha hecho un análisis sobre la legitimidad de esos medios de prueba, puesto que muchas veces su uso puede violentar derechos constitucionales, y es necesario conocer hasta qué punto pueden ser utilizados sin transgredir esos derechos y en caso de violentarlos si estos pueden y deben ser tomados en cuenta, si existe alguna excepción para su uso.

Importante también ha sido hacer un estudio detallado de la licitud, pertinencia y confiabilidad de las nuevas tecnologías como medios de prueba, y hacer una precisión terminológica de los conceptos de pruebas de soporte informático, evidencias electrónicas,

prueba electrónica, todo esto para que el juez a la hora de valorar las nuevas tecnologías tenga un punto claro al respecto.

No ha sido menos importante conocer como ha sido resuelto por los juzgadores nacionales el uso de las nuevas tecnologías, pero también se ha hecho un análisis de la jurisprudencia más importante dictada en España, puesto que nuestro Código Procesal Civil y Mercantil tiene su base en la Ley de Enjuiciamiento de España.

CAPITULO I

LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE CONFORMAN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS USADOS EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS.

La Sociedad en la actualidad evoluciona día con día, es así que en los últimos años ha tenido un gran cambio, esto se debe a la incorporación del internet a la vida diaria, pues está en constante crecimiento y en pleno desarrollo la era digital, es por tanto que se dice que se vive en la llamada era cibernética ya que se esperaba que en este año 2020 más de 20,000,000 personas permanecieran conectadas¹, situación que ha sucedido, puesto que la tecnología avanza a pasos agigantados.

Se va dejando de lado el mundo análogo por el mundo digital y con ello se va abandonando la ciencia convencional y se da pie a la revolución científico –tecnológica, se va desarrollando la “informática como una disciplina que incluye diversas técnicas y actividades relacionadas con el tratamiento automático y lógico de la información”², se puede decir que constituye una fuente de recursos de información y conocimientos compartidos a escala mundial. Es también la vía de comunicación que permite establecer la cooperación y colaboración entre gran número de comunidades y grupos de interés por temas específicos, distribuidos por todo el planeta.

Si bien es cierto la necesidad de mantenerse en comunicación hace más notorio el carácter indispensable del conocimiento sobre las tecnologías de información y comunicación y la aplicación de estas en distintos ámbitos de la vida humana, se hace necesario también reconocer las repercusiones que traerá consigo la utilización de estas nuevas tecnologías en beneficio o de manera perjudicial.

Las tecnologías de la información y comunicación (TIC), desataron una explosión sin precedentes de forma de comunicarse al comienzo de los años '90. A partir de ahí, el Internet pasó de ser un instrumento especializado de la comunidad científica, a ser una red de fácil uso, que modificó las pautas de interacción social.

¹ ABC, Tecnología, «Del “blockchain” a la inteligencia artificial: las tendencias tecnológicas de 2018», abc, 30 de enero de 2018, https://www.abc.es/tecnologia/abci-blockchain-inteligencia-artificial-tendencias-tecnologicas-2018-201801302130_noticia.html. Las Tendencias Tecnológicas de 2018, es un reportaje de la revista ABC Tecnología, en donde se han recopilado los informes de empresas tecnológicas españolas “Digitales” como: Gartner, IDC, Forbes, Harvard o el MITABC Tecnología, en donde exponen que la transformación digital es la oportunidad estratégica de incorporar nuevas tecnologías, pero sobre todo nuevas lógicas, para que el negocio sea más eficiente y permita nuevas oportunidades, se habla del internet de las cosas, del big data, Analytics, taxis automáticos, entre otros.

² Cabrera, Mauro y Cupaiuoli, Lautaro, «La influencia de internet en la sociedad actual», SoloCiencia, 13 de mayo de 2017, <https://www.solociencia.com/informatica/influencia-internet-sociedad-actual-autor.htm>.

De igual manera, el desarrollo de las tecnologías hace que surja el internet de las cosas, (Lot, por sus siglas en inglés, *Internet of things*), la cual es una infraestructura mundial de la sociedad de la información, que sustenta la floreciente red de objetos físicos o dispositivos que cuentan con una dirección de protocolo de Internet (PI) para la conectividad a Internet, así como la comunicación que se produce entre estos objetos y otros dispositivos y sistemas que, de este modo, pueden activarse por Internet³, es decir son todos aquellos dispositivos que pueden conectarse a internet, como teléfonos, electrodomésticos, automóviles, relojes, gafas, etc., con el fin de aprovechar sus servicios y en la actualidad se aplican también en la salud, agricultura, industria comercio.

El internet ha crecido, con ello se ha ido generando una nueva forma de relaciones interpersonales e intercambio de información, el uso del Internet y las redes sociales aumenta de forma exponencial y cada día que pasa crece más y aparecen nuevos servicios, para ello se pueden poner como ejemplos páginas web, correos electrónicos, sin dejar de lado las redes sociales como el WhatsApp, Facebook, Instagram, twitter.

En un minuto hay 28 millones de mns, en uber para hacer uso del servicio en todo el mundo, asimismo en un minuto se hacen 1400 mns por WhatsApp, a continuación se adjunta un cuadro, de lo que sucede en sesenta segundos en el internet, es decir cuando se está en línea (on line)⁴ (Martinez 2018).



Ilustración 1. Acciones que sucedieron en internet en 60 segundos en 2017

³ «Informe sobre Medición de la Sociedad de la Información 2015», s. f., 56.

⁴ Es una palabra inglesa que significa “en línea”. El concepto se utiliza en el ámbito de la informática para nombrar a algo que está conectado o a alguien que está haciendo uso de una red (generalmente, Internet).

Figura 1. Martínez, S. Luces y Sombras de las Marcas. Recuperado el 10 de abril de 2019, de <https://fatimamartinez.es/2019/04/08/cifras-usuarios-activos-mensuales-de-redes-sociales-2019>

También las redes han obtenido un gran crecimiento en estos últimos años, puesto que son utilizados para diversos motivos y uno muy importantes es hacer publicidad.⁵ Sirve como medio de comunicación, y actualmente también está siendo utilizado para realizar transacciones económicas, bancarias, etc.

El tener mucha presencia en las redes sociales, hace nacer la figura del influencer, que es una persona conocida, con un número de seguidores bastante alto que siguen sus actualizaciones, opiniones o experiencias, sin embargo su uso es inminente, a continuación se demuestra un gráfico que lo demuestra⁶, es decir es una persona que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema en concreto, y en algunos casos puede llegar a convertirse en un prescriptor para una marca.

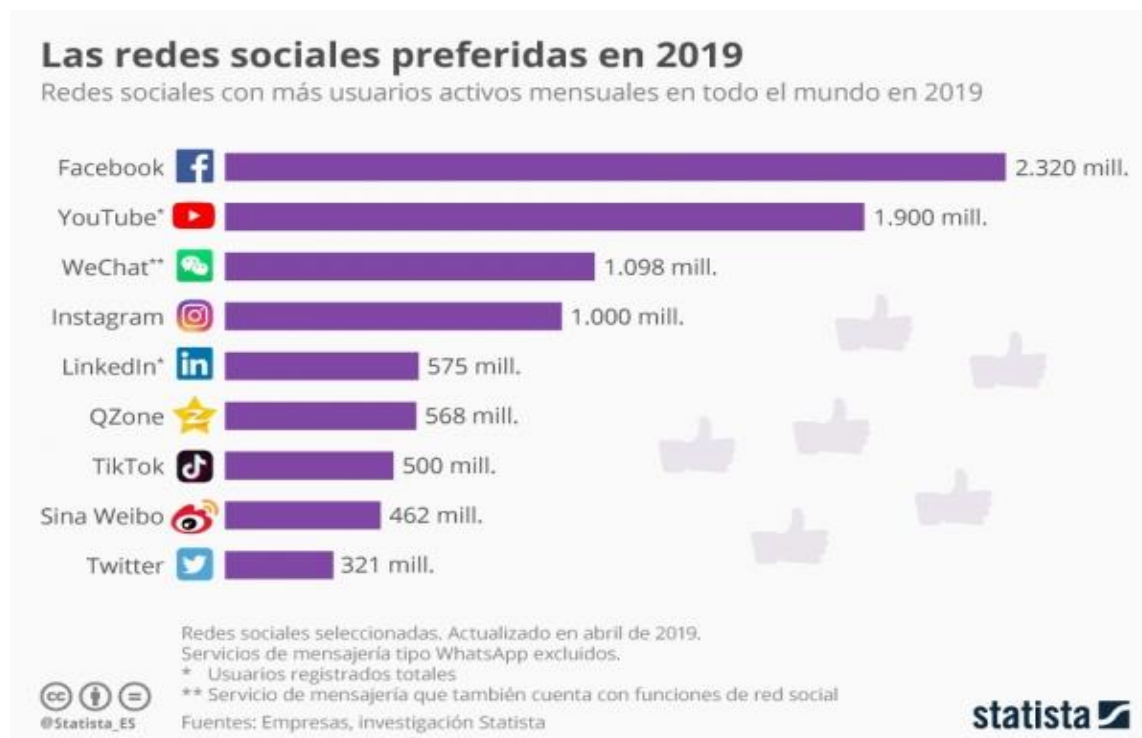


Ilustración 2. Redes Sociales con más usuarios activos mensuales en todo el mundo en 2019

Martínez, S. Luces y Sombras de las Marcas. Recuperado el 10 de abril de 2019, de <https://fatimamartinez.es/2019/04/08/cifras-usuarios-activos-mensuales-de-redes-sociales-2019>

⁵ Ob Cit. Cabrera, Mauro y Cupaiuoli, Lautaro, «La influencia de internet en la sociedad actual»,

⁶ «Cifras usuarios redes sociales 2019 | Luces y sombras de las marcas», accedido 30 de marzo de 2020, <https://fatimamartinez.es/2019/04/08/cifras-usuarios-activos-mensuales-de-redes-sociales-2019/>.

Estos cambios que va recibiendo la sociedad con el tiempo, hace que la actividad jurisdiccional legal se vea obligada a equipararse con la sociedad misma, es por ello que el derecho debe actualizarse con el uso del internet, puesto que el comercio ahora hace un buen uso de nuevas formas de contratación, los cuales dicho sea de paso son eficientes para los usuarios y para los comerciantes, debiendo el Estado acoplarse a ese nuevo rol.

Como se ha venido viendo en el transcurso del tiempo, las tecnologías han llegado a ampliar sus horizontes, lo que conlleva que en materia procesal los jueces ni los abogados no solo deben conocer y proponer prueba tradicional, sino que deben hacer uso de esos medios de prueba novedosos, porque las fuentes de prueba se van transformando por el uso de las tecnologías.

Por tanto, las nuevas tecnologías han venido planteando retos tanto al interprete como al legislador, es por ello que se han generado propuestas y posteriormente la adopción de reformas legales o creación de nuevas normativas para reformular un equilibrio de intereses que se ha visto alterado por las posibilidades que la tecnología ofrece a las partes.

En otros casos el legislador ha intervenido para eliminar obstáculos jurídicos al desarrollo de actividades como el comercio electrónico, para facilitar la prueba de las comunicaciones telemáticas, para potenciar la participación ciudadana o para intensificar la defensa de una intimidad que la tecnología convierte a menudo en excesivamente vulnerable.

1.1. Concepto de nuevas tecnologías.

Son los conformados por medios que van surgiendo con el tiempo, van desde los hipertextos, los archivos multimedia, Internet, la realidad virtual, o televisión por satélite. Una característica que las define es que estas nuevas tecnologías giran de manera interactiva en torno a las telecomunicaciones, la informática y los audiovisuales, así como su combinación tal es el caso de los archivos multimedia⁷.

Ahora bien, cuando se habla de "nuevo" se hace referencia a la modernidad o lo próximo a su invención, es decir va marcado con la existencia anterior. Así cuando se habla de videos, que se sabe no es una invención nueva pero si es muy reciente, sin embargo, los videos van acompañados de los avances que se va teniendo sobre los mismos, tal es el caso de las video llamadas, video conferencias, es por ello que cuando se habla de nuevas tecnologías se viene al cerebro humano la informática, y no es del todo equivocada esa idea⁸.

Entonces, se puede decir que las nuevas tecnologías son los instrumentos técnicos que giran en torno a la información y a la comunicación y a todos aquellos descubrimientos que

⁷ «apartado3-2.asp — ocvus», accedido 25 de marzo de 2020, http://ocvus.us.es/didactica-y-organizacion-escolar/nuevas-tecnologias-aplicadas-a-la-educacion/NTAE/asigntae/apartados_NNTT/apartado3-2.asp.html.

⁸ Ibid.

sobre la misma se van originando. Por tanto, deben diferenciarse de los tradicionales métodos de comunicación que han sido los que han existidos desde tiempos anteriores, como las cartas, telegramas, el teléfono, cine, etc.

Finalmente, se pueden definir las nuevas tecnologías como aquellos medios tecnológicos que crean, almacenan, recuperan y transmiten la información cuantitativamente de forma rápida y en grandes cantidades. Esto lo consiguen combinando diferentes tipos de códigos de una realidad hipermedia.⁹ Son los que llamamos hipertextos, multimedia, internet, realidad virtual, televisión por satélite.

Es por ello que las TIC¹⁰ (Tecnologías de la Información y Comunicaciones), en los últimos años ha tenido un gran auge, puesto que vienen a dar respuesta a las demandas que la sociedad plantea, especialmente en el ámbito económico, además con ellos se deja de lado el método tradicional.



Ilustración 3. Tecnología de Información y Comunicación¹¹.

⁹ Ibid.

¹⁰ Se define colectivamente a las TIC como innovaciones en microelectrónica, computación (hardware y software), telecomunicaciones y optoelectrónica-microprocesadores, semiconductores, fibra óptica, que permiten el procesamiento y acumulación de enormes cantidades de información, además de una rápida distribución de la información a través de redes de comunicación «Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento.pdf», accedido 25 de marzo de 2020, http://beta.fa.uach.mx/investigacion_y_posgrado/2018/08/16/Benchmarking%20sobre%20las%20definiciones%20de%20las%20TIC%20en%20la%20sociedad%20del%20conocimiento.pdf.

¹¹ Calandra Busto, Pedro y Araya Arraño, Manuel, *Conociendo las TIC*, Marco Mocelli Inestrosa (Chile, 2009). Pág. 13

Las TIC generan ventajas puesto que ayuda a que el público se mantenga instruido, ayuda a generar más empleos, genera innovación, mejores y mayores oportunidades comerciales y sin dejar de lado un gran avance en la ciencia.

Por tanto, las nuevas tecnologías están provocando profundos cambios y grandes transformaciones sociales, culturales y sobre todos económicos. Se está entrando a un a un nuevo período de civilización humana, la llamada sociedad de la información y el conocimiento¹².

1.1.1. La sociedad de la información y el conocimiento.

Se reconoce que el término de sociedad de información se utilizó por primera vez en la reunión del Consejo Europeo en Bruselas, en diciembre de 1993, en donde se elaboró el documento llamado “White Paper on Competitiveness, Growth and Employment”, estableciendo las bases para el desarrollo de las economías europeas, y destacando la promoción de la utilización de las tecnologías de la información, en la nueva sociedad de la información¹³.

Es así como surge la sociedad de la información, la cual se describe como un sistema socioeconómico en el que existe un alto empleo de ocupaciones relacionadas con la información y su difusión a través de tecnologías, de tal manera que el sector de la información también constituye una parte fundamental en la estructura de la fuerza laboral.¹⁴

El derecho de las nuevas tecnologías abarca la sociedad de la información, sociedad del conocimiento y la sociedad de redes. En la primera, el avance tecnológico faculta al ser humano para hacer provecho de datos, información y conocimiento en formas, modos o maneras sin precedentes, propiciando un intercambio científico, cultural y tecnológico a escala mundial. Se da la distribución, creación y manipulación de la información, además está vinculado al origen y desarrollo de un Estado Moderno.

La segunda, es decir la Sociedad del conocimiento está caracterizada por la utilización extensiva de las tecnologías de la información, TIC, que hacen posible un almacenamiento y una gestión de datos y de conocimiento. Toda la información proveniente de internet se convierte en datos electrónicos.

Finalmente, en la sociedad de redes se refiere a la estructura social del tiempo actual, es la sociedad en la que se está entrando, en donde la sociedad de la información se va desarrollando, se ha ido permitiendo la interconectividad de personas, impulsadas por las tecnologías de la información¹⁵.

¹² «Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento.pdf».

¹³ Deboto, Mauricio, *Comercio Electrónico y Firma Digital, La Regulación del Ciberespacio y las Estrategias Globales*, 1ra Edición (La Ley, 2001, s. f.).

¹⁴ Garcia Barrera, Myrna Elia, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías*, 1ra Edición (Ciudad de México, 2018: Tirant Lo Blanch, s. f.).

¹⁵ Quiroz Waldez, Francisco Javier, «Sociedad de la Información y el Conocimiento.», s. f., <https://www.academia.edu/9372553/Sociedad>.

1.2. Historia de las nuevas tecnologías.

1.2.1. Época A. C.

Desde el nacimiento del hombre surge la tecnología, puesto que se van dando las innovaciones tecnológicas, como el cultivo de la tierra, la agricultura, la domesticación de animales y la ganadería, por tanto, se implementaron herramientas para su uso, esto se debe a que el hombre ha sido cazador por naturaleza, lo que les generó el uso de su intelecto para la supervivencia del ser humano.

Ahora bien, las primeras tecnologías de importancia asociadas a la supervivencia es la obtención de alimento y como éstos eran elaborados por ellos mismos, se ve la necesidad de descubrir el fuego, así como herramientas de piedra, también se desarrollaron canoas, el cuchillo, utensilios de madera, se crearon armas para la caza y pesca.¹⁶

Se desarrolla con el tiempo la fundición del cobre, el bronce y el hierro, este último con la finalidad de ir reemplazando al primero, que fuera más resistente y a un costo más bajo y porque era más duradero. Se expande la tecnología en la agricultura, porque se requería de herramientas fuertes para el cultivo como hachas, picos, rastrillos, etc.¹⁷.

1.2.2. Edad antigua.

Sin embargo, en las civilizaciones antiguas, la tecnología no se hizo esperar, se puede mencionar al Antiguo Egipto, que crearon e inventaron muchas máquinas simples, como la palanca, el palo inclinado, para ayudar en las construcciones, no se puede dejar de lado el invento del papiro, que era un papel egipcio que se utilizó mucho, sin dejar de lado el alfabeto, templos, puentes, acueductos, etc.¹⁸

Se da la existencia de una férrea organización social, que es un elemento clave para el desarrollo tecnológico a gran escala, los romanos desarrollaron una agricultura sofisticada, mejorando la tecnología del trabajo con hierro, mejoraron la construcción de carreteras, se crearon arcos monumentales, acueductos, anfiteatros, puentes de piedra y criptas¹⁹.

En Grecia mejoraron e inventaron también tecnología, se inventó el motor a vapor, su participación fue más tecnológica y filosófica. Se desarrolla el comercio, aparece además el correo.

La India desarrolla tecnologías sanitarias, se dan los primeros baños públicos, la cultura india fue pionera en el uso de tintes vegetales, como el índigo y los procedentes del cinabrio, estos tintes se emplearon en pinturas y esculturas, el uso de perfumes demostró su conocimiento técnico.

¹⁶ Wikipedia, «Historia de la tecnología», en *Wikipedia, la enciclopedia libre* (Wikipedia, 24 de marzo de 2020), https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Historia_de_la_tecnolog%C3%ADa&oldid=124527200.

¹⁷ Rosales Tinajero, Álvaro, «Historia de la Tecnología», *Les Castillo de Matrera*, 2011, <https://www.calameo.com/read/0041497418b1e29df66b6>. Pág. 4

¹⁸ Mercedes Alfaro et al., «Nuevas tecnologías en atención primaria: personas, máquinas, historias y redes. Informe SESPAS 2012», *Gaceta Sanitaria* 26 (1 de marzo de 2012): 107-12, <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.12.005>.

¹⁹ Wikipedia, «Historia de la tecnología». Pág. 3

Los chinos realizaron muchos inventos junto con descubrimientos, se dieron innovaciones tecnológicas como el sismógrafo, cerillas, papel, hierro colado, arado de hierro, el puente colgante, la hélice, la ballesta, la pólvora, el empleo del gas natural como combustible, la carretilla.

1.2.3. Edad moderna.

Se da desde el descubrimiento de América y la Revolución Francesa, el invento de la cartografía y el arma de fuego fueron muy importantes. Se inventa la imprenta, aparatos mecánicos, libros, microscopio, telescopio.

En esta época aparecen muchos inventos e innovaciones tecnológicas como el teléfono, la bombilla, la siderurgia, el pararrayos, el telégrafo, la máquina de coser y los vehículos a motor.

Los campesinos abandonan en masa el cultivo de la tierra y se trasladan del campo a las ciudades para trabajar en las fábricas; las zonas rurales empiezan a despoblarse y las ciudades crecen de manera espectacular, pasando de un mundo rural a una sociedad urbana.²⁰

Se desarrolla la máquina a vapor, dio el comienzo a la electricidad, el ferrocarril, el termómetro, se llega a inventar el teléfono, posteriormente la bombilla, el ascensor, el submarino, el teléfono, la radio, el cine, se da la proliferación del automóvil.

1.2.4. Siglo XX y XXI.

En el siglo XX se produce un desarrollo tecnológico extraordinario. Aparecen los primeros aviones, la electricidad llega a las ciudades y a las fábricas, nace la electrónica que propicia el nacimiento de los primeros ordenadores personales hacia 1980, nace y se desarrolla la tecnología nuclear. También en el ámbito de la medicina se ve grandes avances, que obviamente ayudan a mejorar la vida del ser humano y a prolongarla, nace y se desarrolla la tecnología espacial que coloca satélites artificiales en órbita (1957), el Hombre llega a la Luna (1969) y se lanzan sondas interplanetarias, se desarrollan las grandes redes de comunicación telefónicas fijas y móviles, aparece Internet (1967) y el correo electrónico (1971) y las www²¹, además se crea el ordenador electrónico digital, el láser, la fibra óptica²².

La humanidad por lo tanto, ha pasado por diferentes fases tecnológicas, los desarrollos tecnológicos en relación a la información y las comunicaciones han surgido en la era moderna, facilitando la educación por medio de la inclusión digital, a través de las computadoras, así las telecomunicaciones surgen a raíz del invento del telégrafo en 1833 y el posterior despliegue de redes telegráficas²³.

²⁰«4quincena1.pdf», accedido 26 de marzo de 2020, <http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esotecnologia/quincena1/pdf/4quincena1.pdf>.

²¹ Ibid.

²² «Inventos importantes del Siglo XX», accedido 27 de marzo de 2020, <https://www.infolaso.com/ciencia1/45-inventos/930-inventos-importantes-del-siglo-xx.html>.

²³ Cubillos Ospina, Diana Siomara, «Origen, historia y evolución de las Tics», sites.google, TICS (blog), 15 de octubre de 2009, <https://sites.google.com/site/ticsyopal5/assignments>.

En 1876, Graham Bell inventa el teléfono, en Boston, mientras Thomas Watson construye el primer aparato, en 1927, se realiza la primera transmisión de radiotelefonía de larga distancia, entre Estados Unidos de Norte América y Reino Unido, a cargo de AT&T y la British Postal Office, en 1948 tres ingenieros de Bell Laboratories inventaron el transmisor, lo cual sin ninguna duda, supuso un avance fundamental para toda la industria de telefonía y comunicaciones²⁴.

El desarrollo de la informática hizo posible el tratamiento de datos en grandes cantidades, nace el ordenador como nueva herramienta de trabajo a disposición del historiador, en la década de los años 70 y principio de los 80 se desarrollaron trabajos de investigación histórica con ayuda del ordenador.

Así en el siglo XXI también se dan muchas innovaciones, se desarrollan las telefonías celulares, se desarrollan los CD's, DVD's, los ordenadores tanto personales como los de oficina y casa, pero antes se inventaron la radio, la televisión y los electrodomésticos. Se da el invento del internet, satélites de telecomunicaciones, es acá donde nacen las redes sociales como Facebook, Instagram, twitter, Skype, YouTube, videojuegos de realidad virtual²⁵.

Ahora bien, como se ha venido exponiendo la tecnología ha venido evolucionando y como parte de ello se ha desarrollado las telecomunicaciones, pues ha ayudado a analizar el impacto social en las diferentes culturas y las diferentes épocas de la historia de la humanidad, por tanto, se debe hacer notar que las tecnologías de las comunicaciones giran en tres etapas a saber: la primera es la edad del cable, que va desde 1844 a 1900; la segunda va desde 1900 a 1980 y se llama la edad de la transmisión inalámbrica y la tercera es la que se denomina la edad de las redes digitales integradas, cuyo tiempo corresponde entre 1980 hasta la fecha²⁶.

1.3. La historia de las TIC

Es a principios de la década de los noventa, en donde se comienza a utilizar el término TIC, como se expuso anteriormente, como una abreviación de Tecnología de la Información y Comunicación, es así que en 1965 se crea el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD), y en el año 200, este programa define a las TIC como las que agrupan un conjunto de sistemas necesarios para administrar la información, y especialmente los ordenadores y programas necesarios para convertirla, almacenarla, administrarla.²⁷

Las TIC surgen hace 5000 años para generar comunicación entre los seres humanos, estos soportes han evolucionado a través de la historia del hombre en relación a los avances

²⁴ Cubillos Ospina, Diana Siomara.

²⁵ Rodrigo Sánchez Symonds, «Los mejores inventos tecnológicos del siglo XXI y las mentes detrás de ellos», accedido 27 de marzo de 2020, <https://blogs.unitec.mx/vida-universitaria/inventos-tecnologicos-siglo-xxi-mentes-detras>.

²⁶ Ávila Díaz, William Darío, «Hacia una reflexión histórica de las TIC», 19, junio de 2013, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=413835217013>. En esta obra, se trata de hacer una breve reseña histórica de las tecnologías de las comunicaciones

²⁷ Calandra Busto, Pedro y Araya Arraño, Manuel, *Conociendo las TIC*. Pág. 15

industriales, técnicos y científicos, manteniendo como hilo conductor a la comunicación en cada uno de ellos.

En los últimos dos siglos, después de la revolución agrícola, la tecnología y la ciencia generan nuevos soportes y formas de transmitir el conocimiento. Se da un cambio con la creación del telégrafo como se ha mencionado anteriormente, en especial con códigos e “hilos”. A poco andar desaparecen los hilos, comenzando las primeras “transmisiones inalámbricas” entregadas por la aparición de la radio y posteriormente la televisión²⁸.

Luego en la segunda mitad del siglo pasado comenzó una nueva revolución en las comunicaciones, y se da origen al termino Sociedad del Conocimiento, cuyo fundamento son las nuevas tecnologías de comunicación, de alcance mundial y acceso instantáneo, beneficiado por el desarrollo de satélites artificiales de comunicación, los que permiten la transmisión de señales de radio, televisión y códigos de datos en forma casi instantánea a cualquier lugar del planeta.²⁹

Finalmente, en años recientes se ha dado un aumento exponencial de las comunicaciones, donde aparecen tres términos muy similares en el uso común, pero diferentes al momento de analizar su función, estos son; Red, Internet y Web. Mientras el primero permite establecer una comunicación entre diferentes artefactos comunes (Computadores, módem, swith, router y otros), el segundo es un protocolo de comunicación (TCP/IP, WAP, WiFi entre otros) y el tercero que hace mención a páginas de documentos e hipertextos o hipermedios escritas en diferentes lenguajes (html, php, entre otros) accesibles a través del protocolo internet.

1.4. La historia del internet

El origen del Internet se remonta al año de 1962, pero fue con la guerra que se ayudó a descubrir invenciones que luego fueron útiles para la humanidad. Y es a finales de los años 60's y principios de los 70's, cuando se comienza hacer accesible en línea distintas bases de datos, en su mayoría de organizaciones del gobierno de los Estados Unidos de Norte América.³⁰

El concepto de internet nace como un proyecto militar, que fue lanzado por el Departamento de la Defensa de los Estados Unidos de Norte América en 1958, como parte de la respuesta al lanzamiento del primer satélite soviético en la época de la Guerra Fría, el Sputink, por lo que se crea ARPA³¹.

²⁸ Calandra Busto, Pedro y Araya Arraño, Manuel. Pág. 19

²⁹ Ibid. Pág. 20

³⁰ Nuria Ferrán y Adela D' Alòs-Moner, «Del elefante a internet: Breve historia de las bases de datos y tendencias de futuro», *El profesional de la información* 10, n.º 3 (2001): 22-25, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=233005>.

³¹ ARPA es acrónimo de la expresión en inglés Advanced Research Projects Agency (“Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada”), denominación del organismo del Departamento de Defensa

Se construye la primera computadora y ordenador llamado Mark1, que fue el primer ordenador electrónico construido en la Universidad de Harvard por Howard H. Aiken en 1944, con la subvención de IBM, y la ENIAC (Integrador y Computador Electrónico Numérico³²). Posteriormente se crea ARPANET³³

Otros científicos que aportaron en gran manera al desarrollo del Internet fueron Lawrence Roberts y Thomas Merrill quienes en 1965 habían conectado, por primera vez dos ordenadores mediante una línea telefónica de baja velocidad, eso permitió corroborar que era factible el intercambio de información entre dos ordenadores³⁴.

En 1990 se cierra formalmente ARPANET, y en 1989 se concibe además el concepto del uso del Hipertexto, el cual se llama Protocolo de Hipertexto o HTML³⁵.

La informática se comienza a utilizar para tramitar documentos, es a finales de la década de los 80's y a lo largo de los 90's en donde tecnologías que se reconocían como las bases modernas del Internet, se expandieron por todo el mundo, se introdujo la WWW, (World Wide Web), la cual se fue haciendo muy común, se apoyaba de 3 conceptos fundamentales:

- a) Lenguaje de Marcas de Hipertexto (HTML)
- b) Protocolo de Transferencia de Hipertexto (HTTP)
- c) Localizador Uniforme de Recursos (URL), es la dirección que está asociada con la Dirección IP (Internet Protocol), que identifica a cada ordenador.

El internet, trajo como consecuencia el avance en el aspecto del comercio, ya que se fue ampliando, efectuándose ventas por catálogos, impulsando las grandes tiendas de mayoreo, de esa manera el comercio electrónico se ha ido diversificando, a tal grado de que

de Estados Unidos creado en 1958 como consecuencia tecnológica de la llamada Guerra Fría, y del que surgieron, una década después, los fundamentos de ARPANET, red que dio origen a Internet. La agencia cambio su denominación en 1972, conociéndose en lo sucesivo como DARPA. «.arpa», en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 8 de marzo de 2020, <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=.arpa&oldid=124103743>.

³² ENIAC, siglas de Electronic Numerical Integrator And Computer (Integrador y Computador Electrónico Numérico), fue el primer ordenador electrónico diseñado por John William Mauchly y John Eckert, en 1943 y 1946 en la Universidad de Pensilvania «UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.pdf», accedido 27 de marzo de 2020, <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4011/1/Necesidad%20de%20un%20marco%20legal%20que%20regule%20la%20intervenci%C3%B3n%20del%20notario%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica%20en%20El%20Salvador.pdf>. (2009, Pág. 7-9)

³³ ARPANET fue una red de computadoras creada por encargo del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (DOD) para utilizarla como medio de comunicación entre las diferentes instituciones académicas y estatales. El primer nodo fue creado en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA), y fue la espina dorsal de Internet hasta 1990, tras finalizar la transición al protocolo TCP/IP, iniciada en 1983. «ARPANET», en *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 7 de marzo de 2020, <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=ARPANET&oldid=124093652>.

³⁴ «UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.pdf». (2009, Pág.7)

³⁵ López-Tarruella Martínez, Aurelio, *Derecho TIC. Derecho de las Tecnologías de la información y de la Comunicación.*, 1ra Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016).

todos en el mundo puedan ir efectuando el comercio electrónico³⁶. La Red verdaderamente está cambiando casi todo para mucho tiempo, de que es un medio de importancia extraordinaria en la Historia de la humanidad entera.

No obstante, si alguna empresa resulta representativa del internet, ese el GOOGLE, ya que hoy en día es la mayor compañía de entre las creadas por y para internet: las que dé entre su sector la superan en tamaño (y solo son tres, Microsoft, IBM, y Oracle) fueron creadas mucho antes de esa expansión de la red, en 1975. El buscador en el año 2011 contaba con más de 40 mil millones de páginas, que en su conjunto constituyen un índice en todo el contenido de la red³⁷.

El Internet está formado por muchos ordenadores de diferentes plataformas y sistemas y con diferentes funciones y utilizaciones. Internet se basa en una arquitectura cliente-servidor, ya que la mayoría de las aplicaciones y servicios que se pueden encontrar siguen este modelo. La parte servidor espera permanentemente a recibir peticiones del cliente. Cuando el cliente genera una petición, el servidor sirve la información o servicio que el cliente ha solicitado.

1.3.1. El Internet de las Cosas.

El internet de las cosas (IdC), conocido como (IO) internet del objeto, vincula objetos inteligentes a Internet. Puede permitir un intercambio de datos nunca antes disponibles, y llevar la información a los usuarios de una manera más segura.

Surge el término entre los años 2008 y 2009, y fue porque existían más dispositivos conectados a Internet que personas en el mundo. Tan es así que para el año 2010, habían 6,8 mil millones de habitantes y 12,5 mil millones de artefactos con conexión web, eso se debía al alto crecimiento de los Smartphone y las tablets PC, indicando que el número de dispositivos conectados por persona es superior a 1 (1,84 exactamente) por primera vez en la historia, según cifras ofrecidas por Cisco³⁸.

Actualmente, IdC está compuesta por una colección dispersa de redes diferentes y con distintos fines. Por ejemplo, los automóviles actuales tienen múltiples redes para controlar el funcionamiento del motor, las medidas de seguridad, los sistemas de comunicación y así sucesivamente. De forma similar, los edificios comerciales y residenciales tienen distintos sistemas de control para la calefacción, la ventilación y el aire acondicionado, la telefonía, la seguridad y la iluminación. A medida que IdC evoluciona, estas redes y muchas otras estarán conectadas con la incorporación de capacidades de

³⁶ Ibid.

³⁷ García Mexia, Pablo, *Historias del Internet. Casos y cosas de la Red de Redes.*, 1ra Edición (Valencia, 2012: Tirant Humanidades, C/ Artes Gráficas, s. f.).

³⁸ Cisco: es una empresa de origen estadounidense fabricante de dispositivos para redes locales y externa, también presta el servicio de soluciones de red, su objetivo es conectar a todos y demostrar las cosas asombrosas que se pueden lograr con una visión clara del futuro. (Originalmente Internetwork Operating System) es el software utilizado en la gran mayoría de routers (encaminadores) y switches (conmutadores).Garcia Barrera, Myrna Elia, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías.*

El uso de internet cada vez se fue haciendo más común en El Salvador ya que con el ingreso de compañías de telefonías se fue diversificando el servicio de internet en todo el país y lo que comenzó como un servicio muy suntuoso, con el tiempo se fue volviendo útil y necesario, aunado que para generar una competencia entre dichas compañías los precios por la prestación del servicio fueron bajando, hasta que el acceso a un teléfono inteligente ya no era muy costoso y hacer uso de internet tampoco, lo que permitió que el ciudadano en términos generales pudiera tener acceso ese servicio y hacerlo parte de un bien básico en su vida⁴².

En 1998 se concibe el proyecto de los Infocentros, sin embargo, esta idea no fue apoyada por el gobierno central ni las empresas privadas, llegando a desarrollarse hasta el año 2009, tardándose un aproximado de 10 años en su ejecución.

En el año 2000, nace la idea de ofrecer internet gratis por parte de la empresa Telemovil a los usuarios, debiendo cancelar el costo del impulso telefónico, posteriormente las demás telefonías comenzaron hacer lo mismo, fue hasta el año 2004 en donde los primeros celulares pioneros en tener conectividad Wifi en El Salvador fueron Motorola y Nokia.⁴³

Así, en un principio la mayoría de conexiones se encontraban en San Salvador, pero con el tiempo y con las facilidades que ofrecían los proveedores, ya no solo las Universidades e instituciones de gobierno poseían ese servicio, sino que también pequeñas empresas y clientes residenciales podían hacer uso de esta tecnología. Desde entonces el crecimiento de internet en El Salvador ha sido como en el mundo entero, ha ido acelerado.

1.4.Las Nuevas Tecnologías y su incidencia en el Derecho.

La tecnología de la información y las comunicaciones comienzan a tener un papel muy importante en la economía, por tanto, se vuelve necesario hacer uso de la revolución tecnológica por impacto que ha tenido la globalización, es por ello que las TIC van teniendo un gran auge, se puede decir que vienen a dar respuesta a las demandas existentes en la sociedad, particularmente en el ejercicio de la actividad económica, o también, se hace uso de las TIC por la facilidad en su uso, pero para medir su crecimiento se deben analizar 4

Mercantil.» (Tesis para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas, San Salvador, El Salvador, 2015).

⁴² Batres Recinos, Yansy Stephany, Guevara Merino, Katty Lissett, y Sosa Miranda, Jessica Xiomara.

⁴³ Carlos David Escobar, «Historia Del Internet En El Salvador», Medium, 25 de octubre de 2017, <https://medium.com/@carl.d/historia-del-internet-en-el-salvador-53fc94ba508c>.

variables: 1) El internet, 2) Telecomunicaciones, 3) Ordenadores personales, es decir las computadoras personales, 4) Comercio Electrónico⁴⁴.

El internet es una red de computadoras que conectan al mundo, ahora bien, dentro del internet se encuentran las redes sociales, y estas no son más que estructuras sociales entre personas, grupos, países, organizaciones, los cuales son dinámicos, no estáticos, tienen una motivación humana y expectativa de quienes la conforman, están bajo la influencia de normas sociales e institucionales⁴⁵.

Existen tres tipos de redes sociales: Redes profesionales como LinkedIn, Xing, Viadeo; Redes generalistas y de ocio como MySpace, Facebook, Instagram, YouTube, Twitter, etc.; Redes especializadas como Massify, Obture, CinemaVip, etc.⁴⁶.

Las telecomunicaciones no son más que un sistema de comunicación a distancia por medios electrónicos o electromagnéticos, y con el transcurso del tiempo se ha llegado a una liberalización de los servicios de telecomunicaciones y esto se debe a la evolución tecnológica. Entre las principales innovaciones tecnológicas destacan la digitalización y la aparición de nuevos y potentes canales de transmisión (fibra óptica, satélites, etc.). Como consecuencia, se ha incrementado dramáticamente el ancho de banda de las redes, capaces no sólo de transmitir voz o datos, sino también imágenes y, en general, contenidos multimedia. Con ello se da la aparición de nuevos servicios, y la convergencia entre industrias tradicionalmente autónomas como la de las telecomunicaciones, la audiovisual y la informática⁴⁷.

El comercio electrónico es utilizado para hacer muchos negocios, por tanto, existen muchas definiciones que se ha dado sobre el mismo, para algunos, y en un sentido muy amplio, es todo intercambio de datos que se realiza por medios electrónicos, incluyéndose entre estos medios el fax, el telefax, la red de internet. Sin embargo, se definirá como el proceso de compra, venta o intercambio de bienes, servicios e información a través de las redes de comunicación. Representa una gran variedad de posibilidades para adquirir bienes o servicios ofrecidos por proveedores en diversas partes del mundo⁴⁸.

Ahora bien, el comercio electrónico resulta interesante para el derecho, puesto que las tecnologías se integran a las actividades sociales, es por ello, que las nuevas tecnologías influyen en la determinación de nuevos instrumentos jurídicos. Las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones plantean problemas jurídicos inéditos, sin embargo, muchos problemas encontrarán solución tanto en la normativa común como la civil y la mercantil, y tomando

⁴⁴ Erick Rincón-Cárdenas, «ÚLTIMOS RETOS PARA EL DERECHO PRIVADO: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN», *Estudios Socio-Jurídicos* 6, n.º 2 (2004): 430-500, <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/301>.

⁴⁵ Gonzalez de la Garza, Luis Miguel, *Redes Sociales, Instrumentos de Participación Democrática*, 1ra. edición (Madrid, España: Dykinson, S.L., 2015).

⁴⁶ «Vista de LAS REDES SOCIALES: UNA NUEVA HERRAMIENTA DE DIFUSIÓN», accedido 31 de marzo de 2020, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/1513/1521>.

⁴⁷ Montero Pascual, Juan José, *Derecho a las Telecomunicaciones*, 1ra Edición (Valencia, 2007). Pág. 53

⁴⁸ Garcia Barrera, Myrna Elia, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías*. (Pág.509-510)

en cuenta la velocidad con la que van evolucionando las nuevas tecnologías no siempre se requerirá de una regulación especial.

Con el uso de las nuevas tecnologías se pueden cometer actos ilegales o delitos, es por tanto que el Derecho Penal debió adecuar sus tipos delictivos para comprender en ellos las conductas antisociales que podían ser ejecutadas por medio de las nuevas tecnologías, como el caso de la pornografía infantil en Internet, pero también se puede ser usada para acortar distancias, realizar negocios, busca ser más eficaz y eficiente cuando se usa y en el ámbito judicial ha servido para mejorar y buscar siempre una pronta y cumplida justicia, como es el caso de la notificación electrónica.

De igual forma la aparición de nuevas formas de trabajo posibilitadas por las modernas tecnologías, el denominado tele-trabajo, y los problemas específicos que tal modalidad laboral genera han obligado también, en el caso del Derecho Laboral, a ocuparse de la nueva realidad⁴⁹. De igual forma se da con la protección de derechos fundamentales de las personas, puesto que el amplio mundo que ofrece la el Internet y la informática han generado posiblemente nuevas formas de violación de la intimidad, situación que se estará estudiando más adelante.

No se puede olvidar que en la era digital se ha comenzado a innovar con el dinero virtual llamado bitcoin, el cual se refiere a una criptomonedas y fue creada en 2009, considerado como dinero electrónico, no oficial que puede utilizarse como medio de intercambio en operaciones comerciales⁵⁰, se está desarrollando la inteligencia artificial, sin dejar de lado el blockchain, llamado cadena de bloques es una base de datos compartida que funciona como un libro para el registro de operaciones de compra-venta o realizar cualquier otra transacción⁵¹, es una base de datos distribuida entre los nodos participantes en la red blockchain y se desarrolla apoderándose por completo de la banca ya que es una forma segura de realizar negociaciones y transacciones.

Los elementos que definen un Blockchain son: Criptografía de clave pública, conocida por criptografía asimétrica; base de datos distribuida, cada uno de los nodos replica completamente la base de datos al unirse a la red del Blockchain; finalmente el tercer elemento es el algoritmo de consenso, este algoritmo incentivo a participar mediante el envío de recompensas a los mineros encargados de crear bloques.

La forma en que funciona el blockchain permite que todos los participantes conozcan los movimientos y cambios que se han realizado en el documento, así como su autor. Al basarse en operaciones matemáticas, el blockchain es hasta ahora uno de los métodos más seguros que existen para crear, modificar, compartir y almacenar información, por lo que podría aplicarse a cualquier ámbito que necesitara realizar alguna de esas acciones, sobre todo si en ellas tienen que participan múltiples usuarios, y por ende los perfiles de los

⁴⁹ Rincón-Cárdenas, «ÚLTIMOS RETOS PARA EL DERECHO PRIVADO».

⁵⁰ Perez Porto, Julian, y Merino, Maria, «Definición de bitcoin - Qué es, Significado y Concepto», Definición de, actualizado 2018 de 2016, <https://definicion.de/bitcoin/>.

⁵¹ «¿Qué es blockchain, la tecnología que viene a revolucionar las finanzas?», Infotechnology.com, accedido 31 de marzo de 2020, <https://www.infotechnology.com/online/Que-es-blockchain-la-tecnologia-que-viene-a-revolucionar-las-finanzas-20160810-0001.html>.

abogados también se verán actualizados y harán más uso de los medios tecnológicos a la hora de tramitar un proceso judicial.

Los más destacados son Proof-of-Work: es el algoritmo más extendido, utilizado por Bitcoin y la versión estable de Ethereum y está orientado a redes públicas; Proof-of-Authority: algoritmo utilizado por Ethereum para la gestión de redes privadas; y, Proof-of-Stake (en desarrollo): algoritmo en desarrollo por Ethereum (y otros protocolos de criptomonedas) que se basa en que las direcciones que tienen una mayor participación en la red (mayor número de criptomonedas, “stake”) tendrán una mayor posibilidad de subir nuevos bloques⁵².

En el Salvador, se convierte en el primer país que legaliza la moneda del Bitcoin como moneda de uso legal, para su aprobación se consideró una moneda global, divisible, de transacción en tiempo real, además esta moneda virtual no está regulada por ningún tipo de organización gubernamental, como puede ser el Estado, bancos, instituciones financieras o empresas. Tales aspectos permiten utilizarlas en cualquier parte del mundo, pretendiendo que El Salvador desea ser referente de dicha moneda⁵³.

La Ley fue aprobada el día 8 de junio de 2021, según Decreto Legislativo número 57, de fecha 9 de junio de 2021, Diario Oficial N°. 110, Tomo 431, de la misma fecha del decreto legislativo, conformada por 16 artículos y entrará en vigencia el día 7 de septiembre de 2021.

El objeto de la ley es regular el uso BTC como moneda de curso legal, dotándolo de poder liberatorio irrestricto e ilimitado en las transacciones que las personas naturales, jurídicas públicas o privadas, realicen a cualquier título; sin perjuicio de la aplicación de la Ley de Integración Monetaria que posibilita utilizar Colones salvadoreños o Dólares de Estados Unidos de América.

Lo anterior implica que a partir de la entrada en vigencia de la Ley BTC, El Salvador contará con 3 monedas de curso legal, las cuales serán el Colón Salvadoreño, el Dólar estadounidense y el BTC, posibilitando el pago de bienes, servicios y obligaciones por medio de cualquiera de dichas monedas

Ahora bien, los actos jurídicos celebrados a través de los medios electrónicos y los actos jurídicos con los documentos escritos es la interrelación que existe con el derecho de las nuevas tecnologías, por tanto, se ha podido comprobar a groso modo la relación que tiene la nueva tecnología con el derecho, pues como se verá más adelante el derecho debe velar por todas las actuaciones que se realizan a través de las nuevas tecnologías.

1.5.Las Nuevas Tecnologías y su influencia en el derecho Procesal.

Las tecnologías han alcanzado en la actualidad grandes avances, pero además han sido de mucha ayuda para la administración de justicia, pues busca la celeridad, además en la publicidad de los actos y de la información judicial.

⁵² ABC, Tecnología, «Del “blockchain” a la inteligencia artificial».

⁵³ Dictamen 3 dado por la Comisión financiera de Asamblea Legislativa. 8 de junio 2021. Del expediente 73-6-2021-1

Sin embargo, junto con los avances, se acompañan nuevos problemas, en especial a la validez y valoración de las pruebas soportadas en medios informáticos, en la medida del avance de los medios electrónicos como videos, redes mundiales, teléfonos, etc., las transacciones financieras y todo el tráfico mercantil ha ido cambiando también a un soporte digital y se ha ido perdiendo el soporte material, por tanto el documento era el medio probatorio por excelencia, pero al cambiar las formas de realizar negociaciones, contrataciones ofertas, etc., se da lo que se conoce como la desmaterialización de las comunicaciones.⁵⁴

El incremento del uso de las tecnologías ha hecho que el derecho procesal también tenga sus cambios, como el caso de la notificación electrónica, a través del correo electrónico, en El Salvador la Corte Suprema de Justicia crea el Sistema de Notificación Electrónica (SNE), y el medio electrónico que facilita la notificación de los actos de comunicación entre las diferentes partes, en las diferentes competencias judiciales y administrativas, para ello se está dotando de insumos a las diferentes sedes judiciales para poder dar ese servicio a los usuarios⁵⁵.

También, la pandemia por el COVID-19, hizo que se incrementara el uso de medios informáticos, pues como de todos es conocido que una de las alternativas viables para evitar el contagio es el distanciamiento social, el Órgano Judicial vio la necesidad de reformar el CPCM, para poder llevar a cabo audiencias virtuales, esto con el fin de mantener el distanciamiento social y no suspender la actividad jurisdiccional y dejar desprovisto al justiciable de una pronta y cumplida justicia, reformas que serán expuestas en el numeral posterior.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia por acuerdo Número 18-P de fecha veintiocho de julio de 2020, estableció que de conformidad al art. 182 Cnst. Atribución 5ª. A fin de vigilar una pronta y cumplida justicia, debiendo para ello adoptarse las medidas necesarias y de conformidad al art. 160-B de la Ley Orgánica Judicial regula que “la Corte Suprema de Justicia determinará los tribunales de justicia que usarán telefacsimil u otros medios técnicos de comunicación, relojes marcadores o de control de horas de presentación de peticiones. Los documentos transmitidos o marcados de aquel modo tendrán el valor de auténticos con solo hacerse figurar en los juicios o diligencias de que se trate, respaldados por la firma del juez o secretario receptores respectivamente”, por lo que existe habilitación legal para el uso de las TIC.

Por tanto, se autorizó la modalidad de recepción de escritos por vía electrónica, según el acuerdo antes mencionado los usuarios también hiera uso de las tecnologías para presentar escritos, pudiendo hacerlo a través de correo electrónico, eso con el fin de dar continuidad a la función jurisdiccional, y también para poder tramitar toda diligencia administrativa ya sea

⁵⁴ Rivera-Morales, Rodrigo, «Los Medios Informáticos: Tratamiento Procesal», *año 22*, diciembre de 2008, <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1405>. Pág. 303

⁵⁵ Según Acuerdo No. 19-P de fecha 15 de noviembre de 2016, tomando en cuenta el art. 185 atribución 5ª. De la Cnst., y el art. 178 CPCM, se crea el Sistema de Notificación Electrónica del Órgano Judicial, para ello se emite las reglas básicas de funcionamiento, que cuenta con 14 artículos que regulan el uso del SNE.

interna o externa del Órgano Judicial, por lo que se pudo ver que la pandemia aun y cuando afectó a la sociedad pudo traer consigo aspectos positivos como los antes mencionados.

1.6. Las Nuevas tecnologías en la Constitución, el Código Procesal Civil y Mercantil y en normativas secundarias.

Es necesario conocer si las nuevas tecnologías están reguladas en la carta magna, así como en leyes secundarias, es por ello, que se desarrollan a continuación.

1.6.1. La Constitución.

La Constitución de la República de El Salvador⁵⁶, es la referencia legal más importante como fundamento legal, por ser la fuente primaria de la que emanan los derechos y garantías fundamentales de las personas que se encuentran en el territorio de la república, por ello y haciendo una interpretación teleológica y sistemática se podrá concluir que las nuevas tecnologías pueden ser prueba que serán llevados a los jueces para comprobar la pretensión o la controversia de los hechos.

En ese sentido hay valores esenciales, cuyo contenido no se pueden rehuir por parte de los aplicadores de justicia, como los establecidos en el Art. 1 de la Constitución, y que son imprescindibles a efecto de que el Estado alcance sus fines, tal como lo ha afirmado la misma Sala Constitucional de nuestro país El Salvador, de igual manera está el Art. 2 de la Constitución, respecto a la seguridad jurídica (Proceso de amparo, Sentencia con referencia 840-2007)⁵⁷. Lo mismo sucede con aquellos valores que se consagran en la Carta Magna que deben ser concretizados por el juzgador en cada caso en particular.

Así también se cuenta con el Artículo 11 de la Cnst., y su configuración en la tutela judicial efectiva, el cual permita deducir la eficacia de esta clase de medios que regula el CPCM, el cual literalmente dice: Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.

La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas.

No se puede dejar de mencionar el art. 12 inc. 1° Cnst., toda persona se considera inocente hasta no comprobarse lo contrario, ello da la pauta a una legítima defensa, es el hecho de que cada una de las partes, debe expresar ya sea de forma oral o escrita sus argumentaciones y obviamente también los medios para controvertirlos de la parte contraria.

⁵⁶ Constitución de la República de El Salvador (Decreto Legislativo N° 38 de fecha 15/12/83, publicado en el Diario Oficial N° 234 de fecha 16/12/83)

⁵⁷ Sala de lo Constitucional, *Proceso de amparo*, Sentencia con referencia 840-2007, de fecha 15/01/10, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2010).

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que: "...el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes –derivado del derecho de defensa– está protegido en la medida en que una lista cerrada de medios no impide que se puedan utilizar otras fuentes de prueba; pues al final lo determinante del ejercicio efectivo del derecho de defensa es la amplitud de fuentes de prueba, aunque deban incorporarse al proceso exclusivamente por los ‘medios’ que la ley establece, Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2003Ac.⁵⁸

1.6.2. El Código Procesal Civil y Mercantil.

Antes de hablar del CPCM, es importante hacer mención del Código de Procedimientos Civiles⁵⁹ ahora derogado, y ver si en alguna disposición de dicha normativa se podía vislumbrar la regulación del uso de nuevas tecnologías, sin embargo, dicha normativa se basaba en prueba tasada, según Art. 236, 415 por lo que su uso era casi imposible, porque no está regulado como medio de prueba.

El CPCM⁶⁰ regula la actividad probatoria, la cual se encuentra a partir del Art. 312 y siguientes, el art. 330 CPCM, y siguientes que regula todo lo referente a los diversos medios de prueba. Pero es hasta la Sección Sexta con el epígrafe Medios de Reproducción del Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de la Información, del Capítulo IV, Libro II, que regula lo referente al uso de las nuevas tecnologías, es decir del art. 396 al 401.

Estas disposiciones establecen primero que el sonido, voz, datos o la imagen pueden ser propuestos como medios de prueba, pero para ello deben ser llevados a la sede judicial los soportes en donde se encuentren almacenados los datos e información, pero deben dar copia de los mismo a la parte contraria, si no se pueden llevar a la sede judicial los medios, el juez así como las partes deben avocarse al lugar donde se encuentre el medio probatorio, existiendo la posibilidad de designar un perito especializado, es decir con conocimientos informáticos para la práctica de la grabación o duplicación de tal medio probatorio, así como para obtener la información almacenada, debiendo reproducirse o ser expuesta el medio probatorio en audiencia, para que las partes puedan controvertirla, según art. 4 CPCM⁶¹.

Así mismo, el art. 416 CPCM⁶² finalmente regula la valoración de la prueba, establece como el juez debe valorar los medios de prueba presentados. Y sobre ese punto se hablará más adelante, se desarrollará como deberán ser valorados esos medios de prueba que nacen de las nuevas tecnologías, ya que la norma no indica cuáles serán los criterios que deben tomarse en cuenta.

⁵⁸ Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de proceso de Inconstitucionalidad, con referencia 23-2003Ac, pronunciada el día 18 de diciembre de 2009.

⁵⁹ «CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.pdf», accedido 3 de abril de 2020, <https://tramites.gob.sv/media/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES.pdf>.

⁶⁰ «Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf», accedido 3 de abril de 2020, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibidem.

Y siempre a consecuencia de la pandemia hubo una importante reforma en el CPCM según Decreto Legislativo Número 679, de fecha 2 de julio de 2020, publicado en el Diario Oficial Número 175, Tomo 428, de fecha 31 de agosto de 2020 y es relativo a la celebración por medios virtuales de las audiencias y la forma de presentar pruebas en el ejercicio de esa modalidad.

En la reforma se da la incorporación de un nuevo artículo con varios numerales, en la sección segunda del capítulo quinto, título cuarto del CPCM, relativo al régimen de celebración de las audiencias virtuales, en el cual se establece que los jueces o tribunales podrán, si el caso en particular así lo exigiera, y de manera excepcional, presidir audiencias y ordenar la comparecencia de manera virtual, de las partes, sus representantes, apoderados y abogados a través de videoconferencia o por cualquier otro medio técnico, siempre y cuando éste permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido.

Después de la notificación de la decisión de celebrar una audiencia de manera virtual, las partes cuentan con tres días los cuales serán hábiles para exponer los motivos técnicos u otra justa causa que les impida adoptar esta modalidad, todo se encuentra regulado en el Art. 203-A.

En cuanto a las disposiciones probatorias de las audiencias virtuales se agregaron los artículos 203-B y 203-C, en los cuales se establecen los siguientes supuestos:

1. Si en la audiencia virtual se pretende producir declaraciones de parte, testigos, peritos, intérpretes u otro sujeto procesal, estos deben presentarse a la sede judicial.
2. En caso que se pretenda proponer durante la audiencia virtual documentos, instrumentos, dictámenes, informes, medios de reproducción del sonido, voz, de la imagen y almacenamiento de la información, estos deben ser presentados, físicamente al tribunal con 2 días hábiles de anticipación a la fecha de la audiencia, con tantas copias como demandados y demás interesados en el expediente haya, más una.

Ahora bien, entre tanto, en dicha reforma se consigna que este tipo de audiencias se documentará mediante acta que deberá ser firmada por el secretario judicial, de conformidad al artículo 205 del mismo cuerpo normativo⁶³, sin cambio alguno en cuanto a su contenido, pero además las partes podrán solicitar y recibir una copia de la audiencia virtual en un medio físico tras asumir los correspondientes costos.

Dice la reforma que los despachos judiciales que opten por celebrar las audiencias de forma virtual son los responsables de programar, ejecutar, grabar y archivar la actuación judicial que así se llevara a cabo.

⁶³ Ibid.

Se incorporan un ordinal en el art. 208 y 2 ordinales más al art. 211 con relación a las causas de suspensión e interrupción de las audiencias. A las causas de suspensión, la de no poder celebrarse la audiencia virtual en el día señalado por problemas de conectividad para su celebración, y a las causas de interrupción se incorporan el supuesto de que así lo soliciten todas las partes, alegando justa causa y el de presentarse problemas de conectividad en la celebración de la audiencia bajo esta modalidad, siendo el caso que de tratarse de un sujeto procesal quien sufre la dificultad, éste deberá procurar comunicarse inmediatamente vía telefónica o por cualquier otro medio a la sede judicial informando sobre su inconveniente.

Finalmente, en estas reformas se hace especial énfasis en la planificación institucional que la implementación de esta modalidad de audiencias supone, puesto que se deberá garantizar, entre otras cosas, la asignación de recursos con el objeto que las sedes judiciales cuenten con la infraestructura tecnológica y los protocolos necesarios para el desarrollo de estas audiencias.

1.6.3. Leyes Secundarias.

Ahora bien existen otras normativas de El Salvador que hacen mención del uso de los medios tecnológicos, tal es el caso del Código de Comercio⁶⁴ en su art. 455 establece que se les permite a los comerciantes hacer uso del microfilm, discos ópticos o de cualquier otro medio que les permita archivar documento o información con el objeto de guardar de una manera más eficiente los registros, documentos e informes que les correspondan, por tanto, da pie al uso de nuevas tecnologías de la información.

Así está también La ley Procesal de Familia⁶⁵ permite las notificaciones por medios electrónicos, siendo una de las normativas más antiguas que da pauta a las nuevas tecnologías, especialmente en el art. 51 que permite las pruebas del derecho común y los medios científicos.

De igual forma la ley de Acceso a la Información Pública⁶⁶ habla de los medios tecnológicos, según lo regula el art. 61 que habla sobre la obtención de la información pública requerida y establece que se puede obtener por medio de correo electrónico, asimismo el art. 66 de la citada ley establece que la solicitud se puede efectuar por medio electrónico, finalmente se admiten los mismos pedidos de prueba que regula el CPCM, haciendo uso de la sana crítica.

La Ley de Procedimientos administrativos⁶⁷, en su art. 8 regula que se pueden llevar expedientes en soporte electrónico, así mismo la Administración Pública deberá mantener un soporte electrónico actualizado de sus expedientes administrativos, el cual deberá ser fiel a

⁶⁴ Centro de Documentación Judicial, «Código de Comercio», Centro de Documentación Judicial, accedido 3 de abril de 2020, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_comercio.pdf.

⁶⁵ «LEY PROCESAL DE FAMILIA.pdf», accedido 5 de abril de 2020, <http://www.pgr.gob.sv/documentos/LEYES%20PDF/FAMILIA/LEY%20PROCESAL%20DE%20FAMILIA.PDF>.

⁶⁶ «Ley de Acceso a la Información Pública», Jurídica, Asamblea Legislativa, accedido 25 de marzo de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/493>.

⁶⁷ «Asamblea Legislativa de El Salvador | Más cerca de tí.», accedido 5 de abril de 2020, <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/3389>.

su original y se encontrará al alcance de los interesados para su consulta, esto da paso a los procesos digitalizados que se vuelven necesario en el ámbito administrativo y que poco a poco se llegará a eso.

La Ley de Comercio Electrónico⁶⁸ regula las relaciones de comercio por vía electrónica, mismas que hoy por hoy no son reguladas de manera específica sino por medio de una combinación de diferentes materias, entre ellas Derecho Mercantil, Civil y de Protección al Consumidor, es una ley corta, que cuenta con menos de 40 artículos, busca normar principalmente lo referente a: i) Sujetos Obligados (Clientes y Comerciantes de bienes o servicios); y, ii) los efectos jurídicos de los Contratos realizados de manera electrónica, buscando su equiparación esencial con los contratos físicos, busca mejorar el comercio entre empresa-empresa y empresa consumidores (B2B y B2C), e incluso a mejorar operaciones y a los usuarios a conocer de menor forma sus derechos.

Los usuarios pueden conocer sus derechos como la posibilidad de emitir factura electrónica y la eficacia de los contratos celebrados a través de un medio electrónico, situación que como se consignó en el párrafo anterior no estaba regulado.

La Ley de la firma Electrónica, aprobada el 1 de octubre de 2015, según Decreto Legislativo No. 133, publicada en el Diario Oficial No. 196 el día 26 de octubre de 2015, la cual se encuentra vigente desde el 23 de abril de 2016, creada para generar seguridad a los usuarios que hacen uso de las comunicaciones electrónicas y a las transacciones autorizadas mediante las aplicaciones de la tecnología o la suscripción electrónica de las mismas, brindando validez jurídica a tales transacciones, así mismo, la ley busca responder al desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación.

Lo que pretende la ley es equiparar la firma electrónica simple y firma electrónica certificada con la firma autógrafa, otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica certificada y otra información en formato electrónico que se hubiere suscrito con firma electrónica certificada⁶⁹. La ley también hace referencia a los proveedores de servicios de certificación electrónica, además con el servicio de almacenamiento de documentos electrónicos.

Regula los principios generales que recoge la ley y que aplicaran sobre las actividades reguladas por esta, dentro de los que se pueden mencionar los siguientes: autenticidad, integridad, seguridad, confidencialidad y equivalencia funcional, asimismo, establece las reglas para el tratamiento de datos personales para los prestadores de servicios de certificación y los prestadores de servicio de almacenamiento de documentos electrónicos⁷⁰.

Ahora bien, la ley regula la equivalencia y valor jurídico que le otorga a la firma electrónica simple con la firma autógrafa, de igual formar establece la diferencia entre los

⁶⁸ Decreto Legislativo No. 463, de fecha 6 de febrero 2020, publicado en el Diario Oficial No. 27, Tomo 426 de fecha 10 de febrero 2020.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

efectos de validez probatoria la firma electrónica simple con la firma certificada. La firma electrónica certificada deberá estar sustentada en un método de creación y verificación confiable y seguro que la haga inalterable.

1.7. Las Nuevas Tecnologías en el Derecho Internacional.

A continuación, se mencionan los tratados y convenios internacionales ratificados por El Salvador que hacen referencia a la prueba de nuevas tecnologías, lo que permite tener una base para su aplicación en El Salvador.

1.7.1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, crea la Ley Modelo de CNUDMI sobre el Comercio Electrónico en el año de 1996, fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico.

El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su factibilidad de ejecución, por la única razón de que figure en formato electrónico. el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa. En el principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de "escrito", "original", "firma", y "documento".⁷¹

En esta ley modelo se da el reconocimiento jurídico a los mensajes de datos, dándole un efecto jurídico, validez o fuerza obligatoria a la información que en él se contenga, así como el hecho de que conste en forma de remisión, sin embargo debe tomarse en cuenta la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, así como la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, así como la conservación de los mensajes de datos, con el fin de que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta y que además sea conservado con el formato en que fue generado, enviado o haya sido recibido, debiendo también conservar la fecha y la hora en que fue enviado o recibido, pudiendo hacer uso de un tercero para la obtención de la información.

⁷¹ «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», accedido 6 de abril de 2020, https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.

1.7.2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal elabora el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica⁷², con el fin de favorecer a la región, busca contener las nuevas tendencias más modernas en el ámbito de la materia procesal. Es por ello, que instala un proceso oral, por audiencias, se crean procesos extraordinarios como el proceso monitorio⁷³; esto da pauta para que los países de la región fueran reformando sus normativas en el ámbito procesal civil, generando grandes insumos a la materia.

Innova con el art. 136 que regula los Medios de prueba, en dicha disposición establece cuales son los medios de prueba e incorpora las reproducciones de hechos, se regula que podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley. Así mismo el art. 176 regula que podrá procederse a la reproducción de hechos bajo la dirección del Tribunal, labrándose acta resumida en la que conste la realización de la diligencia y sus detalles, sin perjuicio de la utilización de medios técnicos para el registro de lo actuado, pudiendo participar terceros con el fin de llevar a cabo la reproducción si resultare necesario.

1.8. Clases de Nuevas Tecnologías.

Las nuevas tecnologías como se ha dicho antes se basan en soportes electrónicos, creados por los modernos instrumentos tecnológicos de la información, de los cuales devienen de la voluntad humana, y tomando en cuenta lo regulado en el art. 396 CPCM, que permite acreditar hechos a través de los medios de reproducción de voz, sonido, imagen, datos, mediante un soporte electrónico. Es por ello, que concurren dos elementos a su formación, el primero material, que depende de un hardware, y otro lógico, que es representado por un software que proporciona un programa informático determinado.

Ahora bien, debe tenerse claro que no se puede hacer un listado taxativo de pruebas que utilizan nuevas tecnologías, como numerus clausus, esto debido a que pueda quedar de manera rápida desfasados, sin embargo, se verán a continuación las clases o tipos de prueba que utilizan las nuevas tecnologías: a) Las que son creadas directamente a través de la informática como ejemplo es el uso del correo electrónicos, el cual toma mucha importancia como prueba electrónica y es una de las nuevas tecnologías, sin embargo plantea una serie de problemáticas, el fenómeno de interceptación de esta figura y finalmente la autoría y

⁷² Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.*, 2da Edición supervisada y actualizada por Enrique Vescovi (Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1997).

⁷³ Constituye una novedad se propone no solo para la ejecución de los títulos extrajudiciales (títulos Ejecutivos) sino también para los judiciales (sentencias), teniendo ventajas como el desalojo (desahucio), entrega de la cosa, entrega de la herencia, escrituración judicial y consiste en que presentado el documento o los elementos constitutivos y que demuestran la fundabilidad de a pretensión, el juez verifica los presupuestos generales y los especiales y acoge la demanda mediante una sentencia, en ella se dispone de un emplazamiento para comparecer y oponer a la demanda, y en caso de que no lo haga el demandado en el término perentorio establecido, la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada y el juicio queda terminado. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

recepción, esto porque el internet hace posible el anonimato⁷⁴; b) Los que proceden de medios de reproducción o archivo electrónicos tales como los vídeos, fax, fotografía digital, videoconferencias, y c) Finalmente están las que se presentan mediante instrumentos informáticos de tipo disquetes, pen-drives, bases de datos⁷⁵, SMS o “Short Message Service”, el cual se puede definir de la siguiente manera:

“Es un sistema de mensajes de texto que constituye una aplicación habitual en todos los teléfonos móviles y se ha convertido en un sistema de comunicación imprescindible entre personas de distintas generaciones Tanto es así que se ha creado una cultura propia a la hora de escribir los mensajes, acortando palabras basándose en la fonética de los vocablos con el fin de reducir caracteres para ahorrar espacio, tiempo y dinero”⁷⁶.

Los SMS, a pesar de que se pueden presentar como prueba en un proceso, demuestran la problemática de la volatilidad que poseen como medio de prueba, es decir su posible manipulación o alteración, situación que sucede con los WhatsApp, son un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario siempre y cuando exista la posibilidad⁷⁷.

Algunos también citan un cuarto bloque, los cuales están ubicadas unas pruebas mixtas, que son las pruebas tradicionales que tienen contacto con el uso de nuevas tecnologías de la información, por tanto se habla de pruebas modificadas, se puede referir a la pericia informática, que tiene como finalidad examinar y valorar las pruebas enunciadas anteriormente, debiendo para ello necesitar profesionales capacitados; asimismo podemos mencionar las declaraciones de parte o interrogatorios de testigos que se efectúen a través de sistemas de videoconferencia; entre otras⁷⁸.

Hay pruebas clásicas que al entrar en contacto con las nuevas tecnologías se singularizan y se da la necesidad de verlas de manera independiente, tal es el caso de la pericial informática, pericia sobre documentos electrónicos o a la intervención de las comunicaciones electrónicas, que sería una entrada y registro en el domicilio electrónico representado por un ordenador en serie o un PC⁷⁹, por tanto en la actualidad se está aportando al mundo de la prueba, una cantidad ilimitada de nuevos medios probatorios, muchos de ellos por descubrir y por tanto, inexistentes en estos momentos, puesto que dependen de los avances de la ciencia, pero que en su momento van a originar una problemática en lo referente a la prueba.

⁷⁴ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*, 1ra. Edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014).

⁷⁵ Pág. 43

⁷⁶ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*.

⁷⁷ «WhatsApp», WhatsApp.com, accedido 6 de abril de 2020, <https://www.whatsapp.com/>.

⁷⁸ Benavides Salamanca, Leo Bladimir, «La prueba electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.», marzo de 2018, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/03/C94AC.PDF>.

⁷⁹ De Urbano Castrillo, Eduardo, *La Valoración de la Prueba Electrónica*.

Pero no se puede dejar de lado que se ha dado el incremento del uso del internet y las redes sociales como: Facebook, Twitter, YouTube, My Space. Tan es así que gobiernos como Túnez, Egipto, Libia, Siria y Yemen, fueron sumergidos en crisis y algunos derrocados en términos de días por movimientos innovadores de millones de jóvenes, profesionales y ciudadanos que se sentían oprimidos por un gobierno dictador⁸⁰. Todo esto por la llegada de equipos como Blackberry, Iphone, Androide, conocidos como Smart Phones, o teléfonos inteligentes y junto a ellos la conexión de ilimitada de éstos al mundo cibernético y las redes sociales.

Facebook fue lanzado el 4 de enero de 2004, con el sitio web www.facebook.com, la cual es una red social muy grande, las personas registradas pueden tener amigos y con ello ver cualquier información de otros usuarios siempre y cuando le permitan ver, además se puede buscar a otras personas con la que se desee tener contacto.

El creador de Facebook es Mark Zuckerberg, estudiante de la Universidad de Harvard, como una comunidad para uso de los estudiantes de esa universidad, al poco tiempo fue abierta al público en general. Dentro de la Web 2.0 social fue una de las primeras en aparecer, la preceden Myspace, Fotolog, Flickr y algunos Blog⁸¹

Twitter, también es una red social en la cual hay que registrarse y pueden escribir lo que deseen, pero este tiene un límite en el texto, acá se generan mensajes cortos. Comenzó como un proyecto secundario en marzo de 2006 y ha crecido hasta convertirse en un servicio de mensajería en tiempo real que funciona en múltiples redes y dispositivos⁸², cuyo sitio web es www.twitter.com.

YouTube, es un poco diferente, pues en él se suben videos de todo tipo de usuario que se pueden publicar mediante uso de cámara digital o un teléfono inteligente, éste sitio fue adquirido por Google en 2006, su sitio web es www.Youtube.com⁸³.

My Space, también es una red social popular que ofrece otro tipo de servicios, como blog, servicios, perfiles personales, búsqueda de amigos, grupos, fotos, música y videos, cuyo sitio web es www.myspace.com⁸⁴.

⁸⁰ Catherine Dimargie González Rivera, «Facebook, Twitter, YouTube y My Space: Autenticación y Admisibilidad de La Evidencia Electrónica Obtenida de Perfiles de Redes Sociales, Correos Electrónicos y 'SMS' Mensajes de Texto, Ante Un Nuevo Alcance Del Descubrimiento de Prueba (Cambio Sustancial En Las Nuevas Reglas de Evidencia y Procedimiento Civil).», 51, s. f., <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=78047299&lang=es&site=ehost-live>.

⁸¹ Calandra Busto, Pedro y Araya Arraño, Manuel, *Conociendo las TIC*. Pág. 72

⁸² Ibid. Pág. 76

⁸³ González Rivera, «Facebook, Twitter, YouTube y My Space: Autenticación y Admisibilidad de La Evidencia Electrónica Obtenida de Perfiles de Redes Sociales, Correos Electrónicos y 'SMS' Mensajes de Texto, Ante Un Nuevo Alcance Del Descubrimiento de Prueba (Cambio Sustancial En Las Nuevas Reglas de Evidencia y Procedimiento Civil).»

⁸⁴ Ibidem.

Es un sitio web de interacción social formado por perfiles personales de usuarios que incluye redes de amigos, grupos, blogs, fotos, videos y música, además de una red interna de mensajería que permite comunicarse a unos usuarios con otros y un buscador interno.

WhatsApp, que como se dijo es una aplicación de mensajería instantánea cuyo lanzamiento fue el 3 de mayo de 2009, actualmente es propiedad de Facebook, el sitio web es www.whatsapp.com.

Según datos de principios del año 2020, es líder en mensajería instantánea en gran parte del mundo, en el que supera los 2000 millones de usuarios, superando a otras aplicaciones como [Facebook Messenger](#) o [Telegram](#), entre otros.

Instagram, es una aplicación y red social de origen estadounidense, propiedad de Facebook, cuya función principal es poder compartir fotografías y vídeos con otros usuarios. Está disponible para dispositivos Android, iOS y Windows 10. Fue lanzada en octubre de 2010.

Por tanto, se puede concluir que la prueba electrónica incluye todo aquello que sea Susceptible de estar en medios electrónicos⁸⁵, esta almacenada en un medio o sistema electrónico que sea resultado de un proceso o sistema electrónico, acá se refiere desde una grabación de video⁸⁶, conversación telefónica, documento de computadora, y que puede ser llevada a un Juzgado o Tribunal para su valoración.

Dentro de los medios electrónicos se pueden mencionar: mensajes de voz (voice mail); Record o archivos electrónicos; correos electrónicos (e-mails); anejos de e-mails (attachments); chats; redes sociales; videos; audios; mensaje de texto (text messages); mensajes multimedios; fotos digitales; gráficas; hologramas; códigos de programas; foros de discusión; bases de datos; mensajes, documentos o bases de datos borrados; records temporeros de la computadora (temp files); records de historial de sistemas; cualquier información de páginas cibernéticas; record de acceso a páginas cibernéticas; cualquier impresión o duplicación de la prueba o evidencia electrónica; fax⁸⁷.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibidem

⁸⁷ Ibid.

CAPÍTULO 2

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIOS PROBATORIOS.

El uso de las nuevas tecnologías ha generado cambios en las comunicaciones siendo un parámetro importante en la actualidad, es por ello, que resulta importante conocer si estas tecnologías vulneran derechos constitucionales. Pues surge el derecho informático, y ante este derecho el Derecho constitucional no puede quedar al margen, puesto que la revolución tecnológica ha generado relevantes transformaciones en las relaciones sociales, por tanto, resulta importante conocer cuales derechos pueden ser afectados por el surgimiento de nuevos medios de comunicación.

Es importante para dar inicio al presente tema, hacer un distingo entre el derecho informático, llamado también Derecho de la informática y la Informática Jurídica, el primero hace referencia al área jurídica, integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática⁸⁸, mientras que la informática jurídica, hace referencia al uso de las tecnologías de la información al derecho, que es la que se deberá estudiar en la presente investigación.

La seguridad es fundamental en la sociedad de la información, porque se deben establecer el clima necesario para hacer uso de la tecnología digital, para ello se debe establecer las medidas de seguridad, puesto que sin seguridad los derechos no tienen validez, por tanto, los derechos personales deben ser protegidos por el principio de seguridad⁸⁹; por tanto, la seguridad es, una medida de la que se hace depender la validez de los acuerdos adoptados a través de las comunicaciones electrónicas.

En este sentido, la comunicación se entiende segura en los casos en que cumpla ciertos principios: Confidencialidad (la información está solo disponible para los usuarios); Integridad (la información no se falsea); Accesibilidad (solo para quienes tienen derecho); Autenticidad (asegura el destino y origen de la información; remite quien dice ser y no otra persona) e Imposibilidad de rechazo (impide alegar él no envió o recepción)⁹⁰.

Ahora bien, en la actualidad se da el control electrónico de los documentos de identificación, también la informatización de datos fiscales, educativos y médicos, sin dejar

⁸⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014). Pág. 12

⁸⁹ Pérez-Ugeda María; Pérez- Ugeda, Álvaro, «Implicaciones Constitucionales de las Nuevas Tecnologías», *Revista de Derecho Político*, accedido 2 de marzo de 2021, <https://1library.co/document/yr83wkvz-implicaciones-constitucionales-de-las-nuevas-tecnologias.html>.

⁹⁰ *Ibidem*.

de lado el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, consideradas por algunos como vigilancia informática, haciendo una intromisión en la vida privada de las personas, y como respuesta a ello se da el derecho a la libertad informática, u función se cifra en garantizar a los ciudadanos unas facultades de información, acceso y control de los datos que les conciernen almacenados en ficheros informatizados⁹¹.

Mientras tanto, se deben estudiar los derechos de la vida privada que se pueden ver afectados con el uso de las nuevas tecnologías, sin dejar de lado el derecho a la libertad informática que constituye una modalidad de libertad personal reconocida a los ciudadanos tendente a proteger jurídicamente su “identidad informática”⁹², debiendo reconocer a los ciudadanos la facultad de conocimiento y el acceso de sus propios datos, lo que da inicio a desarrollar una figura procesal denominada habeas data.

En El Salvador el Habeas Data fue mencionado por primera vez por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Amparo ref. 118-2002⁹³ dictada a las quince horas y cuarenta y tres minutos del día dos de marzo de dos mil cuatro; y posteriormente la misma Sala de lo Constitucional lo menciona en la sentencia de inconstitucionalidad con ref. 36-2004, en donde se plantea la inconstitucionalidad por omisión de la creación de una ley que proteja los datos personales, se determinó que no era necesario la elaboración de una ley especial porque ya se protegían los datos a través de la figura del Habeas Data⁹⁴, y en esa sentencia se mencionaron los tipos de habeas corpus

⁹¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*. Pág. 14

⁹² Ibid. Pág. 14

⁹³ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Amparo, No. 118-2002 (2 de marzo de 2004). Promovido por el Señor Boris Rubén Solórzano en contra de DICOM, CENTROAMERICA, ya que en el año de mil novecientos noventa y ocho solicitó a la Sociedad General Automotriz, un crédito para la adquisición de un automóvil, el cual fue aprobado para un plazo de tres años, pero que a los meses de concedido el crédito solicitado, no pudo seguirlo pagando por haberse quedado sin trabajo. Que en mil novecientos noventa y nueve, fue demandado en juicio mercantil, por el incumplimiento en el pago de esa deuda, la que fue cancelada el seis de enero del año dos mil. Posteriormente, a finales del mes de enero de dos mil dos, se presentó a un banco nacional con la finalidad de solicitar un crédito personal, el cual le fue denegado, debido al reporte que le proporcionó la Sociedad DICOM, en el que aparece, además de su nombre, el número de su cédula de identidad y el de su identificación tributaria; es decir, el informe de una mora histórica con un único acreedor, la expresada General Automotriz, Presentó por ello a la primera de las sociedades mencionadas, la constancia de cancelación total de la deuda, para que se le excluyese de la base de datos, lo que no hicieron porque, según le informaron, la sociedad que había sido su acreedora, era la que debía autorizar por escrito, su exclusión como sujeto moroso. Se presentó entonces a General Automotriz, a fin de que se le extendiese la referida autorización, no accediendo tampoco esta otra sociedad a su petición.

⁹⁴ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, No. 36-2004 (2 de septiembre de 2005). Promovido por el señor Boris Rubén Solórzano. Sobre la tipología del hábeas data puede afirmarse que, independientemente de la naturaleza jurídica que se le adjudique, puede ser de diferentes tipos o subtipos. (i) En primer lugar, se encuentra el habeas data informativo, el cual procura lograr el acceso al registro de que se trate, a fin de indagar acerca de la información tratada; éste, a su vez, se clasifica en exhibitorio –cuando permite conocer qué datos se encuentran

existentes.

Finalmente los aspectos del derecho a la protección de datos personales se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ha pasado de ser la libertad negativa de impedir la utilización de informaciones sobre una persona a ser la libertad positiva de ejercer el control sobre los propios datos personales, que han salido de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico⁹⁵

Ahora bien, las tecnologías de la información son un conjunto de herramientas de naturaleza electrónica utilizadas para la recogida, almacenamiento, difusión, y transmisión de la información, proceso, todos ellos en donde la pieza clave es el ordenador⁹⁶, sin embargo, no obstante que ha tenido un gran auge la tecnología, también ha generado aspectos negativos, como la concentración del poder político y la forma de dominar a la sociedad. Pero la aparición del ordenador electrónico y el posterior desarrollo de las tecnologías de la información hizo posible una vigilancia de hecho de la vida cotidiana del individuo, pues que generar un registro que de manera conjunta permite obtener el perfil de una persona.⁹⁷

Dentro de ese marco, la obtención de las pruebas con el uso de nuevas tecnologías está vinculada a la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el art. 2 de la Constitución de El Salvador, como son el derecho al honor, a la intimidad tanto personal como familiar, la propia imagen, la inviolabilidad de domicilio, regulada en el art. 20 de la misma normativa y el secreto de las comunicaciones, regulado en el art. 24 Cnst.

2.1.Derecho al Honor

El derecho al Honor, se debe entender como el derecho al respeto del buen hombre o fama que deriva de su dignidad y que evita desmerecimiento en la consideración ajena⁹⁸, se puede ver afectado a través de los medios tecnológicos o sin ellos, pero el derecho al Honor es cambiante, ya que se vuelve más fácil identificarlo si se vuelve público, y se da cuando se

registrados–, finalista –que consiste en indagar además para qué y para quién se realizó el registro– y autoral –cuyo propósito es inquirir acerca de quién obtuvo los datos que obran en el registro–. (ii) En segundo lugar, aparece el habeas data aditivo, por medio del cual se procura agregar más datos a los que figuran en el registro respectivo, apareciendo como subtipos el actualizador –cuya finalidad consiste en actualizar datos vetustos– y el inclusorio – mediante el cual se incluye en el registro información omitida–. (iii) Como tercer tipo, se encuentra el habeas data rectificador o correctivo, que pretende corregir o sanear informaciones falsas, ambiguas, inexactas o imprecisas. (iv) La cuarta clase pertenece al habeas data reservador, el cual busca asegurar que un dato legítimamente registrado, pero de acceso restringido, sea proporcionado en determinadas circunstancias, solo a quienes se encuentran legalmente autorizados para conocerlo. (v) Finalmente, el habeas data exclutorio o cancelatorio tiene como misión eliminar la información almacenada en determinado registro, cuando por algún motivo no deba mantenerse tal inscripción.

⁹⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*. Pág. 86

⁹⁶ *Ibid.* Pág. 74

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ Pérez-Ugeda María; Pérez- Ugeda, Álvaro, «Implicaciones Constitucionales de las Nuevas Tecnologías». Pág. 160

da publicidad.

“El honor consiste en el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma. Desde la segunda, el honor consiste en la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los otros. Y es que —se dice, para fundamentar el derecho— todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad. Por ello se debe asegurar que toda persona en la sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas. En todo caso, no debe olvidarse que en cierto modo cada persona "construye" su honor ante los demás, a través de sus actuaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 417/09 de 26 de junio, párrafo 83-85)”⁹⁹.

Es así, que el derecho al honor se vuelve objeto de protección, tanto en lo que cada persona cree que vale frente a los demás, como respecto de lo que los demás consideran que vale una persona en términos morales. Este derecho fundamental está conformado precisamente por la dignidad humana, es por eso que la Constitución lo consagra en la categoría de derechos fundamentales.

Ahora bien, es importante tener clara la diferencia entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, porque ambos hacen referencia a la personalidad, pero en diferentes momentos, ya que el honor hace referencia a la participación del sujeto en la comunidad y la intimidad, busca asegurar ciertas esferas de no participación en la vida social. En ese sentido, cuando se viola la intimidad se afecta el ámbito de la personalidad que su titular ha decidido ocultar del conocimiento de los demás; en cambio, con el honor se busca evitar que la personalidad de dicho sujeto sea objeto de menosprecio¹⁰⁰.

Sin embargo, el uso del internet es un modo muy particular para vulnerar el derecho al Honor, pues se hacen circular archivo, expedientes y correos electrónicos que contengan información personal algunas veces susceptibles de protección, y en otras calumniando¹⁰¹, difamando¹⁰² o injuriando¹⁰³ a la persona, lo que conlleva a una afectación de la fama o reputación de la persona afectada, ya que la mayor parte de personas tiene acceso a redes sociales e internet, y pueden utilizarlos para obtener información, lo que hace que su defensa se vuelva más complicada, siendo los usuarios los que publicitan y difunden la información,

⁹⁹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad art. 191 Código Penal, No. 91-2007 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 15 de septiembre de 2010).

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Calumnia, regulado en el Código Penal Salvadoreño en el art. 177. Definido como el que atribuyere falsamente a una persona la comisión de un delito o la participación en el mismo.

¹⁰² Difamación, regulado en el Art. 178 del C. Pn., El que atribuyere a una persona que no esté presente una conducta o calidad capaz de dañar su dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

¹⁰³ Injuria, regulado en el Art. 179 C. Pn, se refiere al que ofendiese de palabra o mediante acción la dignidad o el decoro de una persona presente.

haciendo que las nuevas tecnologías representen una amenaza muy fuerte para el derecho al Honor.

Resulta necesario si al utilizar pruebas con Nuevas Tecnologías se estará violentando el Derecho al Honor, para ello es necesario establecer que si los datos han sido subidos en redes sociales por una de las partes, dichos datos son cedidos y compartidos con terceros, por tanto, estos terceros pueden apropiarse de la información ya sea directa o indirectamente, y por tanto la podrán presentar como medio de prueba, más adelante se hablará sobre la licitud de la obtención de prueba de nuevas tecnologías.

2.2. Derecho a la Intimidad.

Que sucede con el Derecho a la Intimidad consagrado en el art. 2 de la Constitución de la República de El Salvador, que, dicho sea de paso, se encuentra regulado en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en lo fundamental establecen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.

Se vuelve necesario entender que cuando se refiere al Derecho a la Intimidad se hace referencia a lo más íntimo de la persona, en todos los ámbitos de la vida, ya se refieran familiar o personal propio, se encuentra relacionado con la esfera más privada o reservada de la vida personal e incluso se reconoce aquellas personas que tienen la consideración de personajes públicos¹⁰⁴, por tanto implica el eliminar a terceros de información que le corresponde a cada quién en el ámbito privado o personal, es asimismo un derecho flexible, cuya valoración depende, de la misma forma que el derecho al Honor, de factores sociales.

La Sala de lo Constitucional expone lo siguiente:

“La protección a la intimidad va orientada tanto al libre desarrollo de la propia personalidad como a la libre construcción y mantenimiento de relaciones y vínculos sociales, por tanto, cumple las siguientes funciones: restringe el acceso físico de otros, ii. Promueve la libertad de actuar, en la medida que protege al individuo de reacciones hostiles de los demás, contribuye al aprendizaje, creatividad y autonomía, al evitar que el individuo sea ridiculizado, censurado o recriminado; promueve la salud mental, ya que otorga a las personas un reducto exento de las presiones sociales; favorece la autonomía moral; fomenta las relaciones humanas; y, permite a los individuos decidir en qué cantidad y en qué circunstancias exponen sus datos personales...se puede entender que la intimidad afecta dos esfera: i) la esfera íntima, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. ii) La esfera privada, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes amigos y conocidos cercanos...Por lo tanto, la violación por excelencia -no la única- en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de

¹⁰⁴ Quiles Mollá, Laura, «Las Nuevas Tecnologías como medio de Prueba en el Proceso Penal» (Alicante, España, Universidad Miguel Hernández, 2015), <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4226/1/TFG%20QUILES%20MOLLÁ%20LAURA.pdf>. Pág. 20

datos o informaciones comprendidas en dichas esfera”¹⁰⁵.

Es importante valorar este derecho desde la perspectiva de las tecnologías, dentro del ámbito de la globalización especialmente, y como lo comenta Ricardo Martínez:

*“las redes sociales, como bien pronosticara el profesor Castells, se han convertido en un elemento esencial de interacción en internet. [...] Desde su nacimiento han venido acompañadas de polémicas sobre privacidad por incidentes con perfiles abiertos por defecto, protección de menores o análisis de datos y ahora por último la revelación de mensajes privados. Estos incidentes de privacidad y seguridad y las sucesivas reacciones corporativas nos obligan a reflexionar. Una primera impresión es la de estar asistiendo a un modelo de negocio en el que el producto siempre está en fase beta y se mejora a base del viejo método de prueba/error, pero un análisis técnico obliga a superar el territorio de las emociones y a transitar en el de la racionalidad normativa”*¹⁰⁶.

Por eso es necesario ver la importancia que tiene el derecho a la intimidad en el ámbito de las nuevas tecnologías, debiendo conocer para ello quienes son los titulares de este derecho, como una medida de prevenir la vulneración directa de su esfera privada y personal, se comienza hablando de las personas públicas, y serán aquellas personas que sobresalen en un ambiente social o en cualquier actividad, vienen a comprender una gama amplia de personalidades que en su conjunto coinciden por contar con una serie de peculiaridades que le hacen merecedores de contar con una protección diferente o de menor intensidad¹⁰⁷.

Otros sujetos de protección especial del derecho a la intimidad son los menores, puesto que los menores de 18 años de edad son, los que más usan el internet, en especial de las redes sociales, sin embargo, también puede brindarle al menor grandes beneficios, como el uso de herramienta online que pueden potenciar su aprendizaje, y con la pandemia del COVID-19, no solo se hizo necesaria sino indispensable para que los niños, niñas y adolescentes pudieran recibir su enseñanza a distancia, siendo un gran beneficio para los hijos, puesto que ha permitido tener al alcance de ellos información herramientas y servicios online que facilitan su aprendizaje.

Sin embargo, en Internet están expuestos a ciertos peligros que es necesario conocer: como el caso de la pérdida de privacidad debido en gran medida a la puesta en exceso de la intimidad que puede derivar de una falta de precaución, muestra de la inmadurez objetiva del usuario, los niños, niñas y adolescentes no solo pueden ser víctimas, sino que además verdugos de otros niños, niñas, adolescentes, como fruto de la edad, lo que genera un ciber

¹⁰⁵ Sala Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, No. 91-2007 (Sala de lo Constitucional 24 de septiembre de 2010).

¹⁰⁶ Martínez, Ricardo, «Redes Sociales, Privacidad y Derecho.», *Obtenido del Diario El País.*, 25 de septiembre de 2012, https://elpais.com/sociedad/2012/09/25/actualidad/1348599103_413702.html.

¹⁰⁷ Chamarro, Asunción de la Iglesia, «El Derecho a la propia imagen de los personajes públicos; algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002(caso Alcocer)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 de abril de 2003, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/624314.pdf>. Pág. 287

bullying, que se basa en un daño intencional, constante y repetido a través de medios telemáticos.

No se puede dejar de lado el Sexting, que consiste en enviar mensajes, fotografías o videos de carácter sexual a través del internet, utilizando las redes sociales comúnmente; y, Grooming, la serie de acciones y estrategias que lleva a cabo un adulto para ganarse la confianza de un menor, a través de Internet, con el objetivo de conseguir favores de índole sexual. Se trata, pues, de acoso sexual a menores en la red. A quien realiza estas acciones se le denomina ‘groomer’¹⁰⁸.

Ahora bien, como se ha planteado, la intimidad con relación a las nuevas tecnologías, se vuelve más delicado, en especial cuando se refiere a la vulneración de los derechos, y la utilización de datos personales puede vulnerar la intimidad aun y cuando no se vea alterado el aspecto íntimo, por tanto, si la información tiene el carácter de interés general y realizando un ejercicio debidamente ponderado, debe primar sobre el derecho a la intimidad de las personas, acá se da un choque de derechos, que tiene que ser analizado a profundidad para no transgredir los derechos fundamentales.

2.2.1. Limitación del Derecho a la intimidad por el derecho a la libertad de expresión y el derecho de información.

Resulta importante tomar en cuenta la limitación del derecho a la intimidad con respecto al derecho de información y el de libertad de expresión, para ello se tomará en cuenta la Sentencia de Inconstitucionalidad 91-2007¹⁰⁹, que expone, que el fin inmediato buscado por la Constitución, al garantizar las libertades de expresión e información, es generar una opinión pública libre en la que se discutan, los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública que los ciudadanos apoyan o proponen modificar, siendo a libertad de expresión y la de información componentes esenciales del gobierno democrático y representativo.

La libertad de expresión tiene por objeto básicamente emitir opiniones, fruto de un proceso intelectual consistente en la percepción a través de los sentidos de ciertos hechos, a lo que sigue una deliberación interna, para culminar en una valoración racional de esos hechos, pero conlleva el derecho de investigar o buscar, recibir y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro medio o procedimiento.

Es un derecho de acciones positivas del Estado, puesto que debe expedir leyes para su mayor eficacia o protección, como la creación de leyes relativas a la prensa, al derecho de acceso a la información, al espectro televisivo, a los espectáculos públicos, etc., y llevar adelante una verdadera política de apertura al pluralismo de los medios radiales, escritos, televisivos e informáticos, para que los ciudadanos tengan acceso efectivo a fuentes alternativas de información.

¹⁰⁸ «Sexting, sextorsión y grooming. ¿Qué son? ¿Tu hijo o hija está a salvo?», [www.educaryaprender.es](http://educaryaprender.es), *Equipo Díde* (blog), 9 de abril de 2021, <http://educaryaprender.es/sexting-sextorsion-grooming/>.

¹⁰⁹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, *Inconst. 91-2007*.

Finalmente, libertad de expresión no sólo debe proteger las expresiones lingüísticas, sino que su ámbito de protección debe extenderse, con las matizaciones correspondientes, a gestos, signos, dibujos, símbolos, e incluso a determinadas acciones u omisiones, en la medida en que contribuyan a la función a la que el derecho está orientado¹¹⁰.

Ahora bien, la libertad de información, en el marco de la función general a la que se ha hecho referencia anteriormente, pretende asegurar la publicación o divulgación, con respeto objetivo a la verdad, de hechos con relevancia pública, que permitan a las personas conocer la situación en la que se desarrolla su existencia.

Resulta necesario establecer la diferencia entre ambos derechos, la libertad de expresión, recae por tanto sobre ideas, opiniones y juicios, pero que en principio no busca afirmar datos objetivos. Por su parte, la libertad de información recae sobre hechos que son susceptibles de confirmación o comprobación¹¹¹.

2.2.2. Ponderación como método de interpretación ante colisión de derechos fundamentales.

En la actualidad la ponderación juega un papel muy importante, y no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos; el método de interpretación ideal para resolver el choque entre derechos fundamentales es la ponderación, ésta se refiere a la determinación de, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico. Quiere decir que, en caso de conflicto de normas *ius* fundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de éste, y ver cuál norma debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos futuros, a menos que sean idénticos¹¹².

La ley de la ponderación se formula así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”, se fragmenta en 3 etapas: a) La primera establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio; b) la segunda etapa que establece la importancia de satisfacer el principio opuesto; y, c) La tercera etapa establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio o lo que se puede decir como la seguridad de las apreciaciones empíricas¹¹³.

Así, el esquema de la ponderación, debe ser vista como una técnica argumentativa, que se compone de dos pasos: en primer término, se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla partiendo de la aplicación de los tres sub principios antes enunciados; para en segundo subsumir desde esa nueva regla el caso a resolver.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibidem

¹¹² Ibid.

¹¹³ Alexy, Robert y Andrés Ibáñez, Perfecto, *Jueces y Ponderación Argumentativa* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006). Pág. 5

“De todo lo dicho se puede fácilmente colegir que las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Sólo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables sí y sólo si éstas concurren.

Admitido todo lo anterior, cabe afirmar que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de supra legalidad. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico.”¹¹⁴

Ahora bien, si se debe acudir a las normas de principios cuando se producen conflicto entre derechos o garantías que están reguladas en el ordenamiento jurídico, estos se deben solucionar mediante la aplicación del juicio de proporcionalidad, que debe conllevar a la ponderación de los derechos.

Es así que, para establecer la ponderación de las normas, se debe hacer uso del test de proporcionalidad, el cual se debe analizar de forma sucesiva o escalonada, el cual opera como prohibición de exceso o prohibición deficiente, según se trate de medidas que afectan posiciones de derecho fundamental de defensa o de prestación, respectivamente.

Además del test de proporcionalidad se debe hacer un examen de idoneidad, como lo dice la Sentencia de Inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020¹¹⁵ que contiene 3 exigencias:

“(i) la adopción del régimen de excepción o la suspensión concreta de un derecho debe perseguir un fin legítimo, es decir, uno que no esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución (Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, 4a ed. actualizada, 2014, p. 884); (ii) debe ser adecuada —apta— para la consecución del fin perseguido, de forma que no tiene sentido suspender derechos que no se ligan a la causa que justifica el régimen de excepción (Carlos Bernal Pulido, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, ya citado, p. 884); y (iii) la medida genérica o particular —adopción del régimen de excepción o suspensión de un derecho concreto— debe ser razonable, es decir, fundada en criterios o parámetros objetivos (sentencia de 14 de enero de 2016, inconstitucionalidad 109-2013). En el caso de epidemias o pandemias, el régimen de excepción debe tener sustento en la mejor evidencia científica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1/2020, ya citada, párrafo 27)”.

Finalmente se debe efectuar un examen de necesidad, que en la sentencia antes apuntada la desarrolla en gran medida y expone lo siguiente:

¹¹⁴ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, *Inconst. 91-2007*.

¹¹⁵ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, *Inconstitucionalidad sobre la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concreto para Atender la Pandemia COVID-19*, No. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 (Sala de lo Constitucional 18 de junio de 2020). Pág. 32

“La constitucionalidad del régimen de excepción o de la suspensión de un derecho concreto está supeditada a que no exista otra medida igualmente idónea, pero menos gravosa (Bernhard Schlink, “El principio de proporcionalidad”, en Montealegre Lynett, et. al., La ponderación en el Derecho, 1a ed., 2014, p. 132). Por tanto, este examen presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar el adoptado (sentencia de 25 de abril de 2006, inconstitucionalidad 11-2004).¹¹⁶”

Finalmente, el examen de proporcionalidad o ponderación de derechos está representado por dos pasos: a) la identificación del peso de los objetos normativos a ponderar, es el fin constitucional y derecho fundamental suspendido; y su posterior comparación, para determinar si la importancia del fin constitucional es mayor que el derecho fundamental suspendido, o viceversa; y b) la construcción de una regla de precedencia, para determinar cuál de los objetos normativos debe preferirse¹¹⁷.

Ahora bien, habiendo desarrollado el examen de ponderación, resulta importante conocer si el derecho de libertad de expresión puede limitar o anular el derecho a la intimidad personal o familiar, sin embargo, ya en jurisprudencia citada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha determinado que ambos derechos son fundamentales y de igual jerarquía constitucional.

La Sala, ha sostenido que no se puede sacrificar, desconocer o anular el contenido esencial de un derecho para hacer prevalecer otro derecho fundamental, pero que si se existe conflicto entre ambos o varios derechos, estos se deben ceder limitadamente en su "ejercicio" en la medida "estrictamente necesaria", a través de la ponderación que se ha desarrollado anteriormente, debiéndola efectuar la autoridad judicial competente, que será la que en definitiva valore en cada caso concreto, entre otros factores: si la información que está en juego es o no de interés público o colectivo; si se trata o no de un funcionario o autoridad pública; si es o no una persona particular con vida pública o con vida privada sin ninguna relevancia pública; etc.

Será necesario, entonces, realizar un cuidadoso análisis constitucional del conflicto de derechos que se produce en las relaciones entre sujetos particulares cuando ejercen, por una parte, la libertad de expresión o información, y por otra, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En estos casos de relaciones intersubjetivas es el Estado el que tiene el deber de protección de los derechos fundamentales en juego, y es precisamente a través de la ley y de la interpretación judicial que deberá resolverse este tipo de conflictos de derechos.

Como se ha mencionado, además que el auge de las nuevas tecnologías es grande al igual que el uso de las redes, puesto que una simple opinión puede llegar a cientos de personas o miles en cuestión de pocos minutos, y el problema se da cuando la libertad de expresión

¹¹⁶ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Pág. 32

¹¹⁷ Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 1ra. Edición (Lima, Perú: Palestra Editores, s. f.). Pág. 240

choca con el derecho a la intimidad de otra persona, debiendo de ponerse en una balanza ambos derechos a la hora de ver cuál de los dos debe de predominar.

Como ha se ha señalado anteriormente, la línea que separa el ejercicio del derecho de expresión sin atentar contra la intimidad de las personas sobre las que se está informando es muy fina, tan fina que no está delimitada de antemano, por lo que cada caso debe ser analizado de manera pormenorizada para ponderarlos y ver cuál es el que debe de prevalecer.

2.2.3. El derecho a la intimidad en internet.

El hablar de internet, nuevas tecnologías y redes sociales es más común en la actualidad ya que se está en relación directa desde que amanece hasta el final del día, y esto se debe a que la mayoría de las personas no solo tienen un teléfono móvil inteligente, que permite conectar a las personas entre sí, además se cuenta con perfiles en redes sociales en donde las personas pone en conocimiento público elementos de su día a día, lo que pone de manifiesto el derecho de los ciudadanos a procurar su privacidad, especialmente en la era digital.¹¹⁸

Es importante hacer un distingo entre intimidad y vida privada, porque no son sinónimos, pero sí son afines, la intimidad va dentro de la vida privada, La protección de la vida privada se recoge como manifestación de la personalidad del individuo ligada a la salvaguarda de la dignidad y libertad del ser humano¹¹⁹, sobre el asunto también resulta importante hablar sobre la intimidad digital, es también la intimidad en internet, y es salvaguardar los datos privados en el ámbito de las nuevas tecnologías a los usuarios y los trabajadores .

Es justo por eso, que con los instrumentos que se han integrado hoy en día sin darse cuenta se están generando una amplia gama de problemas en relación con la intimidad. Y es que la exposición de la vida privada en redes sociales comienza a ser, según muchos expertos, preocupante, y las consecuencias que ello trae consigo abren un debate amplio sobre su correcto uso, pero más aún sobre lo que permitimos que dejen hacer con datos de la esfera privada de cada persona.

En las redes sociales se maneja muchas veces información con el fin de producir engaño, noticias falsas, y muchas veces remisiones a sitios web falsos o irreales, con el fin de robar información personal, o que están infectados por softwares maliciosos, para dañar la información que se tiene en el ordenador, es por ello que se sostiene que el internet no solo ha aumentado enormemente el volumen y la diversidad de las noticias a disposición de

¹¹⁸ Mendoza, Miguel Ángel, «El Derecho a la privacidad en la era digital», welivesecurity, *El Derecho a la privacidad en la era digital* (blog), 2 de marzo de 2017, <https://www.welivesecurity.com/la-es/2017/03/02/derecho-a-la-privacidad-era-digital/>.

¹¹⁹ Noain Sánchez, Amaya, *Derecho a la intimidad en Redes Sociales*, XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Datos (Madrid, España: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016), <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/la-proteccion-de-la-intimidad.pdf>. pago. 105

los ciudadanos, sino que también ha cambiado profundamente su manera de acceder e interactuar con ellas. Los usuarios más jóvenes, en especial, recurren ahora a los medios de comunicación en línea como principal fuente de información.

Sin embargo, a través del uso masivo de las redes sociales, se generan iniciativas ilegítimas tendientes a difundir desinformación a gran escala y con una velocidad y una precisión de selección de los destinatarios sin precedentes, de manera que permiten crear esferas de información personalizadas y a la vez si no son confiables generan campañas de desinformación.

Ahora bien, esa desinformación afecta de lleno al seno de la intimidad y vida privada¹²⁰ de las personas, ya que en la actualidad los jóvenes se informan de las publicaciones de las redes sociales y dan por sentada la información brindada en las redes, sin tener la menor duda de su veracidad, generando esas noticias falsas un problema para la democracia en general.

El hecho de que las redes sociales sean los medios de información para la población es porque las personas no desean pagar nada por los servicios, es por ello que se ha incrementado su uso, sin embargo, tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la imagen son violentados diariamente en Internet. Los avances tecnológicos, permiten que se publiquen imágenes sin autorización de sus titulares, atacando de esta forma la intimidad de las personas.

En 1968, Naciones Unidas dictó una Resolución sobre los peligros que derivan del uso de las nuevas tecnologías y la protección de los derechos fundamentales como ser el honor y la intimidad, donde se llegó a la conclusión de buscar estudiar los peligros que representaba para los derechos humanos¹²¹, la dignidad humana puede verse afectada cuando quien posee información personal, publica estos datos en las redes sociales, humillando y ofendiendo a alguien.

El Salvador todavía no cuenta con una ley especial que pueda regular lo concerniente a la intimidad en el internet, sin embargo, el día 22 de abril de 2021, sin embargo, en la actualidad se acaba de aprobar la Ley de Protección de Datos Personales, con la cual se resguardarán los llamados derechos ARCO (Acceso/Rectificación/Cancelación/Oposición) de los datos personales que se encuentren en posesión de personas naturales o jurídicas de carácter privado o público, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo.

La Ley de Protección de Datos Personales fue formulada con base a cuatro propuestas; con esta normativa, se busca frenar el mal uso de la información como el cometimiento de prácticas abusivas que van más allá del normal uso de la información privada y pública que se ve expuesta a su uso indiscriminado y con fines ajenos a los intereses reales de la sociedad.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ «Las redes sociales y la violación al derecho a la intimidad», *Universidad Libre, Seccional Bogotá.*, 16 de junio de 2015, <http://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/258-las-redes-sociales-y-la-violacion-al-derecho-a-la-intimidad>.

En el articulado se potencia que el titular de los datos personales pueda acceder a su información y se garantice la seguridad de los mismos frente a entidades públicas o privadas que manejan la información. Además del acceso a los datos personales por parte del titular, este tendrá derecho a la rectificación, supresión y tratamiento de los mismos, la cual se ejercerá por medio de su persona o su representante, y se dará por cumplida cuando se pongan a disposición del titular los datos mediante la expedición de copias simples, documentos electrónicos o cualquier otro medio análogo y esta será gratuita, la ley entrará en vigencia un año después de su publicación en el Diario Oficial.

No es claro en la protección al usuario del internet, como si se puede mencionar en España, ya que cuenta con la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Así, para tener acceso a las conversaciones de WhatsApp cuando no es el interesado el que las aporta debe ser por medio de una resolución motivada por el juez, para ello el juez debe autorizar la incautación del dispositivo, y luego emitir otra resolución motivando el estudio de su contenido, otra forma sería la autorización del interesado, lo cual no significa que dicho consentimiento pueda ser revocado en cualquier momento.¹²²

2.2.4. El Derecho a la intimidad del domicilio

Resulta importante hacer mención sobre la protección a la intimidad del domicilio, ya que los ataques contra el derecho a la intimidad son variados y en muchas ocasiones se facilitan los mismos con el empleo de las nuevas tecnologías, como es el caso de los drones. Un dron, término que proviene de la expresión inglesa: drone, es un vehículo aéreo controlado o manejado a distancia por control remoto, es decir, una aeronave sin tripulantes.

En muchos países se han establecido normativas sobre el uso comercial y privado de los drones, en El Salvador no tiene regulación alguna, sin embargo, los instrumentos de derechos humanos manifiestan que: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El empleo de drones para capturar imágenes y videos viola la intimidad y la privacidad de las personas, pues con el uso de la tecnología a distancia, remota, entra sin consentimiento al domicilio del dueño de la misma.

En España se ha hecho el análisis si el uso de drones puede violar el derecho a la intimidad, y según resolución dictada por el Tribunal Supremo en su reciente STS No. 329/2016 de fecha 20 de abril¹²³ establece que cabe la protección del derecho a la

¹²² Ortega Burgos, Enrique et al., *Nuevas Tecnologías 2020*, 1ra Edición, 2020 (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, s. f.). Pag. 334

¹²³ La Sala establece que el Art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción no consentida del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de imágenes...La expectativa de la intimidad no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que

inviolabilidad del domicilio al pronunciarse por primera vez sobre su incidencia en la observación mediante prismáticos por la Policía, del interior de un domicilio anulando la condena de cárcel por tráfico de drogas impuesta por la Audiencia Provincial de Ourense al considerar ilícita la principal prueba de cargo que fue la actividad observada, por la Policía en el interior de un domicilio, mediante prismáticos¹²⁴, lo que puede confirmar que hay fuentes de prueba que no pueden ser utilizados como medios de prueba por ser violatorios de derechos constitucionales.

Se puede además poner como ejemplo el caso de una conversación telefónica, o por correo electrónico o en su caso por WhatsApp, ésta no sería una violación de la intimidad de uno de los interlocutores el que la otra parte enseñase parte de las conversaciones o pusiese el altavoz para que un tercero tuviese acceso, sin embargo, la violación del derecho se encontraría siempre y cuando quien muestra la información de las comunicaciones conoce la naturaleza íntima de estas, es decir, el tercero la hace pública sabiendo que esta fue privada.

Con respecto a los medios de prueba que afecten a la intimidad de las partes, para que éstos puedan ser utilizados se debe contar con una autorización judicial en la que se motive y cumpla con los preceptos constitucionales.

En El Salvador, la llegada de los drones o de Vehículos Aéreos No Tripulados (en adelante VANT) – como los identifica la Regulación de la Autoridad de Aviación Civil de El Salvador (en adelante AAC), da la posibilidad de ver y grabar más allá de las limitadas capacidades humanas¹²⁵.

Los drones se encuentran en el mercado a un precio accesible y permiten que un ser humano controle y maneje de forma remota un vehículo aéreo que graba todo lo que está en su camino. Esto permite informarse de hechos que ocurren a distancia y de una perspectiva distinta al brindar la posibilidad de ver lo que acontece a la altura que el drone tenga la capacidad de sobrevolar.

Resulta importante conocer los límites que debe tener el uso del drone, en especial en el Salvador, los primeros límites lo establecen los Derechos Constitucionales a la Intimidad tanto personal como familiar, Art. 2 Cnst. y a la Inviolabilidad de la Morada Art. 20.

unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble, encierra el riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliar, diferente es el caso del uso de prismáticos en campo abierto.

¹²⁴ Martín, Alicia Amer, «Derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones», 22 de junio de 2016, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-la-prueba-obtenida-mediante-drones/>.

¹²⁵ Bolaños Meardi, Fermina, «Los Drones y el Derecho en El Salvador», *Jurídica, García&Bodan* (blog), 27 de julio de 2018, <https://garciabodan.com/los-drones-y-el-derecho-en-el-salvador/>.

Aunque todo esto parece lógico, a muchos al pilotear un dron se les olvida, y sobrevuelan el mismo sobre propiedad privada sin el consentimiento del titular, e incluso graban en ocasiones lo que ocurre en la fiesta de la terraza del vecino. La regulación de la Autoridad de Aviación Civil (AAC) de El Salvador, protege y desarrolla estos derechos constitucionales al prohibir que VANT sobrevuelen propiedad ajena sin autorización del titular. Este es solo una de las cuantas regulaciones aplicables a los drones.¹²⁶.

Finalmente, El Salvador no se ve desafectado por las implicaciones legales suscitadas por el uso de las nuevas tecnologías. La Autoridad de Aviación Civil establece una regulación para los drones que se vuelve exigible mediante la imposición de las distintas sanciones establecidas en la Ley de Aviación Civil a aquel que infrinja lo establecido en la regulación aplicable¹²⁷.

La ley establece que se deben registrar los drones cuyo peso sea igual o mayor al de 2 kilogramos al igual que la persona que se encarga de controlarlo o utilizarlo, y existe la prohibición de sobrevolar sobre áreas públicas con concentraciones de personas y que los drones sirvan para transportar sustancias.

2.3. Derecho a la propia imagen.

Existe el derecho a la propia imagen, que también está regulado en el Art. 2 inc. 2º. Cnst., y que forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada.

Es importante definir como primer punto en que consiste la imagen, y es aquella representación de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, en forma visible y reconocible. La importancia de la imagen es que ciertamente es la primera pieza que compone la personalidad de cada uno, pues es el elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual, según sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español, STC 231/1988 de 2 de diciembre¹²⁸.

Entonces, el derecho a la propia imagen protege la imagen física de la persona y no una social, ya que esta es protegida por el derecho al honor, por tanto, consiste en el derecho que tiene cada persona de evitar que su imagen sea captada sin su consentimiento, de igual forma la limitación para su reproducción, acá se puede destacar la imagen física, la voz o el nombre, independientemente de la finalidad que éstos persigan.

Por tanto, protege la imagen física de la persona, no su imagen social, pues esta se protege a través del derecho al honor, que ya se desarrolló en párrafos anteriores, y se

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, *Inconst. 91-2007*.

diferencia del derecho a la intimidad porque abarca todo lo que se requiere sustraer legítimamente del conocimiento público¹²⁹, así, el derecho a la propia imagen protege al titular tanto de la vida pública como de la privada, y por ejemplo se diera el caso que la imagen que se captura fue cuando estaba en público, eso no significa que no se debe proteger, pues q en los lugares públicos se renuncia a la privacidad hasta cierto punto, pero el derecho a la propia imagen siempre se debe proteger.

Este derecho tiene una gran importancia debido al creciente desarrollo de los medios de captación, divulgación y difusión de la imagen en especial vía telefónica o internet.

2.4. Derecho a la privacidad en las comunicaciones.

Finalmente, está el derecho a la privacidad en las comunicaciones, art. 24 Cnst., que dicho sea de paso tiene un vínculo muy estrecho con el derecho a la intimidad, éste tiene un carácter material, sin embargo, no se puede entender que si se vulnera un derecho se está atacando el otro, ya que el derecho a la privacidad tiene un carácter formal, y conlleva que los extraños respeten el conocimiento de nuestros datos íntimos, así como su control, de otros datos públicos que dan acceso a la intimidad, el cual puede ser opuesto frente a terceras personas ajenas a las comunicaciones.

¿Qué sucede cuando se quiere aportar este tipo de prueba en un proceso judicial? Para ello lo más importante es saber si la prueba se ha obtenido de manera lícita, en este sentido hay que tener en cuenta que el acceso a este tipo de información, por parte de un tercero, podría vulnerar derechos fundamentales, como son el secreto a las comunicaciones o la intimidad, y no hay que olvidar, que cualquier prueba obtenida de forma ilícita vulnerando derechos fundamentales es nula de pleno derecho, es decir, que su información no puede ser tenida en cuenta en el proceso judicial¹³⁰.

El derecho a la privacidad de las comunicaciones se debe fundamentar en un derecho autónomo al derecho de la intimidad e inseparable, así el Art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques", de igual forma el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expone en su art. 17 que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación" y dice que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

“Toda captura de datos de las comunicaciones es potencialmente una injerencia en la vida privada y, además, la recopilación y conservación de datos de las comunicaciones equivale a una injerencia en la vida privada, independientemente de si posteriormente se consultan o utilizan esos datos. Incluso la mera posibilidad de que pueda captarse información de las

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Garrido, Teresa de Almasa, *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*, Primera, vol. 1 (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, s. f.).

comunicaciones crea una injerencia en la vida privada y puede tener un efecto negativo en derechos como los relativos a la libertad de expresión y de asociación. La mera existencia de un programa de vigilancia en masa crea, por lo tanto, una injerencia en la privacidad. Incumbiría al Estado demostrar que tal injerencia no es arbitraria ni ilegal”¹³¹.

Ahora bien, cabe distinguir tres elementos que componen este derecho de las comunicaciones: primero, la transmisión de información o contenido; a continuación, que está sea entre dos o más personas determinadas o determinables; y, por último, la intermediación de un tercero con obligación de confidencialidad. Este último elemento es el que más dudas puede llegar a levantar. Simplemente se refiere a que la comunicación se realiza mediante un prestador de servicio de comunicación que está vinculado a las personas que forman esa comunicación, siempre desde un vínculo de confidencialidad.

En virtud de lo apuntado se vuelve necesario estudiar la relación con la prueba digital, y existen dos casos en los que el derecho del secreto de la comunicación se puede ver vulnerados, el primero es el acceso a datos transmitidos por redes en procesos de comunicación y el segundo, el acceso a información que se ha colgado en internet, pero en canal cerrado, refiriéndose a grupos cerrados, es decir a personas determinadas.

El existir una innovación en el ámbito de las tecnologías y la comunicación cuyo fundamento se basa en el uso del internet, ha elevado a la información como fuente de poder, desde todos los aspectos, así como se ha generado la globalización de la información, elementos que sirven de motor para las nuevas tecnologías, lo que conlleva a que la sociedad de la información es “un nuevo modelo de organización industrial, cultural y social caracterizado por el acercamiento de las personas a la información a través de las nuevas tecnologías de la comunicación¹³²”, no obstante su utilidad generan amenazas al derecho de privacidad de las comunicaciones, como el caso del sistema de vigilancia y seguimiento, para ello se utilizan cámaras para mantener una vigilancia, tal es el caso de la ciudad de Santa Tecla, en donde se cuenta con el sistema de circuito cerrado con el fin de prevenir el índice delincuencia, sin embargo, para que no violenten derechos, el público debe estar conocedor de que se emplea ese sistema de seguridad, eso como un mecanismo de protección a los ciudadanos.

Así se pueden dar más ejemplos, como el caso del GPS (Global Positioning Systems) con lo que cuentan los teléfonos de alta tecnología o de gama media, o que cuenten con tecnología 3G y 4G, así los vehículos más modernos también cuentan con un localizador, sin dejar de lado el desarrollo del comercio moderno, han propiciado la creación de bases de

¹³¹ Naciones Unidas, «Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General.», Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. (Nueva York, Estados Unidos de Norte América: Naciones Unidas, 30 de junio de 2014), https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_sp.doc.

¹³² Ballesteros Moffa, Luis Angel, *La Privacidad Electrónica*, 1ra Edición (España: Tirant Lo Blanch, 2006).Pág. 34-37

datos cuyo contenido cuenta con información privada sobre la persona, como son la fecha de nacimiento, muerte, estado familiar, propiedades, profesión, datos económicos y fiscales, ideologías, salud, así como valoraciones de personalidad¹³³.

El navegar por la red, comprar por internet, visitar una página web, consultar la cuenta bancaria on line, pagar las tarjetas de crédito, así como consultar los perfiles de redes sociales, dejan un rastro de la preferencia del usuario, es información que se obtiene con el uso de las nuevas tecnologías, pero la pregunta que surge es, ¿si se puede utilizar la información obtenida por los medios tecnológicos para poder probar algún proceso de derecho privado, en especial civil y mercantil?

Para dar respuesta es necesario conocer que el secreto de las comunicaciones no tiene un carácter absoluto, puesto que está sujeto a ciertas limitaciones y restricciones que establece la norma constitucional, puesto que se prohíbe la intervención como la interferencia de las comunicaciones, es decir, que otras personas ajenas a la comunicación telefónica, independientemente de los medios tecnológicos utilizados, puedan interrumpir, cortar o conocer el contenido de la misma.¹³⁴

La constitución establece una excepción al irrestricto ejercicio del secreto de las comunicaciones, y es el caso que habilitará la intervención por parte del Estado conforme a la salvaguarda de los intereses generales: la investigación de un hecho delictivo de los que se encuentren enumerados en una ley secundaria —como en la actualidad lo hace el art. 5 de la Ley Especial para la Intervención de las Telecomunicaciones¹³⁵ (LEIT)—.

Que sucede con las grabaciones, es necesario establecer que el secreto de las comunicaciones supone un poder de control de las informaciones que son relevantes para cada persona y donde ella dispone voluntariamente qué hechos puedan trascender al conocimiento de los demás, sigue exponiendo la Sentencia de Inconstitucionalidad (5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004), en este sentido las grabaciones consentidas son manifestaciones de la capacidad de control de la libre autodeterminación, puesto que el secreto ya no existe al ser divulgado por uno de los que intervienen y que ha permitido su grabación.

En síntesis, con relación al derecho Constitucional de la Privacidad de las comunicaciones, solo será válido la vulneración de tal si está legalmente prevista con suficiente precisión, si está autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso

¹³³ Vilasau Solana, Mónica, *Derecho de Intimidad y protección de datos personales, en Derecho y Nuevas Tecnologías.*, 1ra. Edición (Barcelona, España: UOC, 2005).

¹³⁴ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004, No. 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez.).

¹³⁵ Ibid.

mediante una decisión suficientemente motivada y si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad, en tanto se busca alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

Como resultado de lo expuesto anteriormente, se deben tomar 5 principios fundamentales para ver si el uso de las tecnologías puede ser consideradas como un medio de prueba: a) Libertad, no se puede divulgar los datos de una persona a menos que exista consentimiento libre o una orden impuesta conforme al ordenamiento jurídico; b) Finalidad, la publicación de datos personales solo puede tolerarse por el ordenamiento jurídico si persigue un fin constitucionalmente legítimo, c) Necesidad, consistente en que los datos revelados son realmente necesarios para alcanzar ese objetivo, no existiendo otro medio para obtener tal fin, d) Veracidad, está prohibida la publicación de datos que no correspondan con la realidad; y, e) Integridad, la información no debe divulgarse parcializada o fragmentada, debe ser completa¹³⁶.

2.5 Derecho al Olvido.

Es importante cuestionar y valorar si ¿el derecho al olvido se encuentra regulado en la Constitución? Así como en que consiste dicho derecho, con relación a la primer pregunta se puede decir que no está regulada de manera clara, pero se debe recordar que la Constitución es una norma que establece mínimos, cuyo articulado pretende orientar la regulación de la vida en comunidad pero que no constituye un *numerus clausus* de derechos y libertades¹³⁷, por tanto sus preceptos pueden y deben desarrollarse en normativas secundarias que nacen posteriormente más allá de su contenido esencial, al que deben respetar en todo caso.

Por otra parte, la Constitución responde a la realidad sociopolítica del momento en que fue creada y, pese a que tiene una clara vocación de permanencia, ello no obsta que sus preceptos queden abiertos al propio dinamismo de la sociedad¹³⁸ pues, para no perder virtualidad, sus contenido deben evolucionar para adaptarse a los nuevos contextos político sociales, y como se ha venido desarrollando el internet se ha vuelto parte cotidiano para toda persona, y en El Salvador esto no ha sido diferente, por tanto los derechos consagrados en la carta magna, deben ser utilizados también para el internet.

Las ideas expuestas, permiten ver que el Derecho al Honor, a la Intimidad consagrado en el art. 2 de la Constitución es el que sirve de parámetro para hablar de la protección de datos, y como se ha mencionado en párrafos anteriores este derecho se presenta como una nueva forma de libertad personal y ya la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establece que se protegerán los datos personales a través del Habeas Data en sus diferentes tipos, lo cual no significa que se trabaje en una ley especial para su protección.

¹³⁶ Cárdenas Caycedo, «El Desarrollo Jurisprudencial En Colombia sobre Los Derechos Constitucionales en la Web: Estudio de Casos Relevantes», *Infometric@ - Serie Sociales Y Humanas*, 2018, <http://www.infometrica.org/index.php/ssh/article/view/90>.

¹³⁷ Sáncho López, Marina, *Derecho al Olvido y Big Data: Dos realidades convergentes* (Universidad de Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020), <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413553559>. Pág. 85

¹³⁸ *Ibidem*.

Lo antes expuesto se da por la función que tiene el Derecho de dar respuestas jurídicas a la realidad existente, pues los avances tecnológicos hasta la fecha, hacían necesario la creación de herramientas jurídicas capaces de hacer frente a los desafíos presentados por la informática, la técnica y la situación de las telecomunicaciones que permitían la captación de información a través de medios digitales, puesto que la aparición de Internet redimensionó dicho fenómeno al permitir la interconectividad y el intercambio masivo de información de forma instantánea y universal, puesto que se ha habido un incremento del movimiento de los datos personales, sin dejar de lado la perennidad de los datos, inherente a la propia lógica del funcionamiento de la red, así como al fácil acceso a éstos y su publicidad¹³⁹.

Una vez que se ingresa a la estructura de las nuevas tecnologías, en concreto en el Internet, por cualquier motivo se queda registrado, aunque se ha tratado de dar respuesta a esta situación con el derecho al olvido, cuando ese contenido o información es antiguo, no tiene relevancia, o resulta perjudicial para la persona, lo que está íntimamente ligado a los derechos de la personalidad. Conseguir que una persona pueda borrar el pasado es un nuevo desafío para el Ordenamiento jurídico.

“Ahora bien, el internet registra grandes cantidades de información —fotos en línea, actualizaciones de estados, entradas de bitácoras, participaciones en foros, revelaciones personales o acciones vergonzosas publicadas en las redes sociales, etc.— y no olvida nada. Es más, los motores de búsqueda ayudan, con gran facilidad —con la introducción del nombre y los apellidos del individuo—, a encontrar otros datos personales que forman parte de la identidad de las personas. Todo ello conectado con otro importante riesgo, el relativo a la despreocupación y la descontextualización de la información publicada en la red; es decir: mucha información que se eterniza en Internet puede ser fácilmente malinterpretada, por la tendencia actual de publicar datos personales en Internet bajo la premisa que entiende las redes sociales como una red de «amigos»”¹⁴⁰.

De lo arriba apuntado surge la necesidad del reconocer o estudiar la posibilidad de lo que en la doctrina se conoce como el *derecho al olvido* o a no figurar con los datos personales en Internet y ver si puede ser utilizado en El Salvador, puesto que ya en otros países si está regulado de mayor forma como lo es en España por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

El derecho al olvido viene definido como un derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es inexacta u obsoleta, aunque la publicación original fuese legítima, y el cimiento para poder hacer uso de él es el Art. 2 de la Cnst., que establece: “... se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Lo ideal es que exista un mejor desarrollo sobre la protección al derecho al olvido con la creación de una normativa secundaria que lo regule y le dé un trámite especial para ejercer el derecho y poder efectuar cancelación y oposición del historial de alguna información y en

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Castellano, Pere Simón, *El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital*, 1ra. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2011), 978-84-9033-006-7.

especial cuando el particular considere que dicha información le está afectando su reputación, o les limita el acceso a otras oportunidades laborales, como ejemplo, para que se retire dicha información del internet.

Sin embargo, mientras no exista una normativa secundaria que lo regule, se debe hacer valer a través de un verdadero Habeas Data, así, cuando se habla de derecho al olvido se busca la posibilidad de que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene, tal como lo sostiene Pere Simón Castellano¹⁴¹.

Además, del fundamento de forma conjunta con el art. 2 de la Cnst., se debe aplicar el art. 144 Cnst., que establece que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

Por tanto, se deben aplicar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, citando su artículo 12, que establece que: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques; y la Convención Americana de Derechos Humanos, citando sus artículos 5o, No 1, Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y 11, Nos. 1 y 2 y 3 que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad¹⁴²; Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques, respectivamente.

2.6. Normativas Secundarias que hacen valer el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establecidos en el art. 2 de la Cnst., en El Salvador por el uso de Nuevas Tecnologías.

El Salvador se encuentra frente a dos escenarios en relación a una ley marco en Datos personales, el primero hace referencia al incremento o crecimiento de una sociedad cada día más digitalizada que utiliza como medios de vida la tecnología e internet, y múltiples plataformas tecnológicas que almacenan datos personales; y el segundo referido a la forma como se relaciona al entorno, surge como consecuencia la importancia de calibrar derechos

¹⁴¹ Castellano, Pere Simón, «Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de Julio 2011», 2011, https://www.academia.edu/898086/El_régimen_constitucional_del_derecho_al_olvido_en_Internet. Pág. 391-406

¹⁴² Ibidem.

como igualdad, libertad de expresión e intimidad personal, y en general a respetar los derechos fundamentales.

Por tanto, es importante hacer valer el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen regulados en el art. 2 de la Cnst, con el fin de establecer cuando su uso sea indebido o ilegal, o peor aún se vean vulnerados en servicios como la nube o servicios de codificación tecnológica fuera del territorio de El Salvador o por medio de las redes sociales que es uno de los factores que generan más vulneraciones a los derechos fundamentales, muchas veces sin tener el conocimiento claro del mismo.

Dentro de ese marco, El Salvador cuenta con una cantidad de normativas que lo colocan en el mapa de países de la región que fomentan la regulación de masas en el uso de medios tecnológico y en aquellas actividades ejercidas por el gobierno electrónico, aunque no como se quisiera, pero ya se está dando esos avances; entre las que se destacan la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley de Firma Electrónica y la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos¹⁴³, que hacen entender las fronteras entre privacidad, uso de datos personales y propiedad de los mismos.

a) Por Decreto Legislativo N° 133 de fecha 01 de octubre de 2015, publicada en el Diario Oficial 196, Tomo 409 de fecha 26 de octubre del mismo año, se aprueba la Ley de Firma Electrónica, normativa que pretende dinamizar las bondades del comercio electrónico, en la compra y venta de productos o servicios a través de medios electrónicos, y el gobierno electrónico, en el uso de las tecnologías de la información en los procesos internos del gobierno¹⁴⁴, así como en la prestación de servicios del Estado a los ciudadanos en las diversas dependencias con las que cuenta la administración pública, regulando los servicios de firma electrónica simple y firma electrónica certificada y proveedores.

b) Por Decreto N° 260 de fecha 4 de febrero de 2016 se aprueba La Ley Especial contra Delitos Informático y Conexos, publicada en el Diario Oficial No. 40 de fecha 410 de fecha 26 de febrero del mismo año, en la que de determinan los parámetros en la persecución del delito cuando la “Utilización de Datos Personales” vulnera las libertades del individuo, y su base legal la determina el Art. 24 que establece que el que sin autorización utilice datos personales a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, insertando o modificando los datos en perjuicio de un tercero, será sancionado con prisión de cuatro a seis años, que la sanción aumentará hasta una tercera parte del máximo de la pena prevista a quien proporcione o revele a otro, información registrada en un archivo o en banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar.

¹⁴³ Castellano, Pere Simón, *El Régimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital*.

¹⁴⁴ Ibid.

En ese sentido, el ámbito de aplicación se encuentra regulado en está en el Art. 2. De dicha ley, que menciona que la presente Ley se aplicará a los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio nacional o en los lugares sometidos a su jurisdicción. También se aplicará a cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, por delitos que afecten bienes jurídicos del Estado, de sus habitantes o protegidos por Pactos o Tratados Internacionales ratificados por El Salvador¹⁴⁵.

También se aplicará esa normativa si la ejecución del hecho, se inició en territorio extranjero y se consumó en territorio nacional o si se hubieren realizado, utilizando Tecnologías de la Información y la Comunicación instaladas en el territorio nacional y el responsable no ha sido juzgado por el mismo hecho por tribunales extranjeros o ha evadido el juzgamiento o la condena¹⁴⁶; en el entendimiento que esta coerción es aplicable tanto a actores públicos y privados cuando sean vulnerados contraseñas, protocolos de seguridad informática, datos sensibles y bancos de datos de naturaleza pública y privada, como también aplicada en los casos que los hechos hayan sido realizados por el responsable del tratamiento para fines comerciales.

c) La creación de la Ley de Regulación de Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas, según Decreto Legislativo Número 695, cuya fecha de emisión fue el día 29 de abril del 2011, Diario Oficial número 141, Tomo No. 392, de fecha 29 de julio de 2011, que contiene disposiciones tendientes a garantizar los derechos de los consumidores en el tema de la confiabilidad y buen manejo de datos, relativos a su historial crediticio.

d) La Ley de Protección al Consumidor, emitida el día 18 de agosto de 2005, según Decreto Legislativo Número 776, Diario Oficial No. 166, Tomo Número 368 de fecha 8 de septiembre de 2005, en especial en el art. 18 que hace referencia a las prácticas abusivas por parte de los proveedores, y el art. 21 que hace mención que las entidades especializadas en la prestación de servicios de información estarán obligadas a permitir al consumidor el acceso a la información de sus datos, así como a solicitar la actualización, modificación y eliminación de los mismos, de forma gratuita y de corregir la información falsa, no actualizada o inexacta.

e) La creación de la Ley General de Telecomunicaciones, según Decreto Legislativo Número 142, de fecha 6 de noviembre de 1997, publicado en el Diario Oficial número 218, Tomo No. 337, de fecha 21 de noviembre de 1997, en especial en el artículo 29 literal b), que hace referencia a la protección de los derechos del usuario, en especial al secreto de sus comunicaciones y a la confidencialidad de sus datos personales no públicos, teniendo en cuenta lo mencionado en el título v-bis, capítulo único de la presente ley.

f) Por Decreto Legislativo No. 534 de fecha 2 de diciembre de 2010, se aprueba la Ley de Acceso a la Información Pública, publicada en el Diario oficial No. 70, Tomo No. 391, de fecha 8 de abril de 2011, normativa que da vida al Instituto de Accesos a la

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Castellano, Pere Simón, «Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet»

Información Pública facultándolo a ser el ente rector en la Protección de Datos Personales. Actualmente, el citado Instituto cuenta con una Unidad, cuya competencia es custodiar el cumplimiento de la legislación de protección de datos personales (artículos 31 al 38) y asegurar el respeto de sus principios ante los entes obligados (instituciones gubernamentales y dependencias que reciben fondos públicos).

De conformidad con el artículo 31, toda persona, directamente o a través de su representante, tendrá derecho a saber si se están procesando sus datos personales; a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley¹⁴⁷.

Por lo arriba apuntado, se puede concluir que no se cuenta con una normativa robusta y especializada para la protección de datos, debiendo utilizar siempre los principios establecidos en la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tanto las personas como dueños de la información personal deben ser más cautelosos en la forma cómo se comparten los datos personales a las diferentes compañías de Internet.

2.7.Licitud de la prueba Electrónica.

Los derechos fundamentales no limitan su actuación y vigencia a las relaciones entre los individuos y los poderes públicos del Estado, así mismo actúan en las relaciones entre particulares, y estos deben ser respetados en las fuentes de prueba, así una prueba ilícita, obtenida contravirtiendo las garantías y derechos de la parte contraria debe ser considerada nula, y la ilicitud debe ser apreciada por el juez o las partes.

El derecho a la prueba, como derecho subjetivo, tiene entre sus contenidos la garantía para todo usuario o justiciable a que la prueba que establezca la premisa menor de la sentencia, sea debida, regular, legal o lícita, todos estos aspectos con un vínculo estrecho con el debido proceso; el cual tiene como función configurar la validez de los actos procesales o probatorios, y la violación o la infracción a tal configuración es la condición para aplicar la exclusión probatoria o la nulidad procesal.

Para que la prueba pueda valorarse esta debe ser lícita, por tanto se debe obtener sin ir en contra de los derechos fundamentales, por tanto se deben identificar cuáles son los criterios que definen los derechos fundamentales, pues no son *numerus clausus*, pues están en un constante movimiento, sin embargo, los derechos de una persona pueden chocar con los de

¹⁴⁷ Ibid.

otra, debiendo para ellos establecer fronteras que permita armonizar el ejercicio de los derechos de todos aquellos que conviven en una sociedad¹⁴⁸.

Así, el derecho de prueba también está limitado por el derecho constitucional, en especial por las leyes procesales que establecen un marco de reglas formales y requisitos temporales dentro del cual las personas deben ejercer tal derecho¹⁴⁹.

Ya se ha venido hablando del art. 2 de la Cnst, referente al derecho al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, es por ello que la obtención de prueba debes estar sometida a los requisitos que establece la Constitución, tal como lo establece el art. 2 del CPCM, que se refiere a la vinculación a la Constitución, debiéndose someterse la prueba a la pertinencia, y ser respetuosa de los derechos constitucionales, por tanto no se puede abarcar la utilización de pruebas ilícitas, entendiéndose como aquellas que hayan sido obtenidas vulnerando derechos fundamentales, tal como lo ha definido el autor Juan Montero Aroca, en su obra la Prueba en el Proceso Civil.

2.7.1. Prueba Prohibida

Resulta necesario hacer un análisis entre la prueba prohibida o ilícita. La palabra prohibida viene del latín prohibiré y se refiere a aquello que está vedado o impedido en cuanto a su uso o ejecución¹⁵⁰, entiendo lo negativo que hacen referencia a un comportamiento, ya sea una omisión o una reacción, las cuales no suelen estar reguladas en forma de prohibición, sino que al contrario están redactadas de forma de exclusión para la realización de una conducta.

La teoría de la prueba prohibida se originó en los Estados Unidos de Norte América como una regla de exclusión del proceso del material probatorio obtenido de manera ilegal. Su fundamento fue disuadir a la policía para que no procurase fuentes de prueba vulnerando derechos fundamentales por cuanto sería excluida del proceso y no valorada por el Juez y posteriormente se extendió a otros países, pero tiene como fundamento la defensa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el vocablo ilícito, viene del latín ilicitud, es lo que no está permitido legal o moralmente¹⁵¹, y en materia Civil lo utiliza para indicar que los actos jurídicos como los contratos deben tener fines y objetos lícitos, y si se realizan contrario a la ley pueden generar una nulidad absoluta.

Sin embargo, la expresión de prueba prohibida se deriva de las teorías alemanas referentes a las prohibiciones probatorias utilizadas a principios del siglo XX, de igual forma en España se utilizó el mismo término, sin embargo en España se cambió el término a prueba ilícita, puesto que ambos términos son muy ambiguos, y pueden referirse a cualquier

¹⁴⁸ Madrid Boquín, Christa M., *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil*, 1ra. Edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020).

¹⁴⁹ Ibid. Pág. 40

¹⁵⁰ Ibidem. Pág. 42.

¹⁵¹ Ibidem. Pág. 42-43

contravención del ordenamiento positivo, ordinario y constitucional, pero para identificarlas es necesario ver cuando una prueba violenta o quebranta un derecho fundamental y aquella que violenta la legalidad ordinaria pero los autores la ven como parte sustantiva y parte procesal en relación a la normativa secundaria, estableciendo algunos autores esa clasificación que será prohibida si violenta derechos constitucionales e ilícita si trasgrede normativa secundaria.

Sin embargo, otros autores la ven de manera indistinta, una tercera clasificación es verla a ambas como prueba ilícita, hay otra postura, y es cuando se violentan los derechos constitucionales será prueba prohibida y cuando se violentan la normativa secundaria será prueba ilícita y hay un quinto grupo que considera que se debe ver como prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales¹⁵², sin embargo para no generar confusión es mejor ver ambos conceptos de manera indistinta, según la segunda postura.

2.7.2. Elementos de la Prueba Ilícita.

Como es conocido, la regla general indica que toda prueba que ha sido obtenida con violación de derechos constitucionales es inválida, así como toda fuente que se origine en ella, en razón que dicha ilicitud se extiende a toda prueba derivada.

Son 4 los elementos por los cuales se pueden identificar si la prueba es ilícita o no, los cuales se detallan a continuación:

a) Elemento objetivo: consiste en el ilícito per se, cuyo resultado es la obtención de prueba. Se trata de una infracción al ordenamiento jurídico que resulta tan grave que merece ser sancionada con la ineficacia procesal total.¹⁵³ Se pueden vulnerar derechos constitucionales, lo que conlleva a la ilicitud de la prueba, sin embargo también puede violentar la normativa secundaria, lo que generaría prueba ilegal o irregular, yendo en contra al propicio de legalidad consagrado en el art. 3 del CPCM.

b) El elemento subjetivo: está integrado por la persona, es decir el sujeto, responsable de la comisión de la infracción que genera la ilicitud probatoria.

c) Elemento temporal, se refiere al momento en que se produce la ilicitud probatoria, pero no se debe confundir con el momento de alegar la ilicitud.

d) Elemento procesal, va de la mano con el elemento objetivo, siendo un factor trascendental en la determinación de lo que el ordenamiento considera prueba ilícita.

Ahora bien, la autorización para la obtención de este tipo de prueba debe estar suficientemente motivada y delimitada, estableciéndose cuál será el objeto y extensión de la misma referente a qué datos electrónicos, carpetas o subcarpetas creadas en determinadas fechas se deben analizar; ya que es usual que se efectúen hallazgos casuales sobre los cuales no hay autorización cuando se efectúa un registro de un ordenador, teléfono móvil o cualquier otro dispositivo que se componga de multitud de archivos informáticos, de ahí la importancia

¹⁵² Ibidem. Pag. 43

¹⁵³ Ibid.

de plantear y delimitar la extensión de la ilicitud en pruebas derivadas de la prueba principal, para las que no se tiene autorización judicial expresa y que, por tanto, se han obtenido vulnerando, en el caso de las pruebas electrónicas, el derecho fundamental a la intimidad al inspeccionar material privado para el que no se contaba con un permiso preciso¹⁵⁴, es lo que se le llama prueba derivada.

La prueba derivada es entonces una prueba que se obtiene en la búsqueda de otra, por tanto esta última es de origen ilícito porque no se estaba autorizado para ello, ahora, resulta necesario ver si cabría alguna excepción a la prueba obtenida de hallazgos casuales, o si en definitiva sería aplicable la teoría del fruto del árbol envenenado o teoría del efecto reflejo¹⁵⁵ lo que se debería de hacer es informar al juez de que en la prueba que se estaba obteniendo aparece el posible cometimiento de un hecho delictivo, para que sea el Juez quien ordene informar a la fiscalía y se inicie la acción pertinente, en el caso de tratarse el primer caso de un proceso de naturaleza privada.

Un ejemplo en materia civil en donde se puede dar una prueba derivada, es el caso de que se quiere entablar un proceso Declarativo de Daños y Perjuicios entre esposos, que todavía viven en la misma casa, la esposa se pone a conversar con un socio desde el teléfono fijo de la casa y el esposo se va a escuchar la conversación por otro teléfono de la misma línea, que está ubicado en un dormitorio, a través de esa llamada el esposo se da cuenta de cierta información que podrá utilizar en contra de la esposa para poder reclamar esos Daños y Perjuicios, pero que debe para ello buscar unos correos electrónicos que tiene la esposa, y mientras ella duerme, accesa al correo de ella y obtiene la información, y ofrece de prueba al socio de la esposa como testigo para probar los daños y perjuicios.

En el caso antes apuntado, la escucha de la conversación la cual es privada, violenta un derecho Constitucional denominado el Secreto de las comunicaciones y la intimidad, y eso llevó a los correos, a los cuales se accedió de manera ilícita, dándose una segunda vulneración de derechos especialmente el de comunicaciones. Acá con la presentación del testigo se hace uso de la prueba derivada, la cual por si sola es lícita, pero deviene de otras actuaciones que lesionaron los derechos fundamentales de la contraparte, es, por tanto, fruto del árbol envenenado.

¹⁵⁴ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 188

¹⁵⁵ Teoría del Fruto del árbol envenenado, surge en derecho penal y se dan cuando se obtienen de manera directa como resultado de vulnerar derechos constitucionales, fue creada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en el caso *Silversthorne Lumber Co. Vrs. United States*, la Corte estableció que: “la esencia de una provisión que prohíbe la obtención de pruebas en una cierta forma no es solamente que las pruebas así adquiridas no sean utilizadas ante un tribunal, sino que no sean utilizadas en absoluto. Por supuesto esto no significa que los hechos así conocido sean sagrados o inaccesibles Si el conocimiento de los mismos se logra a través de una fuente independiente entonces podrán ser probados como cualquier otro hecho, pero el conocimiento adquirido gracias a la vulneración provocada por el gobierno no podrá ser utilizado en la forma propuesta”. Sin embargo, la denominación concreta del fruto del árbol envenenado, fue acuñada en la sentencia de *Nardone vrs. United States*, que analiza más afondo esa teoría. Madrid Boquín, Christa M., *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil*. Pág. 192.

En la jurisdicción civil al igual que la penal, surgen pruebas que son frutos directos o indirectos de una actuación ilícita.

En materia civil, existen posiciones doctrinales que hablan sobre la contaminación de la prueba.

2.7.2.1. Teoría Legalista

Establece que deberá excluirse tanto las pruebas obtenidas que han vulnerado directamente los derechos fundamentales, como las que lo hubieran infringido de manera indirecta,¹⁵⁶ por tanto se aplicaría la teoría del fruto del árbol envenenado, puesto que la prueba ilícita se vuelve ineficaz.

2.7.2.2. Teoría Causalista.

Esta teoría se centra en la existencia de un vínculo de causalidad natural, como un factor determinante para decidir entre la exclusión o la valoración de una prueba derivada, en ese caso se debe excluir la prueba originaria y las que se hayan obtenido como una consecuencia de esa prueba.

No podrá aplicarse en el ámbito procesal civil la teoría de la conexión de antijuridicidad ni, por consiguiente, la excepción del vínculo causal atenuado. Solo hay dos opciones: las pruebas obtenidas con posterioridad a la prueba ilícita serán derivadas o independientes; correspondientemente se excluirán o se valorarán. No podrá haber un término medio, es decir pruebas “derivadas, pero desconectadas jurídicamente” de la prueba ilícita originaria.

Debe entonces excluirse las pruebas ilícitas directas y las derivadas, no pudiendo verse o utilizar las segundas como se hace en materia penal, utilizando la teoría de la antijuridicidad que es la que se utiliza en los casos en que el estado se ha aprovechado de la ilegalidad para obtener prueba, que con respecto al ordenamiento jurídico constitucional, no habría podido obtener¹⁵⁷.

2.7.2.3 Teoría Traslacionista.

Esta teoría hace referencia como su nombre lo indica a trasladar las mismas excepciones que han sido creadas en el ámbito penal al civil, para las personas que sostienen esta teoría, exponen que la teoría del árbol envenenado y la mayoría de las excepciones jurisprudenciales del ámbito penal se pueden trasladar al civil.

2.7.2.4. Teoría de la nulidad de la prueba ilícita.

Acá los que sostienen esta teoría manifiestan que la normativa procesal civil nada dice sobre la prueba derivada, y lo único que regulan son las nulidades de los actos procesales, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España en el art. 230 que hace referencia a la conservación de los actos, en el CPCM de El Salvador, se encuentra en inciso primero del art. 234, que hacen referencia a la nulidad de los actos procesales, por tanto para que la ineficacia de una prueba ilícita originaria se extienda a otra derivada será necesario:

¹⁵⁶ Madrid Boquín, Christa M. Pág. 267

¹⁵⁷ Asencio Mellado, José María, «Prueba Ilícita y teoría de la conexión de antijuridicidad en el proceso Civil», 2010. Pág. 3 y 4

a) Que exista una relación de dependencia entre la vulneración del derecho fundamental, la obtención de prueba que sea directa y el resultado que se haya obtenido gracias a la ilicitud, así las pruebas que se obtengan de manera independiente no estarán contaminadas.

b) Que de no haber sido por ese medio no se haya podido obtener la prueba, por tanto se daría la contaminación, ya que se si hubiera podido obtener la información por otros medios no existiría prueba contaminada y por tanto ilícita¹⁵⁸.

2.7.2.5 Teoría de la flexibilización de la regla de exclusión.

Sin embargo, existe otro sector que considera que se debe aplicar la regla de exclusión de forma menos rigurosa que en materia penal, para ello se considera que la prueba debe excluirse en el caso de que el derecho vulnerado sea de igual o mayor rango que el derecho a probar, debiéndose excluir la prueba ilícita cuando sea muy grave la vulneración del derecho fundamental¹⁵⁹.

A este respecto, resultaría necesario que para una mejor aplicación debería estar regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

2.7.2.6. El principio Constitucional de proporcionalidad para la prueba prohibida.

Para comenzar, el principio de proporcionalidad nace en Alemania, está conformado por tres sub principios, esto con el fin de su realización: El de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto llamada ésta última también ponderación.

Estos sub principios son expresión de la idea de optimización, como condición de precedencia del test de proporcionalidad debe establecerse la finalidad que busca el derecho sujeto a análisis, debiendo ver su idoneidad, luego su necesidad, que implica comprobar si la medida era menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido, y la proporcionalidad en sentido estricto implica determinar la si la importancia de la realización del fin mediato perseguido por la medida justifica la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente¹⁶⁰.

Así los principios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización respecto a las posibilidades fácticas o reales, el de proporcionalidad en sentido estricto se

¹⁵⁸ Madrid Boquín, Christa M., *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil*. Pág. 271

¹⁵⁹ Ibid. Pág. 272

¹⁶⁰ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad art. 311 del Código de Trabajo, No. 105-2014 (Sala de lo constitucional 12 de noviembre de 2017). Romano III, 4.B parte final.

refiere a la optimización con relación a las posibilidades jurídicas¹⁶¹, exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo¹⁶².

El principio de idoneidad, se refiere a excluir la utilización de medios o herramientas que limiten la realización de por lo menos un principio sin beneficiar la realización de uno de los principios u objetivos para los que son utilizados, una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra, es decir el análisis de una relación medio-fin.

El principio de necesidad, busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos o, al menos que lo sean en menor intensidad¹⁶³, quiere decir que exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.¹⁶⁴

Finalmente, el sub principio de proporcionalidad en estricto sentido o ponderación, cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.

Surge cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro¹⁶⁵, y esto se puede dar cuando en leyes hay conflictos de derechos fundamentales.

Significa que cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional,¹⁶⁶ y si esta relación se cumple, entonces se habrá superado el examen de la ponderación lo que generaría que no fuera inconstitucional.

¹⁶¹ Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. pág. 239-240

¹⁶² Bernal Pulido, Carlos Libardo, *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador.*, 4ta. Edición (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014), https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=ITSjDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=principio+de+proporcionalidad+en+el+derecho+privado&ots=w0PlatFvGI&sig=QPRUpYxrslAh0_DmBOtPeUy22WY#v=onepage&q=principio%20de%20proporcionalidad%20en%20el%20derecho%20privado&f=false.

¹⁶³ Leon Florian, Felipe Johan, «El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia del TC» (Centro de Estudios Constitucionales, octubre de 2013), https://www.mpf.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf.

¹⁶⁴ Bernal Pulido, Carlos Libardo, *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*.

¹⁶⁵ Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Pág. 240

¹⁶⁶ Leon Florian, Felipe Johan, «El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia del TC».

Por tanto, debe estar en las jurisprudencias constitucionales, el principio de proporcionalidad porque se debe priorizar dentro de los mismos derechos fundamentales, de ahí deviene la importancia de saber priorizarlos.¹⁶⁷

Ya teniendo claro en que consiste el principio de proporcionalidad, y con el fin de tener claro si se deben aplicar las teorías antes apuntadas respecto a la prueba ilícita y también de la prueba derivada, se debe recordar la naturaleza del proceso civil, la cual es derecho privado, aplicando para ello los principios de oportunidad, aportación y dispositivo entre otros, esto conlleva a que serán las partes procesales las que definen el objeto del proceso como el objeto del debate, así como la aportación de los hechos al proceso y la carga de aportar los medios de prueba.

Habiendo quedado establecido que la naturaleza del derecho civil es el derecho privado, surge la necesidad de hablar del principio de proporcionalidad, esto con el fin de identificar si pueden ser aplicables las diferentes teorías que en materia penal desarrollan el uso de la prueba ilícita y derivada, puesto que en materia penal cuando es el Estado quien ha violentado derechos fundamentales se da una mayor trascendencia jurídica¹⁶⁸.

Se plantea un caso en materia civil como en penal para que se pueda ver la perspectiva de la trascendencia de la vulneración de los derechos constitucionales.

En el ámbito penal, la policía realiza un registro de un ordenador, sin autorización judicial, con la finalidad de obtención de correos electrónicos relacionados con una red de trata de personas; en el segundo caso, es decir el ámbito civil, una persona accede al ordenador de su socio con el fin de sustraer información sobre la mala gestión que está haciendo de la empresa.

En ambos casos, se puede determinar que en la práctica la obtención de prueba ilícita en materia civil es menos gravosa que la penal, pues para última se puede llegar a efectuar torturas, violación de derechos humanos a través de tratos inhumanos, degradantes, y sin dejar de lado que existe privación de libertad de persona acusada, por lo tanto, las pruebas directas y derivadas son más fáciles de determinar.

¹⁶⁷ Robert Alexy expone un ejemplo claro de ponderación menciona la sentencia *Titanic del Tribunal Constitucional Federal alemán*. En esta decisión se trata del clásico conflicto entre la libertad de opinión y el derecho de personalidad. La revista satírica *Titanic*, muy difundida, llamó primero "asesino nato" y luego "tullido" a un oficial de reserva parapléjico que pese a su discapacidad logró que lo convocaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior Regional de Düsseldorf condenó a la revista a pagar al oficial de reserva una indemnización por daño personal de 12.000 marcos alemanes, luego de que éste presentara una demanda contra *Titanic*. El Tribunal Constitucional Federal alemán llevó a cabo una "ponderación respecto del caso concreto" entre la libertad de expresión de los afectados por el lado de la revista (P1:art. 5), y el derecho general de personalidad del oficial (P2: art. 2), se puso en relación los derechos, y se determinó que la condena al daño moral fue una injerencia sobre la libertad de opinión. Pero la Corte estableció que la palabra tullido si fue una vulneración al derecho de la personalidad, ya que es una humillación es un término de menosprecio, por tanto, se compara el derecho de libertad de expresión con la protección de la personalidad, que genera un empate de derechos Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Pág. 241

¹⁶⁸ Ibid. Pág. 243

Sin duda, se ha violentado o vulnerado los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y a la intimidad, por tanto la prueba se vuelve ilícita, pero al verlos de manera aislada, el caso en la que es el estado quien violenta el derecho del ciudadano la sanción debería ser más drástica, no obstante en el caso del derecho privado también se violentan derechos constitucionales, la vulneración efectuada por el particular que se ha dado es menos gravosa, por tanto, la sanción debería ser menos fuerte.¹⁶⁹

En el caso arriba apuntado, si no se aplican las mismas excepciones de la prueba ilícita y derivada al caso civil, pero que son aplicadas a la jurisdicción penal se estaría dando una ruptura al principio de proporcionalidad, pues se impone una sanción más fuerte a la jurisdicción civil del hecho cometido que la que se le da al ámbito penal, debido a que a ésta última se le aplican las excepciones reguladas en las teorías arriba apuntadas.

Sin embargo, es importante establecer los motivos de vulneración del principio de proporcionalidad, en primer lugar porque en el ámbito penal se sancionan ilícitos más graves y además está en juego la libertad de una persona, que en este caso es el imputado, así que como se ha apuntado anteriormente y en segundo lugar, porque en los procesos civiles los particulares no cuentan con el mismo privilegio para obtener fuentes de prueba¹⁷⁰, sin embargo, las excepciones deben ser aplicables a la materia civil.

Lo ideal sería tomar en cuenta las características propias de los procesos civiles, y de esa manera crear reglas concretas y determinadas que expliquen cuales pruebas se deberán de excluir y cuales se deberían de valorar.¹⁷¹

2.7.2.7. La protección de los Derechos fundamentales y el aseguramiento de la prueba.

Existe un supuesto que es bastante común cuando se refiere al aseguramiento de la prueba tecnológica, y es aquel que se produce cuando hay que asegurar la integridad de un soporte de datos que se encuentra en poder de un sujeto por el riesgo de que pueda ser alterado o se lleguen a borrar los datos.

La situación hace referencia al caso de que los datos se encuentran en disco duro extraíble, en una memoria USB, un ordenador, en una cámara de fotos digital, o en otros soportes de archivo que pueden tener la consideración de datos personales y afectar al derecho fundamental a la intimidad.

Sin duda, en los casos en que se pretenda el aseguramiento de un medio de prueba que suponga un instrumento de archivos de datos personales, o que puedan afectar a la intimidad, las posibilidades de un aseguramiento previo al proceso se reducen

¹⁶⁹ Madrid Boquín, Christa M., *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil*. Pág. 296

¹⁷⁰ Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Pág. 242

¹⁷¹ Madrid Boquín, Christa M., *La Prueba Ilícita en el Proceso Civil*. Pág. 304

considerablemente, en especial en el proceso civil¹⁷².

El principio de proporcionalidad que se ha desarrollado y que se vuelve necesario aplicar para la adopción de medidas restrictivas o que afecten algún derecho fundamental difícilmente puede darse en la providencia del juez que asegure medios de prueba tecnológica si para ello se ve obligado a limitar o afectar derechos fundamentales como la intimidad.

Lo que conlleva a que a fin de buscar el aseguramiento de una fuente de prueba en los casos en donde tenga que ver pruebas tecnológicas especialmente en instrumentos de archivo de datos hay que intentar que la actuación que se solicite del juez sea lo menos invasiva posible de la esfera de acción y de intimidad de la otra parte¹⁷³.

¹⁷² González Cano, María Isabel, *La Prueba.*, vol. Tomo I, La prueba en el Proceso Civil (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017). Pág. 610

¹⁷³ *Ibid.* Pág. 611

CAPITULO 3

LA PRUEBA DESDE EL PUNTO DE VISTA PROCESAL Y EL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

El Derecho procesal, puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas, parte integrante del ordenamiento estatal, que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso concreto¹⁷⁴. Por tanto, el Derecho Procesal al contener un componente dinámico, genera que de esa forma sea comprendido de mejor manera. Se puede decir que el derecho procesal es aquella parte del ordenamiento jurídico que regula la actuación de los órganos jurisdiccionales y de las partes en el seno del proceso con el fin de la aplicación del derecho al caso concreto cuya resolución se solicita.¹⁷⁵

Se conoce que la prueba es la actividad central del proceso, salvo cuando la discusión entre las partes sea únicamente la interpretación jurídica, situación que puede darse también, aunque no sea la generalidad. La actividad probatoria le sirve al juez para averiguar los hechos relevantes del proceso con los que después construirá su sentencia¹⁷⁶, ajustándose lo más posible a la realidad con la finalidad de hacer justicia en el caso concreto, buscando una correcta interpretación y sobre todo aplicación del ordenamiento jurídico.

3.1. Concepto de Prueba.

La prueba es la averiguación que se practica en el proceso sobre los hechos que sean dudosos¹⁷⁷, lo que busca la prueba es deshacer la duda sobre ciertos hechos y va dirigida al juez porque puede ser que alguna de las partes si sepa cómo se han dado los hechos, pero es al juez a quien debe convencerse de los hechos planteados para que sean en favor de una u otra parte. Por tanto, el objeto de la prueba es la duda sobre un hecho relevante para el objeto del juicio, y su función es resolver dicha duda.

La prueba, de este modo, puede ser definida como aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso¹⁷⁸. Ahora bien, con ese concepto se verá que la prueba se ve desde tres puntos de vista:

- a) La prueba es una actividad, que corresponde a las partes introducirlas en el proceso sobre todo para acreditar los hechos alegados, y como excepción la puede realizar el órgano judicial como cuando se habla de prueba para mejor proveer, según el art. 7 del CPCM, por tanto, la actividad probatoria es procesal, desarrollada en el seno del

¹⁷⁴ Ascencio Mellado, José María, *Introducción al Derecho Procesal*, 5ta. Edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2010).

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Nieva Fenoli, Jordi, *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, 1ra Edición (Barcelona, España: Tirant Lo Blanch, 2019).

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ascencio Mellado, José María, *Manuales Derecho Procesal Civil*, 3ra Edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015).

proceso a través de unos determinados y específicos medios y conforme a ciertos procedimientos legales.

- b) Mediante la prueba, lo que se busca es no conocer los hechos como sucedieron en la realidad, sino que busca acreditar la versión o afirmación que de los mismos hayan podido ofrecer las partes; y,
- c) La prueba tiene como finalidad, pues, lograr el convencimiento del tribunal acerca de la realidad de los hechos afirmados¹⁷⁹.

Finalmente el objeto de la prueba, en términos generales, si se pretende obtener una sentencia favorable, han de ser las alegaciones de las partes, alegaciones entendidas en sentido amplio y no limitadas a los hechos que constituyen la causa de pedir de la pretensión sino, en general, los hechos y fundamentos jurídicos que justifican dicho elemento esencial de la pretensión¹⁸⁰.

Como se ha dicho la prueba es la actividad para acreditar o convencer de la verdad de un determinado hecho, sin embargo, para desarrollar la actividad y lograr resultados la ley establece unos “medios” de prueba, de la cual se hablará más adelante¹⁸¹.

3.2. El Principio del Debido Proceso en la Prueba.

La función principal de la prueba es demostrar la veracidad de los hechos ocurridos y afirmados en un proceso, que dará pie a una resolución o sentencia, que traerá consecuencias jurídicas para los intervinientes en el proceso, eso trae como consecuencia la importancia de que se deban respetar los derechos fundamentales de las partes litigantes y que todas se apeguen al principio de legalidad que es el debido proceso. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio,¹⁸² se asemeja a una prueba matemática ya que busca demostrar la verdad de otra operación.

Como se ha dicho hay un principio de orden superior y este es el debido proceso en la prueba, ya que tiene un rango constitucional, se encuentra regulado en el Art. 12 de la Constitución¹⁸³, ya que regula que toda persona a quien se le impute y delito se presume inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad, y que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

¹⁷⁹ Ibid. Pág. 175

¹⁸⁰ Ibidem. Pág. 176

¹⁸¹ Gómez del Castillo y Gómez, Manuel M., «Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil», s. f., <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1546/b1205663.pdf?sequence=1>.

¹⁸² González Garcete, Juan M., «El Debido Proceso desde la Óptica del Derecho Procesal», *Institutas - Revista de Derecho Procesal*- Número 9, n.º Abril 2019 (26 de abril de 2019), https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=dcd042df23b4a516cd1d027e700141ea&hash_t=cf9d10fc807c5d3797250e392b10a2b7.

¹⁸³ «Constitución de la República de El Salvador», oas.org, s. f., https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf.

El debido proceso se sitúa como la máxima garantía de funcionamiento de la democracia, con el fin de buscar un proceso justo, adecuado, viable, e idóneo para el ejercicio de los derechos¹⁸⁴. Así el debido proceso en la prueba conlleva todas las garantías individuales del proceso como el de contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal.

Es por ello, que se debe hablar de la presunción de inocencia, que como se dijo también la regula el art. 12 de la Cnst., por tanto, es un pilar fundamental en el derecho procesal, especialmente cuando se habla del debido proceso, la Honorable Sala de lo Constitucional al referirse a la presunción de inocencia establece que:

“se refiere a que toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria (sentencia de 22-I-2010, Amp. 471-2005). La presunción de inocencia constituye, entre otros, una garantía de que la persona no será condenada sin contar con pruebas legalmente incorporadas y con un juicio previo, y solo será objeto de restricción a sus derechos fundamentales en el grado mínimo necesario para el caso concreto”¹⁸⁵.

De lo antes expuesto, se puede ver la importancia del debido proceso, porque con ello como se ha expuesto, la prueba resulta ser un elemento indispensable para asegurar el ejercicio de los derechos que tiene como fin llevar al juez a corroborar si los hechos ocurrieron tal como se los han plasmado en el proceso, de ahí se pueden ver en términos generales cuales son los principios universales que regulan la prueba y entre estos se pueden mencionar:

- a) Principio de contradicción de la prueba. Es una consecuencia inmediata del principio de igualdad de las partes ante la ley procesal, a fin de que ambas partes puedan tener la posibilidad real y efectiva de contradecir la prueba aportada por su contraparte¹⁸⁶.
- b) Principio de la comunidad de la prueba o de adquisición procesal. Las pruebas rendidas por una parte no solo la afectan a ella, sino que le pueden servir a la contraparte para desvirtuar o contradecir lo que ha dicho su contraparte, en tal sentido la prueba no le pertenece a quien la aporta, ya que una vez incorporado al proceso sirve para acreditar las afirmaciones de las partes procesales.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Gaytán Reyes, Julián Andrés, «El Debido Proceso: La Carga de la Prueba en el Proceso Jurisdiccional Transicional en Colombia», No. 46, junio de 2017.

¹⁸⁵ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, «Sentencia de Inconstitucionalidad 133-2015», 9 de abril de 2018, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/04/CD2B5.PDF>.

¹⁸⁶ Borthwick, Adolfo E.C, *Principios Procesales*, 1ra Edición (Buenos Aires, Argentina: Mario A. Viera Editor, 2003).

¹⁸⁷ Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ta Edición, vol. Tomo I, II vols. (Buenos Aires, Argentina: Víctor P. de Zavallía Editor, 1981), <https://es.slideshare.net/rubenradaescobar/teoria-general-de-la-prueba-judicial-tomo-i-herando-devis-echandia>. Pág. 118

- c) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del Juez. Se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales se emitirá la decisión judicial que corresponda, estén demostrados con las pruebas aportadas al proceso por cualquiera de las partes e incluso por el juez, cuando tenga las facultades para hacerlo, pero no puede suplirlas con el conocimiento personal privado sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción para el derecho de defensa¹⁸⁸.

Es importante tener claro que el debido proceso, abarca dos aspectos que resultan de mucha importancia, los cuales hacen referencia a la producción y el diligenciamiento de la prueba, pues abarca el cómo debe probarse y que valor debe tener la prueba, sin embargo no se debe perder de vista que el Juez no es un investigador, pues cuando el demandado acepta los términos de la demanda, ya no hay más juicio que seguir, pues hay una aceptación, un reconocimiento que conlleva a una sentencia condenatoria en contra del demandado, por tanto no se requiere más prueba.

El debido proceso ha llevado a la constitucionalización de algunos principios, se da un cambio cualitativo que se aprecia en la creación de nuevas leyes secundarias, como el caso del CPCM, que en su art. 1 regula el sometimiento a la Constitución, además algunos principios procesales suponen garantías fundamentales y se habla de un derecho constitucional procesal, lo que supone la aparición de una orientación metodológica que profundiza los valores sociales y políticos¹⁸⁹.

El art. 1 del CPCM, abarca 3 aspectos, el cumplimiento y sometimiento a la ley y a la Constitución, tomando como base el principio de legalidad, por lo que se habla de la supremacía constitucional; el control difuso de constitucionalidad, acá sobre este punto se encuentra la sentencia de inconstitucionalidad ref. 121-2007 de fecha 2 de marzo de 2012 que establece que si no se puede hacer una interpretación conforme a la Constitución de la ley, el juez debe ejercer el control difuso al que se refiere el art. 185 Cnst.; y, el rechazo, control y licitud de la prueba, ¹⁹⁰ según art. 316 CPCM se establece que la prueba se debe obtener de forma lícita y deja la opción a las partes para denunciar en caso de no efectuarse como la ley lo regule.

El debido proceso debe incluir principios que deben ser tomados en cuenta principios a favor del justiciable en todos los sentidos:

¹⁸⁸ Eisner, Isidoro, *La prueba en el Proceso Civil*, 1ra Edición (Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1964). Pág. 64

¹⁸⁹ Montero Aroca, Juan, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2da Edición (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016). Pág. 104

¹⁹⁰ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*, 1ra. edición (San Salvador, El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2020). Pág. 23

- Derecho a la protección jurisdiccional
- Principio de Legalidad
- Principio del iura novit curia
- Principio de defensa y contradicción
- Principio de igualdad
- Principio Dispositivo
- Principio de aportación
- Principio de oralidad
- Principio de publicidad
- Principio de inmediación
- Principio de Concentración
- Principio de lealtad procesal
- Principio de dirección y ordenación.

3.2.1 Principio a la protección jurisdiccional

Se encuentra regulado en el art. 1 del CPCM, llamada también tutela jurisdiccional, por el que toda persona, sea natural o jurídica y con independencia de su nacionalidad, solicita a los tribunales de justicia la composición de un conflicto de intereses irresuelto que tiene con una o más personas.¹⁹¹

Este principio está consagrado en el art. 11 de la Cnst salvadoreña, derivado del art. 2 de la Cnst. a que todo proceso se inicie, prosiga y concluya respetándose en su devenir las garantías de las partes¹⁹².

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado muchas veces esta expresión del debido proceso, así se cuenta con la sentencia de inconstitucionalidad ref. 44-2011, de fecha 20 de febrero de 2017 señala que el art. 2 inciso 1º. de la Cnst., establece dos clases de derechos: a) los derechos de carácter material, entre los cuales se encuentra el derecho a la vida, la integridad física y moral o la propiedad, y b) habla de un derecho instrumental, cuya finalidad principal es la protección en la conservación y defensa de los derechos e intereses legítimos reconocidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico¹⁹³, se estaría hablando entonces del derecho a la protección jurisdiccional, esto con el fin de proteger los derechos fundamentales.

¹⁹¹ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*, 2da Edición (San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2011). Pág. 2

¹⁹² Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 22

¹⁹³ Ibid. Pág. 23

Se puede decir que el debido proceso se podría estar violentando cuando el juez de una manera inadecuada rechaza una demanda la cual a todas luces es proponible, eso generaría el rompimiento de una tutela efectiva, situación similar sería en el caso de que dándosele el tramite al proceso se violenta el derecho de defensa.

La situación arriba mencionada ha sido resuelta por la misma Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Amparo ref. 439-2007, de fecha 15 de febrero de 2010, en el considerando IV, letra C, cuando se refiere al derecho al acceso a la jurisdicción, puesto que regula el libre acceso al órgano judicial, debiéndose hacer por la vía adecuada; obtener del ente jurisdiccional una decisión motivada y fundada en derecho; que se le dé a las partes la posibilidad de ejercer todos sus derechos, obligaciones y cargas procesales que el mismo implique, para que desde su propia posición puedan defender sus derechos y que el fallo pronunciado se cumpla¹⁹⁴.

Además, no solo la Sala de lo Constitucional ha mencionado ese término, sino que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia ref. 635-2000 de fecha 15 de mayo de 2001, la cual fue dictada a las diez horas establece que cuando se plantea una demanda y llega a manos del juzgador, éste tiene la obligación de seguir el procedimiento establecido en la ley, debiendo entonces proteger el debido proceso, obteniéndose una sentencia que resuelva todas las pretensiones planteadas, ya sea de índole declarativa, ejecutiva y cautelar.¹⁹⁵

Ahora bien, la tutela jurisdiccional no garantiza que en el proceso se llegará a obtener una sentencia estimatoria, más si hace referencia que se efectuará una actividad judicial que tendrá como consecuencia un resultado, el cual tendrá su cimiento en la ley, se fundamenta en tres etapas, el primero el acceso a los tribunales, tramitación del proceso respecto a sus fases y resolución sobre el fondo de la pretensión¹⁹⁶.

3.2.2. Principio de Legalidad

Regulado en la Constitución en el Art. 15, que establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes procesales y materiales promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate¹⁹⁷.

Se encuentra regulado en el Art. 2 CPCM, encaminado a que los actos del proceso se rijan por lo establecido de manera previa por el Código, por tanto, los jueces no tienen ms facultad que la otorgada por la ley y la Constitución, lo que se vuelve una manifestación de la seguridad jurídica, aunado al art. 3 CPCM que establece que todo proceso deberá

¹⁹⁴ Ibidem. Pág. 23

¹⁹⁵ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 3

¹⁹⁶ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio. Pág. 4

¹⁹⁷ Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto et al., *El nuevo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*, 1ra Edición (San Salvador, El Salvador: Tecnoimpresos, S.A DE C.V., s. f.). Pág. 34

tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de dicho código¹⁹⁸, lo que no puede ser alterado por ningún sujeto procesal.

Ahora bien, con el principio de legalidad el juez puede adecuar el rigor formal de las actuaciones, procurando la mayor agilidad y eficacia, siempre que al resolver la producción no altere el principio de igualdad entre las partes¹⁹⁹, por tanto cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida.²⁰⁰

No se puede dejar de lado lo regulado en el art. 18 CPCM, que indica que las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil deberán interpretarse de tal modo que se procure la protección y eficacia de los derechos de las personas y la consecución de los fines que consagra la Constitución, dentro del respeto al principio de legalidad, por tanto, el juez debe evitar ritualismos.

3.2.3. Principio del iura novit curia.

Es un aforismo latino, que significa que el juez conoce el derecho, para referirse al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable, por tanto, no es necesario que las partes prueben en su litigio lo que dicen las normas²⁰¹.

Este principio hace referencia a que el juez debe aplicar el derecho por tanto está en la obligación de hacer una calificación jurídica adecuada de los hechos, debiendo el juez en tal caso conocer el derecho para aplicarlo al caso en concreto con el fin de resolver un conflicto, se deriva del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, sin importar la correcta calificación jurídica que haya realizado de los hechos, inclusive, garantiza la aplicación de diversos principios de la función jurisdiccional como es el sometimiento del juez a la Constitución²⁰².

Ahora bien, el control que tienen las partes no solo se limita a la demanda, contestación o contrademanda sino que también hace referencia al debate, refiriéndose a los puntos controvertidos en razón a los hechos alegados por el demandado en su contestación, por tanto el límite del juez para aplicar las normas referentes al caso lo constituye el principio

¹⁹⁸ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 26

¹⁹⁹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, «El Principio de Legalidad de las Formas», 2009, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17429/17709/>. Pág. 257

²⁰⁰ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 26

²⁰¹ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Revocatoria pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, No. 240-CAL-2015 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 9 de noviembre de 2016).

²⁰² Prado Bringas, Rafael y Zegarra Valencia, Francisco, «¿El juez conoce el Derecho? Algunos aspectos controversiales con relación a la aplicación del principio de Iura Novit Curia en el proceso civil.», *IUS ET VERITAS*, agosto de 2019, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.019>.

de congruencia, pues éste hace referencia a resolver las pretensiones de las partes de una forma congruente tomando como base el planteamiento de las partes, sin que se cometa una desviación, modificación o alteración en el debate procesal.²⁰³

Cuando se habla del principio de congruencia, el juez no puede omitir pronunciarse con relación al debate de las partes, no puede dar una solución que las partes no han solicitado o formulado, ni mucho menos pueden dar más allá de lo pedido ni menos de lo que las partes hayan aceptado.

Pero también, al aplicar el principio *Iura Novit Curia* tiene que utilizar el principio de imparcialidad, puesto que el juez no puede modificar el debate procesal, pues al modificar el objeto del proceso dejaría su imparcialidad y se estaría convirtiendo en parte.

Finalmente, son dos limitantes las que tiene el juez, por un lado, ir más allá de la parte petitoria y el otro punto es incorporar hechos que o se han ventilado en el proceso, por lo que el juez como se ha expuesto no puede modificar o variar la clase de tutela jurídica que el demandante solicita, y el bien jurídico o el derecho que reclame²⁰⁴, puesto que los hechos son incorporados por el demandante con la demanda y con la contestación por parte del demandado.

3.2.4. Principio de Defensa y Contradicción

Dentro de todo proceso jurisdiccional, la parte demandada debe tener la oportunidad de defenderse respecto a la pretensión planteada en su contra, de igual forma todas las partes tienen el derecho de pronunciarse respecto de lo que las partes contrarias aleguen y lo pueden hacer a través de la audiencia o de manera escrita, el derecho de defensa está establecido en el art. 12 de la Cnst.²⁰⁵

El derecho de contradicción tiene las mismas características que el derecho de acción, que le exige al Estado le preste tutela jurisdiccional efectiva, ahora bien, el derecho de defensa no solo garantiza que en el proceso el demandado tenga las posibilidades abstractas de defenderse contra la demanda interpuesta en su contra, sino en que el proceso se encuentre diseñado mediante una estructura contradictoria²⁰⁶.

En el CPCM se encuentra regulado en el art. 4, y se verá el derecho de defensa como la manera de alegar y probar lo que interese a la pretensión de cada parte del procedimiento, por lo que no se debe negar injustificadamente el empleo de un trámite u oportunidad procesal previsto en la ley para poder emitir alegaciones, solicitar prueba, intervenir en la práctica cuando la ley lo ordena como el caso de los interrogatorios, así como el planteamiento de

²⁰³ Prado Bringas, Rafael y Zegarra Valencia, Francisco. Pág. 4

²⁰⁴ Ibidem. Pág 5

²⁰⁵ Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto et al., *El nuevo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*. Pág. 34

²⁰⁶ Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Argentina: Buenos Aires: E.J.E.A., 1980). Pág. 8

recursos, seguir el cumplimiento de las sentencias, o alegar las medidas cautelares que se crean convenientes.

Este principio conlleva la iniciativa de acción y reacción dentro del proceso, según sea la posición que ocupa tanto la parte actora como la parte demandada, ahora bien, el sujeto pasivo o demandado cuenta con el derecho de oponerse a la pretensión de la parte actora, así como también plantear sus propias pretensiones, como es el caso de la reconvencción o contrademanda, en donde el actor se vuelve demandado y debe preparar su defensa.

Pero existe casos en donde no es necesario escuchar a la parte contraria sobre laguna alegación efectuada por una de las partes, y el cuándo la decisión no es capaz de producir ningún agravio a la parte que se ha omitido escuchar, otro caso de excepción sería cuando se han citado a ambas partes para que comparezcan a una diligencia y una de ellas no comparece, en ese caso el juez omitirá mandar a oír, sin embargo, la excepción no debe ser lo general sino algo ocasional.

3.2.5. Principio de Legalidad.

Regulado en el art. 3 del CPCM pretende que todos los actos del proceso se rijan por lo estableciéndose de manera previa por el CPCM, sin que puedan relajarse o inaplicarse sus reglas, ni excepcionarse ni modularse el contenido de las mismas a voluntad del juez y de las partes²⁰⁷.

Tiene su asidero legal en el art. 2 y 86 de la Cnst., lo que establece que los funcionarios no tienen más facultades que las otorgadas por la ley y la Cnst., lo que con lleva a que, si un juez se fundamenta en facultades no previstas en la ley, o se excede en sus funciones se estaría hablando de una evidente afectación a la norma Cnst., que tendría y debería ser analizada.

Es por lo antes apuntado, que se considera una manifestación de la seguridad jurídica, en la medida que esta posee dentro de su contenido esencial la certeza y supresión de la arbitrariedad por parte de las autoridades y funcionarios públicos²⁰⁸.

El vínculo que tiene el art. 86 de la Cnst. Es que el poder público emana del pueblo y los órganos del gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establece la Cnst y las leyes, por tanto, es una manifestación de la seguridad jurídica.

3.2.6. Principio Dispositivo.

Este principio puede tener su base constitucional en el derecho de acción reconocido de manera tácita en el art. 2 y en el 18, ya que establece que las partes tienen el manejo pleno

²⁰⁷ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 7

²⁰⁸ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 25

del derecho material discutido en el proceso, es decir tienen la disponibilidad del derecho, como lo son el desistimiento, transacción, etc.²⁰⁹.

Hace referencia a que solo las partes poseen dominio completo tanto sobre el derecho sustantivo como en la parte procesal en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no, y su fundamento se encontraría en la naturaleza privado-disponible de las situaciones jurídicas sustanciales que entran en juego en el proceso civil²¹⁰, este principio no solo se aplica al principio del proceso y el libre acceso a los tribunales sino que permite que el proceso dependa de la voluntad de las partes, por tanto, pueden poner fin al proceso ya sea mediante renuncia, desistimiento, transacción o allanamiento²¹¹.

Regulado en el art. 6 del CPCM, establece que la iniciativa para la apertura de los procesos corresponde siempre a las partes y no al tribunal, por tanto se debe buscar el equilibrio entre la necesaria actividad de la parte en los litigios civiles y la obligación del juez como director del proceso y ordenador²¹².

Se puede decir que tiene 3 momentos: a) la posibilidad de iniciar un proceso en los tribunales, por medio de la demanda; b) la posibilidad de dar por terminado el proceso de manera anticipada y, c) el derecho a recurrir, pues son las partes las que deciden cuándo terminará el proceso ya que si no se está conforme con la resolución o sentencia que dicta el juez pueden recurrir en Apelación y en ciertos casos también se puede recurrir en casación.

3.2.7. Principio de Aportación

Regulado en el Art. 7 CPCM, que está relacionado con la imposición a las partes de la carga de alegación y prueba de los hechos fundantes de sus pretensiones, por tanto la actividad probatoria debe recaer sobre los hechos afirmados por las partes o por aquellos que tienen calidad de terceros, por lo que el juez no puede tomar en consideración una prueba sobre hechos que no hubieren sido afirmados o discutidos por las partes o terceros²¹³.

Ya que como ha quedado apuntado anteriormente son las partes a través del principio dispositivo las que determinan sobre qué relación o estado jurídico quieren que se discuta y con qué alcance objetivo y a través del principio de aportación serán las partes las que deben proponer la prueba con la que pretenden demostrar sus hechos y como excepción el juez puede aportar prueba, pero será prueba para mejor proveer, con tal que sea para esclarecer un punto derivado de la prueba que ya fue debidamente aportada y controvertida por las partes.

²⁰⁹ Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto et al., *El nuevo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*. Pág. 35

²¹⁰ Etxeberria Guridi, José Francisco, *Las Facultades judiciales en materia probatoria en la LEC* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2003). Pág. 2

²¹¹ Castillejo Manzanares, Raquel, Noya Ferreiro, Lourdes, y Rodríguez Álvarez, Ana, *Tratados sobre la Disposición del Proceso Civil*, Primera Edición (Valencia, España, 2017). Pág. 28

²¹² Parada Gámez, Guillermo Alexander, *El proceso común* (San Salvador, El Salvador: UCA editores, 2016). Pág. 25

²¹³ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 30

Algo que es importante recalcar, es que la prueba para mejor proveer regulada en el Inc. 3ro. del art. 7 CPCM resulta ser un complemento a las partes, no se trata, pues, de que el juez pueda suplir la inactividad probatoria de las partes; se trata, por el contrario, de posibilitar al juez la práctica de actividad probatoria para complementar la efectuada por las partes y que no ha obtenido su convencimiento²¹⁴, por tanto es una circunstancia excepcional al principio de unidad de acto y se caracteriza por acordarse dentro del plazo para dictar sentencia, el cual volverá a computarse íntegramente una vez practicadas las diligencias acordadas previamente por el Tribunal.

3.2.8. Principio de Oralidad.

Regulado en el Art. 8 CPCM, en relación al art. 147 del mismo código, el cual se desarrolla en las legaciones, las pruebas y en especial en las audiencias, en donde intervienen las partes y el titular del Órgano Judicial, sin embargo, hay actuaciones reguladas en la ley que deben ser por escrito, como la presentación de la demanda, su contestación y la contrademanda, interposición de recursos, solicitud de medidas cautelares, así como la ejecución forzosa.

Sin embargo, en el proceso abreviado la contestación de la demanda debe ser de manera oral, al concluir la misma el juez debe dictar el fallo y si puede dictar la sentencia de manera oral, también serán orales las declaraciones de testigos, peritos, pero debe quedar constancia por escrito por medio de un acta, o en su defecto por instrumentos audiovisuales de grabación, art. 205 y 206 CPCM²¹⁵.

En los procesos especiales su trámite varía según sea el caso, ya que por regla general se sigue el proceso del abreviado, pero en el caso del posesorio si el demandado deja transcurrir el plazo sin manifestar su oposición se debe dictar sentencia estimatoria²¹⁶.

3.2.9 Principio de Publicidad.

Se encuentra desarrollado en el art. 9 del CPCM, y es complemento del principio de oralidad, ya que permite que cualquier persona se apersona a una audiencia y pueda presenciarla, y además se vincula con la inmediación, porque como se ha manifestado el juez debe preceder la audiencia y ésta tiene el carácter público.

La disposición legal arriba apuntada señala que todas la audiencias serán públicas, a excepción de que el juez a petición de parte o de manera oficiosa por la transparencia del proceso disponga lo contrario, por razones de seguridad nacional, de moral o de orden público, o de protección de la privacidad de alguna de las partes²¹⁷, para eso se debe dictar una resolución la cual debe ir debidamente razonada y fundamentada, eso no significa que las partes tanto material como procesal y cualquier otra persona que demuestre un interés jurídicamente protegido pueda tener acceso al expediente judicial.

²¹⁴ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Casación, No. 360-CAC-2012 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 10 de agosto de 2014).

²¹⁵ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 14

²¹⁶ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 32

²¹⁷ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *El proceso común*. Pág. 21

Una de las formas de dar publicidad son las notificaciones que se realizan en el proceso, eso sin dejar de lado que las partes pueden en su momento y en la instancia pertinente alegar las arbitrariedades que considere se estén dando, esto es parte de lo que garantiza el principio de publicidad.

3.2.10. Principio de Inmediación.

Aparece regulado en el art. 10 del CPCM. Hace referencia que si bien es cierto es el juez quien debe dictar el fallo, es a él a quien le corresponde recibir los medios de prueba que las partes presenten en la audiencia.

Se trata de prescindir de una tercera persona y busca el contacto personal entre el juez con la prueba vertida²¹⁸, independientemente sea una prueba que se realice en audiencia o fuera de ella, ya el art. 200 del CPCM establece que toda audiencia debe ser presidida por el juez bajo pena de nulidad, que sucede si la prueba que se debe presentar es fuera de audiencia, y en especial fuera de la sede judicial, será que el juez puede delegar? El art. 141 CPCM, hace referencia a las comisiones procesales mas no la actividad probatoria del juez porque existe la posibilidad y potestad de que fuera de la circunscripción territorial que el juez posee pueda desplazarse y llevar a cabo la prueba solicitada.

3.2.11. Principio de Concentración.

Está íntimamente ligada a la economía o celeridad procesal, reconocida en el art. 182 No. 5 Cnst., ayuda a la aceleración del proceso, puesto que los actos se deben desarrollar en una sola audiencia, o en una misma decisión²¹⁹. Se encuentra en el art. 11 del CPCM y establece que los actos procesales se realizarán con la mayor proximidad temporal entre ellos, debiendo el juez concentrar en una misma sesión todos los actos sean posible realizar y resolver en una misma resolución todos los puntos pendientes.

En la audiencia se concentra una cantidad importante de actuaciones procesales, sin embargo, no se dice cuál puede ser la sanción derivada del incumplimiento de ese mandato, lo que puede dificultar en la práctica su efectividad, más allá de ciertos excesos ya injustificados y en cuanto tales configuradores de dilaciones judiciales contrarias al derecho a una adecuada protección jurisdiccional²²⁰.

3.2.12. Principio de lealtad procesal.

Las partes está obligadas a actuar con veracidad procesal, con el fin de pretender engañar ni al juez ni a la parte contraria, regulada en el art. 13 CPCM, se busca persuadir a

²¹⁸ Parada Gámez, Guillermo Alexander. Pág. 32

²¹⁹ Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto et al., *El nuevo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*. Pág. 37

²²⁰ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 17

las partes para que actúen con probidad y buena fe en el proceso donde interactúan y se gesten en consecuencia un genuino debate procesal.

Se debe tener claro que las partes deben estar sujetos a controles, se dan parámetros de evaluación sobre las actuaciones de las partes, todo con el fin de evitar causar daño con argucias propias a las que se puede prestar el proceso o el procedimiento en sí, y casos de abuso del derecho, temeridad y la distorsión de la realidad pueden ser alteraciones al principio.²²¹

Las infracciones a la probidad, veracidad lealtad y buena fe, se sancionarán con la condena en costas y con el resarcimiento del daño y perjuicios que hubiere causado el infractor²²².

3.2.13. Principio de Dirección y Ordenación.

Se conoce como el juez director del proceso, forma parte integrante del art. 14 de la Cnst referente al debido proceso, y regulado en el art. 14 CPCM, y se refiere a que la dirección del proceso está confiada al Juez, quien es el encargado de dirigir el proceso por la vía adecuada, no obstante, la parte lo plantee de manera equivocada.

A través de este principio se ve al juez como un verdadero director del proceso, función que deberá ejercer conforme al CPCM; además se ve el impulso oficioso, y finalmente la conducción por la vía procesal tal como lo regula la normativa.

3.3. Distinción entre fuentes y medios de prueba.

El convencimiento que adquiere el juez en el desarrollo y la ejecución de la actividad probatoria, solo se puede adquirir a través del conocimiento, y este conocimiento supone una relación entre el sujeto, que se convence, y el objeto de la prueba²²³.

Los medios de prueba hacen referencia a conceptos jurídicos, porque solo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan, consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes del proceso; sin embargo, las fuentes de prueba son elementos que existen en la realidad²²⁴.

Para poder diferenciarlos es necesario saber que la fuente de prueba existe haya o no proceso judicial, por tanto, es lo sustancial y material; en cambio el medio de prueba nace o se forma durante el proceso, por tanto, es lo adjetivo y lo formal.

Las fuentes de prueba son factores de conocimiento de sucesos que están fuera del juicio, en cambio los medios de prueba se basan en el marco de debate dialéctico, en donde los litigantes buscan convencer al juez sobre sus posiciones.

²²¹ Parada Gámez, Guillermo Alexander, *El proceso común*. Pág. 22

²²² Parada Gámez, Guillermo Alexander, *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. Pág. 39

²²³ González Cano, María Isabel, *La Prueba en el Proceso Civil*, 1ra ed., vol. Tomo I (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017). Pág. 21

²²⁴ Montero Aroca, Juan, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. Pág. 631

El Código Procesal Civil y Mercantil establece los siguientes medios de prueba: Documental, dentro de ellos está los instrumentos públicos, privados; declaración de parte, de parte contraria; interrogatorio de testigos; prueba pericial; reconocimiento judicial; medios de Reproducción de sonidos, voz de la imagen y almacenamiento de información, regulados del art. 331 al 401.

La distinción entre medios y fuentes de prueba sirve para explicar la legalidad que deben tener los medios, es por ello que, se basa en el principio de legalidad y son los enumerados de manera taxativa por la ley, por tanto, debe ser solo la regulada en la Ley, en razón de lo cual deben ser propuesto por las partes; la licitud es propia de las fuentes.

Ahora bien, resulta necesario ver lo de la licitud de las fuentes, y se hace referencia a las obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales; hay derechos fundamentales absolutos, y son los que no admiten limitación alguna, como el derecho a la vida, integridad física; y los derechos fundamentales relativos, que son limitados, pues en principio las fuentes de prueba obtenidas vulnerándolos no son admisibles, pero hay que tener en cuenta que ña ley ha de compatibilizar estos derechos con otros, que también son fundamentales e incluso con intereses prevalentes, como la inviolabilidad del domicilio.²²⁵

Finalmente, es necesario ver cuál es la consecuencia sobre la obtención de la fuente de prueba de manera ilícita, en el caso de no haber violentado derechos constitucionales debe ser admitida, según lo establece el art. 316 CPCM²²⁶, pero cuando se trate de prueba obtenida violentando o infringiendo derechos constitucionales, la consecuencia obligada es que exista una prohibición positiva que las hace inadmisibles, ya sea absoluto o relativo²²⁷.

3.3.1. Fuentes de la Evidencia digital.

Lo que conforma la evidencia digital, son los aparatos electrónicos tales como celulares, teléfonos inteligentes y por tanto la información digital que en ellos se encuentre, y con el fin de identificar cuáles son las fuentes de evidencia más comunes, se exponen los 3 grupos en los cuales se clasifican:

- a) Sistemas de computación abiertos, son los que están conformados por las computadoras personales, y todos los accesorios como son el teclado, ratones, monitores, computadoras portátiles, servidores.

²²⁵ Montero Aroca, Juan. Pág. 635-636.

²²⁶ **Licitud de la prueba.** Art. 316.- Las fuentes de prueba deberán obtenerse de forma lícita, quedando expedita a las partes la posibilidad de denunciar su origen u obtención cuando sean contrario a la ley. Las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos constitucionales no serán apreciadas por el Juez al fallar, y en este caso deberá expresar en qué consiste la violación. La práctica de los medios probatorios en forma contraria a lo previsto por las leyes procesales determinará la nulidad del medio correspondiente. Sin embargo, la fuente de prueba podrá ser utilizada siempre que su aportación se hubiera realizado conforme a las normas legales.

²²⁷ Montero Aroca, Juan, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución.* Pág. 636

- b) Sistemas de comunicación, se refiere a las redes de telecomunicaciones, comunicación inalámbrica y el internet.
- c) Sistemas convergentes de computación, los que están conformados por los teléfonos llamados inteligentes o Smartphone, las tarjetas inteligentes y cualquier otro aparato electrónico que posea convergencia digital y que pueda contener evidencia digital.²²⁸

3.3.2. Medio Informático como medio de Prueba.

Con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten la característica de impresionabilidad y traslatividad, pues en ellos quedan estampados hechos que pueden ser sub clasificados en a) medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, que son conocidos como medios audiovisuales, y también los medios informáticos²²⁹.

En los medios audiovisuales la fuente de prueba consiste en las imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes y el medio probatorio es la reproducción ante el tribunal.

Sin embargo, se vuelve necesario diferenciar los medios audiovisuales y los medios informáticos, los primeros se encargan de captar o recoger imágenes o sonidos, los segundos contienen datos o información, de manera general, aunque ambos son soportes, los medios audiovisuales aprehenden una realidad o estampan unos hechos acaecidos, filman una secuencia o graban una conversación, mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.²³⁰

Los medios y soportes electrónicos e informáticos pueden servir para reproducir imágenes, para acreditar hechos o situaciones, ahora bien, los medios audiovisuales además van a poder ser utilizados para el archivo y la preproducción de datos como palabras o cifras, por su parte, los medios no solo serán los medios de filmación y grabación, sino que se lo será otros mecanismos semejantes, con la finalidad. De que sirvan para captar palabras, imágenes y sonidos.

3.4. Clases de prueba de nuevas tecnologías.

Se puede observar que existen pruebas que son creadas de manera directa por medio de la informática, tal es el caso del correo electrónico, las que nacen de medios de reproducción o archivos electrónicos, tales como los videos, fax, fotografía digital, y finalmente están las que se presentan mediante instrumentos informáticos del tipo disquete, pen-drives, bases de datos, etc.²³¹

²²⁸ Del Pino, Santiago Acurio, «La informática forense en ámbito del Derecho Procesal Español. Una mirada introductoria a la luz del Debido Proceso.», 2003, https://www.academia.edu/39628710/LA_INFORMÁTICA_FORENSE_EN_EL_DERECHO_PROCESAL_ESPAÑOL_Una_mirada_introductoria_a_la_luz_del_debido_proceso. Pág. 13-14.

²²⁹ Rivera-Morales, Rodrigo, «Los Medios Informáticos: Tratamiento Procesal». Pág. 310

²³⁰ Rivera-Morales, Rodrigo. Pág. 311

²³¹ De Urbano Castrillo, Eduardo, *La Valoración de la Prueba Electrónica*. Pág. 48

Estas clases de prueba son independiente de la prueba tradicional que al entrar en contacto con las nuevas tecnologías se singularizan y originan la necesidad de una consideración individualizada, se hace referencia a la pericia informática, que recae sobre documentos electrónicos o a la intervención de las comunicaciones electrónicas, que sería una entrada y registro en el domicilio electrónico representado por un ordenador en serie o una PC²³².

3.4.1. Teorías para calificar las Nuevas Tecnologías como medios probatorios.

La evolución de las redes sociales se debe a que se ha unido la comunicación a la movilidad, dando lugar a la aparición de nuevos hábitos relacionales como son los digitales²³³.

Es importante conocer cómo se deben valorar las nuevas tecnologías, pero eso dependerá de la naturaleza que se le brinde a las mismas como medios probatorios, para ello a continuación se desarrollan dos teorías que califican a las nuevas tecnologías como medios de prueba.

3.4.2. Teoría Autónoma.

Para esta teoría los medios tecnológicos tienen una naturaleza propia y diversa de las asignadas a los medios tradicionales²³⁴, basándose en criterios de valoración propia.

3.4.3. Teoría Analógica.

Esta teoría hace referencia a que los nuevos medios tienen una naturaleza equiparable o subsumible en las inherentes a los medios tradicionales, esta teoría ha sido sustentada por Montero Aroca, sostiene que los nuevo medios no han sido sino expresiones actualizadas de los medios clásicos de prueba.²³⁵

Esta teoría como se ha dicho permite asimilar los documentos magnéticos. Los tradicionales, siendo lo más importante el contenido y un valor secundario el soporte, por tanto, el documento electrónico adquiere valor de prueba documental.

Los soportes magnéticos o electrónicos fueron equiparados al documento, esta teoría ha sido predominante porque ha sido la menos conflictiva, debido a que la reproducción de sonidos e imágenes, así como el reconocimiento judicial están regulados en el CPCM.

3.5. Admisibilidad de la Prueba electrónica.

Ahora bien, es en la audiencia preparatoria donde los medios probatorios propuestos por las partes deben ser aceptados o rechazados, pero para ello se debe analizar si el medio probatorio cumple con ciertos requisitos o presupuestos, como lo son, la pertinencia, utilidad y legalidad, es el primer momento en donde el juez tiene un primer contacto con la prueba y valorar si cumple con los requisitos antes mencionados.

²³² De Urbano Castrillo, Eduardo. Pág. 48

²³³ Garrido, Teresa de Almasa, *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*. Pág. 333

²³⁴ Gómez del Castillo y Gómez, Manuel M., «Nuevos Medios». Pág. 84

²³⁵ Ibid. Pág. 84

El juicio de admisibilidad se vuelve complejo porque se tiene que ver el aspecto tecnológico, que es el hardware, y la parte referente al programa que es el software, para ello el juez debe observar una serie de apartados:

- 1) Identificar debidamente el equipo del que procede el documento electrónico.
- 2) Acreditar el correcto funcionamiento de ese equipo.
- 3) Demostrar que el resultado es consecuencia de los datos introducidos en el ordenador.
- 4) Explicar, de modo razonable, la fiabilidad del proceso de registro, tratamiento y salida de los datos con que se ha operado.
- 5) Acreditar, por otros medios, quiénes participaron en el proceso de elaboración del documento y que se ha controlado, efectivamente, el mismo²³⁶.

Sin embargo, nace la interrogante de cómo debe ser admitida la prueba tecnológica, como bien se sabe la lista de los medios de prueba es *numerus apertus*, pues como ha quedado consignado en el presente trabajo se habla de otros medios de prueba que permitan obtener un resultado acerca de la certeza o incerteza de los hechos que se consideren relevantes en el juicio.²³⁷

Por ejemplo, en España, ha establecido vía jurisprudencia que para darle valor como prueba documental a los documentos electrónicos se debe asegurar la procedencia, a la veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. En Alemania, el documento electrónico carece del sentido de documento de forma tradicional y solo puede ser admitido como objeto de reconocimiento judicial²³⁸.

Con base a lo antes apuntado, se puede ver que en realidad son dos formas como se pueden admitir el documento electrónico, como prueba documental y por medio de pericia. Es decir que se debe presentar como prueba documental por ser una fuente de prueba que se obtiene o se resguarda la información a través de diskette, discos duros, pen drive, etc., pero tiene sus peculiaridades técnicas y el documento debe ir acompañado de la impresión del contenido del archivo.

²³⁶ Rouanet Moscardó, Jaime, «Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico», *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático*, UNED, Badajoz, 2006, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4482975>. Pág. 172. El autor expone que el derecho informático no es una simple síntesis de aspectos parciales y específicos de otras ramas jurídicas ya consagradas, ni un mero rotulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar, sino, realmente, un derecho propio o una nueva disciplina jurídica independiente, que posee idénticos títulos científicos para alcanzar tal entidad autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas.

²³⁷ Garrido, Teresa de Almasa, «El Valor probatorio del Documento Electrónico en el Proceso Civil» (Ciencias Jurídicas, Madrid, España, Pontificia Comillas, 2014), <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/771/TFG000814.pdf?sequence=1>. Pág. 25. En la investigación la autora desarrolla el concepto de documento electrónico, sus características y el régimen procesal de los mismos.

²³⁸ Ibid.

En necesario, evidenciar que la prueba aportada al proceso se corresponde en su identidad con el original, puesto que ello afecta al contenido de la impugnación, pudiéndose impugnar la exactitud y autenticidad de la prueba aportada al proceso por falta de correspondencia con el original.

Si es prueba documental, la proposición se hace junto con la demanda y con la contestación de la misma como lo regulan los art. 276, 284 y 289 CPCM. Si es prueba pericial debe ser ofertada desde el inicio y debe ser realizada por un perito técnico especializado, y muchas veces como la fuente de prueba está en otro lugar, se debe trasladar la prueba electrónica al proceso en un soporte idóneo y adecuado; debiendo recordar que las pruebas deben de practicarse siguiendo el principio de contradicción, en la audiencia probatoria, bajo el principio de publicidad, debiéndose documentar.

Ahora bien, se debe exponer que lo que se pretende probar es la existencia o no de los hechos que se han afirmado, además de incorporarse como prueba documental, se puede hacer uso del reconocimiento judicial. En los medios informáticos el reconocimiento judicial se hace en los equipos que se hayan señalado o bien en la red, como el revisar una página web, que se puede hacer desde donde se tenga acceso a internet, siempre que se cuente con el equipo adecuado.²³⁹

También la pericia, que no aporta hecho al proceso, sino que hace una valoración de los mismos desde el punto de vista de un conocimiento especial, pero los expertos deben tener el nivel de conocimiento exigidos para su práctica en medios informáticos, se puede pedir la autenticidad del documento electrónico, el momento de emisión, lugar de emisión, descifrado del documento, existencia de elementos o hechos en el equipo, identificación de entrada y salida de usuarios, identificación de accesos a paginas o sitios, etc., de igual forma los aspectos mecánicos, funcionamiento, capacidad, identificación de las partes.²⁴⁰

Además, con los medios informáticos se puede obtener hechos indicadores que pueden señalar un hecho desconocido, es la llamada prueba indiciaria, o indicios. Finalmente se puede utilizar la exhibición de documentos para presentar las nuevas tecnologías, ya que muchas veces los mensajes de datos o correos electrónicos se envían a más de una persona, y aunque las personas que recibieron el correo no sean parte en un juicio, se puede pedir su exhibición de terceros del mensaje de datos aplicando la norma establecida en el CPCM²⁴¹.

Finalmente, la admisibilidad del medio probatoria debe ser revisada por el juez, así como corroborar su idoneidad para poder probar los hechos que se pretende, para ello el juez debe analizar la legalidad de la prueba, tomando en cuenta si ha sido propuesta oportunamente y bajo las condiciones que el CPCM establece.

²³⁹ Rivera-Morales, Rodrigo, «Los Medios Informáticos: Tratamiento Procesal». Pág. 317. En esta obra el autor expone la diferencia de los medios en soporte electrónico y lo que pueden contener como fuente e prueba, se indica cuáles son los requisitos de promoción, aportación y valoración que deben cumplir para que, como medio probatorio, que sean utilizados en juicio y que garantice el debido proceso.

²⁴⁰ Ibid. Pág 317

²⁴¹ Ibidem. Pág. 318

3.5.1. Pertinencia de la prueba de las Nuevas Tecnologías.

En el Art. 318 del CPCM, se encuentra regulada la pertinencia, y como de todos es conocido, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, puesto que tiene limitaciones, unas derivadas de la legalidad y otras referentes a la finalidad asignada a la actividad probatoria, la cual consiste en convencer al juez de la realidad de un hecho²⁴².

Se refiere a la relación entre los hechos que contiene el medio de prueba y aquellos otros que aparecen controvertidos en el pleito, es decir debe recaer sobre los hechos que estén en contienda, sin embargo, se pueden dar excepciones como el caso de pretender acreditar el hecho base de una presunción judicial o cuando se propone prueba para acreditar la credibilidad de otro medio de prueba.

Ahora bien, trasladando el tema a la informática, la pertinencia desempeña un papel importante, puesto que demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada y por otra parte, determina la legalidad y la licitud del documento, en la medida en que permite al juez determinar con claridad cuando se estará ante una prueba permitida, cuando será legal y cuando será lícita²⁴³.

Por tanto, en materia electrónica o digital sería igual, no tendría ningún sentido aportar una prueba pericial sobre una agenda electrónica, para conocer cuál es la tecnología que se utiliza, cuando lo que se quiere investigar en realidad es si ha habido una interceptación ilegal de comunicación, lo que conlleva a una pericia sobre el encriptamiento de la comunicación²⁴⁴.

3.5.2. Utilidad de la prueba de Nuevas Tecnologías.

La utilidad regulada en el art. 318 del CPCM, hace referencia a la idoneidad del medio probatorio, para ello hay que hacer referencia a que la utilidad puede quedar excluida por la inutilidad cualitativa, y se refiere cuando el medio de prueba no resulte adecuado por su naturaleza para acreditar la realidad de los hechos controvertidos, se ataca su empleo de manera concreta.

También queda excluida por la nulidad cuantitativa, cuando el hecho se puede considerar acreditado por una pluralidad de medios de prueba, ya sea del mismo o de distinto tipo, de tal modo que la práctica de otro medio probatorio solo tendría el efecto de sobreabundante objetivamente innecesario.²⁴⁵

²⁴² Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 355

²⁴³ Nisimblat, Nattan, «El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano», *Facultad de Derecho-GECTI*, junio de 2010, El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano. Pág. 15

²⁴⁴ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 229

²⁴⁵ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 356

Las pruebas electrónicas deben ser útiles para acreditar los hechos relacionados con la pretensión requerida, es decir, debe ser idónea y no resultar superflua para comprobar los hechos controvertidos.

Una prueba inútil es entonces, aquella que según la experiencia se puede prever que no logrará el resultado pretendido, por lo que será aquella prueba electrónica por la que es imposible, irrazonable o ilógico probar lo que se intenta²⁴⁶, por tanto la nulidad alude a la existencia de una clara inadecuación de un medio a un fin, es decir entre la prueba electrónica propuesta y el resultado que se pretende probar.

Sin embargo, es necesario también ser permisivo a la hora de admitir prueba, y flexibles a la hora de rechazarla por encontrarla inútil, para no violentar el derecho a una tutela judicial efectiva, por tanto, si existe duda por parte del juzgador es mejor que ese medio de prueba sea admitido por parte del tribunal.

3.5.3. Necesidad de la Prueba de las Nuevas Tecnologías.

Cuando de informática se habla, es de reconocer que cualquier elemento es manipulable, ya sea de manera directa o indirectamente, con intención o sin ella, a corto, mediano o largo plazo y esto se debe a que cualquier dispositivo electrónico ya sea un ordenador, Tablet, Smartphone, GPS, cámara digital, etc. Tiene ficheros almacenados en su disco duro o en su memoria que le permite funcionar y realizar aquello para lo que fue creado²⁴⁷.

Para el ámbito jurídico ese escenario tan manipulable hace que se caiga cualquier prueba documental de algo digital, puesto que si una prueba se basa en lo que dictamina una máquina, quien no puede decir que esa máquina estaba manipulada, así sucede con WhatsApp, o cualquier mensajería instantánea, por tanto, la carga de la prueba recae sobre quien presenta la conversación, pero la presentación en papel ya no es suficiente ni evidente.

En la actualidad los medios electrónicos se vuelven necesarios para poder probar muchas veces las pretensiones de las partes o para poder desvirtuarlas, sin embargo, no basta con solo con aportarlas, siempre que se refiera a un documento electrónico que se desea incorporar a un proceso judicial, la intervención del perito debe garantizar la inalterabilidad y la inmaculación necesarias para poder valorarlo en la sentencia o en el auto que ponga fin a la actuación²⁴⁸.

²⁴⁶ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 229

²⁴⁷ Oliva León, Ricardo. coord. y Valero Barceló, Sonsoles. coord., *La Prueba Electrónica. Validez y eficacia procesal*. (España: Juristas con Futuro eBook, 2016), <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/09/EBOOK-Sept16PruebaElectronica-gran-final.pdf>. Pág. 137

²⁴⁸ Acevedo Surmay, Deisy Yanet y Gomez Ustaris, Elber Erique, «Los documentos electrónicos y su valor probatorio: En procesos de carácter judicial», *Iustitia*, diciembre de 2011, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978962.pdf>. Pág. 408. En el artículo presenta resultados sobre la necesidad de la valoración probatoria de los documentos electrónicos en los procesos de carácter judicial. Asimismo, exponen los autores que resulta importante contar con

Sin embargo, no solo se puede acceder al proceso mediante una prueba pericial cuando de prueba electrónica se habla, porque si se refiere a hechos electrónicos en documentos o imágenes se puede acceder por medio de prueba documental, se puede utilizar hasta la prueba testimonial que puede dar cuenta de haber visto en una pantalla un determinado correo electrónico.

La prueba electrónica hoy en día se vuelve más necesaria, y con ello su aportación, incorporación y valoración; también resulta importante, todo con el fin de probar o desvirtuar una pretensión, porque tienen como objeto principal los hechos electrónicos, ya que los medios informáticos pueden ser objeto de otros medios de prueba como se ha manifestado, a través del reconocimiento judicial y la pericia, es decir la información obtenida a partir de los dispositivos electrónicos, tienen como finalidad probar o acreditar hechos o una actividad que fundamenta o tiene relación con la tutela pretendida en el proceso jurisdiccional.²⁴⁹

3.5.4. Actividad Probatoria con las Nuevas Tecnologías.

La actividad probatoria tiene por objeto convencer al juez o al tribunal sobre la veracidad de lo alegado por las partes en un litigio, sin embargo no todo requiere prueba, puesto que hay hechos afirmados que no requieren prueba, así como los hechos notorios, los evidentes, que es lo que se llama máximas de la experiencia, son juicios generales que se extraen a partir de la observación de una serie idéntica de sucesos y que sirven para comprender éstos e interpretar sus causas y características, también la costumbre admitida.²⁵⁰ regulado en los arts. 313, 314 CPCM.

Como se ha mencionado en el presente trabajo no se debe olvidar que para hacer uso de las nuevas tecnologías como medios de prueba se debe tener en cuenta la licitud de la prueba, aunado a ella la prueba de ser útil y pertinente, se debe incorporar conforme lo regula el CPCM, pues las pruebas electrónicas suelen ser muy frágiles, por lo que se vuelve

protocolos especiales que garanticen su debido resguardo y análisis. De ahí que, para efecto de valorar una prueba de tipo electrónico es necesario que ella esté preexistida de inalterabilidad y la inmaculación protocolos especiales que garantizan que su recaudo y valoración se ha ceñido a ciertos requisitos y parámetros, que hacen que la prueba sea inalterable e inmodificable, tales como son la cadena de custodia y la copia bit a bit.

²⁴⁹ Puig Faura, Sonia, «La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa» (Barcelona, España, Universidad Ramón Lull, 2014), <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285237/TESI%20DOCTORAL%20SÒNIA%20PUIG%20FAURA.pdf?sequence=1>. Pág. 201. La tesis tiene por objeto la definición y estudio de la «prueba electrónica». La prueba electrónica no siempre se define y se explica bien. Probablemente la causa de esta dificultad se halle en la complejidad y multiplicidad de los fenómenos y actividades de carácter o naturaleza electrónicos frente a la multiplicidad de manifestaciones de los mismos en la vida cotidiana.

²⁵⁰ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 345

necesario asegurarlas, pero también ver qué requisitos deben cumplir para recibir esos medios de prueba y si necesitan tener un soporte documental, sin embargo, el uso de estos soportes tiene mucha importancia.

Los medios y soportes electrónicos pueden perfectamente servir para reproducir imágenes, esto es, para acreditar hechos o situaciones; pueden ser utilizados para el archivo y reproducción de datos, tales como palabras o cifras, cumpliendo con la finalidad declarativa propia de todo documento, son instrumentos en los cuales pueden quedar estampados hechos²⁵¹.

Se deben valorar 3 aspectos cuando se vean las nuevas tecnologías como medios de prueba, primero el vehículo o instrumento propiamente dicho, segundo, el contenido sustancial o hecho que contiene, y finalmente el resultado o efecto que produce en el proceso y en el juez, debiendo para ello de estar dotados de impresionabilidad, que hace referencia al registro, es decir el hecho histórico y de traslatividad, que hace referencia a que se pueda llevar al proceso el hecho, y que sobre todo sea apto para hacer la aportación al proceso²⁵².

3.5.5. Producción de los medios de Prueba Electrónicos.

Un punto importante es analizar que prueba será la idónea aportar en un proceso, para ello se debe entender que será toda aquella que cumpla con los requisitos de pertinencia y utilidad de la prueba, como ya se dijo anteriormente, sin embargo, al hablar de la producción de prueba se hace referencia a llevar frente al juez la fuente de prueba para su conocimiento, y además, para que la parte adversaria pueda alegar y proponer lo que a su derecho le convenga.

Sin embargo, ¿cómo se deberá incorporar al proceso? Es de recordar que existen los medios audiovisuales, que se encuentran dentro de los soportes informáticos que ahora también son medios muy utilizados como prueba, pero los principales medios de prueba son: la testimonial, a través del interrogatorio, el informe pericial o la prueba documental; existen otras, pero estas son las más usuales para la constatación de hechos digitales²⁵³.

“Existen dos categorías de pruebas digitales, las primeras serían, las que por un lado, contienen información en un sistema de ficheros, independientemente del formato, y por otra parte, sería toda aquella información que sucede en internet, como por ejemplo conversaciones en redes sociales, correos electrónicos o, así como el rastro dejado en la red a la hora de navegar, como la dirección IP, la versión del navegador web o la información almacenada en las denominadas cookies, a este conjunto de información se le conoce como

²⁵¹ Rivera-Morales, Rodrigo, «Los Medios Informáticos: Tratamiento Procesal». Pág. 459. El autor sostiene que a través de los medios y soportes electrónicos e informáticos se pueden cometer ilícitos, a los cuales se les ha bautizado, inadecuadamente, como delitos informáticos.

²⁵² Ibid, Pág. 459

²⁵³ Garrido, Teresa de Almasa, *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*.

huella digital, y cuya principal característica es su alta volatilidad. En relación a los ficheros informáticos almacenados en la nube, hay que tener en cuenta asuntos de integridad y autenticidad de la información.²⁵⁴

De lo arriba apuntado, se puede colegir que existen dos categorías de prueba electrónica, las primeras serían, las que por un lado, contienen información en un sistema de ficheros, independientemente del formato, y la segunda categoría sería toda aquella información que sucede en internet, como por ejemplo conversaciones en redes sociales, correos electrónicos o, así como el rastro dejado en la red a la hora de navegar, como la dirección IP, la versión del navegador web o la información almacenada en las denominadas cookies. A este conjunto de información se le conoce como huella digital, y cuya principal característica es su alta volatilidad.

En relación a los ficheros informáticos que son la primera categoría son los dispositivos magnéticos, discos duros, discos ópticos, y las memorias solidas como USB, pueden estar almacenados en la nube, para ello hay que tener en cuenta asuntos de integridad y autenticidad de la información, así como principios de territorialidad.²⁵⁵

Aunque se puede pensar que un hecho o prueba electrónica puede accederse por medio de prueba pericial, debe quedar claro que no es el único medio para aportar o producir esa fuente de prueba, pues se puede hacer uso de la prueba documental, así como reconocimiento judicial cuando la prueba no está en manos de quien la solicita y testimonial, como ya se ha mencionado anteriormente, lo importante es distinguir si lo que se quiere es conocer su auténtica naturaleza o por el contrario su manifestación en forma de documento o imagen apprehensible para los seres humanos²⁵⁶.

Ahora bien, la prueba electrónica tiene las características de ser intangible, porque se encuentran en un formato electrónico, siendo reproducibles, de fácil copia, diluyéndose las posibilidades de distinguir los originales de las copias; volátiles, por ser mudables, inconstantes, es decir manipulables por lo tanto pueden ser modificadas; son destruibles, porque pueden ser borradas o existe la posibilidad de que algunos soportes sean destruidos; son parciales, porque los posee la persona que los va a presentar como medio de prueba; y, son intrusivas, porque pueden afectar derechos fundamentales, como, entre otros, el derecho a la intimidad, al honor, secreto de comunicación.

Por tanto, como se ha dicho en los párrafos anteriores, según el art. 396 del CPCM, cuando la prueba va encaminada a un resultado, como es una imagen, el único límite será dar aplicación a las garantías de inmediación y contradicción y se verá como prueba documental, sí por el contrario se hace referencia a soportes de almacenamiento de datos, regulados en el art. 397 y 398 CPCM, deberá ser presentado un soporte copia de la información, así como el aparato que contiene el registro original archivado, pero en algunas ocasiones no podrá ser presentada por lo que se deberá seguirse un protocolo para un mejor control.

²⁵⁴ Ibidem

²⁵⁵ Ortega Burgos, Enrique et al., *Nuevas Tecnologías 2020*. Pág. 342

²⁵⁶ Puig Faura, Sonia, «La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa». Pág. 206

El medio probatorio puede ser impugnado, en tal caso si de aportó como prueba documental, se puede solicitar prueba pericial para acreditar la autenticidad del documento, pero si no se puede deducir su autenticidad el tribunal lo valorará según las reglas de la sana crítica. Otra forma de incorporar las nuevas tecnologías es interrogar a los testigos acerca del contenido y/o autoría ya sea del correo, texto de SMS, WhatsApp, o el comentario realizado en alguna red social como Facebook, twitter, etc.²⁵⁷

Por tanto se puede concluir, que el acceso habitual de la prueba electrónica al procedimiento se suele realizar generalmente a través de (i) documentos privados, presentada mediante impresión en papel o a través de elementos informáticos como CD's o pendrives; (ii) a través de documentos públicos, normalmente a través de actas de protocolización notarial en las que el notario hace constar la identidad, el contenido entregado y la fecha en que lo recibe, (iii) mediante reconocimiento judicial, lo que supone el examen de la prueba de modo directo por el propio Juzgado o Tribunal, ya sea en la sede del tribunal, o en el lugar donde se halle el soporte electrónico en el que se encuentra la prueba, y (iv) Mediante prueba pericial, ya que a través de ella se puede conocer la veracidad el medio probatorio ofertado y presentado.

Aunque se ha expuesto que la prueba tecnológica se puede presentar haciendo uso de cualquier medio de prueba, se desea hacer referencia a la importancia de la pericia digital.

3.5.5.1. La Prueba Pericial Electrónica.

La prueba pericial en general se puede definir como aquella actividad procesal, en virtud de la cual personas expertas transmiten al juez conocimiento especializados en determinados campos de la ciencia, arte, técnica o prácticos para que aquél pueda valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto sobre el que versa el pleito o adquirir certeza sobre los mismos²⁵⁸.

La pericia electrónica versa como es claro sobre hechos electrónicos, tales hechos se manifiestan con los perfiles propios del lenguaje electrónico o digital, es decir, como impulsos electrónicos constituidos por códigos binarios, algoritmos o sistemas de encriptación. Toda esta información, en principio no aprehensible directamente por el ser humano, puede ser almacenada en soportes (en el disco duro de un ordenador, DVD, CD-Room, pendrive, USB flash drive) electrónicos o no y podrá ser aportada al proceso y valorada por el tribunal una vez se haya traducido de modo que sea perceptible y comprensible²⁵⁹.

²⁵⁷ Abel Lluch, Xavier et al., *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, 1ra Edición (Madrid, España: La Ley, 2011). Pág. 363 a 366

²⁵⁸ Abel Lluch, Xavier, *Derecho Probatorio* (Barcelona, España: José María Bosch Editor, 2012). Pág. 653

²⁵⁹ Puig Faura, Sonia, «La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa». Pág. 214

La prueba pericial electrónica busca acreditar la actividad electrónica que se genera, así un correo electrónico impreso no es prueba electrónica, sino una prueba documental, ahora cuando el experto en informática forense efectúa un análisis del correo enviado en un ordenador, su análisis consiste en una serie de datos en un archivo informático, que no solo contienen el texto del mensaje, sino un encabezado de Internet, que contiene gran cantidad de información relevante, incluyendo el recorrido que ha hecho por Internet desde el emisor hasta el receptor, tal como la hora y fecha de envío, dirección electrónica de envío y de destino, asunto del mensaje, protocolo informático etc., todos ellos datos que verifican la autenticidad del correo²⁶⁰.

Este medio de prueba ayuda a formar la convicción del juez respecto a la certeza de las afirmaciones de los litigantes sobre los hechos en los que fundan sus pretensiones, Montero Aroca sostiene que el perito es un auxiliar del juez, pues emite desde el punto de vista técnico sus conocimientos, trata de aportar al juez un elemento de valoración de hechos o circunstancias que ayudan a formar su opinión.

Por tanto, la prueba pericial tiene por objeto verificar un hecho y /o determinar la causa o como es que se produjo ésta. Buscar tener la certeza de los hechos afirmados por las partes y lo hace a través de un medio científico, la pericia electrónica puede tener por objeto reconstruir datos destruidos en un ordenador, así como la verificación de un hecho, como es el caso de la verificación de la existencia de una página web y finalmente tiene por objeto determinar los efectos de un hecho electrónico no controvertido, como cuando el perito estudia los daños derivados de la descarga de una página web²⁶¹.

3.5.6. Importancia de la aplicación de las nuevas tecnologías en la fase probatoria del proceso.

La eclosión de las redes sociales se ha producido por el binomio de unir la comunicación a la movilidad, esto ha dado lugar a la aparición de nuevos hábitos relacionales como son los digitales, lo que conlleva que las interacciones sean un intercambio de bits de información a través de un dispositivo tecnológico.²⁶²

Se ha permitido en la actualidad que la norma permita la incorporación al procedimiento judicial cualquier instrumento capaz de archivar y conocer palabras, datos, cifras, es decir cualquier información haciendo énfasis que sea de importancia para el proceso, así, las tecnologías de la imagen y el sonido, como grabación magnetofónica, videomagnética y soporte digital, pueden utilizarse para mejorar la documentación, superando los límites de la documentación escrita, ya que consigue que la conservación de las intervenciones orales sea más completa y precisa que la de un acta escrita.

Es por ello que en la medida que vaya creciendo la informática en la sociedad, los medios electrónicos van formando parte de la actividad diaria de un ciudadano, serán estos los medios que servirán de fuentes de prueba que deben ser aportados como medios de prueba

²⁶⁰ Ibidem, 215

²⁶¹ Ibidem, Pág 223-224

²⁶² Garrido, Teresa de Almasa, *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*. Pág. 334

para poder probar o desvirtuar una pretensión, lo que conlleva el cuestionamiento de la validez del medio probatorio.

Por otro lado, para la valorización de las pruebas se deben analizar ciertos elementos de la prueba, como su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud, pues gracias a los avances tecnológicos, es innegable que los documentos electrónicos pueden llegar a cumplir de hecho con los requisitos de las pruebas que analizarán los juzgadores y juzgadoras; e incluso más, las superan en integridad e inalterabilidad²⁶³.

Como se ha venido diciendo, cada vez es más habitual la utilización de los medios electrónicos, por tanto, se están utilizando en los procedimientos judiciales, y en algunas ocasiones son el único medio para llegar a la acreditación de los hechos, sin embargo, en la actualidad las pruebas electrónicas más utilizadas son los correos electrónicos, las páginas web, los mensajes cruzados entre las diferentes plataformas de mensajerías

3.6 La prueba Digital y Prueba Documental.

La prueba es la comprobación de las afirmaciones, el elemento que resulta ser indispensable para la demostración de la razón en la discusión o Litis, por tanto, el sistema de prueba está estructurado desde la antigüedad como la evidencia física, la cual presenta características diferentes a la prueba digital que puede generar dificultad a la hora de ser valorada.

El procedimiento probatorio entendido como la normativización de etapas para la introducción, desarrollo y comprobación de los hechos controvertidos o debatidos en el proceso se encuentra en crisis frente a las nuevas tecnologías de almacenamiento de la información. Como es común hoy en día todo se aloja en la red abierta, denominada Internet, no sometida al gobierno de ninguna autoridad central, a diferencia de lo que sucede en las redes de acceso restringido²⁶⁴

Cuando se habla de la prueba digital se hace referencia a que estas pruebas ofrecen una información objetiva, clara precisa, completa y neutra siempre y cuando dicho material no haya sido objeto de manipulación o haya habido algún tipo de incidencia técnica que haga que su contenido sufra alguna alteración.²⁶⁵

El documento es cualquier cosa que sirve por sí mismo para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto

²⁶³ García Barrera, Myrna Elia, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías*.

²⁶⁴ Pérez Cascella, Roberto C., «La moderna prueba documental electrónica y digital. Observar el mundo virtual para mejorar el servicio de justicia y evitar el atraso generacional.», *Inteligencia Jurídica*, 28 de diciembre de 2017, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/26/la-moderna-prueba-documental-electronica-y-digital-observar-el-mundo-virtual-para-mejorar-el-servicio-de-justicia-y-evitar-el-atraso-generacional/>.

²⁶⁵ Benavides Salamanca, Leo Bladimir, «La Prueba Electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.», 2018, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/03/C94AC.PDF>. Pág. 9

humano²⁶⁶, por tanto, dicho documento debe constar de manera física y perceptible a los sentidos, el documento cuenta con 3 elementos: la corporalidad, que hace referencia a que es una cosa mueble, la subjetividad que se refiere al autor, y finalmente está el contenido, que son signos de la representación.

Ahora bien, el documento de papel se perfecciona con la ratificación de contenido y la firma, ya que con ello se confirma lo que se ha dicho, en caso que se desconozca la firma y el contenido del documento se debe hacer uso de la prueba pericial, si no se cuenta con el documento original se debe expresar en donde se encuentran los originales para realizar la pericia o realizar el reconocimiento judicial del documento²⁶⁷.

Es de hacer notar que el documento electrónico se ha incorporado paulatinamente en el ámbito académico y doctrinal; lo que ha tornado especial interés respecto a la necesidad de fijar parámetros dogmáticos respecto a su importancia y validez²⁶⁸.

Los documentos digitales son todo mensaje de datos que contiene información o escritura generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, láser o de cualquier símbolo o conjunto de símbolos que se utilizan como identificador de una persona en un determinado documento digital, como la firma electrónica.

Al hablar de prueba digital es importante conocer si se debe referirse a prueba digital o electrónica, cuando se habla de digital se refiere a un dispositivo o sistema que crea, presenta, transporta o almacena información mediante la combinación de bits, que se efectúa por medios digitales; y se tiene el concepto de electrónico, que funciona mediante el estudio y la aplicación del comportamiento de los electrones sometidos a la acción de campos eléctricos, pero si se habla de información con validez probatoria que en su totalidad se encuentra, almacena o transmite por medios digitales, información que cambia su forma de representarse dependiendo al estar almacenada o al mostrarse por otros medios digitales o electrónicos.

Es importante acotar que las pruebas electrónicas deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley. Ahora bien según la teoría de la equivalencia funcional²⁶⁹ el documento en soporte electrónico y el documento en soporte

²⁶⁶ Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Décimo octava (Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional, 2014). Pág. 441 En la presente obra el autor desarrolla lo relativo a la prueba documental, en donde destaca el carácter declarativo y/o representativo que incorpora la prueba documental.

²⁶⁷ Ibidem. Pág. 442

²⁶⁹ La teoría de la equivalencia funcional hace referencia a que la información obtenida mediante la forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a su homólogo de la prueba documental, busca la no discriminación jurídica de los mensajes de datos electrónicos respecto del contenido en papel u otro soporte. Polanco López, Hugo Armando, «Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano.», *Criterio Jurídico Santiago de Calí*, 1 de febrero de 2017, 37-67, <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1787/2310/>. Pág. 43

papel despliegan identidad de efectos jurídicos, de lo que se deriva la consideración del documento electrónico como prueba documental.

En ese sentido, se vuelve importante reformular el concepto de documento para dar cabida a las nuevas fuentes de prueba derivadas del avance de las TIC y con fundamento en el principio de la no discriminación, debe otorgarse idéntica virtualidad probatoria al documento escrito y al documento electrónico, pues lo esencial es la existencia de un objeto representativo de interés para el proceso y lo secundario es el soporte (papel, audiovisual o electrónico) en que se recoja.

Ahora bien, el documento digital si es factible se presenta con la demanda o contestación como ya se ha expuesto anteriormente, de lo contrario se trata de acudir a donde se encuentra el documento en su forma original, tal y como se generó por primera vez, ya sea el disco duro de la computadora o al sistema de respaldo en donde se guarda la información, se da por tanto la inmaterialidad, debido a que el texto escrito en papel es materialmente un documento, mientras que lo que se almacena en un soporte electrónico no se exterioriza.

¿Será entonces necesario distinguir la prueba digital de la prueba documental?, no se puede ver como algo diferente, simplemente en que no toda la información que ofrece en la prueba digital es el contenido de la información que ofrece, sino que de la propia información se desprenden datos adicionales de especial valor, siendo esos datos adicionales los metadatos.²⁷⁰

3.7. Validez y Eficacia procesal de la prueba electrónica.

Validez y eficacia son dos conceptos que la teoría general del derecho se encarga de diferenciar, aunque puede llegar a confundir sus efectos, es así que para que una norma jurídica sea válida debe ser elaborada por el órgano o institución competente respetando los requisitos formales necesarios, de los cuales el último en el tiempo es su publicidad. Sin embargo, una norma será eficaz cuando pueda invocarse, pasando a ser susceptible de crear derechos y obligaciones en relaciones jurídicas²⁷¹.

Teniendo claro ambos conceptos, resulta importante aplicarlo a la prueba electrónica, es por ello que la validez de la prueba electrónica viene determinada por su licitud, y en segundo lugar si cumple con los requisitos prescritos por la normativa aplicable. Sin embargo, la eficacia se enfoca en la disposición como sustento de la acción planteada o sobre todo si resulta probada la información que incorpora y su grado de influencia, la cual se será reflejado en la sentencia.

Cuando se habla de prueba electrónica, muchas veces se cuestiona su validez, pues se genera la dificultad de demostrar la autenticidad, exactitud y certeza, por ejemplo el determinar la autoría de un determinado correo electrónico que no ha sido firmado, demostrar la exactitud de la prueba en cuanto a saber diferenciar entre el original y la copia, y establecer

²⁷⁰ Rosales, Francisco, «Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos», Nuevas Tecnologías, *Prueba digital en el procesal penal y en el proceso civil* (blog), 4 de marzo de 2019, <https://www.notariofranciscorosales.com/prueba-digital-en-el-proceso-penal-y-en-el-proceso-civil/>.

²⁷¹ Fernández Tomás, Antonio, *Instituciones de Derecho Comunitario*, 2da Edición (Tirant Lo Blanch, 2000). Pág. 129

puntos que aseguren la integridad de la prueba o su certeza del material probatorio en cuanto a demostrar la concordancia entre las declaraciones testificales con la prueba electrónica presentada,²⁷² lo que conlleva a que debe existir como ya se ha mencionado la aportación de dictámenes u otros medios de prueba instrumentales para garantizar la autenticidad e integridad de lo aportado.

Al referirse a la eficacia de la prueba electrónica, se debe verificar que la declaración procede de quien afirma haberlo emitido, que el contenido de la declaración no ha sido alterado durante la transmisión, que el emisor realmente la remitió y el receptor efectivamente la recibió²⁷³, por tanto es entendida como la admisibilidad del medio de prueba ya sea por medio de cualquier medio probatorio que regula el CPCM o por medio de un medio de prueba específico y finalmente está la apreciación que hace el juzgador del medio de prueba que se verá a continuación.

3.8.Criterios de Valoración.

Se puede decir que históricamente han existido dos sistemas de valoración probatoria: la prueba tasada²⁷⁴ o legal y el de sana crítica²⁷⁵, y los jueces en caso de colisión de pruebas contradictorias o de pruebas insuficientes realizan una valoración conjunta del acervo probatorio para evaluar el contexto completo.

Es por todos conocido que por regla general la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación, así expone Devis Echandía que son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la

²⁷² Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 213

²⁷³ Ortells Ramos, Manuel, «Nuevas Tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. Prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales», *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* 56 (2003): 221-55, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.005>. Pág. 247.

²⁷⁴ Prueba tasada son los medios de prueba que pueden hacer valer las partes y señala la eficacia de éstos, de manera que la función del juez se limita a establecer si estos llenan los requisitos exigidos por la ley. El CPCM en su art. 416, establece que la prueba documental utiliza el sistema de la prueba tasada.

²⁷⁵ Sana crítica, en este sistema de valoración la prueba no es arbitraria ni está señalada por la ley en este no basta que el Juez se convenza y lo manifieste, sino que es necesario que convenza a los demás, con una apreciación razonada y crítica de la prueba producida. Puede haber vulneración de las reglas de aplicación de la prueba de la sana crítica cuando el tribunal no valore o lo haga incoherentemente, el contenido de un informe pericial que ha sido aportado al proceso, pero tampoco queda a una apreciación discrecional y caprichosa, sino que se basa en las máximas de la experiencias que el juez ha utilizado, el razonamiento por el que ha obtenido su convicción y que su conclusión sea razonada, motivada, responsable y limitada por las reglas de la lógica. MONTERO AROCA señala que el juez debe hacer constar en la motivación de la sentencia las máximas de la experiencia judicial que ha aplicado para determinar el valor probatorio de cada medio de prueba, “pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados”. Montero Aroca, Juan. *La prueba en el Proceso Civil* (Madrid. España, Editorial Civitas, 2012) Pág. 553

suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto²⁷⁶ .

Con respecto a la valoración de la prueba tecnológica, algunos autores se refieren únicamente al documento electrónico o al medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y de los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras, sin embargo, la prueba tecnológica cabe en cualquiera de los medios previstos en el CPC²⁷⁷, esto como consecuencia lógica a una tutela judicial efectiva, lo que incluye el uso de los recursos.

Qué pasaría si a la prueba pericial por ser especializada se le diera otro tipo de valor, ya que como se ha expresado en el presente trabajo para corroborar la veracidad del documento o del tipo de prueba en ocasiones se requiere informes periciales informáticos, que vinculen al juez con su contenido, sin embargo, ya autores sostienen que la sobrevaloración semántica y epistémica de las pruebas científicas es criticable.

Lo antes expuesto se basa en que los jueces, en realidad, no valoran el contenido especializado de la pericia, sino que para la sana crítica aplican las máximas de experiencia comunes a elementos tales como el método empleado, la formación especializada de los peritos, la disponibilidad de los medios técnicos y equipos de análisis, la coherencia, motivación y razonamiento de las conclusiones, la inmediatez material y temporal en el examen de la fuente de prueba, o las premisas de las que parte el perito.²⁷⁸

Esto se debe a que la tarea del juez es controlar la validez científica y la corrección del método que el perito ha utilizado, por tanto, el juzgado puede desvincularse del peritaje cuando no le parezca lógico o razonable el método seguido por el perito o los razonamientos dados por el mismo, pero si debe argumentarlos muy claramente en la sentencia lo que permite decir, que el juez podrá dar por privado el hecho sin necesidad de dictamen pericial, pero con base a otra prueba, con base en las reglas de la sana crítica y en aplicación de las máximas de la experiencia²⁷⁹.

Otros autores han sostenido la necesidad de establecer unas reglas de sana crítica especialísimas, para valorar las pruebas electrónicas, debido a que los jueces carecen del conocimiento informático entre sus máximas de experiencia, si8n embargo, dicha posición puede ser cuestionada en la medida en la función valorativa de la prueba, ya que el juzgador no necesita de especiales conocimientos técnicos, sino que basta con que motive su decisión de acuerdo con las reglas generales de la lógica que cualquiera pudiese adoptar²⁸⁰.

²⁷⁶ Nisimblat, Nattan, «El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano». Pág. 28

²⁷⁷ Ibidem, pág. 394

²⁷⁸ Arrabal Platero, Paloma, *La Prueba Tecnológica: Aportación, Práctica y Valoración*, 1ra. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020), <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413362687>. Pág. 413

²⁷⁹ Fuentes Soriano, Olga, *Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba, en El proceso penal. Cuestiones Fundamentales*. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017). Pág. 275

²⁸⁰ Ibid, Pág. 416

No es compatible la idea de aplicar de reglas de sana crítica especialísima a la prueba pericial tecnológica ya que las máximas de experiencia permiten a los jueces realizar un razonamiento sensato sobre el conjunto de la prueba practicada, con independencia de su naturaleza técnica, puesto que la valoración de la prueba por parte del juez es indudablemente subjetiva, pero eso no significa que no sea garantista.

Ahora bien, la valoración que se realice sobre la información enviada o generada por medios electrónicos va a depender de varios requisitos, los cuales se detallan a continuación:

- a) Se requiere que el medio electrónico que fue utilizado para enviar o generar la información sea un método confiable, es decir hace referencia a la calidad de la información, ya que, si no lo fuera la validez de dicha información se verá disminuida o mermada, muchas veces esa confiabilidad del método será analizado por peritos, éstos deberán dictaminar, si dicha información no ha sido violada por terceras personas o modificada después de la aceptación por las partes obligadas, quedando a cargo del juez la valoración correspondiente.
- b) El segundo punto de valoración es la fuente, además resulta importante que para valorar la fuente de prueba ésta no ha sido violada o alterada a partir del momento en que se generó en forma definitiva y así fue aceptada por el obligado o los obligados.
- c) Finalmente es necesario contar con la tecnología necesaria para que sea posible conocer si dicha información generada o enviada a través de medios electrónicos ha sido alterada o violada, de no ser así su validez probatoria se verá disminuida ante la autoridad jurisdiccional competente, lo que será resuelto con el peritaje correspondiente. O sea, debe “resguardarse la integridad del registro y ser inmutable o inalterable, lo cual exige que sea estable en el tiempo y no pueda ser modificado sin que queden huellas de la transformación. En caso de reconstrucción debe ser reconstruible, lo cual aconseja el procedimiento de copia o back-up.”²⁸¹

De lo antes apuntado resulta necesario que el juez debe determinar en prima facie si se trata de un mensaje de datos, como tal o si por el contrario es una reproducción digital.

El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento²⁸²

Se ha mencionado que el documento electrónico puede ser tratado con las disposiciones de la prueba documental, así el art. 341 del CPCM establece, en cuanto a la valoración, lo siguiente:

“Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del

²⁸¹ García Barrera, Myrna Elia, *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías*. Pág. 158

²⁸² Benavides Salamanca, Leo Bladimir, «La Prueba Electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.»

fedatario o funcionario que lo expide. Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o esta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valoraran conforme a las reglas de la sana crítica”.

Así, el documento electrónico será valorado de forma tasada o, en caso de haber impugnado su autenticidad y no haberse demostrado, mediante la sana crítica.²⁸³

3.8.1. Valoración Conjunta de la Prueba electrónica.

Qué sucede que en un proceso se aporten dos pruebas de valor tasado pero que sean contradictorias entre sí, acá toma importancia la valoración conjunta de la prueba, esto se refiere a la apreciación que el Juez hace sobre el conjunto de las pruebas practicadas, realizadas por el juzgador, pues por un lado es posible que algunas pruebas complementen y refuercen otras pruebas, pero por otro lado existe la posibilidad de que resulten contradictorias entre sí.

La concurrencia de medios de prueba complementarios entre sí se da, normalmente, con las pruebas aportadas por la misma parte, ya sea que varios medios de prueba acreditan un mismo hecho (documental, pericial, testifical, etc.), o cuando existe una concurrencia de un mismo medio de prueba (el caso de presentar diez testigos)²⁸⁴

Otro momento importante es la valoración conjunta de la prueba cuando existe una colisión entre los diversos medios. En este escenario, cabe diferenciar varios supuestos, a saber, si la contradicción tiene lugar entre medios de prueba de valoración tasada, si concurre entre medios de prueba tasada y prueba de sana crítica, o, finalmente, si es entre medios de sana crítica²⁸⁵.

Si la colisión es entre medios de pruebas de valoración tasada, opera una suerte de neutralización que anula la fuerza vinculante de los mismos, de modo que, pese a que su valoración está legalmente prevista, son contrapuestos y, por ende, el juez los valorará según la sana crítica.

El segundo de los supuestos, relativo a la valoración conjunta de pruebas opuestas de sana crítica y prueba tasada, se resuelve con la prevalencia de la eficacia de estas últimas, de acuerdo, precisamente, a su naturaleza tasada.

Finalmente, si la colisión entre pruebas recae en medios de sana crítica, el juez resolverá la contradicción según su prudente arbitrio, el tribunal puede otorgar mayor verosimilitud al contenido de un instrumento tecnológico que un informe pericial informático, pero se deberá atender a las circunstancias concretas del caso²⁸⁶.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Abel Lluch, Xavier et al., *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Pág. 152.

²⁸⁵ Abel Lluch, Xavier, *Derecho Probatorio*. Pág. 504

²⁸⁶ Ibidem, Pág. 506

Independientemente el caso la valoración conjunta de la prueba necesita que el juez razone la apreciación individualizada de cada una de ellas y motive el resultado del estudio obtenido mediante su confrontación, y corroboración, pero esta exigencia de motivación no se traduce en una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lleva al juez a resolver de una determinada manera, sino en hacer explícita la decisión adoptada de tal manera que permita un eventual control jurisdiccional en una instancia posterior, en tanto se debe apreciar y valorar las pruebas individualmente y en su conjunto en relación con las alegaciones de las partes ajustándose a las reglas de la lógica y de la razón²⁸⁷.

²⁸⁷ Arrabal Platero, Paloma, *La Prueba Tecnológica: Aportación, Práctica y Valoración..* Pág. 422

CAPITULO 4

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL USO DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MISMAS.

4.1 La cadena de custodia de las nuevas tecnologías.

La cadena de custodia es el nombre que recibe el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas en el curso de una investigación que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba²⁸⁸.

Consiste en la trazabilidad de la recolección almacenamiento y resguardo de los elementos que sirven de prueba en el marco de una investigación judicial, se puede mencionar el secuestro de discos duros, laptops, PC, celulares, etc.

Se da este tipo de cadena cuando se puede demostrar que el sistema de seguridad que protege el archivo informático impide la posibilidad de alteraciones entre el momento de creación del archivo y su presentación ante el tribunal, convirtiéndose en parte de la actividad probatoria de quien procura incorporar al proceso prueba de esta naturaleza.

Cabe mencionar que cuando se envía información mediante correo electrónico, el recorrido de este por la red queda registrado no solo en la computadora de la que salió o fue emitido, sino también en los distintos servidores que le hayan permitido llegar al destinatario, encontrándose el servidor obligado a brindar la información requerida.

En la cadena de custodia suponen dos presupuestos, a) que se trate de bienes muebles susceptibles de ser alterados, degradados o adulterados física o químicamente; b) que tales cosas físicas se han conservado en el mismo estado que presentaban cuando sobre ellas se realizó una prueba pericial, el cual sirvió para obtener datos útiles a la contienda, de tal manera que quienes han estado en posesión de esos objetos, documentos, entre otros, ha cuidado de ellos con la suficiente diligencia como para evitar la destrucción, alteración, pues de producirse estas impediría contrastar los resultados de aquella pericia anterior con otra contemporánea, o arrojaría conclusiones erróneas y distintas de las que correspondería²⁸⁹.

Cuando se habla de la inalterabilidad de la información, se pretende que la información no se contamine, por tanto, ninguna acción debería modificar la información almacenada, es por ello que se crean varias copias y si se desea trabajar se debe hacer en una de ellas y no en el original, de igual forma, la persona encargada de realizar la recolección de la información

²⁸⁸ Oliva Leòn, Ricardo. coord. y Valero Barceló, Sonsoles. coord., *La Prueba Electrónica. Validez y eficacia procesal*. Pág. 131

²⁸⁹ Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio, *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Pág. 349

debe ser una persona técnica suficiente para comprender los actos ejecutados y poderlos explicar.

El CPCM lo regula en su art. 322, y como se ha expresado con la Cadena de Custodia lo que se pretende es garantizar la indemnidad de la prueba²⁹⁰, que se eviten alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones, y que la evidencia que se recolectó en la escena ha de ser la misma que se está presentando al tribunal, por tanto, busca que lo que llegue al juzgador es o que se recibió en su día.

La cadena de custodia en materia informática tiene la difícil misión de asegurar que la prueba que se presenta en el litigio es exactamente la misma que la obtenida en su día y de la que se extrajeron los datos relevantes presentados para el juicio en cuestión²⁹¹, de tal manera que le faculte a la parte contraria realizar también sus propias pruebas, e incluso realizar la misma que ya realizó el primer perito.

Es así, que en materia tecnológica ya no es trascendental quien es la persona que custodia la prueba, sino que ésta no haya sido alterada, con la cadena de custodia se permite dar respuesta a las preguntas de quién la recolectó, cuándo y cómo, quién tiene la posesión, cómo fue almacenada y protegida en dicho procedimiento, quién la manipuló y por qué, pero debe contener los factores como conocimiento, confirmación, aseguramiento del lugar de los hechos, entre otros.²⁹²

La cadena de custodia se inicia donde se encuentra el ordenador que contiene el documento electrónico y concluye por orden emanada de autoridad competente, para asegurar un adecuado manejo de la evidencia, el perito jamás deberá manipular el documento en su estado original, es decir, antes de proceder a su copiado, deberá por consiguiente identificar plenamente el ordenador o el equipo contenedor, mediante el uso de cámaras fotográficas y de video, para así proceder a su encendido o su acceso inicial.

Una vez identificado el documento, deberá copiarlo inmediatamente, sin abrirlo ni imprimirlo, pues tal acto implica la inserción de nueva información que puede alterarlo o destruirlo. La copia deberá ser archivada en medio no regrabable como un cd, el cual será sometido al proceso de embalaje, etiquetado, firmado, transportado y custodiado hasta el lugar donde vaya a ser analizado²⁹³.

Realmente, ese es el gran problema que plantea la cadena de custodia, el saber si lo que se está estudiando es lo que realmente se recolectó el día que se recabó la evidencia, sin embargo, con el avance de la tecnología y las tendencias forenses informática se está dando solución a este tipo de situaciones. Además con la evidencia informática se puede reproducir

²⁹⁰ Indemnidad de la prueba: Hace referencia a que los medios de prueba sean debidamente admitidos

²⁹¹ Oliva Leòn, Ricardo. coord. y Valero Barceló, Sonsoles. coord., *La Prueba Electrónica. Validez y eficacia procesal*. Pág. 131

²⁹² Nisimblat, Nattan, «El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano». Pág. 22

²⁹³ Ibidem, Pág. 23.

la prueba tantas veces como se precise, lo que permite conservar tanto el original como las copias de información idénticas, a este proceso se le llama clonación o duplicado bit a bit²⁹⁴.

En la cadena de custodia todas las etapas deben ser documentadas, indicando quién está a cargo de la custodia en cada una de ellas, todo con el fin de evitar alteración, este tipo de cadena se da cuando se puede demostrar que el sistema de seguridad que protege el archivo informático impide la posibilidad de alteraciones entre el momento de creación del archivo y su presentación ante el tribunal, lo que constituye parte de la actividad probatoria de quien procura introducir al proceso prueba de esta naturaleza²⁹⁵.

No se debe olvidar que en el derecho civil son las partes litigantes las que aportan la prueba en juicio. La parte perjudicada es la que deberá argumentar la invalidez de la prueba en base a varios criterios. Pero ¿qué sucedería si se utilizaran herramientas de innovación tecnológica que permitieran asignar el mismo nivel de protección en la obtención del dato de todo tipo y en contextos de naturaleza diversa?²⁹⁶.

Gracias a los avances tecnológicos, ahora resulta posible establecer la trazabilidad del dato introduciendo un tipo de cadena de custodia en procedimientos civiles, laborales y de cualquier otra índole, así como a relaciones jurídicas en las que resulte conveniente trazar con certeza el recorrido de los datos para determinar su valor probatorio o establecer el cumplimiento de obligaciones contractuales, extracontractuales o legales²⁹⁷.

4.1.1. Copia Bit a bit

La copia Bit a Bit, no es más que hacer una reproducción idéntica del documento que se pretende valorar, pues si se reproduce por otros medios como son los pantallazos, la impresión del contenido de sus archivos, esto puede ocasionar que se pierdan o atrofien datos reales del archivo.

Un BIT se conoce en el medio de la informática como la unidad más pequeña de información que utiliza un ordenador. Esta sigla significa Binary Digit (Dígito Binario), que puede ser 0 ó 1. Bits son varios dígitos, es decir varios Bit, por ejemplo, 10110; por último un Byte es la unión de 8 dígitos, es decir, 8 Bits son un Byte.²⁹⁸

Ahora bien, este tipo de procedimiento está contemplado para la obtención de copias íntegras y universales de un equipo contenedor, así como se hace referencia a la totalidad de

²⁹⁴ Oliva Leòn, Ricardo. coord. y Valero Barceló, Sonsoles. coord., *La Prueba Electrónica. Validez y eficacia procesal*. Pág. 134

²⁹⁵ Argibay Berdaguer, Federico J., «Breve sinopsis sobre la incorporación al proceso de la prueba electrónica(o manual para naufragos)», *Actualidad*, 22 de abril de 2021, <https://www.erreius.com/actualidad/15/procesal/Nota/1160/breve-sinopsis-sobre-la-incorporacion-al-proceso-de-la-prueba-electronica-o-manual-para-naufragos>.

²⁹⁶ Directora, Funtews Soriano, Olga, *Era digital, Sociedad y Derecho.*, 1ra. (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020). Pág. 371

²⁹⁷ Ibidem. Pág. 371

²⁹⁸ Nisimblat, Nattan, «El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano». Pág. 24

la información que se encuentra almacenada en un disco duro, la cual se da muy poco en el ámbito civil.

4.2. Análisis jurisprudencial de la prueba referente a las Nuevas Tecnologías.

Es importante conocer los diferentes criterios que han tenido los juzgadores a la hora de valorar los medios probatorios que contienen nuevas tecnologías y como ha influenciado su decisión para resolver una pretensión.

4.2.1. Jurisprudencia en El Salvador.

Se hará referencia a la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Constitucional, luego a lo resuelto por la Sala de lo Civil, respecto al uso y valoración de las nuevas tecnologías en los procesos.

La primera sentencia a estudiar es la sentencia dictada en el proceso con referencia 34-2014, dictada a las diez horas y veintiséis minutos del día 29 de junio de 2018, en esta sentencia se analiza una inconstitucionalidad planteada del art. 82 de la Cnst. que fue presentada por correo electrónico, en cuanto a que a un ciudadano por nacimiento, se suprima o se excluyan sus derechos civiles, que le otorga la misma constitución, por su labor u oficios pastorales²⁹⁹.

Se resuelve en primer punto, la pertinencia de haber sido presentada la solicitud por medio de correo electrónico, en dicha sentencia se cita el art. 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales que establece en su inc. 1ro que las demandas de inconstitucionalidad deberán presentarse por escrito, y además en su numeral 5to exige que estas sean firmadas por el o los ciudadanos que las presenten. Así mismo, expone que el envío electrónico de un correo que contenga una copia de la firma de una persona no cumple con el requisito citado³⁰⁰. La autenticidad de la firma de quien suscribe la demanda es un requisito indispensable para verificar la legitimación procesal establecida en el artículo 183 de la Constitución.

Hace mención la referida sala que se envió un correo electrónico de un texto el cual contenía una copia de la firma de una persona, lo cual no cumple con los requisitos citados y pues manifestó además que en el caso de una imagen capturada en el archivo digital que contenga una firma aparentemente manuscrita, y aunque se imprima siempre sería una copia de dicha firma y no la firma original. En consecuencia, no podría aceptarse que el documento en cuestión se haya presentado firmado o suscrito por el remitente.

En tal sentido la sala no da valor a ese documento presentado por medio de correo electrónico por no cumplir con las formalidades que ordena las disposiciones antes mencionadas.

Sin embargo, si consideró necesario a fin de potenciar los derechos fundamentales de las personas es decir el derecho a la protección en la defensa jurisdiccional de los derechos consagrados en el art. 2 inciso 1ro. de la Cnst. y el derecho al acceso a la jurisdicción, entrar

²⁹⁹ Inconstitucionalidad, No. Ref. 34-2014 (10 de junio de 2018).

³⁰⁰ Ibidem.

a conocer sobre la inconstitucionalidad y hace mención que el derecho procesal constitucional ha tenido como un derecho al servicio del cumplimiento de la Constitución y por tanto debe de ser dinámico y garantiza tal como hace mención la sentencia de fecha 4 de marzo de 2011 pronunciada en el amparo 934-207 2007 y establece que las formas procesales deben ser flexibilizadas a fin de maximizar la protección de los derechos fundamentales y del orden constitucional, evitando la sujeción desmedida a rigorismos y formalidades que únicamente constituyen ataduras o limitaciones a la consecución de su objeto.³⁰¹

Se puede ver en este caso que el uso de la tecnología no fue admitido por la sala de lo Constitucional, sin embargo, ese criterio es cambiado por motivos de la pandemia, del COVI-19 y a continuación se exponen los nuevos criterios que se han generado.

Se comenzará hablando del proceso del hábeas corpus con referencia 148-2020, de fecha 26 de marzo de 2020 dictada a las 10 horas con 54 minutos ³⁰². En este proceso se denuncia al jefe de la subdelegación de la policía nacional civil y al presidente de la República en vista de qué la señora EA, LA y una tercera persona, se encontraban circulando en la zona urbana de Jiquilisco para realizar unas compras y proveerse de alimentos y medicina cuando fueron aprehendidas por agentes de la Policía Nacional Civil de dicha localidad, en donde se encontraban retenidas en esos momentos, sin que se definiera su situación jurídica, tampoco se les proporcionó alimentos y no existía fundamento legal para su detención.

Esta solicitud fue enviada a través de correo electrónico sobre el cual se hizo las siguientes consideraciones: El artículo 41 de la ley de procedimientos constitucionales regula los lugares y los medios a través de los cuales se puede presentar una solicitud de hábeas corpus y establece directamente a la Secretaría de la sala de lo constitucional de la Corte Suprema de Justicia o a la Secretaría de cualquiera de las cámaras de segunda instancia que no residen en la capital o por carta o telegrama.

Por tanto, la regla general es que deben presentarlas de manera personal en cualquiera de las sedes judiciales antes mencionadas o a través de los medios telegráficos, es decir por medio de carta o telegrama, por lo que el correo electrónico no está contemplado en dicha disposición, sin embargo, por resolución de fecha 17 de febrero de 2020 que es la inconstitucionalidad con referencia 10-2020 se dijo que el derecho no se puede aislar de la realidad, sino que debe amoldarse a ella, con sus limitaciones, para evitar su ineficacia o insuficiencia, debido a que la existencia de normas no se puede desvincular de los comportamientos de los seres humanos en sociedad, tal como lo expone Josep Vilajosana, en el libro el derecho en acción.³⁰³

Debido a que en el contexto actual es un hecho notorio la crisis sanitaria mundial, que ha causado el Covid-19, situación que no requiere prueba tal como lo dispone el artículo 314

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Hábeas Corpus, No. 148-2020 (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 10 de marzo de 2020).

³⁰³ Ibidem.

ordinal segundo del código procesal civil y mercantil, de aplicación supletoria en el proceso de hábeas corpus.³⁰⁴

En ese sentido establece la Sala que por el estado de emergencia o pese a la emergencia decretada, no puede paralizar sus actividades y su cometido en la protección de los derechos fundamentales de las personas, pero sí puede adaptarse a las exigencias prácticas que se presentan tomando en cuenta no sólo consideraciones puramente normativas, sino humanitarias, sociales, científicas, etc.

Por lo que, con las medidas decretadas existe una probabilidad real de qué las personas que desean presentar peticiones de hábeas corpus al no poderlo hacer materialmente ya sea en la Secretaría de la sala, en un juzgado de Primera Instancia o una Cámara de Segunda instancia si está fuera de la capital o a través de carta o telegrama, por lo de la libertad de restricción, esto no debe representar un obstáculo para no tutelar de forma efectiva sus derechos fundamentales y así vigilar la constitucionalidad de cualquier acto que pueda ser objeto de dicho control.

Debido a la limitación de la movilidad de las personas de sus domicilios y residencias, es posible tener en cuenta para darle trámite a los procesos constitucionales la irrupción de las nuevas tecnologías, es decir las tecnologías de la información y la comunicación, para aprovechar sus funcionalidades, pudiendo sustituir, aunque sea excepcionalmente el uso de medios tradicionales como es el caso del papel³⁰⁵.

Por lo que la regla de presentación de solicitud puede admitir excepción, el cual es el principio o el derecho a la protección jurisdiccional, que se manifiesta, entre otras cosas, en los derechos de acceso a la jurisdicción y de ejecución de las resoluciones judiciales.

Si no se aplica la excepción a la regla conllevaría anular las posibilidades fácticas de satisfacción del acceso a la jurisdicción en forma oportuna y de la ejecución de la resolución judicial que se pronuncie, por tanto, las formas procesales deben ser flexibilizadas a fin de maximizar la protección de los derechos fundamentales y del orden constitucional, evitando la sujeción desmedida a rigorismos y formalidades que únicamente constituyen ataduras a la consecución de su objeto.

En una situación de emergencia constitucional, representada por la vigencia de un régimen de excepción, el rechazo liminar de solicitudes presentadas por correo electrónico en lugar de las formas originalmente aceptadas crearía desaliento para que las personas ejercieran su derecho a la protección jurisdiccional en caso de violación de sus derechos.

Es así que ante la limitación de la movilidad de las personas de sus domicilios sus residencias, y a fin de no violentar los derechos constitucionales, debe excepcionalmente hacerse uso de las tecnologías para velar por los salvadoreños, así mismo, han expuesto que

³⁰⁴ *ibidem*

³⁰⁵ *Ibíd.*

esos avances se han visto implementados en el artículo 66 de la ley de acceso a la información pública, que dispone que la solicitud se puede efectuar de manera electrónica³⁰⁶.

Por lo que la Sala de lo Constitucional optó por hacer uso del correo electrónico para la presentación de demandas de inconstitucionalidades, amparos, todo el derecho al acceso a la justicia a la jurisdicción y a la ejecución de las resoluciones judiciales, haciendo uso de la interpretación extensiva del artículo 41 de la ley de procedimientos constitucionales³⁰⁷.

Este mismo argumento fue utilizado por la sala de lo constitucional en el hábeas corpus con referencia 152-2020 dictado a las 13 horas del día 27 de marzo de 2020,³⁰⁸ interpuesto contra la ministra de salud y la autoridad encargada del centro de cuarentena habilitado en el hotel serena, ubicado en San Salvador.

Sin embargo, es importante recalcar que además de que en estas resoluciones se admitieron por medio de correo electrónico, también se valoraron Twitter y sobre ese punto se expone lo siguiente:

En ambas resoluciones de Habeas Corpus con referencias 48-2020 y 152-2020, se hace mención del Twitter efectuado por el presidente de la República en su cuenta oficial en donde se consignó cuando El Salvador se vio afectado con los primeros casos positivos de COVID, habiendo tomado en cuenta la Sala de lo Constitucional ese Twitter para establecer un hecho notorio, y con ello ha establecido la importancia del uso de las nuevas tecnologías en los procesos, puesto que con ello se estableció la facultad de presentar una demanda de manera virtual en vista de la crisis sanitaria mundial, y en especial en El Salvador.

Con lo expuesto, se ha podido constatar que a pesar de que en la normativa no se regule el uso de las nuevas tecnologías para la incorporación de documentos o de demandas, éstas se vuelven necesarias como excepción, ya que no se puede dejar sin proteger los derechos constitucionales de las personas. Situación que se vio expuesta con la pandemia mundial del COVID-19, y que el uso de las tecnologías ayudó a minimizar esos problemas de distanciamiento obligatorio para evitar el contagio de personas.

Dentro de las sentencias arriba mencionadas, se habla de la inconstitucionalidad con referencia 10-2020 dictada a las 12 horas con 30 minutos del día 17 de febrero del año 2020,³⁰⁹ en donde se pide la inconstitucionalidad del punto cuatro del acuerdo emitido por el Consejo de ministros en la sesión número dos de fecha 6 de febrero de 2020, puesto que se acordó por unanimidad convocar a la Asamblea legislativa para llevar a cabo una sesión extraordinaria a las 15 horas el día 9 de febrero de 2020, por la supuesta violación a los artículo 65 inciso primero, 86 inciso primero 131 ordinal quinto, 148, 164 y 167 orden el séptimo de la Cnst.

³⁰⁶ *Ibidem*

³⁰⁷ *Ibidem*

³⁰⁹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad 10-2020, No. 10-2020 (Sala de lo Constitucional 12 de febrero de 2020).

En esta resolución se hace hincapié en los argumentos de la separación de poderes y la ausencia de circunstancias para realizar la convocatoria a sesión extraordinaria. Así mismo, también se hace mención del Twitter del Consejo de ministros por lo que la Sala de lo Constitucional les dio pleno valor por ser un hecho notorio tal como lo regula el artículo 314 ordinal segundo del CPCM y además estableció que es la jurisprudencia constitucional la que ya ha reconocido la posibilidad de que las tecnologías de la información y comunicación sirven para fijar tales hechos, en especial cuando se refieren al Internet, según sentencia de fecha 10 de junio de 2019, en la inconstitucionalidad 19-2016.

Se puede advertir en tal sentido que los tuits emitidos por los diferentes funcionarios han sido valorados por parte de la Sala de lo Constitucional sin ningún problema, habiéndolos tomado en cuenta por ser hechos notorios, que no requieren prueba alguna y por tanto han servido de base para demostrar que son situaciones del conocimiento público.

En esta sentencia se habla del derecho a la protección jurisdiccional que se manifiesta, entre otras cosas, en los derechos de acceso a la jurisdicción y de ejecución de las resoluciones judiciales, postura que ha sido adoptada por esa sala en decisiones anteriores, por tanto, hace una interpretación extensiva, con respecto a la optimización del derecho a la protección jurisdiccional contenida en el art. 2 inciso 1ro. de la Cnst.³¹⁰.

Es importante recalcar que esta sentencia hace un análisis respecto a las redes sociales, y establece que cuando no se requiera la actuación por escrito, pueden servir como un espacio que en las sociedades contemporáneas es útil y propicio para el debate de asuntos de diversa naturaleza y el intercambio y contraposición de ideas, entre las cuales destacan las referidas a las cuestiones públicas y constitucionales, cuyo examen ciudadano se fortalece, cuándo es procedente, con el control judicial de la constitucionalidad, y es que la libertad de expresión, en tanto derecho de participación, es un elemento objetivo esencial para el marco de una convivencia humana justa y pacífica³¹¹.

En efecto, la doctrina sostiene que, en el mundo de las comunicaciones informáticas, electrónicas, telemáticas, y en general, en el uso de dispositivos electrónicos e informáticos, suelen concurrir varios derechos y garantías como la intimidad la autodeterminación informativa y el secreto de las comunicaciones.

De ahí que suele hablarse del derecho al entorno digital, que permite colgar ideas, historias, la vida personal o profesional e imágenes en cualquier perfil de una Red social, sin embargo, para efectos del control constitucional mediante el proceso de inconstitucionalidad, sólo se ha reconocido la posibilidad de que sean objeto de control: las normas generales y abstractas Los actos de aplicación directa de la Constitución, y las omisiones absolutas relativas de cumplir con un mandato constitucional.³¹²

Se dijo, que el tweet que los actores impugnan no encaja dentro de ninguna de las categorías mencionadas, de manera que la Sala no tiene competencia para controlar su

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ *Ibidem.*

³¹² *Ibidem.*

constitucionalidad. Por esta razón, se declaró improcedente la demanda en lo que respecta ese punto, sin perjuicio de la valoración que posteriormente se haga del contenido, supuestos y manifestaciones del derecho a la insurrección.³¹³

En esta resolución se puede demostrar que los tuits han servido para confirmar los hechos notorios y públicos, que están exentos de pruebas según el artículo 314 ordinal segundo del código procesal civil y mercantil el cual es de aplicación supletoria en los procesos de inconstitucional. Hace mención sobre un punto muy importante, puesto que establece que en la jurisprudencia constitucional ya se ha reconocido la posibilidad de que las tecnologías de la información y comunicación sirvan para la fijación de tales hechos, más cuando éstas se refieren al Internet.

A continuación se analizará la sentencia de inconstitucionalidad con referencia 19-2016 dictada a las 12 horas con 30 minutos del día 10 de junio del año 2019³¹⁴ en donde se solicita se declare la inconstitucionalidad por vicios de forma, del decreto legislativo número 765 de fecha 31 de julio de 2014, publicado en el diario oficial número 147, tomo 404, del 13 de agosto de 2014, diario decreto legislativo 765/2014 por el que la Asamblea legislativa eligió al abogado X como magistrado propietario del Tribunal Supremo electoral para el período que inició el 1 de agosto de 2014 y que concluiría el 31 de julio de 2019, por la supuesta infracción a los artículos 85, 172 inciso tercero, 208 inciso primero y 218 Cnst.

En la sentencia en mención se está analizando la filiación partidaria de un candidato para magistrados del Tribunal Supremo electoral, se cuestiona su imparcialidad partidaria, puesto que es un evento de presentación de candidatos en aquel momento del candidato del partido FMLN

También, se hace mención de la importancia que tienen las tecnologías en los diferentes procesos judiciales, que no pueden aislarse de la realidad y que deben de ser tomadas en cuenta en los diferentes procesos, en especial cuando se hace referencia a los hechos notorios.

Cuando se habla de hechos notorios, el principio contradictorio exige, cuanto menos, que exista la posibilidad de controvertir la ocurrencia del hecho, más no su notoriedad general, y que el juez no use un hecho notorio cuyo conocimiento no se haya enunciado en sede judicial; por el contrario si se aduce un hecho que criterio Judicial goce de notoriedad general y este no es rebatido o negado por alguna de las partes, entonces debe pasar a ser valorado con el resto de los elementos de prueba que figuran en el proceso. Lo mismo ocurre cuando, a pesar de que el hecho notorio se ha negado, lo mismo ocurre cuando, a pesar de que el hecho notorio sea negado, pueda llegarse al convencimiento de su efectivo acaecimiento³¹⁵.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ Inconstitucionalidad 19-2016 (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 12 de junio de 2019).

³¹⁵ Ibidem.

Se expone que las tecnologías tienen distintos usos de los procesos judiciales, por ejemplo: son un instrumento de apoyo, cuando se habla de las audiencias virtuales; y dos son herramientas de administración de todo proceso, como cuando se habla de las notificaciones por correo electrónico.

Pero también pueden llegar a ser instrumentos indispensables para que determinados hechos pasen a gozar de notoriedad general, como en los casos de "viralización" de declaraciones prestadas ante los medios de comunicación o en reuniones de particulares que no están protegidas por el derecho a la intimidad o privacidad. Claramente en esto, en estos casos siempre cabe la posibilidad de rebatir la existencia del supuesto hecho notorio interesante.³¹⁶

Se presentaron como medios de prueba para demostrar la vinculación partidaria de quién en entonces era magistrado del Tribunal Supremo Electoral las publicaciones digitales de los periódicos www.elsalvador.com, www.laprensagrafica.com, y el video en la cuenta de YouTube del canal Gentevé, www.youtube.com.

Sobre esos medios digitales la referida Sala los consideró como prueba documental, además de que nadie lo controvertió ni demostró su falsedad, fueron considerados como auténticos; por tanto, constituyeron prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten y de las personas que hayan intervenido en los mismos.

Se puede ver que a través de esa resolución el haber presentado y haber hecho uso de los medios tecnológicos como es el caso de noticias digitales y de un video digital, estos medios de prueba fueron valorados a pesar de que la ley de procedimientos constitucionales no los establece como medios probatorios tecnológicos, sin embargo fueron tomados en cuenta como prueba documental por el hecho de que no fueron aportados utilizando peritos especializados para su análisis y valoración, sino que únicamente fueron obtenidos a través del Internet para ser constatados, esto ha dado pie a la aportación de los medios tecnológico como fuentes de prueba y para ser aportados como medio de prueba, pero hay que tomar en cuenta que tipo de medio de prueba se utiliza para su valoración.

Ahora bien, no solo la Sala de lo Constitucional ha hecho uso de las nuevas tecnologías, resulta indispensable hacer referencia de las diferentes resoluciones que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dictado en relación al ámbito laboral, es así que se comenzará hablando de la sentencia de Casación dictada en el proceso 289-CAL-2014 a las 10 horas con 20 minutos del día 20 de abril de 2016³¹⁷ en el proceso individual ordinario de trabajo promovido por la defensora pública en contra de la Sociedad Atento El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Laboral, No. 289-CAL-2019 (Laboral 10 de abril de 2016).

En esta sentencia se hace mención sobre los pantallazos debemos entender pantallazos, por la captura de pantalla a través de una fotografía efectuada a la pantalla de una computadora u otro dispositivo electrónico³¹⁸

Sobre este punto en primer lugar se dirá lo que expuso la Cámara Primero de lo Laboral en su sentencia, que en lo pertinente se detalla lo siguiente:

“que como prueba se presentaba en la extracción de pantallas del sistema Barbarita, los cuales se encuentran firmados por la actora; se advierte que la referida trabajadora ha sido comunicada que se le impondrá una medida disciplinaria haberse detectado a través de la escucha de la grabación de llamadas que cortó de manera voluntaria y directa 14 llamas en su jornada laboral, mas no proporciona elemento alguno que establezca que efectivamente haya cometido las faltas; el hecho que se encuentren firmadas por esta, no significa una aceptación tácita de los hechos... En cuanto a la extracción de pantallas-impresión-del sistema Barbarita, siendo estos derivadas de un medio de almacenamiento de información que no fue puesto dentro del proceso de conformidad a las disposiciones del código procesal civil y mercantil, con la simple impresión no es posible evidenciar su contenido, pues no hay certeza que la extracción de las referidas pantalla correspondan al medio de información que detecta la escucha de la grabación y que corresponden a las supuestas faltas imputables a la demandante...”³¹⁹

En este caso se hizo valer las capturas de pantalla como una prueba documental tal como lo expone la sentencia de la referida Sala, según el punto número cinco de dicha sentencia, cuando hace mención que se encuentra agregada fotocopia que fue confrontado con su original de la boleta de acción de personal, en la cual se hacen las observaciones que el día 8 de noviembre de 2012 se detectó por medio del escucha de grabación de llamadas de la trabajadora X corto de manera voluntaria directa³²⁰.

La referida sala hace mención que deberían analizar la extracción de pantallas del sistema Barbarita, que no fueron valoradas por la cámara en mención bajo el argumento que debieron de haber sido propuesto conforme al artículo 397 del CPCM, haciendo las siguientes consideraciones:

“En la sentencia del 29- IV-2003, casación 503 Ca. 1ª. Lab, este tribunal manifestó que la regla de valoración de prueba establecido en el código de trabajo, relativa a la prueba instrumental, no es absoluta, en tanto que, no todo instrumento por el solo hecho de ser auténtico, público o privado, hará plena prueba en los casos donde se introducido como prueba; ya que, esa además de esta calidad, estos deben reunir otras características propias de la prueba, como es la pertinencia, idoneidad y conducencia, las que deberán ser consideradas por el aplicador de justicia al momento de ser valorado sin juicio.”³²¹

³¹⁸ Real Academia Española, «Diccionario de la Real Academia Española» (Madrid, España: enclave, octubre de 2014), <https://dle.rae.es/pantallazo>.

³¹⁹ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Laboral.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Ibid.

Asimismo la sala comparte el mismo criterio dictado por la Cámara Primera de lo Laboral de San Salvador, en cuanto a los mencionados documentos, extracción de la pantalla del sistema Barbarita, porque son producto de un medio de almacenamiento informático, situación que lleva a concluir que dicho medio probatorio no es el idóneo ni pertinente por establecer las faltas que se le imputaron a la trabajadora demandante, ya que no hay certeza de su contenido por ser solo capturas de pantalla y por el simple hecho de constar su firma al pie de cada captura de pantalla, no significa que ella acepte las faltas cometidas que se le imputan, puede aceptarlo sería una confesión provocada; y conforme a la ley, tal acto de viene ilegal, pues existe el principio de que nadie está obligado auto incriminarse.

Con esta resolución, se hace ver que efectivamente la Sala de lo Civil determina que para hablar del uso de nuevas tecnologías, estas se deben de incorporar de conformidad a lo que regula el art. 397 CPCM, es decir por medio de cinta u otros medios en los que esté contenido el material probatorio, proporcionando para ello además quién tiene los soportes magnéticos o informático como lo dice el artículo 398 CPCM, pudiendo hacer uso del auxilio pericial tal como lo regule el artículo 400 de dicha normativa.

Otra sentencia de gran importancia que habla sobre los pantallazos en el ámbito laboral es la dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, a las 14 horas con 45 minutos del día 24 de agosto del año 2016, con referencia 12-APL-2016³²², en donde la cámara segundo de lo laboral, con sede en San Salvador resolvió el lugar la excepción interpuesta por la demandada por considerar que mediante la prueba documental y testimonial presentada por esta, se probaban las conductas inapropiadas atribuidas al trabajador, conforme al Art. 50 Ord. 6º y 8º del código de trabajo, justificándose despido sin responsabilidad para el patrón.

En esta sentencia se hace relación a la prueba documental, en donde consta que se agregaron notas de remisión de impresiones de imágenes de pantalla de la cuenta de Twitter del señor e o L, suscrita por la gerente de recursos humanos de la Asamblea Legislativa. Sobre dichas imágenes consideró la Sala necesario indicar cuáles deben ser los parámetros de valoración que deberá otorgársele a este tipo de prueba electrónica, así como indicar la forma en que la misma deberá incorporarse en el proceso.

Se consignó en esa sentencia hacer la distinción entre las fuentes de pruebas o hechos realidad y los medios de prueba, siendo estos últimos los que tienen acceso directo al proceso. Así la doctrina laboral española considera como fuentes de prueba, las imágenes, palabras y sonidos que son realidad pasada y recogida, o almacenada en los medios de prueba.

Se considera entonces a los medios electrónicos, Internet (páginas web, blog, redes sociales, Chat públicos), nuevos medios de comunicación (SMS, WhatsApp, Line, Skype, Messenger) una revolución del acceso a la información, y en cuanto al derecho procesal serán considerados como medios e instrumentos de acceso de los hechos al proceso judicial, lo que implica que el abogado debe reforzar la fuente de prueba que se pretende llevar al proceso mediante un medio de prueba donde se halle el hecho que se quiere probar, o sea volcar el

³²² Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Laboral ref. 12-Apl-2016, No. 12-Apl-2016 (14 de agosto de 2016).

contenido de un medio de prueba “clásico” (documento privado) protocolizar un correo electrónico, o solicitar que un notario otorgue acto de presencia, en el caso de algún documento público.³²³

“En ese sentido, establece la doctrina española para tal efecto, la relación de la prueba electrónica con los medios de prueba clásicos, determinando que una prueba electrónica se considerará documento privado, cuando tenga acceso al proceso, aportándose a través de páginas web o correo electrónico impreso e incorporándose en el soporte papel, siendo en tal caso que la eficacia probatoria del mismo, dependerá de la actitud procesal de la parte contraria que podría no impugnarla a través de los medios establecidos para tal efecto, por lo que en el caso de no hacerlo, la misma tendría plena eficacia probatoria”³²⁴.

Por tanto, se consideró prueba documental la prueba aportada en donde se extrajeron imágenes originales impresas de la cuenta personal del Twitter del señor X por el gerente de recursos humanos de la Asamblea Legislativa, consideradas como falta de respeto a los diputados de la Asamblea Legislativa y en vista de que la parte actora en ningún momento impugnó la validez de dicha documentación a través de los medios que le proporcionó la ley para tal efecto estas deben ser consideradas como prueba documental.

Esta sentencia establece la correcta incorporación y valoración de la prueba electrónica, como fuente de prueba, en el proceso laboral, a través de medios de prueba clásico, sin embargo, esta puede ser tomado en cuenta también para cualquier proceso civil o mercantil pues tiene sus cimientos en el código procesal civil y mercantil.

Cómo bien ha quedado consignado, si el medio electrónico se aporta a través de su copias y papel, debe de ser considerado como un documento privado, pero caso contrario si es utilizado el art. 397 del CPCM es decir que se hace uso de la tecnología a través de los medios informáticos tal como lo establece la normativa requerirá el procedimiento especial se tendrá que nombrar un perito especializado para su análisis y su valoración, como parte complementaria de la prueba aportada.

Éste criterio concuerda y está vinculado al de la sentencia con referencia 289-CAL-2014 que determinó que para poder valorarse las nuevas tecnologías en este caso, los pantallazo debe dársele cumplimiento a lo regulado en el artículo 397 del CPCM, por eso es que la sentencia con referencia 12-APL-2016, establece que los pantallazo deben de ser tomados como documentos privados porque se hizo uso a la hora de presentarlo con el formato papel es decir a través de una copia simple y no se tomó en cuenta los equipos de donde proviene, es decir no se utilizaron la presentación de memoria, dispositivos, de dónde provenía esos correos electrónicos.

Otra sentencia importante es la dictada por la Sala de lo Civil de la Corte suprema de Justicia en el ámbito laboral, con referencia 481-CAL-2018, dictada a las 11 horas 50 minutos del día 8 de julio de 2019. Promovida por un trabajador en contra del banco Azteca El

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

Salvador Sociedad Anónima³²⁵, reclamando el pago de indemnización por despido injusto y otras prestaciones laborales.

Uno de los argumentos por el cual se está pidiendo la casación es porque se presentó un documento denominado "comunicado" "cambios de estructura de créditos y cobros" el cual no fue considerado por la cámara sentenciadora. Se advierte que el documento en análisis está constituido por una impresión de una captura de pantalla; por tanto, el mismo no puede considerarse como prueba electrónica, pues no ofrece ningún requisito básico de seguridad comprobable en el proceso.

En esa sentencia se hizo la incorporación de las consideraciones de un doctrinario español Fermantino Domingos Sanca, que en lo pertinente expuso:

*"...desarrolla el tema "seguridad en el comercio electrónico", considera la comunicación electrónica, por lo menos debe cumplir con los requisitos básicos siguientes: 1) autenticación: certeza e identificación de los que intervienen. 2) confidencialidad: Evitar que la comunicación sea interceptada por un tercero. tres) integridad: que la información no sea alterada ilícitamente. Cuatro) el no rechazo o repudio: el hecho que las partes intervinientes no nieguen haber participado en la comunicación"*³²⁶.

Además, hace mención la Sala, sobre la sentencia arriba apuntada, con referencia 12-APL-2016 en donde establece que, ante la necesidad de utilizar la prueba electrónica, debe reforzarse la fuente de prueba, y para aportarle al proceso debe utilizarse el medio idóneo; de tal manera que no deje lugar a dudas respecto al hecho que se pretende probar.

Finalmente, la Sala expone que el recurrente no realiza una verdadera justificación del origen del documento controvertido, respecto a su seguridad e integridad, como bien lo expresaron los apoderados de la demandada. Por tanto, el documento podría ser elaborado o modificado por cualquier persona, por lo que conforme la experiencia común como elemento integrante de la sana crítica, dicho contenido y la impresión de pantalla, no merecen credibilidad y no pueden ser clasificados como medios de prueba válido ni clasificado como documento público o privado, pues no es posible atribuírseles a las personas relacionadas en el texto.

Un punto muy indispensable de mencionar es que, al señalar una preterición, es decir, omisión de valoración del medio probatorio, como fundamento para un error de hecho en la precisión de la prueba instrumental, debe tratarse de un documento verás, idóneo y pertinente al hecho que se pretende probar, pues la simple omisión de cualquier documento, texto o imagen no es presupuesto de existencia de un error de hecho. En el caso analizado la preterición, señalada por el recurrente, tal como lo expuso la mencionada Sala, se hubiese cometido por parte de la Cámara sentenciadora si dicho tribunal no hubiera considerado un hecho como probado, a pesar de existir en el proceso prueba pertinente e idónea; requisitos que no cumplió la impresión de pantalla agregada.

³²⁵ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Laboral refe. 481-CAL-2018 (horas con 50 minutos del día 8 de jui9o de 2019).

³²⁶ Ibid.

Cómo se puede ver en esta sentencia todavía se es un poco más drástico con respecto al análisis de la valoración del medio probatorio electrónico porque no es tomado ni como documento privado para su análisis por no existir un reforzamiento de la fuente de prueba, como pudo haber sido un peritaje especializado, para ello se tuvo que haber hecho uso de los medios de reproducción de sonido imagen para obtener la información que dentro de él se encontraba, tal como lo regulan los Arts. 397 y 398 del CPCM.

El ámbito Civil no puede dejarse de lado para hablar sobre las nuevas tecnologías como medios de prueba, a continuación se expone la sentencia de Casación con referencia 124-CAM-2017 dictada a las 10 horas con 23 minutos del día 20 de noviembre del año 2017³²⁷, recurso promovido por la Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito Vicentina de Responsabilidad Limitada, en un proceso mercantil de Declarativo Común de Incumplimiento de Contrato con Reclamo de Indemnización por Daños y Perjuicios promovido por GBM DE EL SALVADOR, Sociedad Anónima de Capital Variable, contra ACCOVI DE R.L, antes mencionado.

En el juicio se está queriendo demostrar la existencia de un negocio jurídico a través de correos electrónicos y su incumplimiento, esto se debe a que a ACCOVI DE R.L., no se responsabiliza de un contrato efectuado con la sociedad GBM DE EL SALVADOR, respecto a la elaboración de un servidor para dicha institución, por tanto, también se le reclama a los daños y perjuicios por el contrato no cumplido y también correspondiente al almacenaje y seguros pagados por parte de GBM DE EL SALVADOR.

En este juicio se ha hecho un análisis de los correos electrónicos que se enviaron entre ambas sociedades para ver en primer lugar si existe un contrato, y en segundo para demostrar el incumplimiento de este, con el fin de poder determinar los daños y perjuicios a que diera lugar.

En este proceso se hizo uso de diferentes medios de prueba, entre ellas tenemos la prueba documental consistente en impresión de los correos electrónicos celebrados y enviados entre ambas partes en diferentes fechas, en total fueron 34 correos electrónicos; se utilizó prueba testimonial; pericial y el peritaje era con el fin de determinar la procedencia o legalidad de los correos electrónicos; se utilizó la reproducción de la memoria en balada extraído del interior de la memoria USB y el contenido de los archivos que tenían dos carpetas; y, finalmente se hizo uso del reconocimiento de objeto.³²⁸

Quedó establecido en la sentencia, que a través de los correos relacionados se pudo demostrar la negociación, pero además se comprobó las gestiones realizadas en conjunto entre las partes, las cuales tuvieron como resultado el que se decidieran realizar la compra del servidor X el cual es acorde con los requerimientos por la sociedad solicitante, definiendo un precio, por lo que con los correos electrónicos ha quedado demostrada la existencia del negocio entre las partes.

³²⁷ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil ref. 124-CAM-17, No. 124-CAM-2017 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 10 de noviembre de 2017).

³²⁸ Ibid.

Para haber llegado a la conclusión arriba apuntada la Sala estableció que en el Art. 966³²⁹ y siguientes del C. Com. se encuentran regulados los contratos por correspondencia y que se debe de entender que en la actualidad debe considerarse que la celebración de contratos por correspondencia ya no está limitada a las cartas, telegramas, teléfonos, radioteléfonos, sino que ha surgido la denominada contratación electrónica, entidad como aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad en el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.

La contratación por vía electrónica significa, que el consentimiento, en especial, ha sido enviado desde la fuente y recibido por el oferente mediante equipos electrónicos de almacenamiento de datos y que se transmiten, canaliza y reciben enteramente por hilos, radios, medios óptimos o cualquier otro medio electromagnético. Este tipo de contratación tiene como característica el alejamiento físico de las partes, pero debe tomarse en cuenta el intervalo de tiempo entre las declaraciones de voluntad que forman el contrato: oferta y aceptación, pues los contratos se forman a través de estos dos conceptos.³³⁰

Cuando el medio de transmisión empleado es el correo electrónico, la oferta será efectiva a partir del momento en que el mensaje de datos que la contiene entra en el sistema de información del destinatario y pueda ser recuperada por este, sin necesidad de que deba ser por él conocida. A partir de ese momento, el destinatario puede conocer su contenido y decidir sobre la aceptación o rechazo de la propuesta, claro está, dentro del plazo de vigencia de esta, lo cual tiene concordancia con lo que preceptúa el Art. 969 inciso 1ro. del Código de Comercio,³³¹ que impone al comerciante a mantener su oferta por el tiempo determinado, no pudiendo revocarla.

En esta sentencia se establece un parámetro muy importante que hace referencia a la aceptación de los negocios a través de correos electrónicos, sin embargo no se hizo mención con respecto a la valoración del peritaje especializado que se hizo sobre estos correos electrónicos por parte de un técnico, por lo que la sentencia ha quedado un poco corta en ese sentido, y poder establecer de forma clara la necesidad de un perito especializado en este tipo de pruebas, a pesar de haberse hecho uso de este medio probatorio.

Existe la sentencia de casación con referencia 156-CAM-2017 dictada a las 10 horas 40 minutos del día 26 de febrero del año 2018³³² en el proceso Común Declarativo de Indemnización por Daños y Perjuicios promovido por la Sociedad Finest Accessories S.A. de C.V., en contra de la sociedad Salvatore Ferragamo, S.p.a., mediante el cual se pretende

³²⁹ Art. 966.- Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedaran perfeccionados desde que el proponente reciba la respuesta en que se acepte lo que haya ofrecido; pero si en ella se proponen condiciones que modifiquen la propuesta original, el contrato con las modificaciones se perfeccionará hasta que se reciba la contestación aceptándolas.

³³⁰ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil ref. 124-CAM-17.

³³¹ Art. 969.- Si un comerciante se ha obligado a mantener en firme una oferta por tiempo determinado, no podrá revocarla...

³³² Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil Ref. 156-CAM-2017 (Sala de lo Civil 10 de febrero de 2018).

establecer que la sociedad demandada terminó unilateralmente el contrato de distribución de qué se tratan los autos y por tanto corresponde indemnizar por daños y perjuicios.

En esta sentencia alegan los recurrentes que la cámara de segunda instancia en primer lugar no se determinó la elaboración de un contrato de distribución entre las partes, y además no se estableció por consecuencia el término unilateral del contrato de distribución, puesto que para probar dicho contrato se presentaron correos electrónicos impresos, la cámara en tal sentido expuso qué se desprende que la relación existente entre la demandante y la demandada, es la de comprador y vendedor y no coligió una relación contractual de distribución, ya que sólo había una modalidad de compra en Stock y posteriormente en showroom, y consecuentemente.

Para la Cámara sentenciadora no basta con presentar pruebas, sino que la misma debía revestir ciertas características como: la pertenencia y la utilidad; de modo que, a su parecer del examen integral de la prueba, se desprende que a pesar que sean pertinentes, las mismas no fueron eficaces para extraer que se trataba de un contrato de distribución, sino sólo una relación comercial ya que no se configura el supuesto establecido en la legislación, consistente en la designación de parte del principal³³³.

Sin embargo, la Sala establece que el instrumento privado es aquel que no pertenece, por su esencia a la esfera del ordenamiento jurídico público si no como su nombre lo indica, privado, y expone que hay diferentes documentos privados, tales como la correspondencia, la cual puede ser convencional o informática, libros contables, títulos de crédito valores, facturas vales, pagarés, recibos, escrituras privadas, u otros documentos no escritos para los que la ley establece normas especiales en cuanto a su valor probatorio.

Con respecto al documento privado se establece que hace plena prueba con respecto al contenido y a los otorgantes, siempre y cuando ésta no ha sido impugnada su autenticidad o esta ha quedado demostrado. Pues en caso contrario su eficacia se vería limitada girando al sistema de valoración del documento privado, hacia las reglas de la sana crítica, y cita la sentencia con referencia 12-APL-2016, que ya fue expuesta con anterioridad y determina que la eficacia probatoria de la prueba electrónica dependerá de la actitud procesal de la parte contraria quién podría o no, impugnar a través de los medios establecidos para tal efecto.

Trasladando el criterio que la referida Sala de lo Civil sostiene sobre la prueba por medios electrónicos al caso en particular, se hizo constar que la Sociedad Finest aportó varios correos electrónicos como prueba documental que por no haber sido impugnada su autenticidad y autoría, se observa que fueron valorados por la cámara sentenciadora junto en ese sentido la sala considera que no se ha restado fuerza probatoria los documentos privados aportados por la sociedad actora, ya que como se ha venido señalado en párrafos anteriores, la cámara sentenciadora le ha dado el valor probatorio que estos poseen³³⁴.

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid.

Finalmente, la Sala hace uso de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional³³⁵ cuyo objetivo es unificar reglas para que los Estados miembros se adopten en sus propias legislaciones, un marco normativo aplicable en que esta clase de convenciones, todo ello en armonía con las reglas de valoración de los documentos establecidos en esa normativa procesal.

Esta ley fue aprobada como guía para su incorporación al derecho interno, cuando en el mismo no se encuentra establecido el tipo de comunicaciones sustitutos del papel, como es el caso de los correos electrónicos, la que es de tener como marco de referencia para la solución del caso controvertido, a efecto de determinar la validez del cuestionado contrato de distribución, derivado de una convención de comerciantes situados en plazas distintas que lo vuelve de carácter internacional, citando para ello el artículo 11 de la ley modelo para sobre comercio electrónico³³⁶.

Para concluir la referida Sala analiza los correos electrónicos presentados como prueba documental, tomando en consideración que los correos electrónicos tendrán validez, según la regla del artículo 341 inciso segundo del CPCM, que hace referencia a la forma en que se van a valorar los instrumentos y en el inciso segundo regula que los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y sus otorgantes, si no o está quedado demostrado; habiendo dado fuerza probatoria a los datos contenidos en dicho correo y determina con ellos que pueden deducirse los hechos alegados por la parte demandante estimando demás que lo mismo se portaron admitieron oportunamente en el proceso.³³⁷

Por todo lo antes expuesto, se puede determinar que es criterio de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, valorar los medios tecnológicos dependiendo de cómo sean presentados, es decir dependerá del medio de prueba que utilicen las partes, por tanto, será importante ver la fuente de prueba y ver los medios probatorios con los que se cuenta para su incorporación al proceso. Eso sí, que si solamente es presentada prueba tecnológica de manera impresa se va a tomar en cuenta como un documento privado el cual hará plena prueba si no es impugnado por la parte contraria.

Al hacer uso de medios tecnológicos como medios de prueba, para ser analizados se debe de corroborar la legalidad, veracidad y autenticidad del medio tecnológico, es por ello que se deben hacer uso de diferentes medios para ese fin, todo con el fin de no verlo como prueba documental, en especial como un documento privado, sino como otro medio de

³³⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico», 12 de junio de 1996, https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico. En particular, la Ley Modelo tiene la finalidad de superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

prueba, por tanto, será valorado de diferente manera, pro todo dependerá de las partes que aporten los medios tecnológicos.

También en segunda instancia se han valorado como prueba las nuevas tecnologías tal es el caso del proceso con referencia 91-4CM-13-A,³³⁸ dictada a las ocho horas con 10 minutos del día 17 de diciembre del año 2013, en el proceso común de resolución de contratos promovido por la Sociedad Internacional Business Fs, Inc, contra Industrias Mike Mike S.A. de C.V.

La parte actora presentó un correo electrónico para comprobar la negociación que se hicieron entre ambas partes, sobre este punto la Cámara establece qué es necesario revisar la aplicación de las normas que rigen los actos y garantía del proceso, así como la valoración de la prueba y finalmente el derecho aplicado para resolver la cuestión objeto del debate. También hace mención sobre el valor probatorio que tienen los documentos presentados con la demanda y establece que al no haber sido impugnada su autenticidad de conformidad con el artículo 343 del CPCM, la referida prueba documental será aplicable, a todo tipo de documento como dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis u otros instrumentos similares; en el caso de autos las impresiones de los correos electrónicos pueden catalogarse como instrumentos similares³³⁹.

Por tanto, como se apuntó en el párrafo anterior, si la carga de la prueba le corresponde a las partes, es obligación de estas, utilizar y aportar en el proceso los medios probatorios pertinentes e idóneos, en el momento procesal oportuno, para que sus pretensiones sean acogidas al momento de pronunciar sentencia y al no haber sido impugnada la autenticidad de los correos electrónicos presentados, de conformidad al ya citado artículo 343 CPCM., se tiene por establecida la relación comercial existente entre la partes.

Se menciona también como referencia la sentencia dictada por la cámara de familia de la sección del centro de San Salvador en el recurso de apelación del proceso de violencia intrafamiliar dictado a las 12 horas y 50 minutos del día 10 día 23 de diciembre del año 2015, en ese proceso se presentaron como medios de prueba impresiones de correos electrónicos, mensajes realizados vía WhatsApp, los cuales fueron vistos como prueba documental, es decir documento privado esta sentencia se menciona como referencia puesto que en familia es más fácil, hacer uso como medio probatorio de las nuevas tecnologías.

Para concluir, se puede ver que la prueba electrónica no es una prueba autónoma, sino que los medios de prueba tradicionales se equiparan a los de nuevas tecnologías, sin embargo, es necesario su autenticidad, la conservación de la integridad y exactitud, es por ello que para una mayor garantía se requiere el uso de la pericia informática y obviamente que se obtenga de manera lícita no debiéndose violentar derechos y garantías constitucionales en su

³³⁸ Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia de Apelación Ref. 91-4CM-13-A (Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro 8 de diciembre de 2013).

³³⁹ Ibid.

obtención, pues en caso de obtenerse de manera ilícita se debe plantear el incidente de ilicitud, de conformidad con el art. 263 CPCM³⁴⁰.

Este medio de prueba debe ser aportado con la demanda, con la contestación, y excepcionalmente en momentos diferentes como cuando se habla de hechos nuevos o de nuevo conocimiento, pero deben ser acreditados, debiendo para ello presentarlo por medio de un soporte idóneo como una USB, CD, y si es factible para una mayor comprensión la impresión del mismo, todo con el fin de facilitar su lectura, sin olvidar que si solo se presenta la impresión solo podrá ser considerado como prueba documental de instrumento privado; se debe indicar donde se encuentra el archivo original para que pueda ser cotejado, de preferencia se debe hacer constar el software y el hardware utilizado en su confección, se puede acompañar de prueba pericial privada, pero lo ideal es que sea utilizada la prueba pericial judicial.

Se puede utilizar la cadena de custodia, aunque como se ha mencionado en materia civil no es muy utilizada, pero no se puede dejar de lado que debe conectarse con otros medios de prueba, como la prueba testimonial, declaración de propia parte o parte contraria, reconocimiento judicial, y prueba documental que tenga algún vínculo.

la valoración de la prueba respecto a las nuevas tecnologías será tasada para los documentos públicos, determinados documentos administrativos, los documentos privados no impugnados y, en determinados supuestos, el interrogatorio de la parte, pues ofrecen una mayor seguridad jurídica³⁴¹.

Sin embargo, las reglas de las que se sirve el juez en la libre valoración de la prueba son elementos de la lógica o de la razón que forman parte del acervo cultural de los ciudadanos de cultura básica o elemental, y de los que se hace uso para comprobar si los hechos objeto de la prueba son considerados o no verosímiles, por tanto, la sana crítica del juzgador es el razonar humano que corresponde a la lógica interpretativa y al común sentir de las gentes³⁴².

4.2.2. Jurisprudencia en España.

Importante es conocer el derecho comparado, es por ello que se hará una comparación de como en España se ha venido resolviendo sobre el uso de las tecnologías como medios de prueba.

España sostiene, con respecto a los medios de prueba que se debe establecer una aplicación analógica de las normas del procedimiento probatorio en relación a la prueba

³⁴⁰ Art. 263.- Toda cuestión incidental, ya sea de carácter procesal o material, que siendo distinta del objeto principal del pleito tuviere relación inmediata con el, se tramitará en pieza separada en la forma prevista por las disposiciones de este capítulo, salvo que tengan señalada por ley otro trámite distinto. No obstante, las cuestiones incidentales suscitadas en audiencias y que se refieran a su trámite serán sustanciadas y resueltas directamente en ellas. Si la cuestión es planteada por escrito fuera de audiencia y ya estuviera próxima la realización de alguna, el asunto incidental se incorporará como punto de agenda, para evitar suspensiones o dilaciones indebidas.

³⁴¹ Arrabal Platero, Paloma, *La Prueba Tecnológica: Aportación, Práctica y Valoración*. Pág. 397.

³⁴² Ibid. Pág. 409

electrónica, con el fin de identificar los problemas, lagunas y vacíos legales concretos que plantea esta figura e intentar colmarlos a través de una inclusión de las TICs en el procedimiento probatorio común y en el proceso en su conjunto de una forma paulatina y sosegada, con todo el respeto a los principios y garantías procesales, pero sin llegar a caer en un súper proteccionismo e híper garantismo desmedido.

Se debe de ver las ventajas ofrecidas por las TIC y aceptarlas, no verlas como una amenaza sino como un instrumento de ayuda o complemento destinado a reforzar la tutela judicial efectiva que un Estado de derecho moderno y actual debe ofrecer a todos sus ciudadanos.

La proposición y aportación de la prueba electrónica en el proceso civil debe tener su momento por lo que también es necesario el aseguramiento de la prueba y aunque no es muy utilizada la cadena de custodia puede ser una ventaja a la hora de proponer medios tecnológicos. En cuanto a su admisibilidad, la prueba electrónica deberá cumplir los mismos requisitos de pertinencia, utilidad y legalidad que requieren las pruebas convencionales.

Los requisitos establecidos en la legislación española poseen un carácter amplio en el que se pueden subsumir las especiales características de esta prueba de nuevas tecnologías. Por lo que el juez al realizar el análisis de admisibilidad deberá aplicar dentro de estos límites intrínsecos, uno de los factores de ponderación basados en la característica propia vinculada a la especial naturaleza de la prueba electrónica, como lo es la fragilidad en cuanto a la manipulación de los datos electrónicos, las deficiencias que se pueden plantear en relación a la visualización y escucha de material probatorio intangible o los problemas de autenticidad que se pueden plantear debido a las dificultades que existen en la distinción entre el original y la copia de ese tipo de prueba³⁴³.

Es del conocimiento de todos que este tipo de material probatorio presenta ciertas dificultades a la hora de su valoración, pero también para su admisibilidad, puesto que pudiera requerir conocimientos informáticos por parte del juez. Además, se encuentra potenciado el principio de oralidad al garantizar la práctica de la prueba. El principio y mediación también equiparado existir una presencia virtual como la física para generar una inmediatez virtual.

Con respecto a la valoración es importante destacar que la regla de la sana crítica sufre una pequeña variación cuando se refiere a prueba electrónica debido a las informáticas que en ocasiones se requerirá. Puesto que el juez no tiene conocimiento científico requerido, por lo que deben acompañarse de un perito especializado en esa área para poder dilucidar con mayor claridad la prueba ventilada.³⁴⁴

A continuación se estudiará la sentencia dictada por el Tribunal Superior de la Sala Primera de Madrid, España, de fecha 10 de mayo de 2021, con referencia No. 278/2021³⁴⁵,

³⁴³ Garrido, Teresa de Almasa, *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*. Pág. 127

³⁴⁴ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 84

³⁴⁵ Tribunal Superior de la Sala Primera, Sentencia, No. 278/2021 (Tribunal Superior de la Sala Primera de de Madrid 10 de mayo de 2021).

en donde se da una intromisión ilegítima en la intimidad por la colocación no consentida en el automóvil del demandante de un dispositivo de localización y seguimiento de GPS en el curso de una investigación encargada a un detective privado para emitir un informe que sirviera de prueba en un procedimiento de familia en el que el afectado no era parte, era meramente sospechoso de estar manteniendo una relación sentimental con la ex esposa de quién contrató el detective.

El recurso se presentó sobre la tutela del derecho fundamental a la intimidad personal, que habría sido vulnerados por la colocación o consentida en el automóvil del demandante de un dispositivo de localización y seguimiento GPS con la finalidad de que si él viera como prueba en un proceso de familia. Lo que se pretendía era extinguir la pensión alimenticia de la hija en común como la compensatoria reconocida a su ex mujer en el procedimiento de divorcio.

El informe fue emitido como prueba en primera instancia, pero en según distancia fue rechazada porque se consideró una prueba ilícitamente obtenida. En segunda instancia se consignó lo siguiente: en principio, la colocación de un dispositivo de geo localización GPS en el vehículo de una persona sin su consentimiento implica una intromisión de su derecho fundamental a la intimidad, pues permite que quien controla ese dispositivo conoce la totalidad de los desplazamientos realizados por el vehículo, impidiendo con ello que su usuario pueda mantener a resguardo un ámbito de su vida privada³⁴⁶.

Se puede concluir que en esa sentencia se considera que para hacer uso de esos dispositivos se requiere de la autorización judicial siempre y cuando concurren acreditadas razones de necesidad y la medida resulte proporcionada. Según la jurisprudencia del tribunal constitucional se debe dar seguimiento al requisito de proporcionalidad y ver si no se están violentando derechos constitucionales.

Establece que tampoco es admisible el argumento, de que los avances tecnológicos y el uso generalizado de la geo localización de dispositivos personales como teléfonos móviles conlleva una nueva realidad que obliga a reinterpretar el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad, pues todas las aplicaciones mencionadas como instrumentos de localización precisan el previo consentimiento o autorización del titular. Al haber violentado derechos fundamentales se desestima ese medio probatorio por lo que no puede ser tomado en cuenta en el proceso de familia.

Otra sentencia que ha tenido relevancia en España es la STS 1884/2000, de fecha 2 de diciembre de 2012, que establece que el documento electrónico es un tipo de documento y no sólo es uno plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquellos que se le pueda asimilar, por ejemplo: un disquete, un documento de ordenador, un video, una película, etc.³⁴⁷.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ De Urbano Castrillo, Eduardo, *La Valoración de la Prueba Electrónica*. Pág. 95

Se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta de lo Social, de la Villa de Madrid, de fecha 16 de junio de 2011, con referencia 451/2010,³⁴⁸ en esa sentencia lo que se pretende es determinar si la grabación de voz en soporte debe de aportar en juicio de la que se ha procedido en período probatorio a reproducir el sonido y de la que consta su transcripción, tiene la consideración de prueba documental y, por tanto, resulta ser la idónea para intentar la revisión de hechos probados.

El objetivo del recurrente es que se declare que la grabación de voz tiene la naturaleza de prueba documental. Sin embargo, la sentencia rechaza el recurso formulado por éste considerando que la grabación de audio y video no tienen naturaleza de prueba documental, basándose en las siguientes razones: la disposición adicional primera apartado uno de la ley de procedimiento laboral y el artículo 4 de la LEC, que establece el carácter supletorio de la ley de Enjuiciamiento Civil, en defecto de disposiciones en las leyes que regule el proceso laboral, que no regulan el tratamiento que hay que darle a los mecanismos de reproducción de la palabra de la imagen y del sonido.³⁴⁹

La ley de procedimiento laboral en su artículo 90 se limita a admitir como prueba en los medios mecánicos de reproducción de la palabra, imagen y sonido, sin establecer cuál es su naturaleza, por lo que hay que acudir a lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento Civil. La ley da un tratamiento autónomo a los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, diferenciándolos de la prueba documental.

Así como el tratamiento independiente que la Ley de Enjuiciamiento Civil da a la prueba documental a la que consagran los artículos 317 a 334 y en los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, regulados en los artículos 382 a 384.

Se estima el recurso ya que aunque los artículos 299.2 y 382 LEC se refieren de forma autónoma a la prueba documental y los instrumentos de filmación y grabación de las palabras, imagen y sonido como se ha pronunciado la Sala del Tribunal Supremo en sentencia 5 de febrero de 1988, de acuerdo con el artículo 191 literal B de la ley procesal laboral, la exposición de motivos de la LEC tiene en cuenta las analogías y semejanzas entre la prueba documental y los medios e instrumentos que regula el artículo 299.2 tras realizar la proposición de la prueba como documental aportando el soporte y la transcripción escrita, esta será admitida por el juez sin debate sobre su naturaleza ni impugnado por la parte contraria y se proceda a la audición en el acto del juicio, en medio de prueba que inicialmente podía ser autónomo, se convierte en documental efecto de la revisión de los hechos.³⁵⁰

Se concluye en la sentencia que, a pesar de ser transcrita la grabación de voz, no se puede considerar una prueba documental ya que estos medios de prueba tienen su incorporación especial en la LEC, y deben ser valoradas conforme a la sana crítica.

³⁴⁸ Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta de lo Social, de la Villa de Madrid, España, sentencia del Tribunal Supremo, No. 451/2010 (Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta de lo Social, de la Villa de Madrid, España 16 de junio de 2011).

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Ibid.

Se continua con la sentencia número 706/2020 de fecha 23 de julio 2020. Dictada por el Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Cataluña.³⁵¹ El sujeto demandante es la Asociación Empresarial de Restauración Colectiva de Cataluña, y la parte demandada es la Asociación Catalana de Empresas de Restauración, la Federación de Servicios Mobiliarios y Consumo de Cataluña, y la Federación de Servicios de Cataluña. El objeto del proceso y la pretensión: es la impugnación del convenio colectivo.

Se pretende la nulidad del acuerdo de modificación del convenio colectivo vigente para Cataluña en el sector de colectividades. El fallo de la sentencia de fecha 25 de mayo de 2018 resuelve que se estima la demanda interpuesta por la asociación empresarial de restauración colectiva de Cataluña declarando la nulidad, por vulneración del derecho a la negociación colectiva de la parte actora, del acuerdo de fecha 26 de junio de 2017, por el que se acordó la modificación del segundo convenio colectivo autonómico para el sector de colectividades de Cataluña, con los efectos inherentes a tal declaración.³⁵²

Se hace el distingo sobre la prueba en general, que establece que los medios de prueba son los enumerados en el artículo 299.1 de la LEC en numerus clausus. No regula los medios de prueba sino únicamente unas fuentes de prueba. Además, contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental. Los avances tecnológicos que permiten que los documentos se presenten a través de los correos electrónicos, lo que contribuyen a sostener un concepto amplio de prueba documental.

Así mismo en la sentencia se hace un análisis del correo electrónico como prueba documental, se consigna lo siguiente: los correos electrónicos tienen naturaleza de prueba documental. A los efectos del recurso, para que puedan tener eficacia revisoría de los hechos probados de la sentencia, al igual que sucede con los documentos privados, será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de la literosuficiencia.

Se distingue entre medios de prueba y fuentes de prueba. Se definen los medios de prueba como los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a las fuentes de información del mundo exterior opacidad de ofrecer el medio de prueba.

Expone que el valor probatorio de los correos electrónicos, el WhatsApp y otros mensajes en redes sociales, han sido objeto de especial atención por la doctrina de una manera transversal. Penalistas, laboristas, civilistas y, sobre todo, se ha ocupado de esta cuestión, incluso ha habido incursiones desde el ámbito de la administración tributaria³⁵³.

Lo deja como valor entendido. No obstante, conviene dejar claro que el correo electrónico está compuesto del contenido del mensaje junto a sus anexos, ya sea texto,

³⁵¹ Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Cataluña., sentencia del Tribunal Supremo, No. 706/2020 (Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Cataluña. 23 de julio de 2020).

³⁵² Ibid.

³⁵³ Ibid.

imagen y video, y de los datos de tráfico, entendiendo estos como la fecha, hora, duración, origen, y destino. La acreditación de un Mail puede efectuarse mediante cualquiera de los dispositivos electrónicos de revisión o recepción, y/ o en cualquiera de los servidores implicados, si bien la facilidad de acceso según la empresa operadora tenga su sede o no en España y la eficacia probatoria de cada uno varía.³⁵⁴

Habiendo hecho esa precisión se hizo las consideraciones siguientes: El primer punto en analizar es si el correo electrónico puede ser prueba, para ello se necesita hacer la distinción entre fuentes y medios de prueba. Las fuentes es lo sustancial y material y el medio, lo adjetivo y formal, por lo que se concluye que efectivamente puede ser una fuente de prueba³⁵⁵.

El segundo punto basado en el principio de legalidad obliga a responder a la cuestión sobre si en la Ley de Enjuiciamiento Civil los correos electrónicos están configurados como medios de prueba autónomos, es decir si dicha normativa establece como pruebas independientes, sin embargo, no se puede ver como independiente, sino que deben ponerse en relación con la prueba documental.

Finalmente, el tercer punto es ver si el correo puede calificarse como medio probatorio, y de serlo si entra dentro del concepto de prueba documental, lo cual como se ha expresado anteriormente es fuente de prueba y lo que debe establecerse es como incorporarlo a un proceso, el cual se realiza por medio de la prueba documental.

En la sentencia se concluye que la interpretación de las normas conforme la realidad social se refleja cuando se apela al avance tecnológico que ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones, por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación. Lo que da pie a realizar un juicio pronóstico de futuro: si no se postula un concepto amplio de la prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica quedará vaciada de contenidos y se limita a los documentos escritos, cuyo uso sería exiguo.

Se puede mencionar otra sentencia dictada por el Tribunal Superior de la Sala Social de Cataluña, con referencia 2510/2007, dictada a los 10 días del mes de abril de 2007.

La presente sentencia examina, y confirma, al desestimar un recurso de suplicación dirigido contra sentencia de un Juzgado de lo Social, el despido por competencia desleal de un empleado informático de un empresa titular de una aplicación informática integrada por diversos programas específicamente indicados para la gestión integral de empresas de confección y comercialización de prendas de vestir³⁵⁶.

Mediante la prueba de entrada y registro en la citada empresa y en el ordenador de la persona despedida, acordada por un Juez de Instrucción, se pudo acceder a dicho ordenador

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Ibidem.

³⁵⁶ De Urbano Castrillo, Eduardo, *La Valoración de la Prueba Electrónica*. 105-106.

y comprobar como el recurrente se comunicaba por correo electrónico con un empleado de la empresa, al que facilitó una estadística de facturación y un diario de facturación así como la aplicación informática referida, resultando de ello la pérdida de clientela y en particular de un cliente que compraba por valor de 6000 euros/año.

La prueba electrónica del caso, cuya regularidad forma y claridad de contenidos, ha sido puesto de manifiesto, sirvió para fundamentar la decisión judicial de entender conforme a derecho, el despido acordado por la empresa³⁵⁷.

Ahora bien, existe una sentencia muy importante en España en el ámbito penal que tiene mucha relevancia con las nuevas tecnologías y es la dictada por el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, Madrid, España, a los 19 días del mes de mayo de 2015, número de referencia 2387/2014, número de resolución 300/2015³⁵⁸. El caso es por el delito de abuso sexual sobre una menor de 13 años.

El caso se expone brevemente, don Abilio y doña Belén se separaron en el 2015 por mutuo acuerdo y las hijas de ambos se quedaron con la madre. Un año después doña Belén tiene una relación sentimental con don Francisco, en el 2012 Micaela que es la hija mayor se va a vivir por mutuo acuerdo de ambos padres con don Abilio quién es el padre, quedándose únicamente la menor de edad de nombre Ana María.

Se le acusa a don Francisco de realizar tocamientos a la menor Ana María, los cuales han sido sobre la ropa de la menor, y en otra ocasión cuando estos estaban solos, Don Francisco puso las manos de la menor sobre sus genitales siempre sobre la ropa, pero la menor manifestó tener sueño y el señor se retiró.

La menor nunca le dijo a su madre ni a su hermana ni a su padre, por temor a que no le creyeran y por la vergüenza. Pero si le comentó esa situación a su amigo Constancio, a través de la cuenta Tuenti³⁵⁹.

Un día en una excursión Ana María le cuenta su amiga Sandra lo que estaba sucediendo, después se lo comentó a su profesora y ella a su vez le comentó a la directora del Instituto. Luego citaron a la madre y a la policía, a la madre doña Belén no le generó credibilidad a lo dicho por su hija Ana María. El motivo del recurso de casación es por abordar el error en el que había incurrido el tribunal por valorar el mensaje de Tuenti.

La sentencia es muy importante porque se habla de mensajes por WhatsApp. Se fijan los criterios para aceptar la capacidad probatoria indicando que, si se aportan al procedimiento judicial mensajes, conversaciones o imágenes realizadas a través de

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, Madrid España, Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, No. 2387/2014, número de resolución 300/2015 (Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal 19 de mayo de 2015).

³⁵⁹ Tuenti es una compañía de servicios de telecomunicaciones de bajo coste, propiedad de Telefónica, que ofrece servicios de telefonía móvil e internet (4G) en España. (<https://es.wikipedia.org/wiki/Tuenti>)

WhatsApp, para evitar la impugnación de su autenticidad, debe hacerse mediante un informe pericial.

Importante es recordar que el SMS o “Short Message Service” es un sistema de mensajes de texto que constituye una aplicación habitual en todos los teléfonos móviles y se ha convertido en un sistema de comunicación imprescindible entre personas de distintas generaciones. Tanto es así que se ha creado una cultura propia a la hora de escribir los mensajes, acortando palabras basándose en la fonética de los vocablos con el fin de reducir caracteres para ahorrar espacio, tiempo y dinero.³⁶⁰

Se expone que la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas por tanto afirma también que el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida hace imposible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.

Es por ello por lo que, no sólo existe la posibilidad de una manipulación, del mismo modo que también puede ser manipulado cualquier documento, sino que además hay facilidad de borrado de un archivo electrónico o en las posibilidades de abrir el terminal o del robo de este, pero con un informe pericial se puede dejar constancia de esa información.

Los SMS se configuran como una prueba electrónica fundamental en muchos casos de la sociedad actual.

La sentencia, aunque se refiere a la Red social Tuenti, se vuelve extensiva a todos los sistemas de mensajería de otras redes sociales, así también como a los e-mails, SMS, y obviamente uno de los más importantes que es el WhatsApp. Como se dice, en ella se establece que el informe pericial debe de identificar el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido. Es decir, debe de identificarse la marca y modelo del móvil o dispositivo y número de teléfono desde el que se levantará el acta o se hará el volcado o informe.

Siendo importante y esencial la comprobación de la SIM que es la tarjeta que permite al teléfono conectarse a la línea, así también como la comprobación del IMEI³⁶¹, que es único para cada dispositivo, lo cual permitiría una mejor identificación del aparato.

Los SMS se pueden aportar como prueba en juicio, pero conllevan el problema procesal de la volatilidad que poseen como prueba electrónica, es decir, de su posible manipulación o alteración y también del problema de demostrar la autoría de los posibles delitos que se pueden cometer a través de ellos, normalmente injurias, calumnias y amenazas, por lo que se ve como los SMS cobran su importancia como prueba electrónica.³⁶²

³⁶⁰ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 163

³⁶¹ Se trata de un número de 15 dígitos que lo identifica. En inglés se llama *International Mobile Equipment Identity*, lo que en español se traduce como "identidad internacional de equipo móvil". Pero todo el mundo lo conoce por sus siglas: **IMEI**. (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-42774859>)

³⁶² Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 164

También se debe comprobar la configuración de los parámetros de fecha y hora del terminal para saber si la de los mensajes corresponden con las del mismo terminal, ya que en caso contrario podría haber habido manipulación. Y no se puede dejar de lado que se debe de efectuar una copia de toda la conversación, para que estas mantengan su contexto y las circunstancias que él origina, por lo que no debe pedirse sólo parte de la conversación, si no debe de ir completa puesto que podría generar una alteración de esta, por tanto, debe constar que en dicha información o conversación obtenida haya participado el interesado.³⁶³

La sentencia recalca que nunca podrá tratarse de conversaciones de terceros, puesto que las comunicaciones son siempre privadas, incluida la de los cónyuges. Finalmente, se acepta la capacidad probatoria de los soportes electrónicos, sin embargo, se vuelve indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Así concluye, que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas.

El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria.³⁶⁴

Se puede concluir con esta sentencia que será indispensable en caso de utilizar conversaciones por chat, la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Debido a la irrupción de los nuevos teléfonos móviles, los Smartphone, esta prueba da ya un salto cualitativo y se convierten en nuevos mensajes con características nuevas: los WhatsApp, son un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario siempre y cuando exista la posibilidad³⁶⁵.

La aplicación utiliza la red de datos del dispositivo móvil en el que se esté ejecutando, por lo tanto, funciona conectada a Internet a diferencia de los servicios tradicionales de mensajes cortos o multimedia; lo que la empuja como una mensajería aún más instantánea, que potencia la conectividad y abarata costes.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Bueno de Mata, Federico, *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. Pág. 165

Así, que los WhatsApp serán válidos siempre que no sean impugnado por la parte contraria, y en caso de serlo, si en la pericia emitida se deduce la autenticidad de estas. En caso contrario, es decir que no se pueda comprobar la autenticidad de las conversaciones será dificultoso enormemente la acreditación de la prueba. Siendo necesaria una prueba secundaria para demostrar la autenticidad del texto en caso de impugnación probatoria, refiriéndose a la pericial, por tanto, es necesario valerse de otros medios para probar su autenticidad.³⁶⁶

Sin embargo, en esa misma sentencia también se analizan y enjuician la aceptación incondicional de los pantallazos aportados al proceso, viene a confirmar que toda prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe de ser abordada con todas las cautelas posibles.

La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas, recogiendo los planteamientos de audiencias provinciales.

En el recurso de casación se formalizan tres motivos: el primero es la denuncia de error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador. Para avalar el error en que habría incurrido el tribunal a quo se señalan como documento en las conversaciones a través del Tuenti que demostraría en que las comunicaciones entre la víctima y constatación no eran diarias las conversaciones fueron incorporadas mediante pantallazos obtenidos a partir del teléfono móvil de la víctima, se trata de una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa.³⁶⁷

El segundo de los motivos es quebrantamiento de forma el cual fue desestimar. el tercer motivo se denuncia en la infracción de los derechos constitucionales son la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia³⁶⁸, el cual se consideró que ningún momento se quebraban los derechos a la tutela judicial efectiva o el derecho a la presunción de inocencia desde dada por la sala y por tanto se desestimó el recurso interpuesto.

Se concluye por tanto, que el tribunal superior reconoce que la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa cualquier comunicación es un hecho real, de ahí que le impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas comunicaciones desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria, abriendo por otro lado la puerta a la justificación de ese tipo de evidencias con una actividad probatoria reforzada mediante la concurrencia de otro tipo de evidencias, documentos o registro.

³⁶⁶ Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, Madrid España, Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal.

³⁶⁷ Ibidem.

³⁶⁸ Ibid.

CONCLUSIONES

En la actualidad se está en una etapa marcada por una especial incidencia de las nuevas tecnologías haciendo referencia en todos los aspectos de la sociedad y entre ellos está el derecho que no se puede quedar aislado. Por tanto se ha venido viendo como la revolución tecnológica va afectando también a un mundo en principio tan conservador como lo ha sido el ámbito judicial y a una figura tan estática como la justicia.

Desde una perspectiva actual y conectada a la presente globalización, la sociedad ha concedido a las TIC el poder de convertirse en los nuevos motores del desarrollo y a la vez del progreso del sistema judicial todo con la finalidad de alcanzar una justicia que sea ágil, clara y sobretodo accesible para el ciudadano, es decir el justiciable, buscando que se otorgue en un tiempo razonable sin violentar garantías.

Un punto muy importante del presente trabajo ha sido identificar que la justicia se vuelve cada vez más electrónica como ya se apuntó, y por tanto se debe ir adaptando el sistema judicial para entender la nueva forma de administrarla, lo que genera la necesidad de aprovechar las ventajas que ofrece el uso de las TIC para luchar contra las afectaciones conocidas que posee el sistema judicial.

Así, se ha podido concluir que las legislaciones han ido asimilando a los medios informáticos como elementos probatorios, bien como fuentes de prueba o medios de prueba no de forma muy clara.

Las regulaciones que se han establecido presentan muchos vacíos, especialmente con relación a su realización o práctica en el proceso. No establecen claras diferencias entre las diversas formas electrónicas, lo que dificulta su tratamiento procesal.

Se infiere que el juzgador tiene desconfianza sobre los medios informáticos, en especial sobre el documento electrónico, lo que impide una valoración con mayor eficacia probatoria. Si bien concede eficacia a los documentos con firma certificada a los que no la poseen su eficacia es mínima. Sabiendo que en la actualidad en El Salvador todavía no se cuenta con entidades certificadoras de firma electrónica.

Cada uno de estos medios por los que se aportan pruebas tecnológicas se valoran a través del sistema de prueba tasada o de sana crítica, según se haya aportado en el juicio.

Existe la posibilidad de manipular la prueba electrónica de diferentes formas, es por ello que la figura de la pericia especializada que asevera que las pruebas aportadas contienen prueba fidedigna es importante, siendo necesario que cada caso de verificación de los medios de prueba concurre la necesidad de presentar conjuntamente pruebas de su veracidad, para hacer valer el medio probatorio. Desde la facilidad para cambiar datos de fechas y horas de correos electrónicos, hasta la posibilidad de manipular imágenes de forma casi imperceptible para el ojo común, pasando por la eliminación de cadenas de mensajes en conversaciones en

redes sociales o SMS, hace que se entienda la figura del experto perito como una oportunidad de crecimiento futura.

Aun teniendo en cuenta esta fácil manipulación y por lo tanto una constante e importante necesidad de peritajes, el desarrollo legal de los informes de expertos digitales y electrónicos no cambia con respecto a la que hay en pruebas tradicionales.

Además, se puede concluir que ha existido confusión por parte del juzgador en el sentido de darle valor probatorio a la nueva tecnología únicamente como prueba documental y por tanto también la valora como lo regula el CPCM.

En este sentido, el legislador, probablemente influido por un deficiente asesoramiento; incurre en una serie de imprecisiones cuando reconoce al documento electrónico de manera confusa como medio de prueba documental, pero, además, en cuanto a su valoración.

Con relación a la licitud de la prueba, se ha podido demostrar que si se violentan derechos constitucionales ésta no puede ser tomada en cuenta, pero que existen excepciones para ello, y es en especial en materia penal.

RECOMENDACIONES

El legislador debe legislar y completar los vacíos en cuanto a la diferenciación de los medios electrónicos y el medio probatorio tradicional.

Cuando se haga uso de prueba electrónica es importante acreditar de donde proviene la información, buscar la manera de como autenticar las pruebas electrónicas, utilizando o aportando datos de donde se encuentra el original para que sea comparado, además acompañar de información que se haya compartido entre las partes con el fin de demostrar su autenticación.

Los medios probatorios electrónicos deben ser aportados de la misma manera que los tradicionales, pues tienen su momento de preclusión y excepciones.

Cuando se aporten correos electrónicos o capturas de pantalla se debe determinar si lo aportan como prueba documental, en tal caso ésta será como un documento privado y sometido a lo regulado por el CPCM, y para que sea considerado como prueba electrónica se debe contar con la utilización de las medidas para la autenticidad, exactitud y la certeza, así como de gestionar la perdurabilidad de la prueba electrónica.

Se considera necesario que, al hacer uso de nuevas tecnologías como medios de prueba, ésta se haga acompañar de otros medios de prueba con la finalidad de robustecer la primera, especialmente para establecer la veracidad del medio de prueba.

Al hacer uso de las pruebas electrónicas, se deben dar las garantías necesarias para evitar violaciones a Derechos Constitucionales, se debe mantener la inmediación de la prueba y que sea sobre todo lícita, por tanto, será el Juez el garante de esa situación.

En la actualidad, por tanto, subsisten los métodos de valoración de sana crítica y prueba tasada con respecto a la prueba documental, que coexisten para la apreciación individualizada de distintos medios de prueba. Ello, no obstante, los jueces realizan, ante la colisión de pruebas contradictorias o de pruebas insuficientes, una valoración conjunta del acervo probatorio para evaluar el contexto completo.

Se recomienda además una creación o regulación de una normativa especial sobre el derecho al olvido en internet, con el fin de no violentar a los usuarios frente a la sociedad y que además no se les margine por hechos ocurridos con muchos años atrás, y evitar la estigmatización.

Finalmente, el uso de la Cadena de Custodia en materia Civil no se vuelve necesario, pero eso no significa que no se pueda utilizar, con el fin de garantizar la veracidad del medio probatorio electrónico aportado y que deberá ser valorado por el juez.

BIBLIOGRAFIA

ABC, Tecnología. «Del “blockchain” a la inteligencia artificial: las tendencias tecnológicas de 2018». abc, 30 de enero de 2018.

https://www.abc.es/tecnologia/abci-blockchain-inteligencia-artificial-tendencias-tecnologicas-2018_201801302130_noticia.html.

Abel Lluch, Xavier. *Derecho Probatorio*. Barcelona, España: José María Bosch Editor, 2012.

Abel Lluch, Xavier, I Junoy, Joan Picó, González, Manuel Richard, y Bartlett, Enric R. *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. 1ra Edición. Madrid, España: La Ley, 2011.

Acevedo Surmay, Deisy Yanet y Gomez Ustaris, Elber Enrique. «Los documentos electrónicos y su valor probatorio: En procesos de carácter judicial». *Iustitia*, diciembre de 2011. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5978962.pdf>.

Aguilar Moran, Raúl Armando, Hernández Nuñez, Evelyn Yesenia, y Vargas Consuegra, Florencio de Jesus. «El Comercio Electrónico en El Salvador». Para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas, De El Salvador, 2002.

Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. 1ra. Edición. Lima, Perú: Palestra Editores, s. f.

Alexy, Robert y Andrés Ibañez, Perfecto. *Jueces y Ponderación Argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Alfaro, Mercedes, Julio Bonis, Rafael Bravo, Enrique Fluiters, y Sergio Minué. «Nuevas tecnologías en atención primaria: personas, máquinas, historias y redes. Informe SESPAS 2012». *Gaceta Sanitaria* 26 (1 de marzo de 2012): 107-12. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2011.12.005>.

Argibay Berdaguer, Federico J. «Breve sinopsis sobre la incorporación al proceso de la prueba electrónica(o manual para náufragos)». *Actualidad*, 22 de abril de 2021. <https://www.errei.us.com/actualidad/15/procesal/Nota/1160/breve-sinopsis-sobre-la-incorporacion-al-proceso-de-la-prueba-electronica-o-manual-para-naufragos>.

Arrabal Platero, Paloma. *La Prueba Tecnológica: Aportación, Práctica y Valoración*. 1ra. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020. <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413362687>.

Ascencio Mellado, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. 5ta. Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2010.

Asencio Mellado, José María. *Manuales Derecho Procesal Civil*. 3ra Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2015.

Ballesteros Moffa, Luis Angel. *La Privacidad Electrónica*. 1ra Edición. España: Tirant Lo Blanch, 2006.

Bernal Pulido, Carlos Libardo. *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. 4ta. Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=ITSjDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=principio+de+proporcionalidad+en+el+derecho+privado&ots=w0PlaTFvGI&sig=QPRUpYxrsIAh0_DmBOtPeUy22WY#v=onepage&q=principio%20de%20proporcionalidad%20en%20el%20derecho%20privado&f=false.

Bolaños Meardi, Fermina. «Los Drones y el Derecho en El Salvador». *Jurídica. García&Bodan* (blog), 27 de julio de 2018. <https://garciabodan.com/los-drones-y-el-derecho-en-el-salvador/>.

Borthwick, Adolfo E.C. *Principios Procesales*. 1ra Edición. Buenos Aires, Argentina: Mario A. Viera Editor, 2003.

Bueno de Mata, Federico. *Prueba Electrónica y Procesos 2.0*. 1ra. Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.

Cabañas García, Juan Carlos, Garderes Gastarri, Santiago, y Canales Cisco, Oscar Antonio.

Cabrera, Mauro y Cupaiuoli, Lautaro. «La influencia de internet en la sociedad actual». *SoloCiencia*, 13 de mayo de 2017. <https://www.solociencia.com/informatica/influencia-internet-sociedad-actual-autor.htm>.

Calandra Busto, Pedro y Araya Arraño, Manuel. *Conociendo las TIC*. Marco Mocelli Inestrosa. Chile, 2009.

Cárdenas Caycedo. «El Desarrollo Jurisprudencial En Colombia sobre Los Derechos Constitucionales en la Web: Estudio de Casos Relevantes». *Infometric@ - Serie Sociales Y Humanas*, 2018. <http://www.infometrica.org/index.php/ssh/article/view/90>.

Castellano, Pere Simón. *El Regimen Constitucional del Derecho al Olvido Digital*. 1ra. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2011. 978-84-9033-006-7.

Castillejo Manzanares, Raquel, Noya Ferreiro, Lourdes, y Rodríguez Álvarez, Ana. *Tratados sobre la Disposición del Proceso Civil*. Primera Edición. Valencia, España, 2017.

Chamarro, Asunción de la Iglesia. «El Derecho a la propia imagen de los personajes públicos; algunas reflexiones a propósito de las SSTC 139/2001 (caso Cortina) y 83/2002(caso Alcocer)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 de abril de 2003. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/624314.pdf>.

Código Procesal Civil y Mercantil Comentado. 2da Edición. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2011.

De Urbano Castrillo, Eduardo. *La Valoración de la Prueba Electrónica*. 1ra Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2009.

Deboto, Mauricio. *Comercio Electrónico y Firma Digital, La Regulación del Ciberespacio y las Estrategias Globales*. 1ra Edición. La Ley, 2001, s. f.

Del Pino, Santiago Acurio. «La informática forense en ámbito del Derecho Procesal Español. Una mirada introductoria a la luz del Debido Proceso.», 2003. https://www.academia.edu/39628710/LA_INFORMÁTICA_FORENSE_EN_EL_DEREC_HO_PROCESAL_ESPAÑOL_Una_mirada_introductoria_a_la_luz_del_debido_proceso.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ta Edición. Vol. Tomo I. II vols. Buenos Aires, Argentina: Victor P. de Zavalía Editor, 1981. <https://es.slideshare.net/rubenradaescobar/teoria-general-de-la-prueba-judicial-tomo-i-hermano-devis-echandia>.

Directora, Funes Soriano, Olga. *Era digital, Sociedad y Derecho*. 1ra. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020.

Eisner, Isidoro. *La prueba en el Proceso Civil*. 1ra Edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1964.

Escobar, Carlos David. «Historia Del Internet En El Salvador». Medium, 25 de octubre de 2017. <https://medium.com/@carl.d/historia-del-internet-en-el-salvador-53fc94ba508c>.
Etxeberria Guridi, José Francisco. *Las Facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2003.

Evans, Dave. «Internet de las Cosas. Como la evolución del internet lo cambia todo». Informe tecnico, abril de 2011. [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34766160/internet-of-things-iot-ibsg.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DInternet-of-things-iot-ibsg.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=ASIATUSB6BALIM5IUOU%2F20200330%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200330T172602Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-Security-Token=IQoJb3JpZ2luX2VjEPb%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2FwEaCXVzLWVhc3QtMSJGMEQCIAismknpkIqfiZ8IAw36lTy298BWPqykJKRKY99gp4K0AiA3WYXyIBY9WzVITsan1HA%2FaJ0nTW0MGowLH0wZdY30Wiq9Awjv%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F8BEAAaDDI1MDMxODgxMTIwMCIMnO2Mn9fSblQUysihKpED7%2Fkr5oJV381ywtg7uGHKs9gPfAdh7C%2Bta0bfebx3FRMyCCe%2BwufvlaaP%2BY9y7MLTzU2jsbNm90aOdlp7KwRKM3%2FU78HY1%2BPx%2BceiONxiywUpH0Cza6CUrCIQwRZcThsuE0D6sdT8Hv3e2ph6jSN6hvXBm41TduXFPmPMCznYlBlM4tEcZLEZbyggVOUFQmj7a5HH8gOOox7ti5PNcuyCR4am5pmHuWXwXPt5Ti%2F1yHxOnXBNDrrcuAiHb%2BccKbCYJFXExX%2FwcWgG%2Bp0AqO3kcmG15tJ6w11pAS3Tgp](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34766160/internet-of-things-iot-ibsg.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DInternet-of-things-iot-ibsg.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=ASIATUSB6BALIM5IUOU%2F20200330%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200330T172602Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-Security-Token=IQoJb3JpZ2luX2VjEPb%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2FwEaCXVzLWVhc3QtMSJGMEQCIAismknpkIqfiZ8IAw36lTy298BWPqykJKRKY99gp4K0AiA3WYXyIBY9WzVITsan1HA%2FaJ0nTW0MGowLH0wZdY30Wiq9Awjv%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F8BEAAaDDI1MDMxODgxMTIwMCIMnO2Mn9fSblQUysihKpED7%2Fkr5oJV381ywtg7uGHKs9gPfAdh7C%2Bta0bfebx3FRMyCCe%2BwufvlaaP%2BY9y7MLTzU2jsbNm90aOdlp7KwRKM3%2FU78HY1%2BPx%2BceiONxiywUpH0Cza6CUrCIQwRZcThsuE0D6sdT8Hv3e2ph6jSN6hvXBm41TduXFPmPMCznYlBlM4tEcZLEZbyggVOUFQmj7a5HH8gOOox7ti5PNcuyCR4am5pmHuWXwXPt5Ti%2F1yHxOnXBNDrrcuAiHb%2BccKbCYJFXExX%2FwcWgG%2Bp0AqO3kcmG15tJ6w11pAS3Tgp)

e6dLiYN6Il2vL9QihyzwnBkxlnhAvzcgJpTAPJeTyEl85dTTwXZeoZT8ygvhAmDHfCzsJ0%2BtRn0SPbPfoZsNXX1Eims%2BcbGIVPhp9SjZfXLLVYM0S1UY%2Fozx3L%2FXYjZUN5VloJ%2FXU8%2BqzHfXPeb5vOUPzVntyJfpyEUe3lzYA0flYDrk46CvIuaxISE8CkJZUSQAq4L4ARcdDiEpRSdiGXhulw5NaWNWMAPrTsDVsHJ374wsOqH9AU67AEhXROLsajrlEDfhFo3D03mLQdtYbRSGbjn64Vo7otKgr6jdGm4NGRDE1h4VmilOlr%2BFVkfW8jYTIJeOkuvja4rZ8MKXKOqLumTUMWUPP0TumwAQFZHkzRdr4MM7YXcjOT2PqWQEQepr6qd0v2NNugks51RQyZaBNo5wd2IyG3D2k3yKiVjET3BwnvRkCVYyr1avEiCP%2FFBTLPY1Z%2Be7e74PVn6lWvysdZ7pNYZzCLw34U%2FSwOgdbCHP65QI2cyaE8qAUcAh%2B0oM1dfN5fBaGmUqnqIIIS5ltKc%2FCLCfgtNHIRWPc2sde6A9WLvzw%3D%3D&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=bfce2862512c8d80e23c4fbdc6dc760a847ddf6c65809bc36b32680d6936c0e4.

Fernández Tomás, Antonio. *Instituciones de Derecho Comunitario*. 2da Edición. Tirant Lo Blanch, 2000.

Ferrán, Núria, y Adela D' Alòs-Moner. «Del elefante a internet: Breve historia de las bases de datos y tendencias de futuro». *El profesional de la información* 10, n.º 3 (2001): 22-25. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=233005>.

Fuentes Soriano, Olga. *Comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba, en El proceso penal. Cuestiones Fundamentales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017.

García Barrera, Myrna Elia. *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías*. 1ra Edición. Ciudad de México, 2018: Tirant Lo Blanch, s. f.

García Mexia, Pablo. *Historias del Internet. Casos y cosas de la Red de Redes*. 1ra Edición. Valencia, 2012: Tirant Humanidades, C/ Artes Gráficas, s. f.

Garrido, Teresa de Almasa. *Actualidad, Nuevas Tecnologías 2020*. Primera. Vol. 1. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, s. f.

Gaytán Reyes, Julián Andrés. «El Debido Proceso: La Carga de la Prueba en el Proceso Jurisdiccional Transicional en Colombia». *No. 46*, junio de 2017.

Gómez del Castillo y Gómez, Manuel M. «Aproximación a los Nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil», s. f. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1546/b1205663.pdf?sequence=1>.

González Cano, María Isabel. *La Prueba*. Vol. Tomo I, La prueba en el Proceso Civil. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017.

Gonzalez de la Garza, Luis Miguel. *Redes Sociales, Instrumentos de Participación Democrática*. 1ra. edición. Madrid, España: Dykinson, S.L., 2015.

González Garcete, Juan M. «El Debido Proceso desde la Óptica del Derecho Procesal». *Institutas - Revista de Derecho Procesal*- Número 9, n.º Abril 2019 (26 de abril de 2019). https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=dcd042df23b4a516cd1d027e700141ea&hash_t=

cf9d10fc807c5d3797250e392b10a2b7.

González Rivera, Catherine Dimargie. «“Facebook, Twitter, YouTube y My Space: Autenticación y Admisibilidad de La Evidencia Electrónica Obtenida de Perfiles de Redes Sociales, Correos Electrónicos y ‘SMS’ Mensajes de Texto, Ante Un Nuevo Alcance Del Descubrimiento de Prueba (Cambio Sustancial En Las Nuevas Reglas de Evidencia y Procedimiento Civil).”» 51, s. f. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=78047299&lang=es&site=ehost-live>.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. «El Principio de Legalidad de las Formas», 2009. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/17429/17709/>.

Leon Florian, Felipe Johan. «El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia del TC». Centro de Estudios Constitucionales, octubre de 2013. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf.

Liebman, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Buenos Aires: E.J.E.A., 1980.

López-Tarruella Martínez, Aurelio. *Derecho TIC. Derecho de las Tecnologías de la información y de la Comunicación*. 1ra Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
Madrid Boquín, Christa M. *La Prueba Ilicita en el Proceso Civil*. 1ra. Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020.

Martín, Alicia Amer. «Derecho a la intimidad y la prueba obtenida mediante drones». 22 de junio de 2016. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11152-el-derecho-a-la-intimidad-y-la-prueba-obtenida-mediante-drones/>.

Martínez, Ricard. «Redes Sociales, Privacidad y Derecho.» *Obtenido del Diario El País*. 25 de septiembre de 2012. https://elpais.com/sociedad/2012/09/25/actualidad/1348599103_413702.html.

Mendoza, Miguel Angel. «El Derecho a la privacidad en la era digital». Welivesecurity. *El Derecho a la privacidad en la era digital* (blog), 2 de marzo de 2017. <https://www.welivesecurity.com/la-es/2017/03/02/derecho-a-la-privacidad-era-digital/>.

Montero Aroca, Juan. *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*. 2da Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2016.

Montero Pascual, Juan José. *Derecho a las Telecomunicaciones*. 1ra Edición. Valencia, 2007.

Nieva Fenoli, Jordi. *Derecho Procesal II. Proceso Civil*. 1ra Edición. Barcelona, España: Tirant Lo Blanch, 2019.

Nisimblat, Nattan. «El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano». *Facultad de Derecho-GECTI*, junio de 2010. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil Colombiano.

Noain Sánchez, Amaya. *Derecho a la intimidad en Redes Sociales*. XIX Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Datos. Madrid, España: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/la-proteccion-de-la-intimidad.pdf>.

Oliva Leòn, Ricardo. coord., y Valero Barceló, Sonsoles. coord. *La Prueba Electrónica. Validez y eficacia procesal*. España: Juristas con Futuro eBook, 2016. <https://ecija.com/wp-content/uploads/2016/09/EBOOK-Sept16PruebaElectronicagran-final.pdf>.

Ortega Burgos, Enrique, Alonso-Muñumer, María Enciso, Muñoz del Caz, Eduardo, García-Villarrubia Bernabé, Manuel, y Vasquez Albert, Daniel. *Nuevas Tecnologías 2020*. 1ra Edición, 2020. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, s. f.

Ortells Ramos, Manuel. «Nuevas Tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. Prueba, medidas cautelares y comunicacines procesales». *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* 56 (2003): 221-55. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.005>.

Parada Gámez, Guillermo Alexander. *El proceso común*. San Salvador, El Salvador: Uca editores, 2016.

———. *Lecciones Procesales. Una revista al Código Procesal Civil y Mercantil*. 1ra edición. San Salvador, El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2020.

Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Decimo octava. Bogotá, Colombia: Ediciones del Profesional, 2014.

Pérez Cascella, Roberto C. «La moderna prueba documental electrónica y digital. Observar el mundo virtual para mejorar el servicio de justicia y evitar el atraso generacional.» *Inteligencia Jurídica*, 28 de diciembre de 2017. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/07/26/la-moderna-prueba-documental-electronica-y-digital-observar-el-mundo-virtual-para-mejorar-el-servicio-de-justicia-y-evitar-el-atraso-generacional/>.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.

Perez Porto, Julian, y Merino, Maria. «Definición de bitcoin - Qué es, Significado y Concepto». Definición de, actualizado 2018 de 2016. <https://definicion.de/bitcoin/>.

Pérez-Ugeda María; Pérez- Ugeda, Alvaro. «Implicaciones Constitucionales de las Nuevas Tecnologías». *Revista de Derecho Político*. Accedido 2 de marzo de 2021. <https://1library.co/document/yr83wkvz-implicaciones-constitucionales-de-las-nuevas->

tecnologias.html.

Polánco López, Hugo Armando. «Manifestaciones del principio de equivalencia funcional y no discriminación en el ordenamiento jurídico colombiano.» *Criterio Jurídico Santiago de Calí*, 1 de febrero de 2017, 37-67. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/1787/2310/>.

Prado Bringas, Rafael y Zegarra Valencia, Francisco. «¿El juez conoce el Derecho? Algunos aspectos controversiales con relación a la aplicación del principio de Iura Novit Curia en el proceso civil.» *IUS ET VERITAS*, agosto de 2019. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.019>.

Puig Faura, Sonia. «La prueba electrónica: sus implicaciones en la seguridad de la empresa». Universidad Ramon Lull, 2014. <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285237/TESI%20DOCTORAL%20SÒNIA%20PUIG%20FAURA.pdf?sequence=1>.

Quiles Mollá, Laura. «Las Nuevas Tecnologías como medio de Prueba en el Proceso Penal». Universidad Miguel Hernández, 2015. <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4226/1/TFG%20QUILES%20MOLLÁ%20LAURA.pdf>.

Quiroz Waldez, Francisco Javier. «Sociedad de la Información y el Conocimiento.», s. f. <https://www.academia.edu/9372553/Sociedad>.

Real Academia Española. «Diccionario de la Real Academia Española». Madrid, España: enclave, octubre de 2014. <https://dle.rae.es/pantallazo>.

Rincón-Cárdenas, Erick. «ÚLTIMOS RETOS PARA EL DERECHO PRIVADO: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN». *Estudios Socio-Jurídicos* 6, n.º 2 (2004): 430-500. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/301>.

Rivera-Morales, Rodrigo. «Los Medios Informáticos: Tratamiento Procesal». *año 22*, diciembre de 2008. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1405>.

Rosales, Francisco. «Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos». Nuevas Tecnologías. *Prueba digital en el proceso penal y en el proceso civil* (blog), 4 de marzo de 2019. <https://www.notariofranciscorosales.com/prueba-digital-en-el-proceso-penal-y-en-el-proceso-civil/>.

Rosales Tinajero, Álvaro. «Historía de la Tecnología». *Ies Castillo de Matrera*, 2011. <https://www.calameo.com/read/0041497418b1e29df66b6>.

Rouanet Moscardó, Jaime. «Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico». *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de derecho informático, UNED, Badajoz*, 2006. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4482975>.

Sáncho López, Marina. *Derecho al Olvido y Big Data: Dos realidades convergentes*. Universidad de Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2020. <https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413553559>.

Velasco Zelaya, Mauricio Ernesto, Zúniga Velis, Román Gilberto, Cáder Camilot, Aldo Enrique, Sandoval Rosales, Rommell Ismael, Arias López, José Luis, Garderes Gasparri, Santiago Augusto, y Martínez Ramos, Jorge Ernesto. *El nuevo proceso Civil y Mercantil Salvadoreño*. 1ra Edición. San Salvador, El Salvador: Tecnoimpresos, S.A DE C.V., s. f.

Vilasau Solana, Mónica. *Derecho de Intimidad y protección de datos personales, en Derecho y Nuevas Tecnologías*. 1ra. Edición. Barcelona, España: UOC, 2005.

SITIOS WEB.

«4quincena1.pdf». Accedido 26 de marzo de 2020. <http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esotecnologia/quincena1/pdf/4quincena1.pdf>.

«apartado3-2.asp — ocwus». Accedido 25 de marzo de 2020. http://ocwus.us.es/didactica-y-organizacion-escolar/nuevas-tecnologias-aplicadas-a-la-educacion/NTAE/asigntae/apartados_NNTT/apartado3-2.asp.html.

«.arpa». En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 8 de marzo de 2020. <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=.arpa&oldid=124103743>.

«ARPANET». En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 7 de marzo de 2020. <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=ARPANET&oldid=124093652>.

«Asamblea Legislativa de El Salvador | Más cerca de tí.» Accedido 5 de abril de 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/3389>.

«Benchmarking sobre las definiciones de las TIC en la sociedad del conocimiento.pdf». Accedido 25 de marzo de 2020. http://beta.fa.uach.mx/investigacion_y_posgrado/2018/08/16/Benchmarking%20sobre%20las%20definiciones%20de%20las%20TIC%20en%20la%20sociedad%20del%20conocimiento.pdf.

«Cifras usuarios redes sociales 2019 | Luces y sombras de las marcas». Accedido 30 de marzo de 2020. <https://fatimamartinez.es/2019/04/08/cifras-usuarios-activos-mensuales-de-redes-sociales-2019/>.

Cubillos Ospina, Diana Siomara. «Origen, historia y evolución de las Tics». Sites.google. *TICS* (blog), 15 de octubre de 2009. <https://sites.google.com/site/ticsyopal5/assignments>.

Equipo Díde. «Sexting, sextorsión y grooming. ¿Qué son? ¿Tu hijo o hija está a salvo?» [Www.educaryaprender.es](http://educaryaprender.es), 9 de abril de 2021. <http://educaryaprender.es/sexting-sextorsion-grooming/>.

———. «El Valor probatorio del Documento Electrónico en el Proceso Civil». Ciencias Jurídicas, Pontificia Comillas, 2014. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/771/TFG000814.pdf?sequence=1>.

———. *La Prueba en el Proceso Civil*. 1ra ed. Vol. Tomo I. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2017.

«Informe sobre Medición de la Sociedad de la Información 2015», s. f., 56. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*. 2da Edición supervisada y Actualizada por Enrique Vescovi. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

Infotechnology.com. «¿Qué es blockchain, la tecnología que viene a revolucionar las finanzas?» Accedido 31 de marzo de 2020. <https://www.infotechnology.com/online/Que-es-blockchain-la-tecnologia-que-viene-a-revolucionar-las-finanzas-20160810-0001.html>.

«Inventos importantes del Siglo XX». Accedido 27 de marzo de 2020. <https://www.infolaso.com/ciencia1/45-inventos/930-inventos-importantes-del-siglo-xx.html>.

«Las redes sociales y la violación al derecho a la intimidad». *Universidad Libre, Seccional Bogotá*. 16 de junio de 2015. <http://www.unilibre.edu.co/bogota/ul/noticias/noticias-universitarias/258-las-redes-sociales-y-la-violacion-al-derecho-a-la-intimidad>.

———. «La prueba electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.», marzo de 2018. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/03/C94AC.PDF>.

Naciones Unidas. «Informe anual del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General.» Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Nueva York, Estados Unidos de Norte América: Naciones Unidas, 30 de junio de 2014. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_sp.doc.

———. «Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de Julio 2011», 2011. https://www.academia.edu/898086/El_régimen_constitucional_del_derecho_al_olvido_en

Internet.

———. «Prueba Ilícita y teoría de la conexión de antijuricidad en el proceso Civil», 2010. Ávila Díaz, William Darío. «Hacia una reflexión histórica de las TIC». 19, junio de 2013. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=413835217013>.

Symonds, Rodrigo Sánchez. «Los mejores inventos tecnológicos del siglo XXI y las mentes detrás de ellos». Accedido 27 de marzo de 2020. <https://blogs.unitec.mx/vida-universitaria/inventos-tecnologicos-siglo-xxi-mentes-detras>

«UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.pdf». Accedido 27 de marzo de 2020. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/4011/1/Necesidad%20de%20un%20marco%20legal%20que%20regule%20la%20intervenci%C3%B3n%20del%20notario%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica%20en%20El%20Salvador.pdf>.

«Vista de LAS REDES SOCIALES: UNA NUEVA HERRAMIENTA DE DIFUSIÓN». Accedido 31 de marzo de 2020. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/view/1513/1521>.

WhatsApp.com. «WhatsApp». Accedido 6 de abril de 2020. <https://www.whatsapp.com/>.

Wikipedia. «Historia de la tecnología». En *Wikipedia, la enciclopedia libre*, 8. Wikipedia, 24 de marzo de 2020. https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Historia_de_la_tecnolog%C3%ADa&oldid=124527200

NORMATIVA.

Centro de Documentación Judicial. «Código de Comercio». Centro de Documentación Judicial. Accedido 3 de abril de 2020. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_slv_comercio.pdf.

«CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.pdf». Accedido 3 de abril de 2020. <https://tramites.gob.sv/media/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES.pdf>

«Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf». Accedido 3 de abril de 2020. https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_El_Salvador.pdf.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico», 12 de junio de 1996. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.

oas.org. «Constitución de la República de El Salvador», s. f. https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Republica_del_Salvador_1983.pdf.

Asamblea Legislativa. «Ley de Acceso a la Información Pública». Jurídica. Accedido 25 de marzo de 2020. <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/493>.

«Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con su nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998 | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Accedido 6 de abril de 2020. https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce.

«LEY PROCESAL DE FAMILIA.pdf». Accedido 5 de abril de 2020. <http://www.pgr.gob.sv/documentos/LEYES%20PDF/FAMILIA/LEY%20PROCESAL%20DE%20FAMILIA.PDF>.

SENTENCIAS

Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro. Sentencia de Apelación Ref. 91-4CM-13-A (Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro 8 de diciembre de 2013).

Hábeas Corpus, No. 148-2020 (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 10 de marzo de 2020).

Inconstitucionalidad, No. Ref. 34-2014 (10 de junio de 2018).

Inconstitucionalidad 19-2016 (Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 12 de junio de 2019).

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Inconstitucionalidad, No. 91-2007 (Sala de lo Constitucional 24 de septiembre de 2010).

Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Casación, No. 360-CAC-2012 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 10 de agosto de 2014).

———. Recurso de Revocatoria pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, No. 240-CAL-2015 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 9 de noviembre de 2016).

———. Sentencia de Casación Civil ref. 124-CAM-17, No. 124-CAM-2017 (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 10 de noviembre de 2017).

———. Sentencia de Casación Civil Ref. 156-CAM-2017 (Sala de lo Civil 10 de febrero de 2018).

———. Sentencia de Casación Laboral, No. 289-CAL-2019 (Laboral 10 de abril de 2016).

———. Sentencia de Casación Laboral ref. 12-Apl-2016, No. 12-Apl-2016 (14 de agosto de 2016).

———. Sentencia de Casación Laboral refe. 481-CAL-2018 (horas con 50 minutos del día 8 de jui9o de 2019).

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. Amparo, No. 118-2002 (2 de marzo de 2004).

———. Inconstitucionalidad, No. 36-2004 (2 de septiembre de 2005).

———. Inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004, No. 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez.).

———. Inconstitucionalidad 10-2020, No. 10-2020 (Sala de lo Constitucional 12 de febrero de 2020).

———. Inconstitucionalidad art. 191 Código Penal, No. 91-2007 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 15 de septiembre de 2010).

———. Inconstitucionalidad art. 311 del Código de Trabajo, No. 105-2014 (Sala de lo constitucional 12 de noviembre de 2017).

———. Inconstitucionalidad sobre la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concreto para Atender la Pandemia COVID-19, No. 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 (Sala de lo Constitucional 18 de junio de 2020).

———. «Sentencia de Inconstitucionalidad 133-2015», 9 de abril de 2018. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2018/04/CD2B5.PDF>.

Tribunal Superior de la Sala Primera. Sentencia, No. 278/2021 (Tribunal Superior de la Sala Primera de de Madrid 10 de mayo de 2021).

Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta de lo Social, de la Villa de Madrid, España. sentencia del Tribunal Supremo, No. 451/2010 (Tribunal Supremo, de la Sala Cuarta de lo Social, de la Villa de Madrid, España 16 de junio de 2011).

Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, Madrid España. Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, No. 2387/2014, número de resolución 300/2015 (Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal, Madrid, España 19 de mayo de 2015).

Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Cataluña. sentencia del Tribunal Supremo, No. 706/2020 (Tribunal Supremo de la Sala de lo Social de Cataluña. 23 de julio de 2020).

TESIS.

Batres Recinos, Yansy Stephany, Guevara Merino, Kattya Lissett, y Sosa Miranda, Jessica Xiomara. «El Documento Electrónico como Medio de Prueba en el Código Procesal Civil y Mercantil.» Tesis para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas, El Salvador, 2015.

Benavides Salamanca, Leo Bladimir. «La Prueba Electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.», 2018.

<https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2018/03/C94AC.PDF>.