

LA VALORACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA*

The assessment of the electronic document in Colombia

Recibido: 24 de septiembre del 2012

Revisado: 15 de octubre del 2012

Aceptado: 20 de enero del 2013

*Cindy Charlotte Reyes Sinisterra***

RESUMEN:

Este artículo tiene como finalidad principal mostrar avances y conclusiones que se han tomado del estudio de un Proyecto de Investigación titulado «La prueba electrónica en Colombia». Aunque son muchos los aspectos, que sobre la prueba electrónica se han dicho hasta el momento, la idea es plantear una posición inicial y concreta sobre la valoración de lo que en la actualidad ha denominado la doctrina como documento electrónico.

Se hace énfasis en la valoración de la prueba, porque es uno de los grandes retos a los que se enfrentan tanto la comunidad académica como los jueces que consideran que son ajenos a todo aquello que en el proceso esté contenido en un medio novedoso, como el electrónico. Se demuestra que la solución está más cerca de lo imaginado, y que no es otra, que entender de fondo el sentido de las instituciones del Derecho Procesal, y diferenciar el documento tradicional de un documento que por sus características especiales traspasen la frontera de un medio de prueba a otro, como en el caso del dictamen pericial.

Se parte de presupuestos que han sido vistos y calificados como complejos, pero que encuentran solución cuando se separan diferentes aspectos que tienen relación con la prueba, tales como: licitud, autenticidad, veracidad y eficacia, lo que en muchos casos ha llevado a la comunidad a confundir el manejo que a esta prueba se le debería dar en un proceso judicial.

PALABRAS CLAVE:

Prueba, prueba electrónica, valoración de la prueba, documento electrónico, mensaje de datos.

ABSTRACT:

This article aims to show progress and main findings of the study were taken from a research project entitled «The use of electronic evidence in Colombia». Although many aspects of

* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto: «La prueba electrónica en Colombia» desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Procesal (GIDPRO) de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

** Abogada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especializando en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Msc. en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente de las materias Teoría General del Proceso y Derecho Comercial General de la Universidad Libre de Cúcuta. Abogada Litigante. Directora de Proyecto «La Prueba Electrónica en Colombia» como investigadora del Grupo de Investigación de Derecho Procesal «GIDPRO» de la Universidad Libre de Cúcuta. Correo electrónico: cindyreyes318@hotmail.com.

electronic evidence that have been said so far, the idea is to raise a specific position and on the assessment of what is now called the doctrine as electronic evidence.

Emphasis is placed on the evaluation of evidence, because it is one of the great myths challenges facing both the academic community and the judges they consider to be outside whatever the process is contained in a novel means, as the mail. We show that the solution is closer than imagined, and that there is another background to understand the sense of procedural law institutions, and differentiate a traditional paper document their special characteristics side of the border of half test to another, as in the case of the expert.

It is part of budgets that have been seen and described as complex, but find solution when separating different aspects that are related to the test, such as legality, authenticity, veracity and efficiency, which in many cases has led to the community to confuse the management that this test should be given in a judicial proceeding.

KEY WORDS:

evidence, electronic evidence, evaluation of evidence, electronic document data message

INTRODUCCIÓN

La valoración de la prueba, es uno de los temas que diferentes expertos del Derecho Procesal, han venido estudiando a lo largo de los años, debido a su importancia, siendo la etapa probatoria, una de las más importantes del proceso. Pero... ¿Por qué se califica a esta etapa como una de las más importantes del proceso y no a otra? Se podría pensar en esta respuesta: Es en este instante, cuando las fuerzas se miden entre las partes, sin ser esto, un molde que limite al juez, para decretar pruebas de oficio cuando así se requiera, cumpliéndose como objeto del procedimiento, la tutela efectiva de uno o varios derechos de la parte que los tenga, promoviendo de esta forma, que la justicia no se quede en las páginas de un libro, o en las cátedras moralistas y abstractas en donde solo alcanza el calificativo de una utopía jurisdiccional y en otros casos de las partes.

De otro lado, el mundo es expuesto a los alcances de la ciencia y la tecnología, y es así como se escucha por todos lados hacer referencia a las tecnologías de la información y de la comunicación, a tal punto de tener influencia en algunas ciencias sociales, como el Derecho. Es decir, con lo anterior se quiere resaltar que instituciones que tienen directa relación con el Derecho Procesal, han sido influenciadas en este siglo, por las Tics, y solo bastaría con pensar en la jurisdicción, la competencia, etc., para darse cuenta que el mundo cada día tiene menos límites cuando se trata de hacer referencia a la sociedad de información.

Una de las instituciones más importantes del Derecho, y que sirve como instrumento para aplicar el derecho sustancial a situaciones específicas, es el proceso. El anterior, también presenta gran influencia en todo su desarrollo (procedimiento) de lo que se busca a través de lo que se ha denominado Plan de Justicia

Digital, pero cabe resaltar que para efectos de este documento de investigación se hará énfasis en una de las etapas del proceso, que es donde adquiere bastante importancia la práctica de las pruebas para su posterior valoración.

En Colombia, desde hace muchos años y con la expedición de la Ley 527 de 1999 (Congreso, 1999), se empezó a hablar y a regular lo concerniente al acceso y uso de mensajes de datos, pero lo anterior no ha sido suficiente para hacer referencia a lo que es en totalidad una prueba electrónica, entendiendo el concepto de la misma, con la interpretación que puede hacerse en base a la lectura de la norma anteriormente citada y bajo figuras como la equivalencia funcional que asemejó todas las pruebas que podrían darse en un medio electrónico, a la prueba documental tradicional.

Sin embargo muchos son los estudios que en abstracto se han escrito acerca del tema, y que en principio parten de definiciones algo confusas que asemejan al igual que la Ley 527 de 1999 (Congreso, 1999) el concepto de prueba electrónica y prueba documental, y que se prestan para que alrededor del mundo se hable de sinónimos que no son más que conceptos mal utilizados, y que se diferencian en cuanto a la generalidad que pueda abarcar uno y otro, lo que de entrada puede generar una primera hipótesis que se resume de la siguiente manera: «todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico».

Otra de las grandes confusiones que hace presencia en lo relacionado con la valoración de la prueba electrónica y los medios de prueba que deben servir de ruta de acceso en el proceso, para demostrar un hecho, es que aunque parece una distinción que se ha dejado clara en el pasado, es necesaria de recordar y no es otra que la definición de fuente y medio

de prueba en relación con la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación frente a las consecuencias que esto puede tener en un futuro en materia probatoria.

Es así, como se muestran algunos de los incidentes interesantes que la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el Derecho generan, pero específicamente en una de las etapas más neurálgicas e importantes del mismo: la etapa probatoria, haciendo énfasis en la tarea que en específico deberán tener algunas respuestas por parte de los administradores de justicia, pero que también serán de gran utilidad a litigantes, docentes y en general a toda la comunidad académica.

COMENTARIO PRELIMINAR AL PLAN DE REDACCIÓN

El Derecho Probatorio es una de las ramas más importantes del Derecho por cuanto, si bien el derecho de acción se cristaliza en el proceso, por medio de un acto procesal, que no es otro que la demanda, pues esa demanda a su vez contiene en sí misma una pretensión que deberá ser fundamentada en hechos que solo se pueden demostrar por medio de las pruebas. ¿Es lo mismo prueba que medios de prueba? Dentro de los medios de prueba que se conocen, se encuentran el testimonio, el dictamen pericial, la inspección judicial, la prueba documental, ahora en vigencia del Código General del Proceso, también la declaración de parte, el juramento estimatorio y la prueba por informes.

Para efectos de este artículo, muchos pueden pensar que solo se hará relación a la prueba documental, lo que no es cierto y obedece precisamente a la confusión entre fuente y medio de prueba a la que se hizo referencia anteriormente. Esto en respuesta, a que con el apareamiento de las Tecnologías de

información y la comunicación, también nace en materia probatoria lo que se puede denominar como **documento electrónico** o mensaje de datos, tal y como se denomina en la Ley 527 de 1999, pero en realidad el estudio de lo concerniente a la prueba electrónica es mucho más amplio que el que pensó el legislador al expedir la ley anteriormente citada que en la práctica no ha concebido muchos aspectos que se tratarán de explicar a lo largo del desarrollo de este artículo de reflexión sobre el tema en estudio.

Hasta este momento, todo parece entendible y de cierta manera un problema más teórico y de conceptos, pero lo cierto es que es a partir de experiencias prácticas donde se construyen bases y fundamentos para que la teoría no se aleje a la realidad que se presenta a través de un medio intangible, tal y como se da en estos casos y el uso de la prueba electrónica, en las diferentes ramas del derecho, por cuanto el crecimiento de actividades que se han simplificado en respuesta a la desmaterialización de los mismos para que sean más ágiles, también necesitan de un proceso que les garantice tutela efectiva.

Es preocupante, pero por la desconfianza en la tecnología se pueden generar desde obstáculos relacionados al acceso a la administración de justicia como la violación de los derechos de las personas que no podrán tener otra opción que renunciar al único medio probatorio que en determinados casos sería el más idóneo para demostrar un hecho que fue realizado a través de un medio electrónico.

En el año de 1999, se intentó dar respuesta a la situación con la expedición de la Ley 527, que aunque incorporó algunos términos que serán de gran importancia para el estudio del documento electrónico y la incorporación del mismo dentro de la práctica judicial, lo cierto es que tanto los litigantes como los administradores de justicia siguen dudando

de su confiabilidad, integralidad, autenticidad y eficacia. No se quedan atrás los estudiantes de muchas universidades del país que aún haciendo parte de un proceso de formación jamás llegan a conocer realmente que es una prueba electrónica, cómo debe ser aportada, y demás características que terminan por direccionar la utilización de la misma dentro de un determinado proceso.

Las consecuencias de esta desconfianza, cada vez son más graves y ya no serán casos excepcionales sino muy frecuentes aquellos en donde se pueda revelar la falta de conocimiento por parte de jueces, litigantes, estudiantes de derecho y las mismas partes respecto del tema. Algunos derechos como el debido proceso, contradicción, acción, prevalencia del derecho sustancial frente al procesal, defensa y el derecho a la prueba se podrán ver vulnerados a gran escala frente a un rechazo de la sociedad en respuesta a las exigencias que sus mismas prácticas sociales, económicas y políticas en busca de la globalización y el desarrollo.

De esta manera, se podría resumir lo que se pretende a través de la realización de este artículo, producto de un proyecto liderado por la Universidad Libre de Cúcuta y que se materializará en la elaboración de un documento que servirá de guía para utilizar las pruebas electrónicas, y además responderá a aspectos tales como, la valoración, solicitud, admisión, y decreto de las mismas. A través de este documento también se hará una crítica directa a las creencias preestablecidas que se puedan tener al respecto del tema y que se consideren erróneas, interpretación del marco legal existente en esta materia y crítica de Leyes como el caso de la 527 de 1999, y figuras que se vuelven enunciativas en la práctica, tales como la que desde hace años se denomina equivalencia funcional.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son los aspectos que debe tener en cuenta el operador jurídico para la valoración de la prueba electrónica en Colombia?

METODOLOGÍA

Este artículo es producto de la investigación que se está realizando en torno a «La prueba electrónica en Colombia», la cual, es socio-jurídica partiendo del análisis crítico que se hará con base en vacíos normativos y la interpretación de normas que deberán ayudar a evitar ambigüedades, que puedan generar conflictos que tengan consecuencias negativas frente a la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Se utiliza un método inductivo porque se parte de casos individuales donde se evidencien conflictos en torno a la solicitud, decreto y valoración de pruebas electrónicas, lo que permite estructurar respuestas relacionando aspectos teóricos y prácticos, resolviendo la problemática que se pretende resolver.

El método hermenéutico es de vital importancia, por cuanto la interpretación de leyes y de teorías será necesaria para la estructuración de parámetros que son de utilidad a los administradores de justicia en lo que concierne a la valoración del documento electrónico en Colombia.

1. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN EL DERECHO

El Derecho es una ciencia que tiene influencias ideológicas pero que siempre tendrá que ir evolucionando para poder solucionar los conflictos de una sociedad que por naturaleza difiere de pensamientos y de valores sociales, económicos y culturales. Sin lugar a dudas, el Derecho es una disciplina en permanente cambio

porque parte de las necesidades del hombre y de sus comportamientos.

De otro lado, el denominado medio electrónico puede llegar a ser el medio más necesario y más empleado en el campo jurídico, para probar hechos que son relevantes dentro de un proceso y que serán determinantes respecto a lo que podrá ser tenido en cuenta por los jueces para administrar justicia. Frente a una alternativa probatoria bastante innovadora, serán necesarias adecuaciones en el contexto del Derecho Procesal y Derecho Sustancial partiendo de nuevos cambios que deben generarse respecto a la solicitud, decreto, práctica y valoración de la prueba electrónica en Colombia.

La valoración de la prueba electrónica, en la actualidad es un tema de gran importancia, pero aunque existen leyes como la Ley 527 de 1999 en Colombia que han reiterado la equivalencia funcional de este tipo de pruebas con el documento tradicional, la utilización de los mismos es mínima en los diferentes Juzgados, Tribunales y Cortes colombianas, ya sea por la desconfianza que de éstos implícitamente reconocen la mayoría de jueces, la falta de preparación de los litigantes en este ámbito, o la ignorancia de los avances probatorios respaldados legalmente que se han vivido respecto del tema, por parte de la población. La valoración de la prueba electrónica se debe adaptar a la normativa existente en la actualidad como han sido las modificaciones establecidas en la Ley 1395 de 2010, y el Código General del Proceso que indirectamente han abierto paso a los cambios que son consecuencia de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

La problemática en la comunidad respecto a la utilización de pruebas electrónicas, el decreto y práctica e incluso la valoración de las mismas ha incrementado a través de los años. En el

año 2008 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (CSJ, 2008), negó el derecho al acceso a la administración de justicia por rechazar la presunción de autenticidad del documento electrónico. Actualmente son más los casos en que los hechos que deben ser demostrados dentro de un proceso encuentran esta posibilidad por medio de este tipo de pruebas a los que el legislador se ha referido como documentos elaborados o mensajes de datos.

En cuanto a las normas existentes sobre la regulación de los documentos tradicionales en Colombia, y que en muchas ocasiones deberán complementar lo regulado en la Ley 527 de 1999, hay que hacer alusión al Código General del Proceso, pero un aspecto como el reconocimiento expreso de la presunción de autenticidad frente a los mensajes de datos, está en espera mientras la Ley 1564 de 2012 (Congreso, Ley 1564, 2012), entra en vigencia, en totalidad. El anterior Código de Procedimiento Civil, se prestaba en muchas ocasiones para que se le negara a las pruebas electrónicas cabida en un proceso pensado a la antigua, pero tanto la Ley 1395 de 2010 (Congreso, Ley 1395, 2010), como el Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), han sido mucho más claros y representan un avance para que el uso de la prueba electrónica en Colombia, aumente con el paso del tiempo.

Para la Universidad es de gran importancia hacer un estudio que basado en las normas jurídicas, realidades sociales y estudio de casos pueda responder los siguientes interrogantes: ¿Se refiere la legislación existente a como debe ser la valoración del documento electrónico?, ¿Se aplica la presunción de autenticidad a los documentos electrónicos con fundamentos en la ley y en la misma Constitución?, ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la utilización de este tipo de pruebas en la práctica judicial?, ¿Qué aspectos deberán ser tenidos en cuenta por las partes que

necesiten solicitar este tipo de pruebas y que aspectos deberán ser tenidos en cuenta por los administradores de justicia respecto a la eficacia, pertinencia y valoración la prueba electrónica en Colombia?

Todas estas preguntas formuladas anteriormente fueron punto de partida para desarrollar un proyecto que lidera la Universidad Libre de Cúcuta, sobre «La Prueba Electrónica en Colombia», en el que se plantearán varios puntos que no se han tenido en cuenta por los administradores de justicia colombianos, fundamentados en planteamientos de expertos en el tema dentro del ámbito nacional e internacional, Tratadistas de Derecho Procesal y Derecho Probatorio Internacional.

En respuesta a lo propuesto anteriormente, se considera de gran relevancia realizar un estudio sobre los aspectos legales que deben ser tenidos en cuenta por los jueces colombianos para la valoración de la prueba electrónica dentro de un proceso, una investigación que servirá de consulta para estudiantes y académicos; se propondrán soluciones y respuestas que generarán argumentos que podrán ser de gran utilidad para los litigantes del país. Se creará mediante esta ampliación de una primera investigación denominada «La presunción de autenticidad del documento electrónico»¹ (Reyes Sinisterra, 2009), una guía que evidenciará la necesidad de utilizar este tipo de pruebas dentro de los procesos judiciales.

2. PRUEBA ELECTRÓNICA VS. DOCUMENTO TRADICIONAL

Como se viene explicando, lo que se hizo en países como Colombia, al tratar el tema de la prueba electrónica fue asimilar su valoración al documento tradicional, por

eso se consideró hacer alusión al concepto de documento tal y como viene siendo concebido desde hace mucho tiempo.

La doctrina, (Cardozo Isaza, 1985) define el documento como «cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o por el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano»; mientras que (Rodríguez, 1983) sostiene «De lo hasta aquí expuesto, se deduce que el documento es:

- a. Un acto extraprocesal y pre-procesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este (opinión que no comparte el profesor Jairo Parra Quijano, por cuanto un documento no es un acto sino una cosa, que sirve para representar).
- b. Contenido en una cosa (el documento no está contenido en una cosa, sino que la cosa es el documento mismo que sirve para representar)
- c. Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad (puede servir para emitirlas, pero, en sí mismo, el documento es una cosa).
- d. Con relevancia jurídica probatoria (es criterio expuesto por Carnelutti).
- e. En relación con el tema a probar (este requisito tiene que ver con la eficacia del documento y no debe estar

¹ Esta investigación fue presentada en el marco del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2008. Además, con este trabajo se obtuvo el Primer puesto del IX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2008.

contenido en una especie de definición)

Para Hernando Devis Echandía, el documento «Es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera» (Devis Echandía, 1994). Francesco Carnelutti señala «El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho» (Carnelutti, 1955) y Jaime Guasp, lo define como:

«La Prueba real es aquella en que un objeto físico sirve como instrumento para convencer al juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Más dentro de la prueba real hay que establecer una distinción importante según que el objeto físico que funciona como medio de prueba sea susceptible, por su naturaleza de ser llevado a la presencia del órgano jurisdiccional. Sólo en el primero de estos dos casos es cuando realmente cabe hablar, dentro de un proceso, de prueba documental». «Documento es, por tanto, aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez» (Guasp, 1968).

Ahora, es importante hacer un pequeño recorrido para entender lo que ha dicho la doctrina, acerca del documento electrónico, y de esta forma evidenciar el porqué de su trato confuso, y el calificativo que incluso la misma Ley 527 de 1999 le da a los documentos electrónicos, sin regular en forma absoluta lo que concierne a la prueba electrónica, tal y como se plantea en este artículo.

Según el profesor Jairo Parra Quijano:

«todos los humanos se habían acostumbrado, casi a confundir documento con papel, pero desde hace algún tiempo, se logró que las personas se acostumbrarán por ejemplo, a entender que un video, un disco, también eran documentos, esto por decirlo de alguna forma, amplió la mente de los humanos para aceptar que puede hablarse de documento, cuando está contenido en un soporte informático. Este es el material donde se encuentra la declaración o representación, lo cual le permite afirmar que «documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento» (La cosa es el soporte electrónico)» (Parra Quijano, 2009)

El continente (mentalmente se puede imaginar papel y se hace la sustitución), será el soporte o máquina informática, donde se encuentra almacenado o archivado. Su contenido o parte espiritual, puede ser declarativo o representativo (piénsese un escrito, o en la forma oral); por ser impulsos electrónicos para ser visualizado por el ser humano, se requiere la utilización de otros objetos como pantallas o papel. (Parra Quijano, 2009)

Según Heredero Higuera, «El soporte puede no ser «papel» y los «significantes» o signos representativos del

contenido o «significado» pueden no ser palabras, grafismos o imágenes, sino magnitudes físicas que representan en forma codificada unas nociones o noticias que son susceptibles de registro, proceso y transmisión» (Higueras , 1992).

El profesor Jairo Parra Quijano, en evidencia de que la doctrina colombiana también ha limitado el concepto de prueba electrónica, al documento tradicional realiza un cuadro en su manual de derecho probatorio (Parra Quijano, 2009), que permite verificar el postulado de la figura de equivalencia funcional pero solo respecto del documento en papel y el electrónico. ¿Será el documento electrónico, el único medio de prueba al que se puedan equiparar los mensajes de datos o mejor, los hechos que ocurren en un medio electrónico?

En el siguiente cuadro se puede apreciar una analogía entre el envío de documentos en papel y el envío de los documentos electrónicos, comparándolos en los aspectos antes mencionados:

	Documentos en Papel	Documentos Electrónico
<p>Integridad: ¿Cómo se asegura la integridad de un documento?</p>	<p>Se utiliza una empresa de correo y/o envíos confiables (tal como correo certificado o sistemas similares), igualmente se puede utilizar un sobre de correo con alguna clase de sello de seguridad.</p>	<p>Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que además de permitir la verificación de la integridad permite verificar simultáneamente la autenticidad del documento.</p>
<p>Autenticidad: ¿Cómo se asegura la autenticidad de un documento?</p>	<p>Se utilizan los servicios de una Notaría como testigo del acto voluntario del documento. (Hay que tener en cuenta las modificaciones de la Ley 1395 de 2010.</p>	<p>Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que permite la verificación de la autenticidad del documento.</p>
<p>Confidencialidad: ¿Cómo se asegura la confidencialidad de un documento?</p>	<p>Se puede utilizar adecuadamente sellado y con algún tipo de protección que le permita al receptor analizar el sobre y determinar si éste fue o no abierto durante el envío. De la misma forma se utiliza un medio de envío confiable.</p>	<p>Se utiliza una técnica de la criptografía denominada cifrado (encriptado). De esta forma se asegura que solo las personas que cuentan con acceso a una clave pueden leer el documento.</p>

Además el profesor Jairo Parra hace un breve resumen de los métodos de cifrado (encriptado) de esta forma:

a. **Criptografía de Clave secreta:** Este método es también conocido como criptografía simétrica. Se utiliza una misma clave para cifrar y descifrar (desencriptar) un mensaje. La principal desventaja de este método es que tanto el que envía como el que recibe un documento debe conocer la clave usada en el cifrado (encriptado), lo que implica que el que envía el documento debe también enviar en algún momento su clave secreta con el riesgo de que ésta sea interceptada y con ella alguien no autorizado pueda interpretar los mensajes. Este tipo de criptografía se utiliza tanto en la creación de firmas digitales como en el cifrado (encriptado) de documentos. (Parra Quijano, 2009)

b. **Criptografía de Clave Pública:** Este método es también conocido como criptografía asimétrica y fue diseñado para minimizar el riesgo de enviar claves secretas a través de algún medio o sistema de envío de información. Este método utiliza dos claves matemáticamente relacionadas en lugar de una sola clave, una de éstas es conocida con el nombre de clave pública y la otra como clave privada. La clave pública es tal como su nombre lo indica de dominio público mientras que la clave privada es mantenida en secreto y no

es necesario que sea enviada ni a los receptores o emisores de los mensajes electrónicos. Este método se utiliza tanto para la generación de firmas digitales como para el cifrado (encriptado de documentos). (Parra Quijano, 2009)

El profesor Jordi Nieva Fenoll, también estudia el tema de la valoración de la prueba, asimilando la misma a lo que él denomina los mensajes multimedia de la siguiente forma:

Con respecto a la valoración de los documentos multimedia firmados electrónicamente, existe una polémica sobre si un documento privado suscrito con la firma electrónica avanzada reconocida, es decir, con la firma que supuestamente posee más garantías técnicas, tiene valor de prueba tasada en el proceso, o puede tenerlo. La pregunta es si el legislador, ha dispuesto una norma de prueba legal en estos casos. (Nieva Fenoll, 2010).

La respuesta, pese a las dudas que ha generado este extremo, es claramente negativa, simplemente porque ni la firma electrónica más perfecta, en el estado actual de la técnica, puede garantizar que el que la utilizó fuera realmente su titular, que es, en última instancia, el encargado de su custodia. Simplificando mucho, la firma electrónica es una clave con la que suscribimos los documentos, como por ejemplo cuando ordenamos una transferencia a un banco a través de internet. Pues

bien, si le dejamos esa clave a otra persona o simplemente esa clave nos es robada, el documento no habrá sido suscrito por el titular de la firma y, por tanto, hay que darle la oportunidad a ese titular de que pruebe que no fue él quien utilizó la firma. (Nieva Fenoll, 2010)

3. LA VALORACIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS VS. FIRMA ELECTRÓNICA

En primer lugar hay que decir que la valoración de los documentos electrónicos, o documentos multimedia como los ha decidido denominar el profesor Jordi Nieva Fenoll, se ha estudiado siempre desde la óptica de la prueba documental por la doctrina nacional e internacional como se ha demostrado en el aparte anterior, por lo que se consideró la idea de mencionar de forma concreta como debe ser la valoración de un documento electrónica que posea firma electrónica frente al que carezca de ella, sin concluir con esto que la prueba electrónica solo se limite al estudio del documento reproducido en este medio.

3.1 DOCUMENTOS SUSCRITOS CON FIRMA ELECTRÓNICA

Para algunos, el encontrar un documento que sea suscrito con firma electrónica, genera frente a la valoración de la prueba, un efecto parecido al de estar frente al resultado de una prueba de ADN, en un proceso donde se discuta la paternidad de una persona. Sin embargo, no es tan simple con crear una cierta tarifa legal para todos los casos en donde se presente un documento de este tipo.

Desde luego, ante un documento suscrito con firma electrónica avanzada

reconocida, las posibilidades de contradicción son pequeñas porque ínfimas son también las posibilidades de acreditar su uso ilegítimo. Y por ello el juez, valorando libremente la prueba, normalmente reconocerá la autenticidad del documento. Pero si le presentan evidencias en sentido contrario no podrá negarse a aceptarlas (Nieva Fenoll, 2010).

Lo dicho, por el profesor Jordi Nieva Fenoll, parece algo sencillo, pero en la práctica no debe ser desechado, porque será de vital importancia que el juez considere esas pruebas que en contrario pueden destruir la presunción de autenticidad de los documentos electrónicos, tal y como se puede leer del mismo Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), por cuanto es legal, y no siempre será absoluta tal y como se explica de la siguiente manera:

Si algún día las actuales firmas electrónicas son sustituidas por métodos biométricos de reconocimiento de la identidad, que ya existen en el mercado, es posible que entonces sí que fuera posible crear esa norma de prueba legal, porque las huellas biométricas no son transferibles y, por tanto, fuera de lo estricta y salvajemente delictivo², su uso ilegítimo es imposible. Y pese a lo expresado, en este caso concreto el profesor Jordi Nieva Fenoll se muestra totalmente a favor de la creación de una norma de prueba legal en esos casos en la que identificación del autor del documento sea indiscutible, simplemente porque la ciencia habrá logrado conferir lo que jamás

logramos por otros medios con anterioridad: el 100 por 100 de certeza. En esas condiciones sí que es procedente establecer una norma de prueba legal (Nieva Fenoll, 2010).

Pero hasta ese momento, la valoración de los documentos privados firmados electrónicamente debe ser libre³, porque esa certeza sin duda de ninguna clase, lo cierto es que a día de hoy no existe. (Nieva Fenoll, 2010)

3.2 DOCUMENTOS SUSCRITOS SIN FIRMA ELECTRÓNICA

Es en este momento cuando muchos podrían calificar al documento electrónico, como una prueba que difícilmente podrá ser utilizada por el mayor porcentaje de la sociedad, necesitando de una firma electrónica, que en todos los casos no es accesible, para las personas en general. Podría calificarse así como una prueba que se hizo para aquel que quiera demostrar un hecho y tenga capacidad económica para hacerlo y no bajo el postulado de Chiovenda de darle la razón a quien la tenga, no a quien tenga el mejor abogado. Pues si el manejo del documento electrónico se hace bajo esta tarifa legal indirecta, no se tratará solamente de los honorarios del abogado, sino de los entes de certificación, el costo que genera el tener una firma electrónica avanzada y además que la mayoría de los intercambios de información que se dan por medios electrónicos, los realizan usuarios que no siempre poseen una firma electrónica avanzada, y esto no puede servir de excusa al Estado para no proteger los derechos de la personas y que lo que se concibe como

tutela judicial efectiva se derrumbe porque se trate de un nuevo continente: el electrónico.

«La valoración de los documentos multimedia sin firma electrónica, según el profesor Jordi Nieva Fenoll tienen más posibilidades de ser modificados sin dejar rastro que los documentos tradicionales. Cuando antes se imitaba una firma, poniendo el documento en manos de un perito calígrafo podía llegar a determinarse que, efectivamente, la firma había sido copiada. Si se alteraba el contenido de un documento podían analizarse las diferentes tintas empleadas, o que el texto no seguía los mismos renglones, o bien incluso que existían raspaduras en el texto, algunas verdaderamente artesanales, que hoy prácticamente han desaparecido con la existencia de las impresoras (Nieva Fenoll, 2010).

Sin embargo, ello no tiene que llevar a concluir que debe desconfiarse irracionalmente de los documentos multimedia. Lo indica el profesor Jordi Nieva Fenoll porque es lo que sucede normalmente. Existe, como tantas otras veces, el prejuicio de la infinita modificabilidad del documento multimedia, lo que hace que cuando se aporta al proceso sea ya un documento bajo sospecha. Y, como casi siempre, dicho

³ Se trata este tema con más profundidad y más detalle en Nieva Fenoll, Jordi. *Práctica y valoración de la prueba documental multimedia*. Actualidad Civil, octubre 2009, número 17, pp. 2026 y ss.

perjuicio es completamente irracional» (Nieva Fenoll, 2010).

Lo anterior, deja de paso el siguiente interrogante: ¿Puede concluir el juez en todos los casos que un documento electrónico sin firma electrónica avanzada debe ser valorado como un indicio? En respuesta a esto, se podría decir, que más que pensar en que el documento suscrito sin firma electrónica avanzada debe valorarse como indicio, debería pensarse mejor, en figuras que no son de papel, ni de adorno en los códigos y los ordenamientos jurídicos, tales como en Colombia, en donde se habla de la valoración conjunta y razonada de la prueba, pues si esto, aplica para el documento escrito, no hay una justificación que puedan darle un menor valor al documento electrónico, y menos en un país, en donde se habla de un sistema de valoración libre, y en donde se aplican las reglas de la experiencia y la sana crítica.

Sin embargo, hay que desde este punto hacer la aclaración, respecto a lo que se afirma anteriormente, pues se considera que podrá aplicarse esta opción siempre y cuando el hecho que se quiera demostrar no haya ocurrido en el medio electrónico, sino que lo que se quiere es demostrar electrónicamente un hecho, en donde la firma electrónica si puede cobrar bastante importancia y en caso de no existir, será la prueba pericial esa ruta de acceso al proceso, que le permita al juez que las partes demuestren un hecho que no es posible de verificar sin acudir a una ciencia o técnica que el mismo, no posee.

No es completamente cierto que los documentos multimedia puedan modificarse sin dejar rastro. De hecho, modificarlos sin que nadie lo note no resulta nada fácil, y hasta hay programas que impiden la modificación,

aunque es cierto que sus seguridades pueden ser burladas, pero no fácilmente. Suponiendo que se trate de uno de esos documentos modificables, siempre que se cambia algo en el documento se modifica también la fecha del mismo. Y si la modificación se hace en el ordenador del propio falsificador, es posible que el archivo del documento acabe llevando su nombre, y no el del autor originario. Esos son pequeños detalles que pueden pasar desapercibidos a un falsificador no avezado, que son mayoría en la población a poco que se piense (Nieva Fenoll, 2010).

Pero es cierto, que lo anterior puede ser evitado con facilidad. Sin embargo, hay otros datos que son muy difícilmente manipulables. El archivo del documento tiene siempre una cantidad de bytes muy precisa, que se modifica siempre que el documento cambia, y que es muy difícil conservar hasta el último byte. Y por otra parte, el escrito que contenga el archivo siempre tiene una cantidad de palabras y de caracteres, con y sin espacios. (Nieva Fenoll, 2010)

Toda esa información es accesible con gran facilidad, pero es casi imposible conservarla exactamente si realizo cualquier modificación, por pequeña que sea, a este documento. Pues bien, si ha habido algún cambio en el documento aportado al proceso, el juez puede consultar sin ninguna dificultad y con gran rapidez

todos estos datos técnicos, y además siempre es mucho más seguro la fidedignidad de las copias de ese modo que, por ejemplo, realizando un cotejo visual que, no es que llegue nunca a ese detalle, sino que jamás se lleva a cabo en realidad (Nieva Fenoll, 2010).

Siendo ello así, el profesor Jordi Nieva Fenoll cree que el tópico de desconfianza irracional frente a los documentos electrónicos, debería desaparecer, o al menos cambiar, con base en todos los argumentos expuestos anteriormente, ya que teniendo en cuenta aspectos como los mencionados, y partiendo que se trate de probar electrónicamente un hecho, no será indispensable formar una prueba compuesta que siempre deba servirse de la pericial, aclarando además que aunque la sociedad no lo crea así, es muchísimo más difícil de alterar un documento electrónico, que cualquier documento escrito tradicional.

Los adelantos tecnológicos aplicados al Derecho como ciencia y al proceso como institución de la misma, no son para generar inseguridad jurídica, como siempre se teme y se afirma, sino por el contrario un proceso que refleje mayor seguridad, cumpliendo con la economía procesal que debe ser tenida en cuenta, no como una regla que jamás se cumple en Colombia, sino como lo que se busca con base en la simplicidad de los procedimientos, que reflejen una tendencia significativa del proceso para ser en últimas, el instrumento para aplicar el Derecho Sustancial a un caso concreto, como lo afirmó un día Hernando Devis Echandía (Devis Echandía, 1994).

4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO

Valorar es apreciar el material probatorio (Morello, 2001), implica una

actividad intelectual donde el juez da su personal alcance de prueba, atendiendo a la eficacia natural y legal que cada prueba tiene *per se* dentro del proceso.

El juez valora la prueba principalmente en dos momentos procesales: el tiempo de su ingreso al proceso, para proveer su admisión, y al final de la instancia para fallar. Así, «adquirido para la causa el material probatorio dice Liebman, el juez debe valorarlo libremente «según su prudente apreciación», esto es, con el uso de la razón y de la experiencia; y del proceso lógico seguido así como de los resultados de tal valoración debe dar cuenta, sucintamente o exhaustivamente, en la motivación de la sentencia» (Liebman, 1980).

Algunos temas se pueden desprender de los estudios que tienen incidencia con la prueba y su importancia dentro del proceso, entendiendo su función como la de «demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación» (Couture, 2010). Se han interesado diferentes autores, alrededor del mundo para desarrollar temas tales como, el concepto de la prueba, qué se prueba dentro del proceso, quién prueba, pero para este escrito será la valoración de la prueba el tema objeto de estudio y desarrollo en relación a un medio que responde a la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el proceso judicial, el electrónico.

Por regla general, cuando se habla de demostrar hechos dentro del proceso, por medio de las pruebas, se entiende que los mismos satisfacen su objeto. Sin embargo, Eduardo J. Couture explica lo siguiente al referirse al tema «La regla ya expuesta de que sólo los hechos son objeto de la prueba tiene también una serie de excepciones. La primera excepción consiste en que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba». (Couture, 2010).

Lo anterior, respondiendo a la lógica de que en un proceso, solo se demostrará los hechos controvertidos dentro del mismo. Pero... ¿Qué relación tiene el objeto de la prueba con la valoración de la prueba electrónica?. En primer momento, parecen temas que no se relacionan, ni requieran estudio en conjunto, pero lo cierto es que cuando se trata de utilizar una prueba como la electrónica, es de vital importancia reconocer si el hecho controvertido tuvo lugar en un medio electrónico y de esta forma el juez podrá reconocer que para valorar la prueba en algunos casos (cuando se quiera probar un hecho ocurrido en un medio electrónico), debe utilizar como ruta de acceso al proceso (medio de prueba), el dictamen pericial.

Otro de los temas que estudia la doctrina, es la relación de la presunción de autenticidad que puede predicarse de una de las pruebas electrónicas: el documento electrónico. Según Eduardo J. Couture «Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta» (Couture, 2010). Lo anterior, puede ser entendido en Colombia, como la diferencia que existe entre una presunción legal y una presunción de derecho, en donde la primera se diferencia de la segunda, porque respecto de la misma se puede presentar prueba en contra.

Sin embargo el tema que interesa para este momento y que se puede relacionar con lo que plantea la doctrina es diferente y por esto se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué relación tiene la presunción de autenticidad del documento electrónico con la valoración de la prueba electrónica en Colombia?. Lo cierto, es que hay que aclarar que una cosa es la autenticidad del documento, que se basa en una presunción legal, es decir, admite prueba contrario, y otra muy diferente la

veracidad de los hechos que se pretenden demostrar a través del documento, distinción muy importante para el juez que se encuentra en la tarea de valorar una prueba, que de entrada no puede dejar de lado por cuestiones que tengan relación con su autenticidad por el continente en el que se produjo (medio electrónico), pero que tampoco se encuentra amarrado a dar por probados los hechos que se pretenden demostrar por la parte que la aporta al proceso, ya que una cosa es la presunción de autenticidad del documento y otra muy diferente la presunción sobre los hechos que recae la prueba, por ejemplo: los indefinidos o los notorios.

5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN COLOMBIA

Muchos se preguntan acerca de la complejidad que presenta el referirse en la práctica, a la valoración de la prueba electrónica, pero en realidad en esta investigación se darán nuevas herramientas de orientación que se construyeron a partir de una conclusión a la que llega el profesor, JOAN PICO Y JUNOY: «...hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de «probar un hecho electrónico» (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a «probar electrónicamente un hecho» (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de «probar electrónicamente un hecho electrónico» (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores) (Abell Lluch & Picó I Junoy, 2011).

¿Qué relación tiene la diferencia entre probar un hecho electrónico y probar electrónicamente un hecho con respecto

a la valoración que debe hacer el juez en determinado proceso?. Pareciera a simple vista, que el tema en nada pudiera afectar esta actividad que en Colombia, responde a la aplicación de lo que se conoce como sana crítica y reglas de la experiencia, pero esta afirmación no es del todo válida en mi concepto, y tiene directa relación a como se considera debe realizarse la práctica de esta prueba respondiendo a la diferenciación de un hecho que ocurre en un medio electrónico y un hecho que aunque ocurrió en un medio diferente, se pretenda probar utilizando una prueba electrónica.

Es bien sabido, que el dictamen pericial es uno de los medios de prueba que se deben utilizar siempre que el juez deba acudir a cierta ciencia, técnica o arte que no posee, para que un hecho que no es visible directamente frente a sus ojos, lo sea por medio de la explicación que debe realizar un experto. Es así, que la conclusión parte de un factor sencillo y que es evidente: «Siempre que se trate de probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, el medio de prueba que debe servir como ruta de acceso, debería ser el dictamen pericial, o de lo contrario, de nada serviría aportar una prueba de este tipo a un proceso, en donde el juez está imposibilitado para entender algo para lo que no está preparado, por no ser ingeniero o perito informático, según sea el caso, o por lo menos el caso se tornaría de una complejidad bastante alta que debería probarse con base en la probabilidad que le ofrezcan otros medios de prueba.

Con lo explicado hasta el momento, gran parte de la doctrina podría diferir de esta conclusión. Es clara la posición, frente a la cual es recomendable al juez que siempre que esté, frente al caso explicado anteriormente, deberá valorar esa prueba, buscando que el ingreso al proceso de la misma, sea un dictamen pericial.

¿Siempre debe ingresar la prueba electrónica por medio de un dictamen pericial al proceso? Evidentemente muchos pensarán que la respuesta a este interrogante es positiva, por lo sostenido anteriormente, pero lo cierto es que no. En los casos, en que simplemente se pretenda probar electrónicamente un hecho, y partiendo de que este hecho no solamente es susceptible de un medio electrónico para probarse dentro del proceso, se podrá simplemente acudir a la utilización de la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de las pruebas, lo que ayudará a que el juez pueda construir un rompecabezas que constituirá el sentido de la sentencia al finalizar el proceso, pero no será necesario, en estos casos, un dictamen pericial, y el medio de prueba como ruta de acceso al proceso, puede ser la prueba documental.

6. REGLAS DE LA EXPERIENCIA VS. PRUEBA ELECTRÓNICA

Cuando se hace referencia a las reglas de la experiencia, es importante estudiar como la doctrina ha relacionado este tema con los que se clasifican en hechos evidentes o notorios. Según Eduardo J. Couture «La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas máximas de la experiencia. Éstas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie» (Couture, 2010). Básicamente, el juez al valorar la prueba puede considerar que un hecho es evidente, que es notorio y por tanto exento de prueba tal y como Eduardo J. Couture trata de explicarlo mediante el siguiente ejemplo:

«Si de la prueba producida surge que un automóvil corría a 150 kilómetros por

hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de dos metros. La experiencia, el común conocimiento en el estado actual de información que poseemos, nos enseña que tal cosa es imposible» (Couture, 2010). ¿Podrá aplicarse sin problema esta tesis cuando el juez esté valorando una prueba electrónica?. La respuesta a esta pregunta, presenta cierta complejidad, y más si se parte de la notoriedad que pueda presentar un hecho que pudo suceder en nuestro medio (cuando se pretende demostrar electrónicamente un hecho) o cuando sucedió en un medio que es ajeno al físico y tradicional (cuando se pretende demostrar un hecho electrónico), y sin llegar a ser algo radicales se podría afirmar inicialmente que las máximas de las experiencia aplicadas al primer caso no presentarían tantas complicaciones, como cuando de probar un hecho electrónico se trate.

Por ejemplo: Si un estudiante afirma que envió un correo a su profesor dentro de la fecha estipulada por el mismo, y el profesor muestra que el correo llegó fuera de la fecha ¿Cuál sería la máxima de la experiencia aplicable al caso?, ¿Se podría decir que siempre y casi siempre el estudiante miente al profesor?, ¿Se podría decir que el profesor siempre y casi siempre trata de hacer que los estudiantes pierdan la materia?, ¿Se podría pensar en estas máximas de la experiencia que solo parten de predicados que presumen la mala fe?

En este caso planteado, sería suficiente recurrir a un dictamen pericial y las reglas de la experiencia no tendrían lugar. En lugar de complicarle al juez su tarea, se debe decir que la experiencia que pueda partir de algo que es susceptible a otra ciencia, no puede ser exigido al mismo, ni las partes pueden ser víctimas de creencias incorrectas que pueden ser comprobadas por un medio de prueba (la prueba pericial), que resulta ser el

conducente para demostrar el hecho que tuvo ocurrencia en un medio electrónico.

7. VALORACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS VS. VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

En esta parte, es importante la distinción que hasta el momento no ha hecho de forma acertada la doctrina, pues de manera reiterativa se encuentra que aquellos que estudian el tema de la prueba electrónica la asimilan al mensaje de datos, y en esto equivaldría a considerar a la prueba electrónica en la mayoría de los casos en equivalencia a una prueba documental, lo que no es absoluto.

En el caso del hecho que ya se distingue como electrónico, en anteriores explicaciones, se puede vislumbrar de manera clara que ocurrió en un medio electrónico pero que no es un documento electrónico o mensaje de datos el que está demostrando o no el envío del correo electrónico, sino que se podría hablar de un hecho electrónico que puede constituir una prueba pericial y no una documental, pues será solo por medio de otra ciencia o técnica que se podrá entender el contenido de la misma en el proceso, lo que de igual forma implica, que el medio de prueba a utilizar en estos casos sea la prueba pericial y no la documental.

Según la Ley 527 de 1999, considera al mensaje de datos como «La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicadas por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax» (Congreso, 1999). Lo que implica, que no debe confundirse la información que se considera como mensaje de datos, con el hecho de si se envió o no, la hora en que fue enviada, entre otros temas, que pueden ser de vital importancia para abordar el tema de la valoración de la prueba

electrónica en Colombia, y como aporte al derecho comparado.

8. DICTAMEN PERICIAL: CONDUCENCIA DE LA PRUEBA (HECHO ELECTRÓNICO)

Este es uno de los apartes de este artículo que buscan más que adentrarse en un tema, proponer ciertos interrogantes que se derivan de lo que se pueda concebir como la conducencia de la prueba electrónica cuando se trate de demostrar en el proceso un hecho que ocurrió en un medio electrónico.

Es decir, que partiendo de la división que de forma teórica propone el profesor JOAN PICO I JUNOY, respecto de los hechos que ocurren en la realidad perceptible por el ser humano sin necesidad de un medio como el anteriormente mencionado, y el que sí necesita del mismo (hecho ocurrido en un medio electrónico), existen diferencias que pueden tomar conceptos que se han venido estudiando hace muchos años en el Derecho Probatorio, tales como el de conducencia de la prueba.

Partiendo de lo anterior se quiere plantear la siguiente pregunta: ¿Es la prueba electrónica la conducente para demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico? En respuesta a todo lo planteado se puede responder positivamente. Sin embargo, lo anterior puede dar lugar al siguiente interrogante: ¿Cuál de los medios de prueba que pueda concebirse como electrónico es el que se tiene como conducente para estos casos? ¿No influirá esto al momento de tomar la decisión o es mejor referirse a la prueba electrónica de forma genérica?

Estos interrogantes se resolverán de forma posterior, en otro estudio que se encuentra en ejecución, pero a manera de reflexión se presenta a la comunidad académica, a quien de manera integral le interesa el tema de la aplicación de las

tecnologías de la información y la comunicación en lo concerniente a la administración de justicia, más específicamente, la etapa probatoria del proceso judicial, en concreto.

9. ESTUDIO DE CASO

Para efectos de demostrar cómo viene realizándose la utilización de la prueba electrónica en Colombia, es pertinente presentar el siguiente caso:

Una persona natural, presenta una petición de tutela porque considera que una empresa que hace envío de correo no permitido (spam), ha vulnerado su derecho fundamental al habeas data. La petición de tutela es tramitada por un juzgado promiscuo municipal de Rovira-Tolima que cuenta con la tecnología para recibir y enviar correos electrónicos, incluso para la presentación de tutelas. La parte demandada, para este caso, alega que no deberá concederse el amparo al accionante con base en los siguientes hechos:

«1. «La competencia para conocer de la acción de tutela recae sobre los jueces donde ha ocurrido la violación o la amenaza que motivan la solicitud en primera instancia...»

2. «El factor territorial es el elemento principal para que se conozca o no de la acción y que los hechos denunciados ocurrieron en la ciudad de Bogotá por lo cual sería este el territorio donde se debió instaurar la acción...»

3. «El accionante ha escogido este Despacho judicial en forma deliberada pudiéndolo hacer en Bogotá donde funcionan cerca de ciento cincuenta (150) Despachos

Judiciales competentes para conocer de la misma con competencia funcional y territorial para hacerlo y por consiguiente buscar: impedimento de ejercer el Derecho de defensa»

4. «Respecto de los derechos vulnerados como lo son el de la intimidad y de Habeas Data, estos no han sido violados en ningún momento...»

5. «Concluye diciendo que hará las averiguaciones correspondientes para verificar la legalidad del correo utilizado para su notificación ante el Consejo Superior de la Judicatura y lo relacionado con la reglamentación o cambio de competencia para que la tutela se tramite fuera de Bogotá»

La contestación del ciudadano Héctor Cediél, quien también tenía relación con la actividad de quien es directamente demandado responde después de ser notificado lo siguiente:

1. «Dice haber enviado una propuesta como agencia de publicidad buscando nuevos productos por este medio electrónico ya que según él, el email marketing es un medio novedoso y de refuerzo y asegura: siempre y cuando se maneje como spam».

2. «Que es de conocimiento del accionante JUAN CARLOS SAMPER que al colocar el email en tarjetas comerciales o en eventos empresariales está sometido a recibir comunicaciones en cualquier momento».

3. «...Considera que no incurrió en ninguna violación de la intimidad al ya mencionado señor SAMPER por cuanto se trataba solamente de una propuesta comercial y que su mail es utilizado únicamente para recibir propuestas comerciales y que es solo su responsabilidad el envío del paquete promocional...»

4. «Concluye tomando esta situación como un impase y no como una situación que genere un conflicto judicial.» (Sentencia de Tutela, 2003).

De la actuación de la parte demandada se pueden hacer las siguientes críticas:

a). Lo que se alega en el presente caso es la ocurrencia de un hecho electrónico.

b). La violación de los derechos de habeas data y de intimidad se dará como realizada por tanto, si tuvo lugar el hecho electrónico que se comenta en la parte fáctica de la sentencia.

c). El concepto de competencia no puede desconocer en estos casos, la virtualidad que comprenden todas las conductas informáticas con implicaciones jurídicas.

d). Olvida la parte demandada que el Consejo de Estado en pronunciamiento realizado frente a una acción de nulidad de diciembre 18 de 2002, explica que el lugar donde se produce la violación o amenaza del derecho fundamental no sólo es aquél donde se despliega la acción o se incurre en la omisión, sino también a donde alcanzan los efectos de tales conductas (Sentencia de Tutela, 2003).

Los efectos jurídicos del manejo inadecuado de las nuevas tecnologías se

desplegaron en el ciberespacio en donde está ubicado el domicilio del actor, porque lo no se puede decir que el juez que conoce del caso carece de competencia.

f). La utilización de un correo electrónico para presentar, admitir, notificar una petición de tutela no es violatorio del debido proceso, por cuanto la misma ley estatutaria de la administración de justicia consagra la aplicación de las Tics en el proceso judicial.

g). El domicilio virtual del señor, JUAN CARLOS SAMPER, es el correo electrónico.

h). El domicilio virtual está conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia permanente en la Web de la persona. (Sentencia de Tutela, 2003).

i). Las teorías en que se basa la sentencia en estudio, tienen respaldo legal en la ley 527 de 1999, la ley 794 de 2003 y actualmente se podría decir que en la ley 1395 de 2010 y la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

j). El mensaje de datos con el que se notifica a la parte demandante permite identificar al iniciador del mismo, es decir su autoría, y verificar si su contenido tiene su aprobación.

k). Aunque el juzgado no cuente con una firma digital, si cuenta con una electrónica, pero se hizo uso de la cuenta oficial del Consejo Superior de la Judicatura, método que permite identificar al incitador del mensaje de datos.

l). En cuanto a la integridad y conservación de la información digital creada por el juzgado, ha permanecido en forma completa e inalterada en los equipos informáticos del mismo, en donde se custodia como cualquier expediente en soporte de papel (Sentencia de Tutela, 2003)

m). La presunción de buena fe no puede aplicarse para los documentos escritos y desconocerse frente a la utilización de los mensajes de datos.

Lo anterior, sirvió como precedente para generar muchas respuestas prácticas que tendrán lugar cuando se implemente en totalidad al que se han referido como plan de justicia digital en el país, pero lo cierto es que el manejo de la prueba electrónica se hizo de forma incorrecta por la parte demandada por las siguientes razones:

1). La parte demandada alega la vulneración del debido proceso con base en que no se practicaron pruebas en Bogotá, tales como una inspección judicial, pruebas que no eran necesarias por cuanto siempre confesaron que el envío de los email se hacía tal y como lo narró el accionante.

2). La defensa, la basan en demostrar la falta de competencia del juez, olvidando que el lugar donde ocurrió el hecho fue en un medio electrónico.

3). Olvidó la parte demandada que era suficiente demostrar que el consentimiento del demandante había sido la razón para que este fuera destinatario de los emails enviados tal y como confesaron desde un principio.

4). El e-marketing de permiso permite la conducta anterior, siempre y cuando sea con la aprobación del destinatario, lo que era posible de demostrar simplemente, con un contrato virtual.

5). En caso de negarse el envío de los emails, por tratarse de un hecho electrónico debía ser probado por medio de un dictamen pericial.

Como se puede estudiar de la lectura de este ejemplo, la utilización de la prueba electrónica en el país, no es algo tan

novedoso como se piensa, pero que sin la debida orientación teórica y práctica, puede generar millones de fallos desfavorables en el país mientras se fija la mirada en una nueva frontera del Derecho Probatorio que viene siendo cruzada en todo el mundo desde hace muchos años, y que nuestro país no es la excepción como se pudo demostrar anteriormente.

Conclusiones

El sistema de valoración en Colombia, no varía en consecuencia al medio de reproducción de la prueba.

La valoración de la prueba electrónica de un hecho ocurrido en un medio electrónico, es posible en el proceso, pero siendo la prueba pericial la que sirva de ruta de acceso a la misma.

El juez no posee la ciencia ni la técnica para saber si un hecho ocurrido en un medio electrónico, realmente sucedió, pero el perito en estos casos, hará las veces de un traductor.

La valoración de la prueba electrónica de un hecho que no ha ocurrido en un medio de este tipo, no necesitará como ruta de acceso al mismo la prueba pericial.

El juez deberá aplicar en ambos casos (aunque esté en presencia de hechos ocurridos en un medio electrónico o no) las reglas de la experiencia y la sana crítica. Solo que en el caso que se trate de un hecho que se realice en este medio, se aplicarán las mismas, al dictamen pericial que se presente.

REFERENCIAS

Sentencia de Tutela, Radicado 73-624-40-89-002-053-00 (Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira 21 de Julio de 2003).

Abell Lluch, X., & Picó I Junoy, J. (2011). *La Prueba Electrónica*. Barcelona: Librería Bosch.

Asamblea General ONU. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cardozo Isaza, J. (1985). *Pruebas Judiciales* (Quinta ed.). Bogotá: Librería Jurídica Wilches.

Carnelutti, F. (1955). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Editorial Arayu.

Congreso. (7 de Julio de 1998). Ley 446 . *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, entre otras*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (18 de Agosto de 1999). Ley 527. *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (8 de enero de 2003). Ley 794. *Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (22 de Enero de 2009). Ley 1285. *Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*. Colombia.

Congreso. (30 de Julio de 2009). Ley 1341. *Por la cual se definen principios y conceptos sobre sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y las comunicaciones, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (12 de julio de 2010). Ley 1395. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Colombia.

Congreso. (12 de julio de 2012). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Colombia.

Couture, E. J. (2010). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (cuarta ed.). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.

CSJ. (8 de Mayo de 2008). Sentencia de Tutela. Colombia.

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal* (10 ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Higueras , H. (1992). *Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos* . Madrid: Universidad ICADE.

Liebman, E. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Vol. 68). Madrid: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Morello, A. M. (2001). *La Prueba: Tendencias Modernas* (Segunda ed.). Buenos Aires: Librería Editora Platense.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Parra Quijano, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio* (Décimo Séptima ed.). Bogotá: Librería Ediciones de Profesional.

Reyes Sinisterra, C. C. (2009). La presunción de autenticidad del documento electrónico. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 278.

Rodríguez, G. H. (1983). *Curso de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional LTDA.

