

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA, SU VALIDEZ Y
APLICACIÓN EN LOS AÑOS 2017-2019.

PABLO FEDERICO DE LA CUESTA BOTERO

CRISTIAN DANILO GUTIERREZ HERNANDEZ

Asesor: Dr. CESAR AUGUSTO BEDOYA CARDONA

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

PEREIRA, 2021

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA, SU VALIDEZ Y
APLICACIÓN EN LOS AÑOS 2017-2019.

FEDERICO DE LA CUESTA BOTERO

CRISTIAN DANILO GUTIERREZ HERNANDEZ

Proyecto presentado como requisito inicial de trabajo de grado para optar el título
de abogados.

Asesor: Dr. CESAR AUGUSTO BEDOYA CARDONA

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

PEREIRA, 2021

NOTA DE ACEPTACIÓN





Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Pereira, enero de 2021

Tabla de Contenido

	Pág.
Introducción.....	7
1. Título.....	12
2. Planteamiento del Problema.....	12
3. Pregunta de investigación.....	14
4. Justificación.....	15
5. Objetivos.....	18
5.1. Objetivo General.....	18
5.2. Objetivos Específicos.....	18
6. Marco Referencial.....	19
6.1 Estado del Arte.....	19
6.2 Marco Histórico.....	21
6.3 Marco Teórico.....	24
6.4 Marco Jurídico.....	26
6.4.1. Jurisprudencia.....	29
6.5 Marco Conceptual.....	30
6.5.1. <i>Las evidencias digitales e informáticas</i>	30
6.5.2. <i>Los mensajes de datos y su valoración</i>	30
6.5.3. <i>Criterios para valoración de las pruebas electrónicas</i>	31
6.5.4. <i>Efecto probatorio de los mensajes de texto y audio</i>	31
6.5.6. <i>Custodia y rigurosidad judicial de la prueba electrónica</i>	32
7. Diseño Metodológico.....	34

7.1	Forma de investigación.....	34
7.2.	Tipo de investigación.....	34
7.3	Método de Investigación.....	35
7.4	Instrumentos de Recolección de Información.....	36
8.	Formato de entrevista Semiestructurada.....	36
9.	Técnicas de Análisis de Información.....	38
10.	Cronograma.....	39
11.	Estrategia de Divulgación de Resultados de Investigación.....	40
12.	Capítulo 1.....	41
	Aspectos doctrinales, teóricos y normativos que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro procesos judiciales.....	41
12.1.	El documento electrónico escrito.....	45
13.	Capítulo 2.....	48
	Reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial.....	48
14.	Capítulo 3.....	55
	Análisis normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia de acuerdo con las Altas Cortes.....	55
14.1.	Ley 8ª de 1970.....	56
14.2.	Ley 527 de 1999.....	56
14.3.	Decreto Reglamentario 1747 de 2000.....	59
14.4.	Sentencia C-622 de 2000.....	60
14.5.	Sentencia C-831 de 2001.....	61
14.6.	Ley 794 de 2003.....	61
14.7.	Ley 906 de 2004.....	63

14.8.	Decreto 1791 de 2007.....	64
14.9.	Ley 1437 de 2011.....	65
14.10.	Ley 1480 de 2011.....	66
14.11.	Decreto ley 19 de 2012.....	69
14.12.	Ley 1564 de 2012.....	71
14.13.	Decreto 2364 de 2012.....	74
14.14.	Jurisprudencia.....	77
14.14.1.	Corte Constitucional de Colombia.....	77
14.14.2.	Consejo de Estado.....	78
15.	Capítulo 4.....	81
	Índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos de los despachos judiciales en Colombia.....	81
16.	Reflexión final.....	88
17.	Conclusiones.....	96
18.	Impacto del proyecto.....	98
19.	Referencias Bibliográficas.....	102
	Anexos.....	106
	Anexo No 1. Formato entrevista Semiestructurada.....	106

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN EL 2017-2019.

“Todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico”. C. CHARLOTTE REYES S. (2013)

Introducción

En la actualidad en Colombia se continúan presentando dificultades y controversias en cuanto a la valoración de la prueba electrónica y su incorporación a un proceso judicial pues estas evidencias tienen sus requisitos para ser aceptadas, y el primero de estos es que la prueba haya sido obtenida de forma lícita y que para su obtención no se hayan violado los derechos o libertades fundamentales del usuario del dispositivo.

Bajo estas consideraciones problemáticas, y tomando como fundamento el epígrafe *“Todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico”.* Reyes, (2013), la propuesta para el desarrollo del trabajo investigativo, tiene por objetivo general, indagar desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia, sus efectos jurídicos, validez y aplicación de acuerdo a procesos entre los años 2017 a 2019. Para obtener los resultados pertinentes a lo que se pretende, se describen los criterios de valoración de la prueba electrónica conforme a lo establecido en la Ley 1564 de 2012 en Colombia.

De igual manera, se busca establecer la validez y fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos dentro de un proceso judicial. Además, se pretende resaltar los pronunciamientos relevantes en materia

normativo y jurisprudencial sobre los efectos jurídicos, validez y aplicación de la prueba electrónica en Colombia, así como también se estudia el índice de aplicación en cuanto a validez, efectos jurídicos y fuerza obligatoria de la prueba electrónica dentro de los procesos en los despachos entre los años 2017 a 2019.

Con respecto a este último objetivo, debe advertirse previamente que fue objeto de ajustes de tipo metodológico en su desarrollo, debido a la coyuntura mundial de salud pública con repercusión en todos los sectores productivos, comerciales y del sector público que se atraviesa en la actualidad en Colombia y ante la cual no es ajena la Ciudad de Pereira, debido a la pandemia COVID 19, se había propuesto desde los inicios del presente trabajo como uno de los instrumentos aplicado, realizar una entrevista semiestructurada con el propósito de estudiar el índice de aplicación en cuanto a validez, efectos jurídicos y fuerza obligatoria de la prueba electrónica dentro de los procesos en los despachos del Distrito Judicial de Pereira.

Sin embargo, después de diligenciarse el formato de entrevista, no se pudo efectuar personalmente las entrevistas, por lo que en el mes de septiembre se optó por seleccionar un grupo de funcionarios de diferentes despachos judiciales del círculo judicial Pereira, y enviarse vía e-mail el formato de la entrevista esperando sus respuestas, proceso metodológico de recolección de información que se denomina como muestreo por conveniencia, el cual es una técnica de muestreo no probabilístico y no aleatorio utilizada para crear muestras de acuerdo a la facilidad de acceso, y que en esta ocasión resulta muy justificado debido a la dificultad para acceder a despachos judiciales de forma presencial.

Pero pese al esfuerzo, las entrevistas nunca fueron respondidas por los funcionarios judiciales, por razones que bien pudieron ser personales, laborales o de logística propia de la coyuntura que se ha estado viviendo en todo el país.

Para el desarrollo del trabajo de investigación que tiene por objetivo general, indagar desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba

electrónica en Colombia, sus efectos jurídicos, validez y aplicación de acuerdo a procesos en los años 2017 a 2019, la investigación es de forma aplicada socio-jurídica de tipo descriptiva, partiendo del análisis crítico que se realiza con base en vacíos normativos y la interpretación de normas que sirven de ayuda para evitar dudas y contradicciones en cuanto a su aplicación, y que pueden llegar a generar conflictos que tengan consecuencias negativas frente a la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Para el desarrollo conceptual, argumentativo y reflexivo de la presente investigación, primero se procede a analizar la documentación para la construcción del referente teórico y normativo, sobre la prueba electrónica o digital en Colombia, así como el análisis documental y bibliográfico sobre el problema de aplicación y eficacia de este tipo de prueba en los procesos judiciales en Colombia y su incidencia. De igual forma, se realiza el análisis de datos estadísticos sobre el problema objeto de estudio a nivel nacional y regional.

Como se pretende hacer una relación del derecho con los fenómenos sociales y la incorporación y usos de nuevas tecnologías electrónicas e informáticas en la comisión de delitos e investigación judicial de los mismos, el tipo de investigación que se aplica en el desarrollo investigativo es investigación aplicada, ya que de acuerdo con Rodríguez (2018, p.1), *“La investigación aplicada es el tipo de investigación en la cual el problema está establecido y es conocido por el investigador, por lo que utiliza la investigación para dar respuesta a preguntas específicas” y además porque es aquella que relaciona el derecho con otras disciplinas del conocimiento y para el caso concreto socio jurídica, en relación a que parte del análisis crítico que se hará con base en vacíos normativos y la interpretación por el juzgamiento de delitos como problemática social.*

Para el desarrollo investigativo, se aplica el método inductivo porque se parte de casos individuales donde se logran evidenciar 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 en cuanto a contextualizar los aspectos doctrinales, teóricos y normativos que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales tomando como punto de incidencia nuestro país..

En consideración a lo antes expuesto, como instrumentos de recolección de información primaria se utiliza el enfoque cualitativo de la investigación aplicada descriptiva mediante recolección de datos estadísticos y de entrevista semiestructurada, la cual se aplica a funcionarios de la rama judicial del área objeto de la investigación, por cuanto es de vital importancia, como expresa (Reyes 2013. p. 9) realizar la interpretación de leyes y de teorías como punto de partida para la estructuración de parámetros y datos verídicos y confiables de primera mano, que serán de utilidad a los estudiantes de derecho, a las partes involucradas en procesos judiciales que puedan tener dudas sobre el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial y su adecuada valoración e incorporación como medio probatorio dentro del proceso.

Al realizarse el desarrollo de la investigación en su etapa de resultados en los cuales se indaga desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia, sus efectos jurídicos, validez y aplicación de acuerdo a procesos años 2017 a 2019. se pretende elaborar un documento que sirva de consulta tanto a estudiantes de la facultad de derecho de las universidades, como a personas del común que necesiten obtener conocimientos sobre como la normativa colombiana desde la Ley 527 de 1999 de comercio electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales y cuáles son los requisitos para negar o aceptarla.

De igual forma al establecer el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial, se procede a realizar socialización de los resultados obtenidos e impacto del proyecto, de acuerdo con los criterios de la Universidad Libre de Pereira.

1. Título

VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA, SU VALIDEZ Y APLICACIÓN 2017-2019.

2. Planteamiento del Problema

Pese a la vigencia de las normas existentes sobre la regulación de los documentos tradicionales en Colombia, existen muchas dudas y desconocimiento sobre el reconocimiento de la presunción de autenticidad frente a los mensajes de voz y datos, contemplados en la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), ya que el anterior Código de Procedimiento Civil, se prestaba en muchas ocasiones para que se le negara a las pruebas electrónicas cabida en un proceso, 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 y tenga mayor aplicación y valor probatorio procesal en la actualidad y con el paso del tiempo. (Reyes, 2013, p. 6)

En la actualidad, la mayoría de las personas emplean el e. mail, las redes sociales y todo de tipo de plataformas electrónicas las el e-mail, sin ningún tipo de firma, quizá con mayor facilidad que con relación al documento escrito tradicionalmente, pero debe tenerse en cuenta que aun sin la firma digital, hoy en día mediante medios tecnológicos se detectan gran cantidad de signos que permiten demostrar la autenticidad del documento electrónico, datos o mensajes de voz como por ejemplo el número de cuenta con alguna empresa, la clave del correo, el nombre del correo, el texto del mensaje, entre otros.

Por lo tanto, resulta evidente que los datos voz pueden ser valorados con respecto a su autenticidad ya que en el encabezado aparecen los nombres de los servidores involucrados en la transferencia del correo, las direcciones IP de los equipos utilizados, las horas de las transacciones referidas al meridiano cero, así como números únicos de identificación de mensajes. El análisis detallado de este encabezado, junto con el análisis de los registros de transacciones de los servidores de correo, así como las condiciones de Internet en el momento de la transacción pueden ayudar a determinar si este mensaje fue o no enviado por determinada persona involucrada en un proceso judicial, que en la actualidad es más frecuente de lo que parece:

“El auge de lo digital también llegó al ámbito judicial. Siete de cada 10 casos de derecho de familia, laboral, civil o penal en el país incluyen pruebas virtuales que van desde conversaciones en WhatsApp hasta el registro de la huella en el celular”. (Benítez, 2018, p. 7)

La validez de una evidencia digital recolectada por medio de plataformas de mensajería, es una inquietud que muchas personas han manifestado tener a la hora de afrontar un pleito legal. Lo anterior al considerar que de acuerdo con una encuesta realizada por la empresa Adalid Corp (2018), una firma consultora, especializada en seguridad informática, *“de las pruebas digitales que se presentan hoy en los procesos judiciales en el país, el 60% son correos electrónicos, el 35% son chats de WhatsApp y de estos el 23% son mensajes de voz. El resto son páginas de internet y otro tipo de documentos”*.

Sumado a lo antes descrito, la ley colombiana acepta los chats y audios de WhatsApp, así como otras plataformas de mensajería como pruebas judiciales, no obstante, se debe tener en cuenta que no todos son válidos, pues deben cumplir con ciertos criterios normativos y probatorios sobre autenticidad, integridad y recuperabilidad para su valoración e incorporación como prueba válida en un proceso judicial.

De acuerdo con Echeverry (2017) con respecto a la valoración de la prueba electrónica expresa:

“De igual manera, es obligatoria una orden judicial para solicitar el análisis del equipo que contiene los mensajes de voz y datos y así mismo, una adecuada cadena de custodia. Otra de las normas que deben cumplirse con obligatoriedad, es que tanto el laboratorio forense especializado en medios digitales, como los programas de software que se usen en el análisis y las personas que realizan el procedimiento, sean legalmente certificados para el manejo de este tipo de pruebas, o de lo contrario perderán su validez”. (Echeverry 2017. p 6))

Es decir, que en cuanto a la valoración de la prueba electrónica se presentan dificultades para su incorporación a un proceso judicial pues estas evidencias tienen sus requisitos para ser aceptadas, y el primero de estos es que la prueba haya sido obtenida de forma lícita y que para su obtención no se hayan violado los derechos o libertades fundamentales del usuario del dispositivo.

3. Pregunta de investigación.

Teniendo como fundamento lo planteado, el desarrollo de la propuesta investigativa pretende darle respuesta al interrogante ¿Cuáles son los criterios teóricos, normativos y jurisprudenciales sobre los efectos jurídicos de la prueba electrónica en Colombia y su validez, valoración y fuerza obligatoria dentro de los procesos 2017 a 2019?

4. Justificación

Desarrollar la propuesta investigativa “Valoración de la prueba electrónica en Colombia, su validez y aplicación en los años 2017-2019”, tiene una gran relevancia jurídica ya que las evidencias digitales son un medio probatorio válido en la legislación colombiana desde la expedición de la Ley 527 de 1999. Con anterioridad, además, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil ya admitía como prueba las evidencias digitales allí relacionadas y cualquiera otra que fuera útil para la formación y convencimiento del juez, y el artículo 251 del mismo código, calificaba como documento cualquier objeto visible que tuviera carácter declarativo. En la actualidad, la vigencia del Código General de Proceso (Ley 1564 de 2012) trajo consigo la consabida integración de las evidencias digitales en esta normativa como pruebas documentales, en primer lugar, con una remisión general que hace el artículo 103 de la citada Ley 527 de 1999, teniendo, así como premisa fundamental el *“uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el procedimiento”*.

Así mismo, el artículo 243 del Código General del Proceso, al describir las distintas clases de documentos, enuncia “los mensajes de datos”, aseveración que conduce nuevamente a la Ley 527 de 1999, en el que se enuncia el término y su definición, lo cual hace más importante la explicación de los requisitos de validez jurídica para los procesos judiciales de este tipo de evidencias, a saber: que este escrito (art. 6º), firmado (art. 7º) y sea original (art. 8º). Es decir, hace referencia a que puedan verse digitalmente para su posterior consulta, tengan una firma electrónica verificable técnicamente y que se pueda garantizar con algún mecanismo técnico que no han sido modificados, lo anterior en concordancia con el artículo 247 del mismo Código general del Proceso en el que se expresa: *“Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron*

generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud”.

Jurisprudencialmente, se debe destacar que, respecto a las normas, sobre los requisitos de validez, valoración y aplicación de la prueba electrónica en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 16 de diciembre del 2010, con ponencia del magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, se aprecia:

“La integralidad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión (...). Esa característica guarda una estrecha relación con la “inalterabilidad”, requisito que demanda que el documento generado por primera vez en su forma definitiva no sea modificado (...). Otros aspectos importantes son el de la “rastreadabilidad” del mensaje de datos que consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad. La “recuperabilidad”, o sea la condición física por cuya virtud debe permanecer accesible para ulteriores consultas; y la “conservación”, pues de ella depende la perduración del instrumento en el tiempo”. (Corte Suprema de Justicia Sentencia 16-12 de 2010).

De igual forma, al indagar sobre la prueba electrónica en Colombia y su aplicación de acuerdo a procesos en los años 2017 a 2019, el desarrollo de la propuesta de investigación tiene una gran importancia social en lo que respecta al derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia, al debido proceso y a que se empleen las mejores herramientas tecnológicas y humanas para que se aplique justicia con igualdad, de acuerdo con lo que estipula el punto No 16. Sobre Paz, Justicia e Instituciones Sólidas promulgado en los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 en Colombia (CONPES 3918), y que en el numeral

16.1 expresa literalmente *“Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo”*. Y aquí la prueba electrónica juega un papel importante para la resolución de casos, empleando medios electrónicos y tecnológicos, lo cual va acorde con lo estipulado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible para las Américas en donde se especifica claramente la necesidad de contar con entidades que trabajen con eficacia, responsabilidad y con inclusión para todos, como principal medio para acceder a la justicia en armonía con el desarrollo sostenible en Colombia.

Además, el desarrollo investigativo del tema propuesto, representa para los profesionales del derecho y para la misma sociedad en general, la inclusión al acceso a la justicia, teniendo en cuenta que debido al auge del desarrollo de las tecnologías de la informática y las comunicaciones, el uso de equipos electrónicos e informáticos en el contexto profesional, social, empresarial es inevitable e inaplazable ya que la modernización gira en un entorno digital y globalizado que no tiene fronteras gracias a su agilidad y efectividad (Sánchez 2016, p 4). Además porque el uso masivo del comercio electrónico, envío y recepción de mensajes de datos, transacciones electrónicas, son actualmente el reflejo de la manifestación de la voluntad de las partes que intervienen en relaciones de tipo personal, comercial, contractual e institucional, tienen una importancia y connotación jurídica que requieren de una valoración confiable y segura, máxime cuando son aportados como medio de prueba documental electrónica en procesos civiles, comerciales, penales, entre otros por lo que es importante reconocer su valor probatorio desde una indagación teórica, doctrinal, normativa y jurisprudencial.

5. Objetivos

5.1. Objetivo General

Indagar desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia, sus efectos jurídicos, validez y aplicación de acuerdo a procesos en los años años 2017 a 2019.

5.2. Objetivos Específicos

Describir los criterios de valoración de la prueba electrónica conforme a lo establecido en Colombia mediante la Ley 1564 de 2012.

Establecer la validez y fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos dentro de un proceso judicial.

Resaltar pronunciamientos relevantes en materia normativo y jurisprudencial sobre los efectos jurídicos, validez y aplicación de la prueba electrónica en Colombia.

Analizar el índice de aplicación en cuanto a validez y efectos jurídicos de la prueba electrónica dentro de los procesos en los despachos del país entre los años 2017 a 2019.

6. Marco Referencial

6.1 Estado del Arte

Al consultarse documentos de investigación y de análisis normativo y documental que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales en Colombia, se encuentra el documento publicado sobre la conferencia para el XIV Congreso Internacional de Derecho Procesal, auspiciado por Universidad Libre de Bogotá, y con presentación de la Dra. López Martínez Adriana (2018) con el título “**La prueba por mensaje de datos**”, en cual se hace un recorrido por la historia normativa de la prueba electrónica y su validez e incorporación como prueba en los procesos, en su presentación se puede resaltar:

“La globalización y expansión de los mercados no es ajena a esta nueva era de las relaciones jurídicas, es así como en el año 2016 las transacciones digitales en Colombia representaron el 2,6 % del PIB, alcanzando en 2017 un crecimiento anual del 36% para un total de 51,2 billones de pesos en la realización de 87 millones de transacciones; Esta realidad sumada a la utilización cotidiana de redes sociales y el correo electrónico conllevó a que en 2014 según estadística; aproximadamente el 40% del material probatorio en los procesos civiles reposaba en medios virtuales”. (López, 2018. P. 1)

Como se puede observar, esta ponencia, presenta serios direccionamientos para llegar al objetivo de Indagar desde lo teórico, doctrinal y normativo sobre la prueba electrónica en Colombia y su aplicación y valoración de acuerdo a procesos en el departamento de Risaralda en los años 2017 a 2019.

De igual forma, se encuentra el documento desarrollado por Andrés Guzmán Caballero (2016). Profesor de pruebas técnicas y E-evidence. Quien publicó en un artículo para la revista *Ámbito Jurídico* “**La valoración de la**

evidencia digital en el Código General del Proceso”, en este se hace un recuento sobre la importancia de la prueba electrónica en Colombia y los requisitos de legalidad para que sean incorporados como prueba en los procesos judiciales en el país.

Se resalta en el documento una apreciación que hace el autor, cuando manifiesta:

“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”. (Guzmán, 2016, p.3)

Apreciación que resulta de gran importancia para establecer el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial y para analizar el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales del país entre los años 2017 a 2019, como propósitos de la investigación a desarrollarse en el presente trabajo de grado.

Sumado a lo anterior, en la publicación, de Benítez Piñeros Katherine (2018) con el título, **“Crece el uso de pruebas digitales como hechos para iniciar procesos judiciales”**. En el cual se hace un estudio sobre la prevalencia y aumento de la prueba digital y obtenida mediante medios electrónicos de voz y datos, al citar a Carlos Montoya, jefe de derecho procesal de la Universidad Libre de la Ciudad de Bogotá, extrae que:

“Existen algunos parámetros que deben cumplir este tipo de pruebas: no alterar el material que se debe entregar en un CD, no afectar derechos fundamentales como la privacidad y, si la información no es pública, se

debe pedir al juez una orden judicial para que la red social o dueña de la aplicación, dé la información requerida”. (Benítez, 2018, p 5)

Este documento presenta aspectos muy importantes sobre los requerimiento que deben aplicarse a las pruebas digitales y electrónicas como mensajes de voz y datos, para que se puedan aceptar como pruebas legales en los procesos, ya que como expresa el autor, los documentos digitales y mensajes emitidos por fuente electrónica o informática, dejan huellas de su autenticidad y del origen de su procedencia y destino , puesto que en el encabezado aparecen los nombres de los servidores involucrados en la transferencia del correo, las direcciones IP de los equipos utilizados, las horas de las transacciones referidas al meridiano cero, así como números únicos de identificación de mensajes. Con lo cual se verifica su originalidad para valorarse como prueba autentica, Benítez (2018), expresa entonces, que el análisis detallado de este encabezado, junto con el análisis de los registros de transacciones de los servidores de correo, así como las condiciones de Internet en el momento de la transacción pueden ayudar a determinar si este mensaje fue o no enviado por el implicado en el proceso judicial.

6.2 Marco Histórico

Al hacerse un recorrido por los aspectos históricos sobre la prueba electrónica, digital u obtenida por medios electrónicos o informáticos, como mensajes de voz y datos, se encuentra que los primeros indicios normativos sobre el tema, se dieron en los años 90, mediante la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, (Ley 270 de 1996), que en su artículo 95, ordenó al Consejo Superior de la Judicatura la incorporación de tecnología de avanzada y con ella previó la validez y eficiencia de los documentos emitidos por dicho medio siempre que

quede garantizada su autenticidad integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales (López, 2018, p. 3).

Meses después, y en el mismo año, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advirtió mediante sentencia que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la anterior disposición debería ser determinado por cada Código de Procedimiento, (Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.) Jurisprudencia que hace entender que la Ley 270 de 1996 no se puede tomar como la fuente normativa de la regulación de la prueba electrónica en Colombia.

Por lo que puede mencionarse que la fuente normativa sobre la prueba electrónica en Colombia se encuentra en la Ley de Comercio Electrónico (Ley 527 de 1999), que en su artículo 5 reglamenta:

“Artículo 5o. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

La expresión Mensaje de Datos lógicamente hace alusión a la prueba electrónica ya que esta Ley es la que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y establece las entidades de certificación y dicta otras disposiciones relacionadas con el Comercio Electrónico”. (Ley 527 de 1999, art. 5)

Sumado a lo anterior, el artículo 6 y 10 de la Ley en mención (Ley 527 de 1999), establecen una condición sine qua non y una disposición fundamental:

“Artículo 6o. Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén

consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.
(López, 2018, p. 5).

De igual forma en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil se encuentra el Artículo 10. Sobre la Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. El cual expresa que *“los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones de este capítulo de la norma”*.

Artículo mencionado que sintetiza que, en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Posteriormente, después del derogamiento del Código de Procedimiento Civil, en el nuevo Código, se establece en su Artículo 165 lo siguiente:

“Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

Ya más adelante, en el año 2012, entra en vigencia el Nuevo Código General del Proceso, (Ley 1564, 2012), en el cual se hace una consolidación a la integración de las evidencias digitales en esta normativa como pruebas documentales, en primer lugar, con aplicación de lo enunciado en el artículo 103 de Ley 527 de 1999, considerando como aplicable el postulado del el “uso de las

tecnologías de la información y las comunicaciones en el procedimiento. (Benítez, 2018, p13)

De igual forma, el Código General del Proceso en su artículo 243 del CGP, al describir las distintas clases de documentos, enuncia

“los mensajes de datos”, aseveración que nos lleva nuevamente a la Ley 527, donde se acuña este término y su definición, siendo trascendente la explicación de los requisitos de validez jurídica para los procesos judiciales de este tipo de evidencias, a saber: que este escrito (art. 6º), firmado (art. 7º) y sea original (art. 8º). (Guzmán 2016, p. 26)

Con el anterior marco de antecedentes históricos normativos sobre la valoración e incorporación de las pruebas obtenidas mediante el uso de las tecnologías informáticas de voz y datos, se le da la importancia para su validez como prueba en el proceso judicial y enuncia los procedimientos y protocolos para valorarlas como tal.

6.3 Marco Teórico

Para tratar el tema sobre valoración de la prueba electrónica en Colombia y su aplicación en los años 2017-2019 en lo que respecta al contexto teórico, es preciso hacer referencia a las precisiones contenidas en la teoría del acto procesal que han enunciadas algunos doctrinantes de relevancia nacional e internacional, por ejemplo, según, Reyes (2013, p. 7) al enunciar que en países como Colombia, al tratar el tema de la prueba electrónica, esta procedimiento fue asimilar a su valoración como documento tradicional, lo anterior al considerar que debe mencionarse el concepto de documento tal y como viene haciendo desde la percepción de doctrinantes como (Cardozo Isaza, 1985. P15), quien ha definido el documento de la siguiente forma:

“Documento es 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”.

Por su parte (Rodríguez, 1983, p.8) ha sostenido con respecto al mismo tema, que sostiene *“el documento es: a. Un acto extraprocesal y preprocesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este”*, opinión que no comparte el profesor Jairo Parra Quijano (2013, p. 9), por cuanto un documento no es un acto sino una cosa, que sirve para representar.

Así mismo, Hernando Davis Echandía (1994. P 34), ha sostenido que el documento es *“toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”* y al hacer alusión a Francesco Carnelutti señala *“El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”* (Carnelutti, 1955, p14)

De acuerdo con las anteriores precisiones doctrinales y teóricas, resulta importante, realizar 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 que sirven de fundamento para el objeto del presente trabajo de investigación.

Al analizar a Sinesterra (2013) se encuentra que al hacer referencia al profesor Jairo Parra Quijano, expresa:

” 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. Por lo tanto, la cosa es el soporte electrónico». (Parra Quijano, 2009, citado por Sinesterra, 2013, p. 8).

Lo anterior se puede dar a entender que en la actualidad y frente a la proliferación de los medios electrónicos e informáticos de transmisión de datos y voz, 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, Sinesterra 2013).

6.4 Marco Jurídico

Con el fin de establecer el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial, debe tenerse presente como primera medida, que 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 en la actualidad, debido al uso masivo de estos medios por personas naturales y jurídicas, y que llegan a resultar determinantes respecto a lo que podrá ser tenido en cuenta por los jueces para administrar justicia. Es debido a estas circunstancias, que hoy en día se cataloga como una alternativa probatoria innovadora pero de mucha repercusión en los procesos judiciales, por lo que resulta necesario reconocer las nuevas modificaciones que en la materia se han dado a nivel legislativo para regular el tema, 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" (Benítez, 2018, p. 9).

Y es que, aunque prevalece la vigencia de las normas existentes sobre la regulación de los documentos tradicionales en Colombia, existen muchas dudas y desconocimiento sobre el reconocimiento de la presunción de autenticidad frente a los mensajes de voz y datos, contemplados en la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), ya que el anterior Código de Procedimiento Civil, se prestaba en muchas ocasiones para que se le negara a las pruebas electrónicas cabida en un proceso, 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 y tenga mayor aplicación y valor probatorio procesal en la actualidad y con el paso del tiempo. (Reyes, 2013, p. 6)

Es así que, la Ley No. 527 de 1999, en sus artículos 3 y 5, establece:

"Artículo 3°. "Interpretación. En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe".

Observándose que en lo que respecta a las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley (527 de 1999) y que no estén expresamente resueltas en ella, serán dirimidas de conformidad con los principios generales que en ella se inspira.

De igual forma se encuentra en la misma norma en mención:

"Artículo 5°. "Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos".

Si la persona contra la cual se exhibe, niega su autenticidad, en ese evento la carga de la prueba le corresponde al aportante de que efectivamente el

documento es auténtico y también que se ha mantenido su integridad, para lo cual se puede utilizar la prueba pericial”. (Ley 527 de 1999. Art. 5)

Como se puede observar, las evidencias digitales son un medio probatorio válido en la legislación colombiana desde la expedición de la Ley 527 de 1999. Previo a esto, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil ya admitía como prueba las evidencias digitales allí relacionadas y cualquiera otra que fuera útil para la formación y convencimiento del juez, y el 251 de la misma norma calificaba como documento cualquier objeto mueble que tuviera carácter declarativo. Por lo que se puede sintetizar, que, desde el mismo nacimiento de estos medios probatorios, se entienden insertados en la legislación nacional.

Por otro lado, con la entrada en vigencia del Código General de Proceso (Ley. 1564 de 2012) se presenta la consabida integración de las evidencias digitales en esta normativa como pruebas documentales, en primer lugar, con una remisión general que hace el artículo 103 de la citada Ley 527 de 1999, teniendo, así como premisa fundamental el “uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el procedimiento”. (Benítez, 2018, p13)

Sumado a lo anterior, se encuentra que en el artículo 243 del CGP, al describir las distintas clases de documentos, enuncia

“los mensajes de datos”, aseveración que nos lleva nuevamente a la Ley 527, donde se acuña este término y su definición, siendo trascendente la explicación de los requisitos de validez jurídica para los procesos judiciales de este tipo de evidencias, a saber: que este escrito (art. 6º), firmado (art. 7º) y sea original (art. 8º). (Guzmán 2016, p. 26)

Del anterior marco jurídico sobre la prueba digital u obtenida por medios electrónicos o informáticos de voz y datos, se evidencia de acuerdo a la normatividad, que es prioritaria para su validez como prueba en el proceso judicial, que estas puedan verse digitalmente para su posterior consulta, que tengan una

firma electrónica verificable técnicamente y que se pueda garantizar con algún mecanismo técnico que no han sido modificados.

6.4.1. Jurisprudencia

Respecto a esta norma que regula las pruebas obtenidas por medios electrónicos, digitales y de mensajería de voz y datos con respecto a los requisitos para su valoración contenidas en la Ley 527 de 1999 y en el Código General del Proceso (CGP art. 243), la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 16 de diciembre del 2010, cuyo ponente fue el magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, reiteró lo siguiente:

“La integralidad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión (...). Esa característica guarda una estrecha relación con la “inalterabilidad”, requisito que demanda que el documento generado por primera vez en su forma definitiva no sea modificado (...). Otros aspectos importantes son el de la “rastreadabilidad” del mensaje de datos que consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad. La “recuperabilidad”, o sea la condición física por cuya virtud debe permanecer accesible para ulteriores consultas; y la “conservación”, pues de ella depende la perduración del instrumento en el tiempo”. (Corte Suprema de Justicia, Providencia 16-10 de 2010, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena)

En la sentencia en mención, se evidencia de acuerdo con lo expuesto por la Alta Corte Colombiana que resulta como un despropósito que el juez valore un documento digital con los mismos criterios de los impresos, pues viola el principio de contradicción de la prueba (Guzmán, 2106, p. 29), al ser imposible verificar los

requisitos técnicos exigidos en materia de evidencia digital en una hoja de papel y contraviene todos los principios mundiales, normas procesales y técnicas, considerando, personalmente, que es un gran retroceso en materia probatoria, además de un grave problema para abogados, jueces y magistrados.

6.5 Marco Conceptual

6.5.1. Las evidencias digitales e informáticas

El tema de las evidencias digitales e informáticas obtenidas por medio de plataformas de mensajería, genera mucha inquietud y dudas para las personas que deben afrontar un pleito legal (Parra, 2066, p. 12). Aun así, la ley colombiana acepta los chats y audios de WhatsApp, así como otras plataformas de mensajería como pruebas judiciales, no obstante, siempre y cuando estos cumplan con los requisitos de autenticidad y medios de obtención legales, porque de lo contrario los audios de WhatsApp no serán aceptados como pruebas válidas dentro del proceso judicial, se debe tener en cuenta que no todos son válidos, veamos a continuación las razones.

6.5.2. Los mensajes de datos y su valoración

Haciendo referencia a Morales (2016. P. 23), las valoraciones de los mensajes de datos se encuentran regulados en el Código General del Proceso, en su artículo 247, en el cual se incorporó esta norma: y dice:

“Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”. (CGP Art. 23)

Lo que expresa la norma es que siempre se debe conservar la autenticidad y el origen de donde se enviaron y receptaron los mensajes de datos para poder establecer su valoración y tomados como pruebas legales dentro del proceso.

6.5.3. Criterios para valoración de las pruebas electrónicas

Con respecto a los criterios para la valoración de la prueba obtenida mediante medios electrónicos y de mensajería de voz y datos, resulta importante mencionar que estos criterios, se encuentran en normas vigentes que regulan la valoración de estos mensajes contrapuestos, por un lado, la Ley 527 de 1999, la cual en su artículo 11, señala: *“Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas”* (Sinesterra, 2013, p. 14). Es decir, que se deben tener en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

6.5.4. Efecto probatorio de los mensajes de texto y audio

El efecto probatorio de los mensajes de texto y audio originados por medios electrónicos, generan una gran polémica en cuanto a su utilización como prueba procesal, ya que *“Aunque se pensaría que, en casos judiciales, sólo los mensajes de texto enviados por las plataformas de mensajería instantánea pueden considerarse como pruebas, la Ley 527 del 18 de agosto de 1999, en sus artículos 6º, 7º y 8º, le da otra dimensión a los mensajes de voz”* (Guzmán, 2016, p.8)

De acuerdo con Guzmán (2016) en muchos de los casos procesales judiciales se han empleado la aplicación del articulado de la Ley 527 de 1999 aclarando que, aunque la información no conste por escrito (y esto corresponde a los mensajes de voz) los mensajes electrónicos tienen el mismo efecto probatorio de un correo electrónico o de la grabación legalmente autorizada de una llamada telefónica, eso si teniendo en cuenta que estos deben obtenerse mediante orden judicial previamente autorizada.

En concordancia con lo anterior, se podría llegar a pensar que no todos los mensajes son válidos. Tema del cual se ocupará el desarrollo final de la presente investigación para verificar si se cumple este postulado, teniendo en consideración que la ley dice que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. De igual forma, en su artículo 6º, la norma define que “cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”. (Ley 527 de 1999, artículos 6º, 7º y 8)

Aunque, como se mencionó anteriormente, las evidencias digitales y de medios electrónicos e informáticos tienen sus requisitos para ser aceptadas ante un estrado judicial, y el primero de estos es que la prueba haya sido obtenida de forma lícita y que para su obtención no se hayan violado los derechos o libertades fundamentales del usuario del dispositivo, ni de sus representantes.

6.5.6. Custodia y rigurosidad judicial de la prueba electrónica

Con respecto a la custodia y la rigurosidad del proceso judicial para la validez de la prueba electrónica, menciona Echeverry (2017, p. 12) que es “*obligatoria una orden judicial para solicitar el análisis del equipo que contiene los mensajes y así mismo, una adecuada cadena de custodia*”. Además de lo anterior, es preciso el

cumplimiento de otro de los protocolos de obligatoriedad y consiste en que tanto el laboratorio forense especializado en medios digitales, como los programas de software que se usen en el análisis y las personas que realizan el procedimiento, sean legalmente certificados para el manejo de este tipo de pruebas, o de lo contrario perderán su validez.

7. Diseño Metodológico

7.1 Forma de investigación

Para el desarrollo del trabajo de investigación que tiene por objetivo general, desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia, sus efectos jurídicos, validez y aplicación de acuerdo a procesos en los años 2017 a 2019., la investigación es de forma aplicada, ya que es aquella que relaciona el derecho con otras disciplinas del conocimiento y para el caso concreto socio jurídica, por cuanto se parte del análisis crítico que se hará con base en vacíos normativos y la interpretación de normas que pueden llegar a contribuir a evitar dudas y contradicciones en cuanto a su aplicación, y que pueden llegar a generar conflictos que tengan consecuencias negativas frente a la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

7.2. Tipo de investigación

Considerando que la presente investigación es aplicada, socio jurídica en su forma, por cuanto se hace una relación del derecho con los fenómenos sociales y la incorporación y usos de nuevas tecnologías en la comisión de delitos e investigación judicial de los mismos, el tipo de investigación que se aplica en el desarrollo investigativo es investigación descriptiva , ya que de acuerdo con Rodríguez (2018, p.1), *“La investigación aplicada es el tipo de investigación en la cual el problema está establecido y es conocido por el investigador, por lo que utiliza la investigación para dar respuesta a preguntas específicas”*, ya que este tipo de investigación es la que se utiliza, para describir la realidad de situaciones, eventos, personas, grupos o comunidades que se estén abordando y que se

pretenda analizar con el propósito plantear lo más relevante de un hecho o situación concreta y mediante la acumulación de datos y su análisis y los procesos que involucrará el mismo.

7.3 Método de Investigación

Trayendo a consideración a Reyes (2013, p. 5), para el desarrollo investigativo, se aplicará el 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 en cuanto a contextualizar los aspectos doctrinales, teóricos y normativos que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales tomando como punto de incidencia el país.

De igual forma, el enfoque de investigación será cualitativo en el desarrollo de la investigación, ya que se pretenderá analizar la validez y fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos dentro de un proceso judicial, tomando como punto de incidencia nuestro país, por lo tanto en este tipo de investigación el énfasis del estudio está en la resolución práctica de problemas y como expresa Rodríguez (2018, p.1), se centra *“específicamente en cómo se pueden llevar a la práctica las teorías generales y su motivación va hacia la resolución de los problemas que se plantean en un momento dado”*, ante lo cual se la investigación es de carácter descriptiva.

7.4 Instrumentos de Recolección de Información

Considerando que se pretende analizar el índice de aplicación en cuanto a validez y efectos jurídicos de la prueba electrónica dentro de los procesos en los despachos entre los años 2017 a 2019., se utilizará el enfoque cualitativo mediante recolección de datos estadísticos y de entrevista semiestructurada, la cual se aplicará a funcionarios de la rama judicial del área objeto de la investigación, por cuanto es de vital importancia, como expresa (Reyes 2013. P. 9) realizar la interpretación de leyes y de teorías como punto de partida para la estructuración de parámetros y datos verídicos y confiables de primera mano, que serán de utilidad a los estudiantes de derecho, a las partes involucradas en procesos judiciales que puedan tener dudas sobre el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial y su adecuada valoración e incorporación como medio probatorio dentro del proceso.

8. Formato de entrevista Semiestructurada

**UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PARA FINES ACADÉMICOS.**

Buenos días o tardes.

Le solicitamos comedidamente, responder de manera voluntaria las siguientes preguntas, cuyos resultados serán analizados como fuente primaria de información en la realización del proyecto de grado “VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN LOS AÑOS 2017-2019” como requisito para obtener el título de abogados.

El objeto de la presente entrevista Semiestructurada será el de analizar el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019.

Nombre:

Despacho en el cual labora: _____ Cargo:

Preguntas:

1. **¿El despacho judicial en el cual usted desempeña funciones, se presentan procesos en lo que se deban tener en cuenta pruebas provenientes de medios electrónicos o informáticos?**

R/:

2. **Nos podría decir de qué tipo:**

R/:

3. **Considera usted que se deban valorar como pruebas dentro de los procesos judiciales, aquellas obtenidas mediante mensajes de voz y datos y documentos vía electrónica.**

R/:

Considera usted que la normativa colombiana desde la ley 527 de 1999 de Comercio Electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales.

R/:

De acuerdo a su criterio profesional, considera que se aplica un debido reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos con suficiente validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial.

R/:

De acuerdo con los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente y vigente sobre la prueba electrónica en Colombia, para usted está

líneas normativas y jurisprudenciales son aplicadas normalmente en los procesos judiciales en el Distrito judicial de la ciudad de Pereira.

R/:

Como considera Usted el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019, se aplica con regularidad o esporádicamente.

R/:

Muchas gracias por su tiempo y su valiosa colaboración.

9. Técnicas de Análisis de Información

Como técnicas de análisis de información, primero se procederá a analizar la documentación para la construcción del referente teórico y normativo, sobre la prueba electrónica o digital en Colombia, así como el análisis documental y bibliográfico sobre el problema de aplicación y eficacia de este tipo de prueba en los procesos judiciales en Colombia y su incidencia en el país..

De igual forma en el desarrollo metodológico se realizará análisis de datos estadísticos sobre el problema objeto de estudio a nivel nacional y regional, datos que serán contrastados con los resultados de la entrevista Semiestructurada en la que se buscará indagar a funcionarios de la rama Judicial, sobre el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019.

10. Cronograma

Actividad	Semestre 2019	1° Semestre 2020	2° Semestre 2020
Búsqueda y Recopilación inicial de información	XXXX		
Aprobación de la propuesta.	XXXX X		
Redacción de anteproyecto	XXXX X		
Presentación de Anteproyecto	XXXX X		
Corrección y ajustes de Anteproyecto		XXXXXX	
Aprobación anteproyecto		XXXXXX	
Entrevistas y encuestas aplicación enfoque e instrumentos.		XXXXXX	
Recopilación, clasificación y Análisis de información		XXXXXX	
Elaboración diagnóstico y datos estadísticos primer objetivo		XXXXXX	
Elaboración diagnóstico estadístico segundo objetivo		XXXXXX	
Redacción y entrega de primer informe		XXXXXX	
Elaboración resultados tercer objetivo		XXXXXX	
Redacción y entrega del segundo informe		XXXXXX	
Corrección del segundo informe			XXXXXX
Elaboración del proyecto final, incluyendo correcciones			XXXXXX
Entrega y presentación del proyecto final (TESIS)			XXXXXX

11. Estrategia de Divulgación de Resultados de Investigación

Al realizarse el desarrollo de la investigación en su etapa de resultados en los cuales se indaga desde lo teórico, doctrinal y normativo sobre la prueba electrónica en Colombia y su aplicación y valoración de acuerdo a procesos entre los años 2017 a 2019, se pretende elaborar un documento que sirva de consulta tanto a estudiantes de la facultad de derecho de las universidades, como a personas del común que necesiten obtener conocimientos sobre como la normativa colombiana desde la Ley 527 de 1999 de comercio electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales y cuáles son los requisitos para negar o aceptarla.

Sumado a lo anterior, al establecer el reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos y su validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial, se procede a realizar sustentación o socialización de los resultados obtenidos en el proyecto de grado, de acuerdo con los criterios de la Universidad Libre de Pereira.

12. Capítulo 1

Aspectos doctrinales, teóricos y normativos que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro procesos judiciales.

En el primer capítulo del presente trabajo de grado de revisión documental en el que se busca Indagar desde lo teórico, doctrinal y normativo sobre la prueba electrónica en Colombia y su aplicación y valoración de acuerdo a procesos entre años 2017 a 2019, se realiza una contextualización sobre los aspectos doctrinales, teóricos y normativos que hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales, para este fin se comienza por decir de acuerdo con Parra Q. (2006) al hacer mención a la noción de documento, que es todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, un hecho o contiene una manifestación del pensamiento.

Para tener una noción más clara de la noción de documento, puede mencionarse que normativamente, a partir del año de 1970, cuando se expidió el actual Código de Procedimiento Civil en Colombia, se dijo en el artículo 251: *“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”*. (CPC Art. 251 1970)

Como se puede observar desde ese tiempo, la noción de documento resulta plasmada en el artículo 251 del C. de P. C., arroja los llamados documentos electrónicos (es suficiente que el lector retenga: “Y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo de documento” (Parra, 2006, p.2).

Sumado a lo anterior y ampliando a la noción a documento electrónico, debe entenderse por estos a *los contenidos en soportes electrónicos o máquinas informáticas y cuyo contenido pueden ser “magnitudes físicas que representan en forma codificada unas declaraciones o representaciones y que son susceptibles de registro, proceso y transmisión.* (Higueras, Heredero M, 1992, p 19). Se amplía la noción de documento electrónico al decir: “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 y son susceptibles de registro, proceso y transmisión.*”

Con respecto a la representación del documento electrónico, es preciso agregar que en la definición que se ha venido ilustrando, de la especie y noción “documento electrónico” se ha mencionado que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y los criterios de Carnelutti, que el soporte debe contener una declaración o una representación, es decir, algo distinto a sí mismo para que sea documento, no importando el soporte y que la expresión en el amplio sentido del vocablo se encuentre en idioma “de máquina”.

De acuerdo con lo anterior, es importante con relación a la representación hacer algunas referencias doctrinales con respecto al tema en cuestión, para lo cual, Sostiene Adrián González Martín que en la doctrina:

“Un operador fotográfico, por ejemplo, que quiere documentar un hecho cualquiera, ya antes de que el hecho se produzca se ha forjado en su mente una imagen de lo que espera va a suceder. En virtud de esa imagen el operador ha seleccionado los planos y accionado su cámara. Cuando se producen los hechos, al mismo tiempo que acciona la cámara, él percibe los hechos, y a la vez de que en el celuloide se producen las correspondientes impresiones, en su mente se produce una imagen mental de los hechos, que podrá coincidir o no con la imagen previa, pero que perfectamente corresponde a los hechos sucedidos”. (González, 1980, p. 31)

Es más, referente al mismo ejemplo dice Parra (2006) citando a González (1980):

“Cuando la foto sea revelada, el operador verá si esa imagen se corresponde o no con su imagen mental. Si se corresponde, aceptará la foto como documento del que él se responsabiliza como autor. Si no se corresponde, por haberse producido, por ejemplo, una avería en la cámara o haberse accidentalmente producido una alteración en el proceso químico de revelación, el operador no la aceptará como documento, quedando en consecuencia la imagen formada en el papel en igual situación que los escritos sin autor, los cuales, según diremos después, no alcanzan la categoría de documentos. Es pues, en última instancia, la conformidad de la imagen fotográfica con la imagen mental del fotógrafo, la que constituye a la fotografía en documento”.

“En suma; es posible que una representación se forme sin intervención de la mente humana (y en esto tiene razón Carnelutti, cuando afirma que la manifestación del pensamiento no es el único medio para la representación de los hechos); pero tal representación no será documento hasta que un autor la haga suya, una vez constatada su correspondencia, con la propia representación mental”. (González, 1980, p. 32, citado por Correa, 2006)

Sumado a lo anterior, podrá ocurrir que la imagen fotográfica recoja detalles que al operador pasen inadvertidos; podrá ocurrir también que el aparato fotográfico haya sido accionado automáticamente para que sin la presencia física del operador registre los hechos, cuando se produzcan, como ocurre con las grabaciones fílmicas de robos en los bancos, al accionarse automáticamente las cámaras ocultas cuando los ladrones pasan ante ellas (previamente el operador ha ordenado el dispositivo para que esto suceda). Aún en estos casos, es preciso recorrer el trámite de la mente humana, pues en definitiva lo que al menos hará que el operador acepte como suya la representación y la constituya en documento, será el constatar la correspondencia de la representación fotográfica con la previa y prevista imagen genérica forjada en la mente del que prepara u

ordena los dispositivos automáticos, una vez que a él le conste correcto funcionamiento de la máquina.

Se observa entonces, que la representación existe independientemente de que la capte el hombre o no, lo importante, es que el objeto que represente, sea producto de la elaboración directa o indirecta del hombre. Si una máquina realiza unos cálculos, y entrega sus resultados, en esas operaciones no interviene directamente el hombre, pero la máquina es producto de una labor suya, encaminada a que dicho artefacto efectuara cálculos o registros; por ello, el resultado es un documento.

Con lo anterior, se pretende aclarar que un documento para ser tal no necesita autor, pues esto adquiere importancia, tan sólo, en el momento de la valoración de la prueba. Asimismo, en contra del contenido de cualquier documento se podría oponer el error y tal excepción no le quitaría la característica documentaria. Si alguien, verbigracia, en un documento hace constar que dona, cuando lo que quiere decir es que vende, podrá demostrar, en el momento oportuno, el error en que incurrió, sin que le documento deje de serlo; igual situación se presentaría en el caso de la persona que, queriendo fotografiar a otras, por defectos en la lente u otra anomalía técnica, aparecen en posiciones distintas a las que tenían en el momento de la impresión de la placa; sería viable, pues, el acreditamiento de tales circunstancias; empero, aunque equívoco, no se le despoja de su naturaleza documental.

Con un enfoque distinto, ya Denti citado por Echandía (1974) había sostenido algo bastante cercano a las aseveraciones de González (1980): *“si el objeto no es procesado por la mente”* y aceptado por el autor, no es documento. Cuando éste es un objeto que tiene la virtud de contener una declaración o representar algo distinto, otra cosa es que para su valoración necesite ser interpretado por el hombre. (Correa, 2006, p.3)

12.1. El documento electrónico escrito

Ha existido por mucho tiempo la idea que cuando se habla de documentos, se está hablando necesariamente de los escritos y estos necesariamente conteniendo declaraciones en un idioma cualquiera. Es decir que cuando se hace referencia a un documento electrónico, la tendencia es a asimilarlo a documento escrito. Hay una especie de temor a atrevernos a llamarlo documento electrónico.

Ante lo cual resulta importante traer a colación la reforma del Código Civil Francés, la cual es la mejor forma y sin ningún tipo de evasiva, en la que se considera la prueba literal la plasmada en un soporte electrónico y las declaraciones expresadas mediante signos o símbolos dotados de significado inteligible. En efecto dice el artículo 1316 del Código Civil Francés lo siguiente:

La prueba literal, o prueba por escrito, resulta de una secuencia de letras, caracteres, cifras o todo otro signo o símbolo dotados de significado inteligible, cualquiera sea su soporte y sus modalidades de transmisión. (Ley No 2000-230 de 13 de marzo de 2000, Art. I Diario Oficial de 14 de marzo de 2000),

Sumado a lo anterior, la Ley 2000-230 de 13 de marzo de 2000, reformatoria del Código Civil Francés, se pronuncia en forma abstracta sobre el escrito electrónico en cuanto a prueba y, lo recuesta sobre el escrito en papel, otorgándole la misma fuerza probatoria que en el contenido en él, siempre que se cumplan unos requisitos. En efecto el artículo 1316-1, dice:

“El escrito en forma electrónica está admitido como prueba con igual fuerza que el escrito en soporte papel, bajo reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de que emana, y que sea generado y conservado en condiciones que permitan garantizar su integridad”. (Ley 2000-230 Francia)

De igual forma en Francia se establece un valor y además un criterio de interpretación y en efecto se lee, en el artículo 1316-3 del Código Civil Francés (introducido por la Ley 2000-230 de 13 de marzo de 2000 art. 3 Diario Oficial de 14

de marzo de 2000): *El escrito sobre soporte electrónico tendrá la misma fuerza probatoria que el escrito sobre soporte papel.*

Ahora bien, al comparar lo antes mencionado por la legislación francesa, con lo que al respecto ofrece la Legislación Colombiana, primero debe mencionarse que el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, dice: *“Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.*

En el artículo en mención, lo dispuesto se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito. Si se continúa con lo contenido en la Ley 527 de 1999, una tendencia que se podría llamar internacional de presumir la autenticidad y de integridad del documento electrónico (Parra, 2006, p.4) cuando se utiliza la firma digital. En el artículo 28 se lee:

“Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo”.

Parágrafo: El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita. (Ley 527 de 1999, Art 28)

Se puede entonces entender que el documento es un medio de prueba, pero muchas veces también puede ser objeto de prueba, como cuando se busca averiguar su autenticidad, es decir quién es el autor, si el documento fue alterado, en qué momento lo fue, en qué lugar fue otorgado, dónde ha estado el documento como objeto. Pero lo más importante es retener, que estando en un mundo que aunque parezca una paradoja, reclama seguridad, la gente tiene muchas veces que confiar en la buena fe de los demás, y en ciertos documentos, que cuando se

viola ese principio, le crean a las personas muchos problemas, como los documentos producidos por las máquinas, o los impresos por ejemplo, en ese caso el documento (objeto), se convierte en objeto de prueba y, es necesario establecer quién lo elaboró, o por cuenta de quién lo elaboró, a quién se le puede imputar (autoría) jurídicamente. Cuando se busca establecer la autoría del documento (jurídicamente), el documento queda como estático y se hace objeto de prueba, e inclusive se podría decir que será en ese microcosmos, tema de prueba.

Ante lo cual, también se puede hablar del documento electrónico como especie, en el entendido que el documento electrónico, es una especie de los documentos (ya lo hicimos con el documento electrónico escrito), y no se requiere asimilarlo a ningún otro medio probatorio. Es sencillamente un documento, en efecto por cuanto: Tiene un continente (cuerpo): un soporte material (cintas, disquetes, memorias). Tiene un contenido, un “mensaje” “electrónico”, que puede ser además de texto, voz, datos, video, imágenes, etc., además, está escrito en un código determinado, tiene grafía y puede ser atribuido (autenticidad) a una persona determinada .

13. Capítulo 2

Efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos dentro de un proceso judicial.

En el presente acápite, se establece la validez y fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos dentro de un proceso judicial, de acuerdo con la Legislación Colombiana, en lo que respecta al artículo 10 de la Ley 527 de 1999, dice:

“Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trata de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.” (Art 10 Ley 527 de 1999).

El Capítulo VIII, del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la prueba documental, es decir, que se entienden incorporados a la legislación en el aspecto referenciado y se apreciarán teniendo en cuenta las disposiciones, plasmadas en los artículos 251 a 301 del C. de P. C.

Por su parte, en el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, se puede leer:

“Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta Ley, se tendrán en cuenta las Reglas de la Sana Crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la

confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

En consideración a la normativa expuesta, resulta oportuno indagar sobre el valor probatorio, los efectos jurídicos y la validez o fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos, a lo cual debe procederse por establecer si el documento electrónico se puede clasificar en documento público y documento privado, el primero es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención mientras que el documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público. (Artículo 251 del C. de P. C.). El documento público se presume auténtico.

Sumado a lo anterior, se puede afirmar que el escrito electrónico privado, que tiene firma digital, ingresa al mundo del proceso como auténtico y además íntegro, siempre y cuando se cumpla con lo que preceptúa el artículo 28 de la Ley 527 de 1999.

Sin embargo, la realidad muestra una serie de actos y además formas de comunican utilizando el correo electrónico sin que el documento tenga firma digital, ante lo cual surgen interrogantes como ¿Qué valor probatorio tienen esos documentos privados sin ningún tipo de firma? Que para Correa (2006), Incluyo los ya impresos, es decir en idioma humano, pero que tienen signos *“electrónicos de individualidad, o señales de individualidad, o indicios electrónicos de individualidad”*.

Es frente a confusiones que se presentan con relación a esta última hipótesis planteada, que resulta oportuno analizar si se puede tener como un principio de prueba por escrito o como indicio. Ante lo cual se debe aclarar que cuando se hace referencia a un principio de prueba por escrito, no se está indagando sobre la autenticidad, sino sobre el contenido del documento. Resulta pertinente transcribir lo que se ha escrito en otra parte:

“El principio de prueba por escrito, como su nombre lo indica, no es sino un principio de prueba; quiere ello decir que no se puede confundir el principio de prueba por escrito con el acto mismo o contrato.”

“La diferencia entre el acto mismo que solemos llamar contrato y el principio de prueba por escrito, consiste en que el primero es preconstituido y completo en su parte dispositiva, reúne todos los requisitos exigidos por la Ley, para que pueda con él invocarse del deudor incumplido o que no ejecuta totalmente su obligación, la prestación a que está obligado”.

“Se llama prueba preconstituida, el escrito que se hace en el momento de la formación del contrato, a fin de que las partes, previendo futuras dificultades en la ejecución y entendimiento de sus obligaciones, se reserven la prueba de sus derechos. En el principio de prueba por escrito no se reúnen todos los elementos que debe reunir el contrato, la falta o declaración del objeto, o no enuncia completamente la cosa debida; entonces, a diferencia del acto o contrato propiamente dicho, el principio de prueba apenas da margen a la posibilidad de que el contrato se celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo y completarlo en sus elementos con testigos, indicios y demás medios de prueba”. (Correa, 2006, p.5)

Sin embargo, Hernando Devis Echandía, por su parte, arguye que para hablar de principio de prueba por escrito, es menester que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que provenga de la parte a quien se opone o de su representante o causante.
- b) Que goce de autenticidad o que ésta se pruebe.
- c) El escrito debe hacer verosímil o probable el hecho alegado

Como se puede observar, no se puede hablar que un documento electrónico no firmado sea un principio de prueba por escrito, por cuanto es un concepto equivocado. (Entre otras cosas con relación al principio de prueba por escrito, es necesario establecer su autenticidad) y además tampoco es un indicio, porque el indicio es un hecho, que por inferencia y utilizando las Reglas de la

Experiencia conduce a otro hecho, que es el que interesa para la investigación. Mientras que el documento no firmado es declarativo, contiene declaraciones y debe ser apreciado como documento que no cabe duda que lo es; otra cosa es establecer su autenticidad e integridad.

Queda entonces que el escrito electrónico, es un documento, y para que adquiera autenticidad se debe tener en cuenta, primero que genéricamente, para todo tipo de Legislación se debe aportar el documento electrónico en soporte papel, es decir, ya impreso y afirmar que fue elaborado (identificar al elaborador), y acompañar un soporte electrónico con el documento. Individualizar el documento, las circunstancias en que se emitió, con qué ocasión y se puede acompañar al mismo certificado sobre si existe la cuenta de correo y para quién está creada y habilitada. Si la parte contra la cual se exhibe el documento guarda silencio a pesar de la imputación como autor, el documento adquiere autenticidad y se considera en su integridad (esa es la razón de individualizarlo).

Respuesta que se puede encontrar desarrollo, en el artículo 326 numeral 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que dice: *“Fuerza probatoria de los documentos privados. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique”*

Sin embargo debe considerarse que esta norma para ser aplicada en cualquier legislación, requeriría quitarle la tarifa legal y cuando se trate de documento electrónico con firma electrónica avanzada, invertir en caso de impugnación la carga de la prueba, es decir, como el inciso 2 del artículo 326, de la Ley Enjuiciamiento Civil Española, regla:

“Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se

procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las Reglas de la Sana Crítica”. (Ley Enjuiciamiento Civil Española)

Aunque debe considerarse como lo estipula Correa Quijano (2016) que no resulta, muy equilibrado colocar la carga de la prueba, en cabeza de quien aportó el documento, cuando se trata de documento electrónico, que tiene firma electrónica avanzada y además reconocida (art. 3 de la ley 57 de 2003), en caso de impugnación. En este caso y para que tenga algún sentido utilizar este tipo de firma, la carga de la prueba debería soportarla quien impugna.

De igual forma, para que un documento sin firma, admita su interpretación, se hace referencia al numeral 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual no exige la firma. Si el documento no es impugnado surte sus efectos, es decir, se tiene como auténtico. Por otra parte, la autenticidad se puede probar por otros medios que no sea centrar la actividad probatoria en la firma. Las gentes utilizan como ya hemos dicho el e-mail, sin ningún tipo de firma, quizá con mayor facilidad que con relación al documento escrito tradicionalmente, tenemos una constelación de signos que nos permite demostrar la autenticidad del mismo. (El número de cuenta por ejemplo 08203757, con alguna empresa, en empleo de la clave del correo, el nombre del correo, el texto del mensaje, etc.). Afirmación resulta corroborada, por lo que dice el artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, cuando dice que se pueda acreditar la deuda (se refiere al proceso monitorio).

“Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezca firmado por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor”.(Art 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española)

Como se puede observar, se refiere a “señal ““electrónica” y de acuerdo a su definición, Señal (del latín signalis, de signum, seña) “1. Marca o nota que se pone

o hay en las cosas para darla a conocer o distinguirla de otras. 5. Cosa que por su naturaleza o convencionalmente evoca en el entendimiento la idea de otra". (Diccionario de Autoridades, 2018)

Lo anterior, significa que si por ejemplo: en el documento impreso (correo electrónico) encontramos en el computador que almacena la información de un correo electrónico adicional al texto del mensaje un encabezado en cada correo que contiene información similar a esta:

```
Received: from correo.bcd.com (12.12.12.1) by
correo.xyz.com (Postfix) with ESMTP id 70E20E87C1for
<juan@xyz.com>; Fri, 6 Oct 2006 16:11:52 -0500 (GMT)
  Received: by BCDCOMSRV with Internet Mail Service (5.5.2653.19)id
  <SC1TAFPQ>; Fri, 6 Oct 2006 16:29:09 -0500
  Message-ID:
  <7143A6C29F70DA11A22C006008CC316074CCD5@BCDCOMSRV>
  From: Pedro <pedro@bcd.com>
  To: Juan <juan@xyz.com>
  Subject: Acciones
  Date: Fri, 6 Oct 2006 16:29:08 -0500
  MIME-Version: 1.0
  X-Mailer: Internet Mail Service
  X-MDRemoteIP: 22.22.22.1
  X-Return-Path: pedro@bcd.com
  X-MDaemon-Deliver-To: juan@xyz.com
  X-imss-result: Passed
  X-OriginalArrivalTime: 06 Oct 2006 21:27:59.0767 (UTC)
```

Como lo muestra la información en referencia, se identifica como en el encabezado aparecen los nombres de los servidores involucrados en la transferencia del correo, las direcciones IP de los equipos utilizados, las horas de las transacciones referidas al meridiano cero, así como números únicos de identificación de mensajes. El análisis detallado de este encabezado, junto con el análisis de los registros de transacciones de los servidores de correo, así como las condiciones de Internet en el momento de la transacción pueden ayudar a determinar si este mensaje fue o no enviado por Juan.

Si la persona contra la cual se exhibe, niega su autenticidad, en ese evento la carga de la prueba le corresponde al aportante de que efectivamente el documento es auténtico y también que se ha mantenido su integridad, para lo cual se puede utilizar la prueba pericial.

De igual forma, existe otra solución y es Presumirlo Auténtico, cuando tiene signos de “Individualidad Electrónica”, como los que se han señalado a título de ejemplo en el caso anterior, y quien niegue la autenticidad soporta la carga de la prueba de desvirtuar esos signos de individualidad electrónica, utilizando la prueba pericial.

14. Capítulo 3

Análisis normativo y jurisprudencial sobre la prueba electrónica en Colombia de acuerdo con las Altas Cortes.

Después de lo antes desarrollado, resulta perentorio ahora, hacer resaltar pronunciamientos relevantes en materia normativo y jurisprudencial sobre los efectos jurídicos, validez y aplicación de la prueba electrónica en Colombia, para argumentar la validez en Colombia frente a estos documentos electrónicos sin firma digital, que como se ha argumentado anteriormente, si tiene signos de individualidad electrónica, se presumen auténticos y la carga de la prueba de su falsedad le corresponde a quien se le hace la imputación de autoría.

Para comenzar este ítem es perentorio realizar una descripción cronológica de revisión documental sobre la prueba documental y usos de sistemas de cómputo e informáticos que hacen posible que en la actualidad la prueba digital sea incorporado al acervo probatorio dentro del proceso judicial, considerando como se ha mencionado en párrafos anteriores que la prueba documental digital, es relativamente una figura nueva en el campo jurídico, que va evolucionando con las nuevas tecnologías y que requiere ser reglamentada en el campo legal de nuestro ordenamiento jurídico, por su importante valor probatorio, del que se desprenden derechos y obligaciones, que tienen efecto vinculante.

En la actualidad, la prueba digital ya alcanza un alto porcentaje de equivalente a la prueba física del papel manuscrito del que se predica que sea el original, firmado, integro, autentico y confiable. “El comercio electrónico se ha establecido como la norma de hacer negocios, basada en una nueva tecnología capaz de automatizar transacciones comerciales asociadas a las empresas mediante mecanismos electrónicos y sin uso del documento basado en papel” (Ruiz, 2002, p. 299).

De acuerdo a lo anterior el compendio cronológico de revisión documental normativa sobre la prueba documental y usos de sistemas de cómputo e informáticos que hacen posible que en la actualidad la prueba digital sea incorporada al acervo probatorio dentro del proceso judicial es el siguiente:

14.1. Ley 8ª de 1970

Dentro de la legislación colombiana, se puede mostrar que ha existido la regulación entre derecho y tecnología desde el momento que se comienza a utilizar el computador como herramienta en la modernización de la administración pública y es mediante la Ley 8ª de 1970

Artículo 7º. De acuerdo con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la Republica de precisas facultades extraordinarias, hasta el 20 de Julio de 1971, para reestructurar la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sus oficinas seccionales, fijar las remuneraciones correspondientes y adoptar las medidas necesarias para generalizar el uso del computador electrónico en los trámites administrativos relacionados con los impuestos nacionales y poner especial énfasis en el mejoramiento y organización de las oficinas de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales (Ley 8ª de 1970, p. 1).

14.2. Ley 527 de 1999

Denominada como la primera ley de comercio electrónico en Colombia, promulgada como consecuencia del creciente desarrollo del comercio electrónico y los convenios en materia mercantil suscritos por Colombia, fue necesario crear esta ley.

“Según se hizo constar en la propia exposición de motivos del poryecto de ley que dio origen a la norma, el proyecto colombiano se basó en la Ley modelo de la

Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI – sobre Comercio Electrónico” (Reyes, 2003, p. 140).

La Ley 527 de 1999 se compone de 47 artículos distribuidos así: Mensajes de datos y comercio electrónico, firmas digitales, certificados y entidades de certificación.

En busca de ampliar el concepto de documento a nivel probatorio, que estipula el artículo 251- Distintas clases de documentos, que regula el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970). Esta ley resalta conceptos del campo tecnológico y conceptos del campo legal, en el que el papel físico era uno de los mayores soportes documentales, ya con el creciente auge de las transacciones electrónicas y una mayor cobertura y accesibilidad al internet, se hacía necesario contar con un soporte documental válido, seguro y confiable que tuviera efectos jurídicos vinculantes y alcance probatorio. (Morales, 2016, p.11)

Artículo 2º. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

- a) Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
- b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscritas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar.

Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería, de concesión de licencias; todo acuerdo de

concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera:

c) Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación. (Ley 527 de 1999, pp. 1-2).

Artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original (Ley 527, 1999, p. 2).

Artículo 28. Atributos jurídicos de la firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita. (Ley 527, 1999, p. 10).

La noción de “mensaje” comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación moderna, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico. Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los “medios similares”, se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir

las practicas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro (Reyes, 2003, p. 141).

14.3. Decreto Reglamentario 1747 de 2000

Reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo referente a las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales:

Artículo 1º. Definiciones. Para efectos del presente decreto se entenderá por:

1. INICIADOR: Persona que, actuando por su cuenta, o en cuyo nombre se haya actuado, envíe o genere un mensaje de datos.
2. SUScriptor: Persona a cuyo nombre se expide un certificado.
3. REPOSITORIO: Sistema de información utilizado para almacenar y recuperar certificados y otra información relacionada con los mismos.
4. CLAVE PRIVADA: Valor o valores numéricos que, utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos.
5. CLAVE PÚBLICA: Valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador.
6. CERTIFICADO EN RELACION CON LAS FIRMAS DIGITALES:
Mensaje de datos firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, como al suscriptor y contiene la clave pública de este.
7. ESTAMPADO CRONOLOGICO: Mensaje de datos firmado por una entidad de certificación que sirve para verificar que otro mensaje de datos no ha cambiado en un periodo que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina

en la fecha en que la firma del mensaje de datos generado por el prestador del servicio de estampado, pierde validez.

8. ENTIDAD DE CERTIFICACION CERRADA: Entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación solo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello.

9. ENTIDAD DE CERTIFICACION ABIERTA: La que ofrece servicios propios de las entidades de certificación.

En consecuencia, las entidades de certificación, son las encargadas entre otras cosas, de facilitar y garantizar las transacciones comerciales por medios electrónicos o medios diferentes a los estipulados en papel e implican un alto grado de confiabilidad, lo que las hace importantes y merecedoras de un control ejercido por un ente público, control que redundará en beneficio de la seguridad jurídica del comercio electrónico (Reyes, 2003, p. 144).

14.4. Sentencia C-622 de 2000

Acción pública de inconstitucionalidad instaurado por Olga Lucia Toro Pérez en contra de la Ley 527 de 1999, La Corte Constitucional ratifica la asequibilidad de la Ley 527 de 1999, dando reconocimiento jurídico al comercio electrónico, la firma digital y la admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos.

El desarrollo de la tecnología de la informática en todos los campos es innegable y la actualización y ajustes de todos los sistemas de comercio como jurídicos es irreversible, por el impacto económico y social, razón por la cual se reconoce valor jurídico a los documentos electrónicos y su valor probatorio.

Los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan

los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley (Corte Constitucional- Sala plena Sentencia C/622 de 2000, p. 1).

14.5. Sentencia C-831 de 2001

De acuerdo con lo antecedentes de la sentencia en mención, el ciudadano Daniel Peña Valenzuela en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el artículo 6 de la Ley 527 de 1999 “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 dictaron otras disposiciones” (Sentencia C-831 de 2001p. 2).

El demandante afirma que de acuerdo con el título otorgado a la Ley 527 de 1999, los conceptos aquí establecidos son aplicables a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo cuando se trate de entidades del Estado, es una regulación únicamente para actividades mercantiles.

La Corte Constitucional se pronuncia respecto a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º de la Ley 527 de 1999. Se expone que todo documento que se requiera por escrito puede ser satisfecho con un mensaje de datos y tendrá los mismos efectos siempre y cuando este se pueda consultar con posterioridad independiente de la norma que lo exija, la Ley 527 de 1999 es poner al país a tono con las disposiciones internacionales que regulan el comercio internacional, motivo por el cual fue declarado exequible (Corte Constitucional Sentencia C 831 DE 2000, p. 18).

14.6. Ley 794 de 2003

En esta ley en referencia, se determina de manera expresa y obligatoria el uso de la firma digital como un mecanismo de aseguramiento técnico y jurídico de las comunicaciones electrónicas en el entorno procesal.

De acuerdo con Peña (Peña, 2015, p.196), el Consejo Superior de la Judicatura expidió el 2 de Marzo de 2006 el Acuerdo PSAAA06-3334 por el cual reglamenta la utilización de medios informáticos y electrónicos en relación con las funciones de Administración de Justicia En el Artículo 315 – Practica de la notificación personal, del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) para los efectos de la notificación que se deberá efectuar en un plazo máximo de cinco (5) días, en el caso de comerciantes inscritos en el registro mercantil, o personas jurídicas de derecho privado domiciliadas en Colombia, deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente, adicional a la información básica, una o varias direcciones electrónicas, a las cuales se le puede notificar con un correo electrónico, y se dará por surtida la notificación (Artículo 29 Ley 794, 2003).

De igual forma, en el Artículo 320 – Notificación por aviso, del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) se incluyó la utilización del mensaje de datos para cumplir con la notificación por vía electrónica, si la parte tiene dirección electrónica registrada. La constancia del cumplimiento de la notificación se soporta con la fijación de la firma digital del secretario, se adjuntarán los documentos respectivos en el envío, con el acuse de recibo del destinatario se presume que se recibió la información y datos adjuntos correspondientes, el soporte del envío es la impresión del mensaje de datos, el cual se archivara con los documentos del proceso correspondiente. El uso de las firmas digitales para los despachos judiciales, será implementado por el Consejo Superior de la Judicatura, al año siguiente de la promulgación de la presente ley (Art. 32 Ley 794, 2003).

En el Artículo 681 – Embargos, del Código de Procedimiento Civil, se aclaró que en los casos en que se utilicen mensajes electrónicos, los emisores dejarán constancia del envío y los destinatarios sean estas entidades públicas, entidades privadas o particulares, tendrán el deber de revisar diariamente y dar trámite de manera inmediata. Expedida por el Congreso de Colombia. (08 de Enero de

2003). Por el cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones (Art. 67 Ley 794, 2003).

14.7. Ley 906 de 2004

Con fundamento en la Ley 527 de 1999, se actualizó el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el Artículo 424 – Prueba documental, se incluyó el ítem Mensaje de Datos, dando cobertura al soporte generado por medios electrónicos y de cómputo, se evidencia un vacío tecnológico en cuanto a los elementos informáticos y tecnológicos que puedan garantizar y brindar certeza sobre la autenticidad, originalidad, confiabilidad e integridad a la información aquí contenida o generada por estos medios, que son desconocidos en el campo jurídico.

En el campo de la informática y la tecnología deben tenerse presente los registros que evidencian o registran la creación de dicha información, la preservación de dicha información digital, el almacenamiento digitalizada de dicha información, la consulta de dicha información, los procesos que pueden soportar para ser materializados en listados impresos que puedan ser asimilados por el ser humano, que puedan ser replicados más de una vez, etc.

Artículo 424. – Prueba documental. Para efectos de este código se entiende por documentos los siguientes:

1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.
2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.
4. Grabaciones fonópticas o videos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos. ...)" (Ley 906, 2004, p. 54)

14.8. Decreto 1791 de 2007

Expedido el día 23 de Mayo por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MINHACIENDA), para reglamentar el Artículo 579-2 del Estatuto Tributario, respecto a la presentación virtual de declaraciones y pagos tributarios a través de los servicios informáticos electrónicos de la DIAN.

Artículo 1°. Presentación virtual de las declaraciones. Las declaraciones tributarias de los impuestos y de las retenciones en la fuente administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se presentarán a través de los servicios informáticos electrónicos de la entidad, para lo cual se establecen entre la DIAN y el contribuyente o usuario las siguientes condiciones:

- Identificación inequívoca de origen y destino.
- Cifrado de datos transmitidos.
- Protocolo que impide la negación del envío y/o recepción de la información.
- Mecanismo de firma digital amparado en certificado digital para declarantes y contador público o revisor fiscal...”).

“Artículo 2°. Equivalente funcional. Las declaraciones tributarias que se presenten virtualmente a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deben ser firmadas electrónicamente, para tal efecto deberá utilizarse el mecanismo de firma amparado con certificado digital de la persona obligada a cumplir con dicho deber formal y del contador público o revisor fiscal, cuando sea el caso, que serán emitidos por la DIAN a través de dichos servicios.

Las declaraciones tributarias que se presenten a través de los servicios informáticos electrónicos no requieren para su validez de la firma autógrafa de la persona obligada a cumplir con el deber formal a declarar ni la del contador público o revisor fiscal cuando sea el caso. La firma electrónica de

las declaraciones presentadas virtualmente surte los mismos efectos legales de la firma autógrafa (Decreto 1791, 200, p, 1).

“Artículo 8º. Valor Probatorio. Para todos los efectos jurídicos, las declaraciones presentadas a través de los servicios informáticos electrónicos y los recibos que soportan las transacciones de pago electrónicas reemplazan los documentos físicos en papel. Cuando contribuyente requiera presentar ante terceros o cuando autoridad competente solicite copia de la declaración o recibo de pago, la impresión en papel que se haga de dichos documentos, tendrá valor probatorio, siempre y cuando se impriman a través de los mismos servicios informáticos electrónicos de que disponga la entidad (Decreto 1791, 2007, p. 4).

14.9. Ley 1437 de 2011

En consideración a la obligación que tiene el estado de modernizar sus instituciones en el uso de las tecnologías de la información, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se refiere únicamente a la dirección de correo electrónico de los ciudadanos, como medio de comunicación electrónica.

Resulta curioso que el Código se refiera a una „dirección de correo electrónico” como interfaz de la relación Administración–Ciudadano cuando estamos en la época en que la mensajería instantánea, los mensajes de texto, las aplicaciones para mensajería móvil y la mensajería en redes sociales son usuales y han reemplazado en buena parte el uso de la tradicional dirección de correo electrónico (Peña, pp. 201-202).

Los medios electrónicos permiten el cumplimiento de los fines del Estado en concordancia con los principios establecidos por el nuevo código, en particular, la eficacia, celeridad, economía y la transparencia de la Administración. No existe mejor manera de difundir información a los ciudadanos y de permitir el ejercicio de los derechos que el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) (Peña, 2015, p.199).

14.10. Ley 1480 de 2011

La Ley 1480 de Octubre 12 de 2011, Estatuto del Consumidor, tiene como uno de sus propósitos complementar lo establecido en la Ley 527 de 1999, que reglamenta el uso y acceso a los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales.

El Estatuto del Consumidor, busca proteger a los consumidores que utilizan como medio para adquirir productos y servicios, por medio del uso de tecnologías informáticas y páginas de internet nacionales e internacionales, a través del intercambio de mensajes de datos y documentos electrónicos en los que se registran transacciones financieras, operaciones comerciales, contratos concertados con un proveedor.

Artículo 49. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1o, inciso b) de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios. Artículo 50. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

a) Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, Número de Identificación Tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.

b) Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación,

los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto. También se deberá indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.

Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos del mismo, se deberá indicar en qué escala está elaborada dicha representación.

c) Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error.

Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío.

d) Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.

Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el

consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquisición de los productos o servicios ofrecidos y las demás condiciones, y de ser su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o la cancelación de la transacción. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga. La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Concluida la transacción, el proveedor y expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo del mismo, con información precisa del tiempo de entrega, precio exacto, incluyendo los impuestos, gastos de envío y la forma en que se realizó el pago. Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo. (Morales, 2016, p.17)

e) Mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial, en especial de la identidad plena del consumidor, su voluntad expresa de contratar, de la forma en que se realizó el pago y la entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos, de tal forma que garantice la integridad y autenticidad de la información y que sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.

f) Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas por los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos. Cuando el proveedor o expendedor dé a conocer su membresía o afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo

para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos, y en su caso, tener acceso a los códigos y prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación.

g) Disponer en el mismo medio en que realiza comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento.

h) Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido. En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata. En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario.

PARÁGRAFO. El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia (Ley 1480, 2011, pp. 13-15).

14.11. Decreto ley 19 de 2012.

El artículo 160 de la Ley 19 de 2012, modifica el artículo 29 de la Ley 527 de 1999, el cual quedara así:

Artículo 29. Características y requerimientos de las entidades de certificación. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditados por el Organismo Nacional de

acreditación conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. El Organismo Nacional de Acreditación de Colombia suspenderá o retirará la certificación en cualquier tiempo, cuando se establezca que la entidad de certificación respectiva no está cumpliendo con la reglamentación emitida por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a. Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación.
- b. Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en la ley.
- c. Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquella. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo periodo que la ley penal o administrativa señale para el efecto (p. 31)

El artículo 161 de la Ley 19 de 2012, modifica el artículo 30 de la Ley 527 de 1999, el cual quedara así:

Artículo 30. Actividades de las entidades de certificación. Las entidades de certificación acreditadas por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

- 1-Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas o digitales de personas naturales jurídicas.
- 2-Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos y de documentos electrónicos transferibles.

3-Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la ley 527 de 1999.

4-Ofrecer o facilitar los servicios de generación de los datos de creación de las firmas digitales certificadas.

5-Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.

6-Ofrecer o facilitar los servicios de generación de datos de creación de las firmas electrónicas.

7-Ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles,

8-Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos y documentos electrónicos transferibles.

9-Cualquier otra actividad relacionada con la creación, uso o utilización de firmas digitales y electrónicas (p. 32).

14.12. Ley 1564 de 2012

El Código General del Proceso, se expidió el 12 de Julio de 2012 y se actualizo con el Decreto 1736 de agosto 17 de 2012 y las sentencias C-156 de marzo 07 de 2013 y C-279 de Mayo 15 de 2013.

El Código General del Proceso hace énfasis en la utilización de medios electrónicos en el procedimiento en relación con el desarrollo y organización del Plan de Justicia Digital con el fin de incorporar las tecnologías de la información.

La relación entre la ley de comercio electrónico y el Código General del Proceso se establece de manera expresa: „En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicara lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos”, con la finalidad de que

principios como la equivalencia funcional, inalterabilidad del derecho preexistente, buena fe y neutralidad tecnológica también sirvan de base de la interpretación de las actuaciones procesales y probatorias. Lo mismo se puede predicar de los efectos de la utilización de las firmas electrónicas y digitales (Peña, 2015, pp. 211-212).

Artículo 627. Vigencia. La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

1. Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.
2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.
3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.
4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).
5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país (Ley 1564 de 2012, pp. 128).

Artículo 103. Uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Las actuaciones judiciales se podrán realizar a través de mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos.

Parágrafo primero. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para procurar que al entrar en vigencia este código todas las autoridades judiciales cuenten con las condiciones técnicas necesarias para generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

El Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea. El plan dispondrá el uso

obligatorio de dichas tecnologías de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello.

Parágrafo segundo. No obstante, lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso.

Parágrafo tercero. Cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecerá los sistemas que cumplen con los anteriores presupuestos y reglamentará su utilización (Ley 1564 de 2012, pp. 33-34).

“Artículo 105. Firmas. Los funcionarios y empleados judiciales deberán usar, en todos sus actos escritos, firma acompañada de antefirma. Podrán usar firma electrónica, de conformidad con el reglamento que expida el Consejo Superior de la Judicatura.” (Ley 1564, 2012, p. 35).

14.13. Decreto 2364 de 2012.

Expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el día 22 de noviembre, con el fin de reglamentar el Artículo 7 de la Ley 527 de 1999.

La Ley 527 de 1999 dentro de sus disposiciones hace referencia a la firma digital, pero con el creciente auge del comercio electrónico, fue necesario hacer claridad respecto a la neutralidad informática, motivo por el cual en esta

disposición se hace referencia a la firma electrónica como esquema alternativo de identificación.

Artículo 1. Definiciones. Para los fines del presente decreto se entenderá por:

1) Acuerdo sobre el uso de mecanismo de firma electrónica: Acuerdo de voluntades mediante el cual se estipulan las condiciones legales y técnicas a las cuales se ajustarán las partes para realizar comunicaciones, efectuar transacciones, crear documentos electrónicos o cualquier otra actividad mediante el uso del intercambio electrónico de datos.

2) Datos de creación de la firma electrónica: Datos únicos y personalísimos, que el firmante utiliza para firmar.

3) Firma electrónica: Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.

4) Firmante. Persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa en nombre propio o por cuenta de la persona a la que representa

Artículo 2. Neutralidad tecnológica e igualdad de tratamiento de las tecnologías para La firma electrónica. Ninguna de las disposiciones del presente decreto será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método, procedimiento, dispositivo o tecnología para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos señalados en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.

Artículo 3. Cumplimiento del requisito de firma. Cuando se exija la firma de una persona, ese requisito quedara cumplido en relación con un mensaje de datos

si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunico ese mensaje.

Artículo 4. Confiabilidad de la firma electrónica. La firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

- 1) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.
- 2) Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.

Parágrafo. Lo dispuesto anteriormente se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

- 1) Demuestre de otra manera que la firma electrónica es confiable: o
- 2) Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es confiable.”

Artículo 5. Efectos jurídicos de la firma electrónica. La firma electrónica tendrá la misma validez y efectos jurídicos que la firma, si aquella cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3 de este decreto.

Artículo 6. Obligaciones del firmante. El firmante debe: 1) Mantener control y custodia sobre los datos de creación de la firma.

2) Actuar con diligencia para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma. 3) Dar aviso oportuno a cualquier persona que posea, haya recibido o vaya a recibir documentos o mensajes de datos firmados electrónicamente por el firmante, si:

a) El firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o

b) Las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho.

Parágrafo. Se entiende que los datos de creación del firmante han quedado en entredicho cuando estos, entre otras, han sido conocidos ilegalmente por terceros, corren peligro de ser utilizados indebidamente, o el firmante ha perdido el control o custodia sobre los mismos y en general cualquier otra situación que ponga en duda la seguridad de la firma electrónica o que genere reparos sobre la calidad de la misma (Decreto 2364, 2012, pp. 2--3).

14.14. Jurisprudencia

14.14.1. Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en diferentes sentencias respecto al valor probatorio de los documentos electrónicos, conforme como lo estipule cada uno de los códigos de procedimiento que están vigentes.

En la sentencia C-037 de fecha febrero 05 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Mesa Naranjo, revisión constitucional del proyecto de Ley 58/94 Senado y 264/95 cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia" Sentencia C-356 de (2003), Magistrado Ponente: Dr Manuel Enrique Cifuentes Muñoz, se pronunció respecto a la demanda por inconstitucionalidad contra el artículo 294 de la Ley 599 de 2000:

Ley 599, 2000. Artículo 294 Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria (p. 3).

De acuerdo con Morales (2016), la Corte se pronuncia respecto a una interpretación amplia, respecto al reconocimiento que ya tienen los registros visuales, registros fónicos y los mensajes de datos, por la aceptación que ya le dio la Ley 527 de 1999, respecto al equivalente funcional en el campo probatorio, puesto que el propósito del documento y su finalidad es dejar registro de un resultado o una actuación, el documento en la sentencia se define como algo más que una cosa es un OPUS, un documento no solo puede ser en papel, puede ser en metal, cera, tela, piedra y ahora con el uso de la tecnología, es un documento desmaterializado, digitalizado, pero que se puede reproducir, consultar, imprimir para la comprensión por los sentidos del ser humano, sin perder su integridad.

14.14.2. Consejo de Estado.

Por su parte, el Consejo de Estado de igual manera se ha pronunciado respecto a la validez del documento electrónico, en cuanto al valor probatorio que tienen los documentos manuscritos, atendiendo el desarrollo tecnológico y el impacto que este tiene en las actividades comerciales, particulares y del sector público. Es así que mediante Sentencia de Octubre 23 de 1993, Magistrada Ponente Dra. Myriam Guerrero, esta Corporación se pronunció respecto al valor probatorio del documento electrónico

Después de haberse realizado el análisis de la evolución normativa y jurisprudencial sobre la prueba digital y el documento electrónico como prueba en los procesos judiciales en Colombia es importante resaltar de acuerdo a lo expuesto que el Código de Procedimiento Civil en lo que respecta a la autenticidad del documento electrónico, encuentra sustento normativo en el artículo 252 (C. de P. C). que dice: “Auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.” Y por otro lado, elaborado es una imputación jurídica, luego si se hace la impresión de un correo electrónico por ejemplo, ese documento ya en forma escrita tiene signos de individualidad electrónica, que permite aplicar por ejemplo el inciso 4 del numeral 5 del artículo

252 que dice: *“En todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación”*.

De igual forma, la Ley No. 527 de 1999, en sus artículos 3 y 5, dice:

Artículo 3°. *“Interpretación. En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.*

Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella, serán dirimidas de conformidad con los principios generales que en ella se inspira”.

Artículo 5°. *“Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*. (Ley 527 de 1999)

Sin embargo es importante considerar que en Colombia, en el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, establece que el estándar probatorio, para valorar los mensajes de datos, son las Reglas de la Sana Crítica y sobre esta premisa en particular es necesario precisar que el juez tiene una libertad reglada para valorar la prueba. El juez no puede contradecir las reglas de la experiencia, las reglas de la lógica, las reglas de la ciencia, ni las reglas de la técnica.

Ante lo cual se puede agregar que

“La prueba no pertenece al mundo del psiquismo, en que las cosas ocurren, sino que, en la perspectiva del juez, es un proceso de adquisición del conocimiento, que éste debe pilotar de forma consciente, es decir, con criterio racional y para hacerlo discurrir en todo su iter por los cauces de lo justificable, es decir, de lo que es susceptible de motivación”. (Correa, 2006, p.9)

Lo anterior significa: que el juez para valorar la fuerza probatoria de los mensajes de datos, se sustentará en objetividades. El seguimiento de esas objetividades, es el camino regio que le conviene a la razón para decidir y justificar su decisión.

Por consiguiente, se debe tener en cuenta: *“la confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje”*, por ejemplo: si tiene firma digital, habrá una mayor confianza, que efectivamente se utilizó un sistema atendible que puede garantizar los ingredientes indicados por la ley; la forma en que se identifique a su iniciador (si hay firma digital, hay una mayor confianza en cuanto a la identificación del iniciador). Si no tenemos firma digital, la forma en que se muestren los que podríamos llamar indicios electrónicos. Los resultados de la prueba pericial. etc.

De lo desarrollado hasta aquí, se puede sintetizar que de acuerdo con la normativa, la doctrina y la jurisprudencia en Colombia los mensajes de datos, son documentos; existe el documento electrónico escrito. Así como también que el documento electrónico, se aporta al proceso y tiene entidad propia. No es necesario apuntalarlo desde el principio con otra prueba, como la prueba pericial. Otra cosa es que se impugne y sea necesario averiguar si fue adulterado o no. Importante resaltar que el documento electrónico sin firma es documento, habrá que establecer su autenticidad.

15. Capítulo 4

Índice de aplicación en cuanto a validez y efectos jurídicos de la prueba electrónica dentro de los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019.

Debido a la coyuntura mundial de salud pública con repercusión en todos los sectores productivos, comerciales y del sector público que se atraviesa en la actualidad en Colombia y ante la cual no es ajena la Ciudad de Pereira, debido a la pandemia COVID 19, se había propuesto desde los inicios del presente trabajo como uno de los objetivos específicos realizar una entrevista semiestructurada con el propósito de analizar el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales del municipio de Pereira entre los años 2017 a 2019.

Después de diligenciarse el formato de entrevista, no se pudo efectuar personalmente las entrevistas, por lo que en el mes de septiembre se optó por seleccionar un grupo de funcionarios de diferentes despachos judiciales del círculo judicial Pereira, y enviarse vía e-mail el formato de la entrevista esperando sus respuestas, proceso metodológico de recolección de información que se denomina como muestreo por conveniencia, el cual es una técnica de muestreo no probabilístico y no aleatorio utilizada para crear muestras de acuerdo a la facilidad de acceso, y que en esta ocasión resulta muy justificado debido a la dificultad para acceder a despachos judiciales de forma presencial.

Sin embargo y pese al esfuerzo, las entrevistas nunca fueron respondidas por los funcionarios judiciales, situación que para los realizadores del trabajo en desarrollo, debe ser entendible ya que la situación de la congestión en dichos despachos debe haber aumentado con motivo de la situación de la pandemia y las medidas restrictivas de movilidad y nuevas formas de trabajo que se debieron

aplicar y que dificultan que los funcionarios dediquen su tiempo a responder una entrevista que como su encabezado lo manifestaba, sería para fines académicos.

Debido a la situación antes mencionada, y con el fin de darle un desarrollo adecuado al trabajo con respecto a su objetivo específico final, fue preciso reestructurar dicho objetivo y desarrollarlo desde otra perspectiva pero conservando su idea principal, por lo que se realizó un análisis a las preguntas formuladas en el formato de entrevista y mediante revisión documental y bibliográfica se les dio una respuesta adecuada con base en trabajos académicos ya aprobados y disponibles en los diferentes repositorios universitarios en Colombia.

El formato de la entrevista constaba de la siguiente estructura:

Le solicitamos comedidamente, responder de manera voluntaria las siguientes preguntas, cuyos resultados serán analizados como fuente académica de información en la realización del proyecto de grado “VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN LOS AÑOS 2017-2019” como requisito para obtener el título de abogados.

El objeto de la presente entrevista Semiestructurada será el de analizar el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019.

Las preguntas formuladas fueron las siguientes:

1. ¿El despacho judicial en el cual usted desempeña funciones, se presentan procesos en los que se deban tener en cuenta pruebas provenientes de medios electrónicos o informáticos?

2. Considera usted que se deban valorar como pruebas dentro de los procesos judiciales, aquellas obtenidas mediante mensajes de voz y datos y documentos vía electrónica.
3. Considera usted que la normativa colombiana desde la ley 527 de 1999 de comercio electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales.
4. De acuerdo a su criterio profesional, considera que se aplica un debido reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos con suficiente validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial.
5. De acuerdo con los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente y vigente sobre la prueba electrónica en Colombia, para usted, estas líneas normativas y jurisprudenciales son aplicadas normalmente en los procesos judiciales.
6. Como considera Usted el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales entre los años 2017 a 2019, se aplica con regularidad o esporádicamente.

Después de revisar documentalmente los temas preguntados anteriormente, se pudo encontrar que Junior J Galvis (2018) explica claramente que en la actualidad es muy frecuente la incorporación de pruebas electrónicas o digitales a los procesos judiciales, esto debido al acelerado aumento y desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones el ámbito, legal, y es que el uso cada vez más frecuente de la tecnología, su constante crecimiento y su penetración en el diario vivir de la sociedad moderna “creó un nuevo tipo de relación y con ella conflictos cuya solución sólo es posible acudiendo a medios de prueba distintos y que lógicamente tienen su origen en el nuevo ambiente en que se desarrollan dichas relaciones, por eso hoy te traemos la prueba electrónica en Colombia”. (Galvis, 2018, P.1)

La globalización y expansión de los mercados no es ajena a esta nueva era de las relaciones jurídicas, es así como en el año 2016 las transacciones digitales en Colombia representaron el 2,6 % del PIB, alcanzando en 2017 un crecimiento anual del 36% para un total de 51,2 billones de pesos en la realización de 87 millones de transacciones; Esta realidad sumada a la utilización cotidiana de redes sociales y el correo electrónico conllevó a que en 2014 según estadística; aproximadamente el 40% del material probatorio en los procesos civiles reposaba en medios virtuales. (Galvis, 2018, P.1)

Frente a la pregunta sobre si se deben valorar como pruebas dentro de los procesos judiciales, aquellas obtenidas mediante mensajes de voz y datos y documentos vía electrónica, se encuentra referente al documento electrónico como medio probatorio que desde los años 90 la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, (Ley 270 de 1996) en su artículo 95 decretó al Consejo Superior de la Judicatura *“la incorporación de tecnología de avanzada y con ella previó la validez y eficiencia de los documentos emitidos por dicho medio siempre que quede garantizada su autenticidad integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”*. (Galvis, 2018, p.2).

De igual forma, frente a la pregunta formulada en la entrevista, si se consideraba que la normativa colombiana desde la Ley 527 de 1999 de Comercio Electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales; debe mencionarse que como se dijo antes, con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, (Ley 270 de 1996) y más tarde mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional se indicó que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la anterior disposición debía ser determinado por cada código de procedimiento, (Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.).

Con respecto a la pregunta contenida en la entrevista semiestructurada, la cual versaba sobre si se aplica un debido reconocimiento y efectos jurídicos de los

documentos electrónicos y mensajes de datos con suficiente validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial, la respuesta es afirmativa en consideración a que el preámbulo de la prueba electrónica en Colombia se encuentra en la Ley 527 de 1999, Artículo 5 en la siguiente expresión:

ARTICULO 5o. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS MENSAJES DE DATOS. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

La expresión Mensaje de Datos, menciona J. Galvis (2018) hace alusión a la prueba electrónica en Colombia, ya que esta ley es la que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y establece las entidades de certificación y dicta otras disposiciones relacionadas con el Comercio electrónico.

Consecutivamente, debe mencionarse que el Artículo 6 y 10 de la misma ley establecen una condición sine qua non y una disposición fundamental:

ARTICULO 6o. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. (Ley 527 de 1999)

Además expresa la norma que lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

ARTICULO 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. (Ley 527 de 1999)

Y reitera además la norma, que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Derogado el Código de Procedimiento Civil, el nuevo Código establece en su Artículo 165:

ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Y complementa que el juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

Para dar respuesta a la pregunta si con fundamento en los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente y vigente sobre la prueba electrónica en Colombia, se considera que estas líneas normativas y jurisprudenciales son aplicadas normalmente en los procesos judiciales en Colombia, la respuesta afirmativa la otorga Mercedes Olmos (2017) cuando explica que sistema judicial no puede quedarse atrás ante los avances tecnológicos e informáticos y debe aceptar que cada vez son más los hechos en los que está presente algún medio de información en forma electrónica que la persona genera con su actividad diaria.

Sumado a lo anterior, dice Delgado (2016) que las aplicaciones de mensajería instantánea destacando la ya mencionada WhatsApp, los correos electrónicos, las bases de datos, el historial de navegación de Internet o los registros de transacciones en cajeros automáticos son sólo algunos de los muchos ejemplos en los que día a día, de manera automática y cotidiana, una persona va

depositando información que, de cara a un proceso judicial, puede constituir una fuente de prueba esencial para demostrar la veracidad de sus argumentos.

16. Reflexión final

Lo anterior muestra un horizonte con respecto a la aumento y regularidad de aplicación y efectos de la prueba electrónica o digital en los procesos de los despachos judiciales en toda Colombia entre los años 2017 a 2019, puesto que como explica Olmos (2018), pese a que los medios de la prueba digital no presentan especial complejidad debido a que no hay apenas diferencias con los medios de prueba tradicionales, resulta importante reseñar las fuentes de prueba digital para un mejor entendimiento del tema.

Al contrario que en los medios de prueba digital, las fuentes sí presentan mayor especialidad y merecen una explicación más extensa, que no es del todo posible sin subrayar cuáles son los medios de prueba pertinentes en este ámbito.

El primer medio de prueba será la prueba documental en soporte papel. Esta prueba consistirá simplemente en la impresión en formato papel de la información de interés.

Se aplicará el régimen de la prueba documental tradicional. En caso de impugnación, la parte que aportó la prueba podrá servirse de otros medios, normalmente la prueba pericial, para tratar de acreditar la veracidad de lo aportado. Si se aportara conjuntamente acta Notarial, estaríamos ante la prueba de documento público.

En segundo lugar, nos encontramos con la prueba de documento electrónico que consiste, básicamente, en la incorporación de la información a un soporte electrónico.

En este caso, aplicaríamos el régimen jurídico de la prueba de instrumentos electrónicos (Art 10. Ley 527 de 1999) Así, lo que realmente se aporta al proceso

es el soporte en el se incluye la información. Los más habituales son un pen-drive, un CD o un DVD.

Siendo estos los medios de prueba digital más frecuentes, no podemos dejar de mencionar, la prueba pericial. *“La prueba pericial juega un papel fundamental en la prueba digital. Puede aportarse como prueba independiente, o como prueba complementaria a otra. Además, puede aportarse la prueba pericial con la finalidad de probar y acreditar la no manipulación de lo aportado”* (Vegas, 2011).

Habiéndose reconocido los medios de prueba digital, ahora se detallaran las principales fuentes de estas en la actualidad y su incorporación al proceso judicial, dentro de estas se destacan las siguientes:

Principales fuentes de prueba digital

Correo electrónico

A través de un correo electrónico o e-mail se transmite tanto texto como imágenes o sonidos. Su aportación al proceso como prueba digital se enmarca como una prueba que hoy en día se admite en un proceso sin ningún inconveniente.

Hay determinados sistemas de e-mails que almacenan en el servidor el contenido de los mensajes remitidos y recibidos. Incluso hay casos en los que, una vez que el usuario los ha eliminado de su bandeja de entrada, el servidor guarda una copia de respaldo. Hay dos sistemas de recuperación de mensajes desde los servidores: Post Office Protocol y Internet Message Access Protocol. Sin embargo, a pesar de que el servidor haya guardado una copia del mensaje, es realmente difícil acceder a ella para recuperar el contenido. Por ello, el contenido de los correos electrónicos como prueba se suele realizar a través del acceso a los datos contenidos en los dispositivos electrónicos empleados por emisor y receptor de la comunicación (prueba documental). (Olmos, 2017, p. 26)

Lo más corriente es la obtención e incorporación al proceso de la información contenida en los dispositivos usados en la comunicación. El acceso al dispositivo afecta a la intimidad personal y por ello siempre debe hacerse de manera lícita.

¿Cómo se puede aportar el contenido de un e-mail en forma de prueba al proceso? El correo electrónico se encuentra dentro de un dispositivo y, por tanto, necesita un sistema operativo. Por esta razón, la manera más sencilla de aportarlo al proceso sería a través de una copia impresa, es decir, como documento en soporte papel. En este caso sería documento privado aunque siempre se podrá elevar a documento público cumpliendo con las formalidades necesarias y el acta de presencia notarial.

También es posible su aportación como documento electrónico. En estos casos lo que se incorpora al proceso es el soporte en sí, es decir, un pendrive, un DVD y otros medios que permiten el almacenamiento de datos. Hoy en día, es muy frecuente la firma digital en los correos electrónicos. Esto facilita la verificación y autenticidad del contenido y autoría de éste puesto que estas firmas se instalan mediante diferentes tecnologías de firma electrónica. Algunos ejemplos son las tecnologías como S/MIME usada por Microsoft, o DKIM usada por Google o Yahoo.

Hay ocasiones, normalmente ante la impugnación de la parte contraria, en las que es preciso un informe de un perito. En estos casos se deberá “aportar el código fuente que permite acreditar:

- La identidad de la dirección de correo del emisor del mensaje
- La identidad del equipo desde el que se emite, lo que conocemos como dirección de IP
- La identidad del servidor del correo saliente

- La identidad del servidor del correo entrante, y
- La fecha y hora de su envío y recepción” (Lefebvre, 2018, p.454)

Si la parte contraria impugnara el correo electrónico como prueba no se le privaría a éste de eficacia. Simplemente, la parte que lo aportó deberá ocuparse de demostrar su veracidad y autenticidad. En caso de que no se consiguiera probar su autenticidad pero tampoco su inautenticidad, el órgano judicial podrá valorarlo conforme a la sana crítica y otorgarle eficacia cuando existan en el proceso otros elementos de prueba susceptibles de ser valorados con el correo y que corroboren lo que éste intenta probar.

Páginas web

De acuerdo con la apreciación de Xavier Abel Lluch (2011), la página web es un tipo de documento informático accesible mediante Internet y la identificación de un enlace. Las webs funcionan con unos códigos instalados y entendidos por los navegadores y están colocadas en servidores a los que se accede mediante Internet. A través de una página web se ofrece a todos los usuarios, prácticamente, cualquier tipo de información. Al igual que lo hacía el correo electrónico, las páginas web, se pueden incorporar al proceso como prueba. Sin embargo, a diferencia de éste, no sirve para el intercambio de información entre personas sino para la difusión de ésta.

La página web puede acceder al proceso en forma de prueba como prueba documental no solo como documento privado sino también como documento público. Al respecto menciona Lefebvre (2017), que si fuera como documento privado estaríamos ante la impresión del contenido de la página web y su presentación al órgano judicial. Si fuera como documento público, una vez más hay que añadir el acta de protocolización del notario y, en algunos casos, el acta de presencia para que el notario navegue por Internet. Además, las páginas web pueden incorporarse al proceso mediante el interrogatorio de las partes o de

testigos, o también, mediante la prueba pericial con el informe del perito informático. Como sucedía con los e-mails, el tribunal admitirá como prueba la impresión de la página web aunque no vaya acompañada de un informe pericial. Ahora bien, en caso de impugnación la carga de la prueba corresponde a la parte perjudicada por el contenido de la web.

Mensajes de teléfono móvil (SMS)

El SMS (short message service) es un servicio para aquellas personas titulares de un teléfono móvil que posibilita el intercambio de mensajes de texto cortos entre móviles. Los SMS son una modalidad de documentos informáticos (grabación, fotografías, descargas de música...) y además, como dice Lefebvre (2017), se puede decir que se trata de una comunicación en canal cerrado.

Los mensajes de teléfono móvil se pueden aportar sin inconvenientes como prueba a un proceso judicial. Sin embargo, presentan dos problemas difíciles de subsanar: por un lado, la fácil manipulación y, por otro, la dificultad en demostrar la autoría.

Cuando se aporta un mensaje de texto como prueba, la prueba plena abarca tres extremos: quien remite el mensaje mediante un terminal de telefonía móvil, quien lo recibe a través de otro terminal y, la integridad y autenticidad del mensaje (Olmos 2017, p.28).

El destinatario suele aportar al proceso el contenido del SMS que ha recibido mediante distintos medios de prueba (como ocurría en el correo electrónico, serían aceptables los documentos privados, públicos o electrónicos). Su identificación no suele dar lugar a excesivas complicaciones. El principal problema es, como ya hemos mencionado, demostrar la autoría. Lo primero que habría que hacer sería identificar el dispositivo en concreto mediante su código identificador (IMEI), y a continuación, determinar quién remitió ese mensaje de

texto. El otro problema que enunciábamos era el de la fácil manipulación de los SMS y, por ende, la dificultad de demostrar la autenticidad y veracidad de los mismos. Hoy en día se recurre a los llamados Terceros de Confianza o Prestadores de Servicios de Confianza para acreditar la realización de una comunicación en formato electrónico como es el caso de los mensajes de texto.

WhatsApp y otros medios de mensajería instantánea

“La aplicación WhatsApp es la que ha conseguido más popularidad y se ha convertido casi en el estándar de la mensajería, contando con más de 6.000 millones de usuarios en todo el mundo”. Así comenzaba el diario ABC su artículo sobre las mejores aplicaciones de mensajería instantánea” (Olmos, 2017, p. 29). Y es que, poco a poco, los SMS y MMS han ido dejando paso a las aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, Line o Telegram.

Afirma Martin Delgado, (2017) Las características básicas de estos sistemas de mensajería instantánea son, entre otras, la habilitación de las comunicaciones mediante aplicaciones y entre usuarios, y su disponibilidad para múltiples plataformas como IOS (iPhone), Android, Windows, Phone o Blackberry OS. Además, la información que los usuarios intercambian no se conserva en ningún servidor que no sean los propios dispositivos desde los cuales se emiten o reciben los mensajes. Es más, existe la garantía de que se usan protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de la información.

Lo expuesto previamente sobre los mensajes de teléfono móvil es perfectamente aplicable a estos medios sin embargo, la problemática que se presentaba cobra ahora mucha más importancia. Cualquiera que tenga unos mínimos conocimientos informáticos puede manipular los mensajes. Por esta razón, su admisión como prueba se hace con grandes reservas y mucha precaución.

¿Cómo se pueden incorporar al proceso estos mensajes? Al respecto menciona Mercedes Olmos, (2017, p.30) El contenido de los mensajes intercambiados en WhatsApp (o cualquiera de los otros sistemas de mensajería instantánea) pueden acceder al proceso de maneras distintas. En primer lugar, se puede aportar el propio dispositivo, es decir, el teléfono móvil o 'smartphone' en el que encontremos los mensajes recibidos y enviados. Ésta suele ser la alternativa más usual. Además, se puede aportar una transcripción escrita de la conversación en cuestión solicitando el cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia. Si se considera necesario, se puede aportar conjuntamente con un acta notarial sobre el contenido de la concreta conversación de WhatsApp que se pretende probar. Hay ocasiones en las que se procede a la entrega del dispositivo para que sea objeto de reconocimiento judicial, a veces, incluso en el propio juicio. Por supuesto, como en los casos anteriores, los contenidos de esas conversaciones pueden ser objeto de prueba testifical.

En los casos expuestos supra la prueba es válida sin perjuicio de la valoración de la eficacia probatoria que el órgano judicial le otorgue en su valoración. Normalmente, en ausencia de impugnación, el juez o tribunal le otorgará plena eficacia probatoria.

En caso contrario, si la otra parte impugna la prueba alegando que manipulación o falsedad, el órgano judicial valorará los argumentos de impugnación y tendrá en cuenta otros medios de prueba. En este punto, cobraría especial importancia la prueba pericial.

El punto de vista de que la carga de la prueba recae en quien aporta esas pruebas ha sido puntualizado por parte de la doctrina en los últimos tiempos; y es que los denominados pantallazos de los mensajes que se envían por cualquier medio de mensajería instantánea o por redes sociales (Facebook, Twitter, WhatsApp, Telegram, Instagram, Skype) se aportan al proceso en forma de documentos privados y, por tanto, cuando son impugnados pero no se consigue

demostrar ni su validez ni tampoco su falsedad, se podrán tener en cuenta junto con otros elementos del proceso (Olmos, 2017, p.33).

Por último, una breve mención a la cuestión de la autoría del mensaje y de la titularidad de la línea desde la que se envía o en la que se recibe. La razón nos lleva a pensar que es el titular de la línea el que lleva a cabo la comunicación en cuestión y, por tanto, es deber de quien lo niega acreditar aquellos hechos que así lo demuestren.

17. Conclusiones

En respuesta al objetivo general sobre indagar desde lo teórico, doctrinal y normativo sobre la prueba electrónica en Colombia y su aplicación y valoración de acuerdo a procesos en Colombia 2017 a 2019 se puede concluir que después de desarrollar el análisis propuesto sobre la prueba electrónica y su régimen general, con especial énfasis en la incorporación al proceso judicial y la verificación de la misma, se reconoce que en los despachos judiciales se incorporan con regularidad las pruebas de este tipo en los diferentes procesos.

De igual forma, debe concluirse que se percibe una falta de regulación expresa, toda vez que no se tiene con claridad cuál es la fuente primaria sobre esta materia en la legislación colombiana, y considerando que en la actualidad aunque es novedoso, también es muy acelerado el uso frecuente y cada vez mayor de las diferentes formas de usos de los medios informáticos y tecnológicos en la vida cotidiana y de las diferentes transacciones comerciales sin dejar de lado que se usan para cometer delitos y actos ilícitos penalmente castigables, ante lo cual el sistema judicial no puede quedarse atrás de dichos avances para combatir el delito.

Debe reconocerse además, que aunque parecen simples, un mensaje de texto, una nota de voz, la firma electrónica, un correo electrónico o el registro de búsquedas de un ordenador, se convierten actualmente en la única manera de acreditar y probar hechos que pueden ser relevantes en un proceso judicial. Lo cual lo hace enormemente beneficiosos no solo para los ciudadanos, sino en para la misma administración de justicia, lo cual conlleva a pensar que es necesario y de urgente utilidad un desarrollo más preciso y exhaustivo que proporcionara una mejor regulación y mayores garantías para el proceso judicial.

Se puede concluir también, que la normativa y la jurisprudencia en Colombia han argumentado que los mensajes de datos, son documentos; y así mismo, existe el documento electrónico escrito. Así como también que el documento electrónico, se aporta al proceso y tiene entidad propia. No es necesario apuntalarlo desde el principio con otra prueba, como la prueba pericial. Otra cosa es que se impugne y sea necesario averiguar si fue adulterado o no o establecer su autenticidad.

En este siglo XXI es muy frecuente la incorporación de pruebas electrónicas o digitales a los procesos judiciales, esto debido al acelerado aumento y desarrollo de las tecnologías y las comunicaciones en el ámbito, legal, y es que el uso cada vez más frecuente de la tecnología, su constante crecimiento y su penetración en el diario vivir de la sociedad moderna “creó un nuevo tipo de relación y con ella conflictos cuya solución sólo es posible acudiendo a medios de prueba distintos y que lógicamente tienen su origen en el nuevo ambiente en que se desarrollan dichas relaciones, por eso hoy la prueba electrónica y digital en Colombia tiene efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial.

Por último, con fundamento en los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente y vigente sobre la prueba electrónica en Colombia, debe mencionarse que estos preceptos son aplicados normalmente en los procesos judiciales en Colombia, ya que la tecnología avanza, la informática también y así mismo los delitos empleando estos medios, por eso las leyes, los abogados, y el sistema judicial también debe evolucionar y estar a la par o un paso adelante de estos avances, no puede quedarse atrás, por el contrario debe aceptar que cada vez son más los hechos en los que está presente algún medio de información tanto en la actividad diaria de comunicación y ocio, como de comercio electrónico, negocios, y lamentablemente fraudes, estafas y delitos que se generan por estos medios.

18. Impacto del proyecto

Redes sociales

Al desarrollarse el proyecto sobre la valoración de la prueba electrónica en Colombia y su aplicación en los años 2017-2019 se evidencia un gran impacto no solo para los realizadores del trabajo de grado, sino para las personas que lo puedan consultar debido a lo actual del tema y a las repercusiones del uso de los medios informáticos y electrónicos en la vida cotidiana que cada vez se hace más frecuente y necesario, pero que también pueden ser utilizados de forma fraudulenta y delictiva, ante lo cual, es preciso que se conozcan algunos aspectos jurídicos y normativos sobre el tema.

De acuerdo con la apreciación de Olmos (2017, p.34), una red social como Facebook o una página web como fuentes de prueba se deben aportar al proceso mediante los medios previstos en la normativa vigente, no solo en lo que respecta a los medios de pruebas tradicionales, sino también en lo referente a la enumeración de los medios de reproducción audiovisuales y los instrumentos informáticos.

Las distintas informaciones que “colgamos” en las redes sociales, en los perfiles abiertos, pueden ser relevantes en cuanto a elementos probatorios de distintos hechos en un proceso judicial. Realmente, cuando los usuarios “cuelgan” esas informaciones en los perfiles de las redes sociales, se entiende que no esperan ningún tipo de privacidad por lo que rara vez nos encontraremos con vulneraciones a derechos fundamentales como el derecho a la intimidad. Poco a poco, conforme los usuarios van actuando ‘on-line’, van dejando huellas en blogs, redes sociales, buscadores, foros. Podríamos decir que va creando su propia identidad ‘on-line’. Siguiendo la tesis de Xavier Abel Lluch (2011), el análisis de esos rastros digitales en las redes *“puede aportar pruebas o indicios muy valiosos*

no solamente de hechos ocurridos en dichas redes, sino también de hechos cometidos en el mundo físico”.

Un e-mail o una página web pueden acceder al proceso mediante las pruebas personales, entre las que se encuentran el interrogatorio de las partes, de testigos y de peritos. Así, en la declaración, el declarante puede decir que ha recibido un determinado e-mail, puede hablar del contenido de un sitio web o puede hablar de comentarios y posts publicados en Facebook o Instagram. Incluso alguien podría declarar que fue testigo de cómo un tercero llevaba a cabo alguna de estas acciones desde su ordenador.

A este respecto el testimonio del perito y su dictamen resultan cruciales porque, al aportar sus conocimientos informáticos especializados pueden explicar el proceso de remisión y envío de esas informaciones.

Los contenidos mencionados en el apartado anterior (correos electrónicos, informaciones de un sitio web, posts o comentarios en redes sociales como Facebook o Instagram) dice Abel (2011) pueden acceder al proceso en forma de documentos privados. Lo más fácil en este contexto sería su impresión, la impresión de los pantallazos (fotos a la pantalla) realizados desde el dispositivo móvil o el ordenador.

Su eficacia probatoria dependerá de la impugnación, o ausencia de ella, por la parte contraria (art. 243 NCGP). En caso de impugnación siempre es de gran importancia aportar una prueba pericial informática para intentar acreditar su autenticidad.

Además, el contenido de un e-mail o una página web podrá incorporarse al proceso mediante un documento público. En estos casos se aportaría un acta de protocolización notarial. En esta el Notario protocoliza en acta la impresión privada que ha hecho la parte del contenido concreto de Internet que quiere incorporar como prueba. Es necesario precisar que el Notario da fe de que esa persona le

entrego unos documentos, pero no da fe de la existencia de esas informaciones en la determinada página web o red social. Para subsanar este efecto, se puede aportar un acta de presencia que requerirá la presencia del notario para que navegue por Internet y busque la información concreta. De este modo se conseguiría que la fe notarial se extendiera a los contenidos determinados que se quieren probar. El dictamen pericial serviría como auxiliar a la prueba digital aportada. Sobre todo, es de gran utilidad cuando la parte contraria impugna la prueba documental aportada. Por otro lado, como ya se ha explicado más extensamente, se puede aportar una prueba pericial independiente para acreditar un contenido de Internet, de e-mail o de publicaciones o mensajes en una red social.

Queral (2011), sostiene que otro medio de prueba útil a este respecto es el reconocimiento judicial. Consiste, a grandes rasgos, en el examen por el tribunal de un objeto, lugar o persona (Ley 527 de 1999). En este caso, consistiría en el reconocimiento de la red social o del sitio web como un reconocimiento de lugar virtual, aunque también se puede realizar el reconocimiento de un dispositivo, como un móvil o un ordenador. Con este medio de prueba se permite que el propio juez, el tribunal en su caso, acceda de modo directo al contenido de la red mediante la cibernavegación.

Es necesario proponer la cibernavegación y concretar la página web o red social en concreto a la que se quiere acceder. Además, será necesario especificar si existe en la sede judicial un ordenador habilitado para su práctica en presencia de las partes. Lo más importante del reconocimiento judicial es el examen llevado a cabo directa y personalmente por el juez.

El reconocimiento judicial puede practicarse junto con la prueba pericial informática o con los interrogatorios. Cuando se lleve a cabo la práctica de esta prueba, se levantará acta por el letrado de la administración de justicia y se dejará constancia de todo aquello que

haya sido objeto del reconocimiento mediante grabaciones y vídeos.
(Olmos, 2017)

Como se puede observar, la mayor problemática que surge en el marco del reconocimiento judicial es el constante cambio que sufren los contenidos de Internet y de las redes sociales y la facilidad que hay para borrar y eliminar cualquier rastro de información. Por tanto, cobra especial relevancia la práctica de la prueba anticipada. El requisito a cumplir para poder llevarla a cabo es el temor fundado de que determinados contenidos pueden desaparecer y que, por tanto, en el momento de llevar a cabo el reconocimiento judicial pueda no encontrarse y ser imposible su acceso. Una solución sería la grabación o impresión de esos contenidos en un soporte que se pueda aportar al proceso y aportar junto a él el acta notarial de presencia.

De igual forma, se podría pedir un dictamen pericial y aportarlo junto con dicho soporte. Finalmente, Queral (2011) al hacer una breve mención a los medios audiovisuales e instrumentos informáticos tales como pen-drive, DVDs, CDs o tarjetas de memoria. En éstos se podrá almacenar cualquier contenido de las redes sociales o páginas web. La parte las aportará del mismo modo y con los mismos requisitos a cumplir que en los documentos privados. Resulta útil aportar junto con ellos dictámenes periciales que puedan ayudar en su valoración y verificación.

19. Referencias Bibliográficas

- Abel Lluch, X., Prueba electrónica, Ginés Castellet. N., Serie de estudios prácticos sobre los medios de prueba, ESADE, Bosch Editor, 2011, p. 201.
- Benítez Piñeros Katherine (2018). Crece el uso de pruebas digitales como hechos para iniciar procesos judiciales. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/crece-el-uso-de-pruebas-digitales-como-hechos-probatorios-para-iniciar-procesos-judiciales-2607181>
- Cardozo Isaza, J. (1985). Pruebas Judiciales (Quinta ed.). Bogotá: Librería Jurídica Wilches.
- Carnelutti, F. (1955). La Prueba Civil. Buenos Aires: Editorial Arayu.
- Congreso de la República Ley 527 de 1999. Gaceta del Senado.
- Congreso de la República. Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso.
- 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.
- Corte Suprema de Justicia Providencia del 16 de diciembre del 2010, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena.
- Cortes Rodríguez, H. (1965). Una firma que no se puede falsificar. Bogotá: Publicaciones Fuerzas Armadas.
- Delgado Martín, J., (2016). Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, p. 35-40.
- Devis Echandía, H. (1994). Compendio de Derecho Procesal (10 ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

- Devis Echandia, Hernando. (1974). Teoría General de la Prueba Judicial. T. II. 3ª. Edic., Víctor P. de Zavallía – Editor, Alberti – Buenos Aires, 1974, pág. 490.
- Echeverry Manuel. (2017) ¿Sirven los Audios de WhatsApp como prueba ante un juez en Colombia? Axataka Colombia. Recuperado de <https://www.xataka.com.co/legislacion-y-derechos/sirven-los-audios-de-whatsapp-como-prueba-ante-un-juez-en-colombia>
- Galvis Feria Junior Juvencio (2018). La Prueba Electrónica en Colombia. Disponible en <https://abogadoenlaweb.com/2018/08/la-prueba-electronica-en-colombia>
- Gómez Castallo, J. (2009). Publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado. Revista Colombiana de Telecomunicaciones, 16(54), 42-48
- González Martin, Adrián. (1980). La Prueba Documental Privada en el Proceso Canónico. Edic. Universidad de Navarra S.A., Pamplona (España), 1980, págs. 31 y 32.
- Guzmán Caballero Andrés, (2016). Pruebas técnicas y E-evidence. La valoración de la evidencia digital en el Código General del Proceso Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/la-valoracion-de-la-evidencia-digital-en-el-codigo-general-del-proceso>
- Higueras, Heredero M, (1992). “Valor probatorio de los documentos Electrónicos. En Vol. “Encuentros sobre Informática y Derecho” 1990 -1991. Coor M. A. Davara. Universidad (ICADE) Madrid (España),.
- Lefebvre, F. (2018). Derecho de las Nuevas Tencologías, Memento Práctico, Écija, 2017-2018, p. 454.
- López Martínez Adriana (2018). La prueba por mensaje de datos. XIV Congreso Internacional de Derecho Procesal. Universidad Libre Bogotá. Recuperado

de <https://eldefensorga.blogspot.com/2018/08/la-prueba-electronica-en-colombia.html>

Morales Sánchez F. (2016). Validez de la prueba electrónica, un estudio sobre la firma digital y electrónica. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13779/4/VALIDEZ%20DE%20LA%20PRUEBA%20ELECTRONICA.pdf>

Morales Sánchez. Fernando, (2016). Validez de la prueba electrónica, un estudio sobre la firma digital y electrónica. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13779/4/VALIDEZ%20DE%20LA%20PRUEBA%20ELECTRONICA.pdf>

Olmos García Mercedes (2017). La prueba digital en el proceso civil. Verificación y régimen general. 4º, E-1 Business Law Área de Derecho Procesal. Universidad Pontificia Comillas. Madrid España. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/88302/retrieve>

Parra Quijano Jairo, (2006). “El documento electrónico y su alcance probatorio”. Departamento de Informática Jurídica y Dirección de posgrados. Facultad de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2019/09>

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

Parra Quijano, Jairo. (2006). Manual de Derecho Probatorio. Décima Quinta Edición. Ediciones Librería El Profesional. Año 2006. Pág 318.

Peña Valenzuela, D. (2015). De la firma manuscrita a la firma electrónica y digital, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Queral Carbonell, A. (2011), Obtención y aportación de la prueba electrónica, Ginés Castellet, N., Serie de Estudios Prácticos sobre los Medios de Prueba, ESADE, Bosch Editor, p. 279.
- Reyes Krafft, A. (2003). La firma electrónica y las entidades de certificación. México: Porrúa.
- Reyes Sinisterra Cindy Charlotte. (2013). La Valoración del Documento Electrónico en Colombia. Grupo de Investigación en Derecho Procesal (GIDPRO) Artículo para la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream>
- Reyes Sinisterra, C. C. (2009). La presunción de autenticidad del documento electrónico. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Rodríguez Daniela (2018). Investigación aplicada y descriptiva: características, definición, ejemplos. Recuperado de <https://www.lifeder.com/investigacion-aplicada/>.
- Vegas Torres, J., (2011). Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, Universidad Rey Juan Carlos, Cátedra de Investigación Financiera y Forense KPMG-URJC, Madrid, p. 135.

Anexos

Anexo No 1. Formato entrevista Semiestructurada

**UNIVERSIDAD LIBRE DE PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PARA FINES ACDÉMICOS.**

Buenos días o tardes.

Le solicitamos comedidamente, responder de manera voluntaria las siguientes preguntas, cuyos resultados serán analizados como fuente académica de información en la realización del proyecto de grado “VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL PEREIRA 2017-2019” como requisito para obtener el título de abogados.

El objeto de la presente entrevista Semiestructurada será el de analizar el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales del municipio de Pereira entre los años 2017 a 2019.

Nombre:

Despacho en el cual labora: _____ Cargo:

Preguntas:

7. ¿El despacho judicial en el cual usted desempeña funciones, se presentan procesos en los que se deban tener en cuenta pruebas provenientes de medios electrónicos o informáticos?

R/:

8. Nos podría decir de qué tipo:

R/:

9. Considera usted que se deban valorar como pruebas dentro de los procesos judiciales, aquellas obtenidas mediante mensajes de voz y datos y documentos vía electrónica.

R/:

Considera usted que la normativa colombiana desde la ley 527 de 1999 de comercio electrónico y el Nuevo Código General del Proceso (art. 243), hacen del documento y mensaje electrónico una prueba incorporable dentro de la práctica y los procesos judiciales.

R/:

De acuerdo a su criterio profesional, considera que se aplica un debido reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos con suficiente validez o fuerza obligatoria dentro de un proceso judicial.

R/:

De acuerdo con los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente y vigente sobre la prueba electrónica en Colombia, para usted, estas líneas normativas y jurisprudenciales son aplicadas normalmente en los procesos judiciales en el Distrito judicial de la ciudad de Pereira.

R/:

Como considera Usted el índice de aplicación y efectos de la prueba electrónica en los procesos en los despachos judiciales del municipio de Pereira entre los años 2017 a 2019, se aplica con regularidad o esporádicamente.

R/:

Muchas gracias por su tiempo y su valiosa colaboración.