

**PERCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.
PRODUCCIÓN, ASUNCIÓN Y VALORACIÓN.**

LUIS VICENTE AVENDAÑO ALBA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

2020

PERCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.

PRODUCCIÓN, ASUNCIÓN Y VALORACIÓN.

LUIS VICENTE AVENDAÑO ALBA

Tesis de investigación presentada como requisito para optar al título de:

Magíster en Derecho Privado

Director:

Mg Giovanni Andrés Bernal Salamanca

Línea de Investigación: Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Actualidad de las Relaciones
entre Particulares.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

2020

A mis padres, por enseñarme que en la vida se alcanzan las cosas con sacrificio y perseverancia.

A mi esposa Elsa Amado, gracias por apoyarme en las decisiones que tomo en la vida para crecer profesionalmente e intelectualmente.

A mi hija María Antonella, por ser quien ilumina mis días y me enseñó a sentir el verdadero amor.

A mi hijo Julián que a pesar de que solo nos acompañó cinco meses en este largo recorrido de la vida, nos enseñó que el amor verdadero no está enmarcado por el tiempo.

A mi amigo y colega Giovanni Andrés Bernal Salamanca, a quien admiro como persona y profesional y ha sido mi ejemplo a seguir en esta hermosa profesión del derecho.

Y a todos los que me han ayudado a crecer como persona y han contribuido para poder ser lo que soy hoy. Dios los bendiga.

Resumen

La humanidad siempre estará en una constante evolución, buscando satisfacer sus necesidades tanto básicas como profesionales, intelectuales y laborales; para ello se han generado múltiples herramientas que han permitido dichos cambios. Tan es así que en la actualidad somos conocidos como la sociedad de la información la cual está conformada por un conjunto de sujetos, información y tecnología que, integradas, permiten generar nuevos y mejores conocimientos. En lo referente al ámbito jurídico, la sociedad de la información se ha encargado de generar diversas situaciones que han cambiado la forma de ver el entorno judicial, básicamente las formas de realizar los negocios o contratos que posteriormente, se constituyen en prueba judicial, así como en el ámbito procesal, en el que en un comienzo las pruebas, entre ellas las documentales, se aportaban de forma física, procedimiento que en la actualidad se puede hacer de forma magnética o virtual.

Dicha prueba se conoce como prueba documental (mensaje de datos) Y se encuentra estipulada en nuestro ordenamiento colombiano artículo 243 de la ley 1564 de 2012 Código General del Proceso, y la ley 527 de 1999 la cual define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos entre otras disposiciones, normativa que sustenta ampliamente el tratamiento que se debe dar a este tipo de prueba, pero que en la practicidad aun genera cierta incertidumbre sobre todo en su producción, asunción y valoración.

Es por ello, que resulta importante determinar cuáles son las fases de la actividad probatoria de la prueba documental inmaterial, si son la misma de la prueba documental tradicional o requiere algo más.

Por tal motivo se adoptó como metodología de este trabajo de investigación, una perspectiva eminentemente teórica y cualitativa, que está supeditada a la valoración de las fuentes documentales recaudadas, desde un punto de vista analítico, descriptivo y de profundización.

Palabras claves

Mensaje de datos, prueba documental inmaterial, producción, asunción y valoración.

Abstract

Humanity will always be in a constant evolution, seeking to satisfy its basic and professional, intellectual and labor needs, for this purpose, multiple tools have been generated that have allowed such changes so it is that today we are known as the society of the information which is made up of a set of subjects, information and technology that, integrated, allow new and better knowledge to be generated.

Regarding the legal field, the information society, has been responsible for generating various situations that have changed the way of seeing the judicial outline, basically the ways of conducting business or contracts which are subsequently part of a judicial test.

Said evidence is known as documentary evidence (data message) that is stipulated in our Colombian system article 234 of law 1564 of 2012 General Code of the process, and law 527 of 1999 which defines and regulates the access and use of data messages among other provisions, regulations that widely support the treatment that should be given to this type of test, but that in practice still generates some uncertainty especially in its production, assumption and assessment.

That is why it is important to determine what is the production, assumption and assessment of the intangible documentary evidence, if it is the same as the traditional documentary evidence or requires something else to complete said process.

For this reason, the eminently theoretical and qualitative perspective was adopted as a methodology for this research work, which is subject to the assessment of the documentary sources collected, from an analytical, descriptive and in-depth point of view.

Key words

Data message, intangible documentary proof of production, assumption and assessment.

Introducción

Esta investigación se dirige a magistrados, jueces, litigantes y estudiantes de derecho, y pretende mostrar que a raíz de la extensión del documento a lo inmaterial este ha cambiado procesalmente desde la concepción de las fases de su actividad probatoria: Producción u obtención, asunción y valoración.

Debido a su extensión la prueba documental inmaterial ha venido presentando dificultades para los actores procesales al momento de recaudar la prueba, presentar la prueba, sustentar la prueba y valorar la prueba, para que esta mantenga toda su fuerza y no sea rechazada por no cumplir los requisitos de ley, que para quien escribe están mal interpretados.

Se centra este proyecto en hacer un estudio y análisis de las fases de la actividad probatoria del documento tanto material como inmaterial con el propósito de realizar una investigación, a través de la cual se ponga en evidencia la estructura de la prueba documental inmaterial para su

obtención, asunción y valoración, para dar una visión al juzgador y a los demás sujetos intervinientes en la práctica judicial de este medio.

La prueba documental ha sido una de las pruebas más frecuentes en el sistema probatorio colombiano debido a su accesibilidad para aportarla en los procesos; aunque no siempre pleno y perfecto, el documento o prueba documental se ha tenido como el medio más idóneo para demostrar la manifestación de la voluntad u obligación de hacer, no hacer o dar entre las partes que lo suscribieran, esto con el propósito de que si llegase a presentarse una controversia se tenga la certeza de quién incumplió lo pactado.

No obstante, esto se ha planteado desde el punto de vista del documento físico, pero con el paso del tiempo han surgido nuevas clases de documentos como lo son los documentos inmateriales compuestos por bits, no por átomos, los cuales necesitan de una producción u obtención, asunción y valoración, con el fin de que se convierta en una prueba documental para presentar con posterioridad en un determinado proceso.

Con la entrada del siglo XXI se han generado nuevos cambios entre ellos las nuevas tecnologías y modos de comunicación; el internet, el chat, las redes sociales, etc. Son herramientas que han cambiado la forma de comunicarnos entre nosotros, tanto así que se ha convertido en una necesidad primaria para la humanidad. En palabras del doctor José María Álvarez “los inevitables avances tecnológicos han logrado que las computadoras se conviertan en una de las formas más poderosas de la sociedad actual, haciendo posible su uso tanto en organizaciones de todos los tamaños, como en los mismos hogares” (Álvarez, 2011. P. 51). En lo referente a la tecnología jurídica en Colombia se puede evidenciar que se tiene un atraso significativo en lo relacionado a

su aplicación en los procesos y aún más en la aplicación de la prueba documental inmaterial que se allega al proceso en sus diferentes formas.

Con la implementación de las nuevas tecnologías tanto abogados como jueces juegan un papel importante para el desarrollo de su aplicabilidad para dar una mejor dinamización al proceso, buscando un acceso a la administración de justicia real y efectivo.

En tal sentido existe el interés del investigador en indagar ¿existen diferencia entre las fases citadas? ¿cuáles son? ¿Qué herramientas tiene el juzgador para aplicarlas?

Dicha inquietud se concreta en el siguiente interrogante:

¿Las fases de la actividad probatoria que se manejan en el ordenamiento colombiano en relación a la prueba documental material, operan de la misma forma para la prueba documental inmaterial?

Para alcanzar el desarrollo de dicha cuestión, se ha establecido como objetivo general de la investigación el “determinar cómo se desarrolla el documento como medio de prueba con el fin de identificar las diferentes clases de documentos, sus fases en la actividad probatoria y sus sistemas de valoración, tanto en la prueba documental material como inmaterial”, por lo que su estudio se basará en el desenvolvimiento de tres objetivos específicos: *i-* identificar la acepción del documento como medio de prueba. *ii-* identificar la acepción del documento inmaterial en el ordenamiento colombiano y *iii-* analizar las fases de la actividad probatoria de la prueba documental con soporte en papel y con soporte diferente al papel.

Si logramos demostrar que las fases de la actividad probatoria son diferentes en la prueba documental material e inmaterial, entonces sin duda alguna, estamos ante la incorporación de una

nueva cultura procesal y probatoria, exigiendo un cambio de dinámica del operador judicial y de los demás sujetos procesales, los cuales deben entender que todo evoluciona, hay que estar a la vanguardia para que la sociedad y las costumbres vayan a la par con el derecho, en aras de propiciar una verdadera efectividad del servicio de Justicia para las personas y ofrecer herramientas jurídicas idóneas orientadas a su real materialización para los nuevos instrumentos probatorios, hipótesis cuyo acierto se demostrará a lo largo de esta investigación.

PERCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL.

PRODUCCIÓN, ASUNCIÓN Y VALORACIÓN

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	13
ACEPCIÓN DEL DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA.....	13
1. Historia del documento.....	13
2. El documento y su acepción en el derecho comparado.....	14
2.1. Ordenamiento Español.....	15
2.2. Ordenamiento Chileno.....	16
2.3. Ordenamiento Francés.....	17
2.4. Ordenamiento Italiano.....	18
2.5. Ordenamiento Colombiano.....	18
3. Concepción de documento como medio de prueba.....	20
4. Clasificación legal de los documentos en el Código General del Proceso.....	22
5. Documentos públicos.....	23
6. Documentos privados.....	24
7. Documentos auténticos.....	25
8. Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero.....	27
9. Documentos rotos o alterados.....	29
10. Documentos <i>ad substantiam actus</i>	30
11. Documentos firmados en blanco o con espacios sin llenar.....	31

12. Documentos declarativos emanados de terceros.....	32
13. Documento Inmaterial.....	34
CAPÍTULO II.....	34
ACEPCIÓN DEL DOCUMENTO INMATERIAL.....	34
1. Historia del documento inmaterial y su acepción.....	34
2. Mensaje de datos.....	47
3. Documento electrónico.....	50
4. Diferencia entre el mensaje de datos y el documento electrónico.....	56
5. Requisitos jurídicos de los documentos electrónicos.....	57
6. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.....	58
CAPÍTULO III.....	61
EL DOCUMENTO Y LAS FASES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.....	61
1. Producción u obtención en la prueba documental con soporte en papel.....	62
1.1 Averiguación.....	62
1.2 Aseguramiento.....	63
1.3 Proporción o presentación.....	64
1.4 Admisión.....	65
1.5 Decreto y práctica.....	66
2. Asunción de la prueba documental con soporte en papel.....	66
3. Sistemas de Valoración de la prueba documental con soporte en papel.....	67
3.1 Sistema de Tarifa legal de la prueba documental material.....	70

3.2 Sistema de la Libre Convicción o sana crítica de la prueba documental	
materia.....	72
3.3 Sistema Científico de la prueba documental materia.....	73
4. Producción u obtención en la prueba documental con soporte diferente al papel.....	73
4.1 Averiguación.....	74
4.2 Aseguramiento.....	77
4.3 Proporción o presentación.....	85
4.4 Admisión.....	86
4.5 Decreto y práctica.....	87
5. Asunción de la prueba documental con soporte diferente al papel.....	92
6. Sistemas de Valoración de la prueba documental con soporte diferente al papel.....	93
6.1 Sistema de Tarifa Legal de la prueba documental con soporte diferente al papel.....	94
6.2 Sistema de la Libre Convicción o sana crítica o de la prueba documental con soporte diferente al papel.....	95
6.3 Sistema Científico de la prueba documental con soporte diferente al papel.....	97
CONCLUSIONES.....	102
REFERENCIAS-----	104

CAPÍTULO I

ACEPCIÓN DEL DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

1. HISTORIA DEL DOCUMENTO

Desde los comienzos de la humanidad y hasta nuestros días, las personas han buscado diferentes mecanismos para poder comunicarse con los demás, entre ellos está el documento, el cual, ha sido uno de los más usados para plasmar los pensamientos, ideas, discursos, obligaciones y toda clase de cosas que pasan por nuestra imaginación; aunque el documento no fue la primera forma de comunicarnos, ha sido el más utilizado para plasmar toda nuestra historia, la cual comienza con su estado más primitivo que se desarrollaba por medio de señas, como lo mencionan Rodríguez y Rodríguez (1997), “el hombre expresa su pensamiento ya sea en forma oral, o grafica o material, dentro de la cual la escritura es la más antigua, habrá que decir que el documento es tan antiguo como la forma de expresarse” (p.249).

La civilización romana fue la gran promotora de la evolución del documento como medio de prueba debido a su gran aporte en lo relacionado al derecho y en especial al derecho probatorio; los romanos en un primer momento se preocuparon en organizar sus documentos según el parecer de Concepción Mendo “en el Templo de Saturno, junto al erario público. Luego sería el *Tabularium*, situado en el Capitolio, el depósito de las leyes y los documentos judiciales, mientras el Templo de Júpiter se reservaba para los documentos diplomáticos” (p.20).

El documento en sí tiene un carácter científico, el cual nos sirve como fuente para guardar información de nuestra historia como la civilización mesopotámica, que conservaba sus

escritos en tablas de barro o la civilización greco- romana: en Atenas cada magistratura tenía su propia biblioteca la cual guardaba sus documentos en archivos situados en los templos y contenían información como las leyes, decretos, plebiscitos y actas judiciales; este concepto fue utilizado por los romanos.

Otra de las formas de dar vida a los documentos fue la creación de la archivística, que se encargó de conservar los documentos:

Los templos y los palacios de las antiguas civilizaciones eran los lugares por excelencia para la constitución de estos depósitos. Los más antiguos se remontan al 4000 a. C., en el Antiguo Oriente, En la ciudad de Ebla, en Mesopotamia, se han encontrado numerosas tablas de barro, dispuestas en estantes de madera y en distintas salas: grandes volúmenes de documentos, órdenes de gobierno, sentencias judiciales, cuentas, actos privados, que indican la existencia de una sociedad muy organizada en el momento en que fue truncada. (Concepción, p.20)

Los archivos, o como hoy se conoce la archivística, está implementada en Colombia en los sectores públicos y privados o en cualquier parte en donde se guarden documentos según la ley 594 del 2000 y busca mejorar la tecnicidad en la guarda de documentos, así como darles una clasificación y un trámite de conservación a los mismos, según sea su naturaleza, la que puede ser histórica, de simple consulta, etcétera, generando una mejor consulta de cualquier libro o texto; para tal fin cada día se implementan nuevas técnicas de conservación de los documentos como lo son los medios digitales, permitiendo con esto una evolución de los archivos y una mejor perduración de los documentos, los cuales van a permitir su posterior consulta ya sea solo para fines académicos o para fines judicial a fin de constituir una prueba.

2. EL DOCUMENTO Y SU ACEPCIÓN

Etimológicamente la palabra documento según lo manifiesta Parra Quijano:

“de la raíz **dek, dock o doc** nacen varias palabras. Entre ellas en verbo latino **doceo**, y de éste el vocablo **documentum**, con tres acepciones primarias.

“Aquello con lo que alguien se instruye.

Aquello que se refiere a la enseñanza.

Aquello que se enseña”” (Parra, 1989, p.3)

Para Jorge Isaza el documento es “cualquier cosa que, siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera” (Isaza, 1985).

Para Gustavo Humberto Rodríguez el documento es “ un acto extraprocesal y preprocesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser presentado en este” (Rodríguez, 1983).

Para Hernando Devis Echandía el documento es “toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera” (Echandía, 1982).

Para Jairo Parra Quijano el documento es “todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, hecho o una manifestación de pensamiento”. (Parra, 1989, p.13)

En general, opinión que comparto con el doctor Jairo Parra Quijano, el documento es toda cosa u objeto creado directamente o indirectamente por el hombre, el cual representa una cosa o un hecho; a dicha definición le agregaría que también documento es la creación de una cosa u objeto material o inmaterial realizada por el hombre, la cual tiene un carácter representativo y declarativo y que sirve tanto para fines cotidianos como educativos y judiciales. En los ordenamientos jurídicos de España, Francia, Italia y Chile, estos tienen muchas cosas en común

con el nuestro, verbi gracia, la acepción del documento como medio de prueba en el procedimiento civil.

2.1 ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En el ordenamiento español en lo referente al Código de Procedimiento Civil no está estipulado qué se entiende por documento, situación que sí pasa en el ordenamiento colombiano; sin embargo, se puede establecer que siguen un criterio similar al nuestro. En la legislación española no se habla de documento en general sino de prueba documental según lo estipulado en su artículo 398 el cual dispone “Toda vez que la ley exigiere prueba escrita o que la naturaleza de los hechos la precisare, las partes estarán obligadas a presentar documentos” (DL 12760 de 1975, art. 398, España.). Nótese que es lo único en el ordenamiento español que habla de documentos en general ya que en los otros artículos nos hablan de documentos auténticos, públicos y privados, pero no se habla de una generalidad.

2.2 ORDENAMIENTO CHILENO

En el ordenamiento chileno en su Código de Procedimiento Civil, no se habla tampoco de los documentos en general, solamente se remiten a los medios de prueba en los cuales se encuentran los instrumentos que vienen a ser lo que conocemos como documentos, según lo estipulado por el artículo 342 de los instrumentos;

Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:

1º Los documentos originales;

2º Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona, o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer;

3º Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;

4º Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria. (Decreto 1107 de 1902, art. 342, Chile.)

Nótese que ya se habla del documento como un medio de prueba el cual se va a aportar al proceso y no se habla de los documentos en general, se sigue la línea del derecho español en lo relacionado al documento.

2.3 ORDENAMIENTO FRANCÉS

En el ordenamiento francés se habla de documento en el Código Civil Francés, pero no como documento en general sino ya como prueba documental; es de anotar que se habla también de la prueba documental inmaterial y de su admisión y valoración; el Código Civil Francés estipula en su artículo 1316:

De la prueba literal La prueba documental o prueba por escrito, resulta de una sucesión de letras, de caracteres, de cifras o de cualesquiera otros signos o símbolos dotados de un significado inteligible, sean cuales fueren sus soportes y sus modalidades de transmisión.

Artículo 1316-1 El escrito bajo forma electrónica será admitido como prueba al mismo título que el escrito en soporte de papel, a condición de que pueda ser debidamente identificada la persona de quien emane y que sea establecido y conservado en las condiciones idóneas por su naturaleza para garantizar su integridad. (introducido por la Ley nº 2000-230 de 13 de marzo de 2000 art. 1 Diario Oficial de 14 de marzo de 2000)

Artículo 1316-3 (introducido por la Ley nº 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 de papel. (introducido por la Ley nº 2000-230 de 13 de marzo de 2000 art. 3 Diario Oficial de 14 de marzo de 2000)

En lo referente a la legislación francesa con la colombiana se puede aseverar que si bien es cierto nuestro ordenamiento está basado en su mayoría en la legislación francesa, en lo referente a los documentos, la colombiana se detiene a especificar qué se entiende por documento y después

desglosa el tratamiento que se le debe dar como prueba, mientras que la legislación francesa no se detiene a especificar sino que de una vez da los parámetros de los que se entiende por prueba documental su admisión y valoración.

2.4 ORDENAMIENTO ITALIANO

En el ordenamiento italiano se habla de la acepción del documento y de la prueba documental, no en el Código Civil ni en el Código Procesal Civil sino en el Código Procesal Penal, que estipula en su artículo 234:

(Prueba documental)

1. Se permite la adquisición de escritos u otros documentos que representan hechos, personas o cosas a través de la fotografía, la cinematografía, fonografía o cualquier otro medio.
2. Cuando el original de un documento a utilizar es por cualquier motivo destruido, perdido o robado y no se puede recuperar, se puede adquirir una copia.
3. Se prohíbe la adquisición de documentos que contengan información sobre artículos actuales, en público sobre los hechos discutidos en el juicio o sobre la moral en general de la partes, testigos, consultores técnicos y expertos.

Se puede evidenciar que hay similitud en las concepciones de documento y prueba documental en el ordenamiento italiano y colombiano; si bien es cierto que en el código procesal penal se habla de la acepción del documento y la prueba documental, en el código civil y procesal civil italiano se desglosan las diferentes clases de documentos y su valor probatorio.

2.5 ORDENAMIENTO COLOMBIANO.

En el ordenamiento colombiano se puede encontrar tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el Código General de Proceso la definición de documento de una forma general; en el Código de Procedimiento Civil decreto 1400 de 1970 en su artículo 251 se hablaba de distintas clases de documentos: “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”.

De igual forma, en la ley 1564 de 2012, la cual derogó el Código de Procedimiento Civil, se dispone en su artículo 243 sobre los documentos, que:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, **mensajes de datos**, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videgrabaciones, 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.

Nótese que en la legislación colombiana al igual que en la legislación española y chilena se habla de documento como medio de prueba, el cual se va presentar en un proceso y el cual debe seguir unos requisitos para su presentación. La diferencia está en que, en la legislación colombiana, antes de entrar al procedimiento probatorio o de pruebas, se deja expresado qué se debe entender por documento, con el fin de concentrarse en la prueba documental, dándole relevancia a la incorporación de los mensajes de datos como documentos, queriendo con ello permear lo relacionado a los procedimientos mercantiles y electrónicos.

Se puede evidenciar que las legislaciones anteriormente mencionadas han tenido entre sus medios de prueba al documento como uno de los más importantes, de igual forma en los ordenamientos se tiene una similitud de lo que se entiende por documento y prueba documental lo cual está representado por cualquier objeto mueble que tenga características representativas y declarativas. Es importante acotar la existencia de las teorías aplicables a la definición como lo son la representativa, que manifiesta que el documento es meramente representativo y no existe una voluntad en sí misma, siendo el documento todo aquello que representa un hecho; la declarativa, la que manifiesta que los documentos contienen

manifestaciones o declaraciones de voluntad de la persona que los suscribe; y los declarativos representativos o mixtos, los cuales combinan y comparten elementos de los anteriormente mencionados, teoría que se maneja en el ordenamiento colombiano.

3. CONCEPCIÓN DE DOCUMENTO COMO MEDIO DE PRUEBA

En lo referente a la concepción del documento como medio de prueba, en los procesos romanos los jueces tenían un carácter de árbitro ya que en aquellos tiempos no existían reglas procedimentales para las pruebas sino su libre apreciación, la cual les permitía valorar las pruebas aportadas al proceso; dentro de las pruebas aportadas por las partes se prefería como prueba principal el testimonio, debido a que podían tener una mejor apreciación al interrogar. Tiempo después se admitieron como pruebas el juramento, los indicios y el documento, las cuales hasta el día de hoy son los que conocemos.

No se puede desconocer que en un comienzo los jueces romanos tenían un carácter privado, pero en los procedimientos en su fase *extra ordinem*. Los jueces pasaron de considerarse privados o árbitros a ser jueces que representaban al Estado con el fin de administrar justicia, lo cual trajo un progreso debido a las facultades que se le dieron al juez para interrogar a las partes y así poder determinar a quién le correspondía la carga de la prueba dando con esto una mejor y mayor prevalencia a la prueba documental y no a la testimonial.

Ya en lo relacionado al documento no solo como un papel que servía para guardar información sino como medio de prueba, se tiene conocimiento de cinco fases según Devis Echandía (2015): la fase primitiva que correspondía a las sociedades en formación y sus sistemas rudimentarios procesales, la fase religiosa la cual tuvo influencia en el derecho canónico, la fase legal la cual se clasifica como

tarifa legal por su sistema de valoración, la fase sentimental la cual se relaciona a la íntima convicción moral y la fase científica que en la actualidad se encuentra permeada en los códigos procesales.

En Europa se empieza a forjar una mejor manera de ver, aportar y valorar las pruebas; se deja atrás el sistema inquisitivo como lo eran los juicios de Dios, para dar una prevalencia a un sistema dispositivo el cual consiste en tener un pensamiento lógico y crítico del proceso y permitir que las partes intervengan en los procesos aportando sus pruebas, las cuales serán valoradas por los jueces para tomar sus decisiones.

Se puede evidenciar que en lo referente al documento como prueba sus orígenes están relacionados con Europa, empezando con Grecia en donde lo relacionado al proceso se practicó en su momento la oralidad teniendo como base la prueba testimonial y el juramento en los procesos civiles y penales, y la prueba documental desarrollándose en los procesos mercantiles, sobre todo en materia bancaria en donde se presentó una crítica lógica y razonada de la prueba documental sin aun existir una tarifa legal como lo manifiesta Silva (1935) citado por Echandía (2015 p.48), “la prueba documental gozó de especial consideración, particularmente en materia mercantil, habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo, y por tanto, valor de plena prueba”.

En el derecho español se adoptó parecido al de la edad media un sistema de pruebas formal; desaparecen las ordalías o juicios de Dios, predomina la prueba documental sobre la testimonial, debido a las Siete Partidas, cuerpo normativo que se redactó en el reinado de Alfonso X, buscando la uniformidad jurídica de la corona de Castilla.

En el derecho francés también se cambió el sistema medieval por un sistema en donde se apreciaba la convicción íntima de juez y la convicción moral. En conclusión, en el derecho probatorio en Europa, en lo concerniente a la tarifa legal, hay una distribución de la carga de la prueba permitiendo con ello

que el demandado pueda probar su inocencia, mostrando sus pruebas y presentando excepciones a las de la contraparte. También en lo relacionado a los testigos, se le restringió su testimonio solamente a lo que pudieran percibir con sus sentidos ya que anteriormente podían dar su opinión de los hechos.

El concepto de prueba ha venido transformándose con el pasar del tiempo según lo manifestado por Devis Echandía (2015), “a partir del siglo XIII comienza la decadencia de la tradición retórica y aparece el concepto de lo probable sobre las bases objetivas, es decir, de acuerdo con lo que comúnmente sucede en la realidad” (p.59).

4. CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS DOCUMENTOS EN EL CÓDIGO GENERAL DE PROCESO

Cuando hablamos de documentos desde un enfoque jurídico, existen diferentes tipos de documentos como lo son los documentos simplemente representativos como los dibujos y las fotografías, los documentos representativos como lo son los escritos o grabaciones, los documentos declarativos como lo son las escrituras públicas, documentos dispositivos los cuales contienen actos que producen efectos jurídicos como los contratos, documentos negociables como los títulos valores etc. Pero en la presente clasificación nos enfocaremos en hablar de los documentos que se encuentran tipificados en el Código general del Proceso, enfocándonos en su significado tanto legal y jurisprudencial como doctrinal.

Cuando hablamos de documento estamos hablando de un objeto en papel o diferente al papel, que puede representar un hecho o la manifestación del pensamiento de una persona que pretende llevarlo a un proceso judicial o extrajudicial, por tal razón, se debería suprimir en el artículo 243 del Código General del Proceso la palabra edificios, ya que su definición no es congruente con la generalidad de lo que se entiende por documento. De igual forma se deberían suprimir las palabras inscripciones en

lápidas, cinta cinematográfica, grabación magnetofónica, debido a que el mismo código estipula que los documentos son todo objeto mueble de carácter representativo y declarativo, situación que hace innecesario tener estas definiciones como documentos.

5. DOCUMENTOS PÚBLICOS.

Para comenzar a hablar de documentos públicos y privados se debe hacer referencia en lo estipulado en el Código General del Proceso artículo 243 inciso dos que manifiesta.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Entendiendo según lo expresado por el Código General del Proceso que el resto de documentos serán documentos privados.

Por otra parte, cuando hablamos de documentos públicos debemos remitirnos a la ley 57 de 1985, la cual nos habla de la publicidad de los actos y de los documentos oficiales sin definir el documento público en general pero nos manifiesta en su artículo 12, hoy artículo 19 de la ley 1437 de 2011 que: “Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley”. (ley 57 de 1985, art.12, Colom.).

La reserva legal de cualquier documento será de 30 años a partir de su expedición, una vez pase este tiempo el documento adquiere la calidad de histórico y podrá ser consultado por cualquier persona.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 74 establece que: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. (C.P., 1991, art.74, Colom.).

Con respecto al artículo 74 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha manifestado que:

El derecho que tiene toda persona de acceder a documentos público, consagrado en el artículo 74 de la Constitución Nacional, según lo ha señalado esta Corporación es un derecho fundamental en la medida en que se encuentra en íntima conexidad con derechos fundamentales expresamente consagrados, como lo son los derechos de petición e información. (C.C., Sentencia T-661 / 96, Colom.)

En lo referente a los documentos públicos el doctor Devis Echandía manifiesta que son los que “corresponde[n] a cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen en la actividad de un funcionario público, en ejercicio del cargo” (Devis Echandía, 1995, p.543)

Concluyendo entonces que documento público es todo aquel que sea otorgado de manera física o electrónica por un funcionario público o un particular que se encuentre en ejercicio de funciones públicas.

6. DOCUMENTOS PRIVADOS

El artículo 243 inciso 2 de Código General de Proceso, habla de los documentos tanto públicos como privados, pero en su desarrollo solo nos habla de los documentos que se entienden públicos dando a entender que aquellos que no son mencionados en dicho inciso, se entenderán como privados; es decir, que no cumplen con los requisitos de los documentos públicos, por ejemplo, que no han sido elaborados por un funcionario público ni tampoco ha intervenido alguno en su elaboración.

Cuando se habla de documentos privados se habla de aquellos documentos que han sido elaborados por particulares en ejercicio de sus facultades, dejando la anotación que dichos

documentos pueden en algún momento adquirir la connotación de públicos verbi gracia cuando pasa a ser escritura pública.

Por último, cuando hablamos de documentos privados se debe tener presente tanto su autenticidad como su veracidad; al respecto de la veracidad de los documentos privados la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia C-637 de 2009 que.

Respecto de la exigencia de veracidad de los documentos privados, no existe acuerdo en relación con el hecho de que los particulares deban decir siempre la verdad en sus documentos. No obstante, la Corte Suprema de Justicia considera que la exigencia de veracidad es posible en documentos privados cuando: (i) el deber de veracidad proviene de la ley, como ocurre en los casos en que la ley suele entregar a los particulares el deber de certificar hechos con fines probatorios, a efectos de generar confianza en la sociedad. Tal es el caso de médicos, revisores fiscales y administradores de sociedades, que deben dar fe de hechos de que tienen conocimiento; (ii) el documento tiene capacidad probatoria; (iii) el documento es utilizado con fines jurídicos; y (iv) el documento determine la extinción o modificación de una relación jurídica sustancial con perjuicio de un tercero. (C.C., Sentencia C-637 / 09, Colom.)

Así, el documento privado es todo aquel que ha sido elaborado por una persona ya sea de forma escrita o electrónica sin que en dicha elaboración haya participado algún funcionario público.

7. DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.

Cuando hablamos de documentos auténticos nos debemos remitir a lo estipulado en el Código General del Proceso en su artículo 244:

Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la

voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones”
(Ley 1564 de 2012, art. 244, Colom.)

Podemos acotar entonces que los documentos no son auténticos cuando no se tiene certeza de la persona que lo elaboró o no ha sido reconocido expresa o tácitamente por quien lo suscribió, derivando con esto en una prueba imperfecta que carece de valor probatorio contra terceros y aun entre las partes que lo suscribieron, pues no habría evidencia sobre si fue realmente otorgado por quien lo suscribió ya que la sola existencia del documento no se puede presumir.

Según Canelutti,

La circunstancia de que el documento autógrafo suscrito represente el hecho de su formación, es decir, en cuanto a la forma más importante suya, el hecho de la declaración por parte de su autor, no quiere decir, sin más que este hecho sea verdadero. No es necesario repetir ahora que la verdad del hecho representado no es, en modo alguno, un presupuesto de la representación en general ni de la representación documental en especial. Por lo mismo, la indicación del autor del documento y, en especial modo, la suscripción no debe confundirse con la verdad de la indicación de autor y en particular de la suscripción, ya que ésta, aun siendo falsa, completa el documento, puesto que la falsedad no impide que el documento

exista. La verdad de la indicación del autor y, singularmente de la suscripción, es decir, la correspondencia entre el autor aparente y el autor real se llama autenticidad del documento” (Carnelutti. 1982 [1947], p. 169).

Para el Consejo de Estado la autenticidad de los documentos se ve reflejada cuando

Uno de los principales asuntos en relación con la valoración probatoria se centra en determinar la autenticidad de los documentos. Este concepto resulta absolutamente relevante en tanto en ocasiones, debido a su consecuencia valorativa, se confunde con el de originalidad. Por lo tanto, existe la posibilidad de que un documento a pesar de ser original carezca de autenticidad. Un documento auténtico es aquel en el que existe total certeza en relación con la persona que lo elaboró, suscribió o firmó. Se ha establecido que *“la autenticidad es un requisito que debe estar cumplido para que el documento pueda ser apreciado y valorado por el juez en lo que intrínsecamente contenga”*. (C.E., Sentencia CU-774 / 14, Colom.). Octubre 16, 2014, C.P: L.H. Vargas, Sentencia CU-774 / 14, Colom)

Entonces, un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo han elaborado, sin que medio oposición y le sea a otro atribuido su creación.

8. DOCUMENTOS EN IDIOMA EXTRANJERO Y OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.

El artículo 251 del Código General del Proceso estipula sobre los documentos en idioma extranjero y otorgado en el extranjero que:

Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano.

Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país. (Ley 1564 de 2012, art. 251, Colom.)

El artículo 251 del C.G.P. nos habla de los documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero de una forma netamente procesal, encaminado a mostrar cual es el proceso para que se puedan apreciar como prueba; entonces que a dichos documentos por su naturaleza de “extranjeros” se les debe aplicar el principio de buena fe en primera medida y la tacha de falsedad para su desconocimiento, la cual deberá presentarse por escrito manifestando su falsedad y solicitado pruebas para su demostración siguiendo lo estipulado en el artículo 270 del mismo código.

Como lo menciona Bertel, “No debe olvidarse que, si el documento es producido por un cónsul o agente diplomático de Colombia en el exterior, debe ser avalado por el Ministerio de relaciones exteriores” (Bertel, 2009, p. 415).

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia manifestó que

En principio, las normas jurídicas y decisiones judiciales foráneas, por razones de soberanía estatal, carecen de efectos en el territorio colombiano, por cuanto en la

estructura política del Estado, la jurisdicción y potestad de administrar justicia, están reservadas a las autoridades de la República.

Sin embargo, constituye una excepción a dicho respecto el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, ya que las sentencias dictadas en el extranjero tienen fuerza en Colombia conforme a los tratados o convenios internacionales o, de manera sucedánea, cuando la Nación donde fueron proferidas, conceda idéntico reconocimiento a las pronunciadas por los jueces colombianos, así como a la estricta observancia de los requisitos establecidos en el artículo 694 *ídem.* (C.S.J., Sentencia 01517-2012, Colom.)

Concluyendo entonces que documento en idioma extranjero y otorgados en el extranjero es todo aquel que sea otorgado de manera física o electrónica por un cónsul o agente diplomático el cual debe cumplir con las ritualidades exigidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

9. DOCUMENTOS ROTOS O ALTERADOS.

El artículo 252 del Código General del Proceso expresa que “Los documentos rotos, raspados o parcialmente destruidos, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica; las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento” (Ley 1564 de 2012, art. 252, Colom.).

En lo relacionado a esta clase de documentos cuando por descuido, enmendaduras y tachaduras los documentos originales o sus copias hayan sido alterados en su contenido, la doctrina ha presentado tres hipótesis para que dichos documentos tengan un valor probatorio. Para Echandía una primera hipótesis es la que aparece en el artículo 252 del C.G.P. la cual queda subsanada cuando en el documento aparece, en la parte de abajo, la firma de quien lo suscribió o autorizó; el documento tendría el mismo valor probatorio que se tendría si él no hubiera sido alterado. La segunda hipótesis plantea que si no aparece la firma de quien lo suscribió lo que está interlineado

carece de valor y lo que está roto o alterado carece de valor probatorio, aclarando, que si la parte no es sustancial lo demás tendrá valor probatorio corriente dejando como salvedad la libre apreciación del juez sobre la prueba. Y la tercera hipótesis dice que, si el documento en su parte sustancial tiene enmendaduras, alteraciones tachaduras o rupturas, el documento no tiene valor probatorio en ninguna parte a menos que el juez encuentre elementos de juicio que le den certeza de su contenido. (2006, pp. 569-570).

En la actualidad la primera hipótesis es la que se maneja para conocer el valor probatorio de los documentos originales o copias cuando estos tienen rotos o enmendaduras.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal se ha pronunciado al respecto al expresar que:

Un documento puede ser falso porque se haya alterado uno de los dos aspectos, es decir, porque quien aparece como su autor no lo es en realidad o porque su texto primitivo ha sido cambiado para hacerle decir cosa distinta a la que se quiso documentar.

El Código de Procedimiento Penal contiene en sus artículos 261 y 262 las normas para juzgar sobre el valor probatorio de los documentos públicos y privados, respectivamente.

En relación con los primeros, la norma citada en primer término establece que cuando son expedidos por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe, es decir, de aquéllos ocurridos en su presencia o de que está legalmente enterado. (Gaceta Judicial. Segunda Parte. 1979, Colom.)

10. DOCUMENTOS *AD SUBSTANTIAM ACTUS*.

El artículo 256 del Código General del Proceso expresa que. “La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba”. (Ley 1564 de 2012, art. 256, Colom.).

Cuando hablamos de documentos *ad substantiam actus*, estamos hablando de los documentos que se encuentran tarifados por el legislador, es decir aquellos documentos que taxativamente están señalados en la ley para determinar un hecho jurídico en particular, verbi gracia, cuando queremos demostrar en un proceso que somos los dueños de un bien inmueble la prueba o el documento que debemos aportar es el certificado de libertad y tradición expedido por la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos que nos acredita como los propietarios y es la única prueba que el legislador a tarifado para demostrar dicha calidad, no se podría demostrar dicha calidad con una prueba testimonial ya que esta no es la prueba conducente para tal fin.

Al respecto Cañón considera:

Cuando la ley requiere de instrumentos públicos para la existencia o validez de un acto o contrato, como formalidad o solemnidad de un determina acto o contrato, éste no se puede suplir por otra prueba y se tendrá por no celebrado, aun en el caso en que se hubiera prometido reducirlo a instrumento público. (2013, p. 336)

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

Es por ello que esta Sala de la Corte ha considerado que la prueba *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem* "es aquella que, para la existencia o validez de un acto jurídico material, la ley exige una forma instrumental determinada" - sentencia CSJ SL, 2 feb. 2005, rad. 23219- como, por ejemplo, la prueba del depósito de la convención colectiva de trabajo dentro del término fijado por la ley. (C.S.J., Sentencia SL1739-2016, Colom.)

11. DOCUMENTOS FIRMADOS EN BLANCO, O CON ESPACIOS SIN LLENAR.

El artículo 261 del Código General del Proceso dispone que “Se presume cierto el contenido del documento firmado en blanco o con espacios sin llenar”. (Ley 1564 de 2012, art. 261, Colom.).

Cuando hablamos de los documentos firmados en blanco o con espacios sin llenar estamos hablando de documentos en los cuales su firma se puso de manera anticipada sin haber llenado los espacios de dichos documentos, los cuales para poder llenarse deben tener una autorización o una carta de instrucciones para su posterior diligenciamiento. Esta situación se ve reflejada sobre todo en los documentos privados como los títulos valores.

Como señala Cañón:

Los documentos privados que se firman en blanco, en efecto, tienen el mismo valor que los documentos que se firman luego de haber sido redactados y escritos, pues el fundamento jurídico del documento no es haberlo firmado en blanco, sino que se presume haberlo entregado firmado, “el reconocimiento de la firma hará presumir cierto contenido. (2013, p. 309)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-968 de 2011 dice:

la carta de instrucciones puede constar en un documento escrito o de manera verbal, al no existir una norma que exija alguna formalidad.

En conclusión, los títulos ejecutivos que se suscriban en blanco, pueden llenarse sus espacios conforme a la carta de instrucciones. No obstante, cuando el suscriptor del título alegue que no se llenó de acuerdo a las instrucciones convenidas, recae en él la obligación de demostrar que el tenedor complementó los espacios en blanco de manera arbitraria y distinta a las condiciones que se pactaron.

En efecto el artículo 622 del Código de Comercio señala que si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora. (C.C., Sentencia T- 968 /11, Colom.)

12. DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS.

El artículo 262 del Código General del Proceso dispone que. “Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación” (Ley 1564 de 2012, art. 262, Colom.).

Sobre los documentos declarativos emanados de terceros el doctor Miguel Rojas expresa que:

A diferencia de la disposición de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 794 de 2003, que hacían inaplicable la presunción a los documentos emanados de terceros mediante el uso de la expresión “todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación a los documentos emanados de terceros”, la ley de descongestión extendió expresamente la presunción a los documentos emanados de terceros. Sin embargo, de la presunción de autenticidad la ley dejó exceptuados los documentos dispositivos emanados de terceros, los cuales a pesar de contener declaraciones de voluntad no están sometidos a la eventual ratificación a la que están expuestos los documentos declarativos (C.P.C., art 277). En cambio, los documentos emanados de terceros cuyo contenido sea simplemente representativo, que tampoco están expuestos a la ratificación dado que no plasman narraciones o declaraciones sino sólo imágenes, si quedaron cubiertos por la presunción de autenticidad. (Rojas, 2010, p.p 77-78)

En lo relacionado a los documentos declarativos emanados de terceros la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

Recuerda la Sala que la recepción de testimonios por fuera del marco de un proceso, está sujeta a ciertas formalidades que dependen de la finalidad que se persiga con ellos. Así, cuando no tengan un propósito judicial, sólo podrán rendirse ante Notarios o Alcaldes, siendo suficiente para su recepción que el interesado presente la solicitud con sujeción a las formalidades legales, como quiera que, no existiendo litigio, no hay parte contraria que deba convocarse para garantizar su derecho de defensa (art. 299 C.P.C.).

Pero si la declaración del tercero tiene fines judiciales, sus requisitos -y aún, su procedencia- son más exigentes y restrictivos, toda vez que, en línea de principio, deberán recibirse previa citación de la parte contraria y ‘únicamente a personas que estén gravemente enfermas’ (art. 298 C.P.C.). La única excepción a estos condicionamientos se contempla en el señalado artículo 299, que autoriza recepcionar testimonios con fines judiciales ante Notarios y Alcaldes, sin citación de la parte contraria, cuando estén ‘destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin’, lo que se justifica plenamente en razón de la naturaleza de esa probanza, como medio probatorio no contradicho. (C.S.J., Sentencia SC16929-2015, Colom.)

13. DOCUMENTO INMATERIAL

El documento inmaterial se encuentra estipulado en el artículo 243 del Código General del Proceso “Distintas clases de documentos” cuando se refiere al mensaje de datos; también está reglamentado en el artículo 2 literal A de la ley 527 de 1999. De este documento pasaremos a hablar a continuación para entender qué se entiende por mensaje de datos, qué por documento electrónico y sus diferencias

CAPÍTULO II

ACEPCIÓN DEL DOCUMENTO INMATERIAL

1. HISTORIA DEL DOCUMENTO INMATERIAL Y SU ACEPCIÓN.

El documento material a lo largo de los años ha tenido diferentes formas y materiales en donde las personas han colocado sus manifestaciones; entre los principales encontramos el papiro, el pergamino y el papel, de igual forma como se mencionó en la acepción del documento material también han servido como documentos las telas, las tablillas en arcilla cocida, el mármol, la piedra, la madera etc. Pero debido a los costos de producción, la conciencia ambiental, el avance de la tecnología y la necesidad y velocidad con que se hacen los negocios o acuerdos hoy en día, han generado la desmaterialización del documento, con las inquietudes propias de su seguridad, autenticidad e integridad del mismo.

Para referirnos a la historia del documento inmaterial y su acepción se debe hablar en primera medida de la tecnología, la cual no es novedosa ya que siempre nos ha acompañado durante la evolución del ser humano como ser social; la tecnología que ha sido desarrollada en la última década del siglo XX ha permitido un gran cambio en la forma de interrelacionarse en la sociedad actual, dichas tecnologías que hoy son conocidas como “tecnología de la información y las comunicaciones” “TIC” han proporcionado a la sociedad nuevas formas y maneras de comunicarse y adquirir nuevos conocimientos que se han venido convirtiendo en elementos esenciales para cada una de las personas que las usan, al igual que para las estructuras sociales, basta con dar una mirada a la forma como en la actualidad se viene desarrollando el teletrabajo.

Ahora bien, en el desarrollo de la tecnología de la información y las comunicaciones, es importante mencionar una de las primeras definiciones jurídicas sobre las TIC, expresado por el comunicado del 14 de diciembre de 2001, por parte de la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo en el que se establece:

las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) son un término que se utiliza actualmente para hacer referencia a una gama amplia de servicios, aplicaciones y tecnologías, que utilizan diversos tipos de equipos y de programas informáticos, y que a menudo se transmite a través de las redes de telecomunicación. (comisión de las comunidades europeas, n.d.)

definición que es acogida por Colombia en el plan nacional de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones; teniendo en cuenta lo mencionado por la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, se puede señalar que las TIC son un conjunto de productos y servicios utilizados a través de un equipo electrónico o informático que sirve para generar, transmitir y recibir información, por medio de una red.

Ahora bien, en el mundo de la tecnología se destacan para el derecho las tecnologías que permiten la creación, transmisión, tratamiento de información, independientemente donde esta se genere, modifique y se reciba; en tal sentido en este intercambio de información es indiscutible que no se reconozcan derechos y se contraigan obligaciones ya establecidas por la normatividad preexistente, ya sea entre particulares u organizaciones estatales, generando con este último la necesidad de implementar las pautas legales para garantizar entre los ciudadanos sus derechos y libertades reconocidos por las leyes nacionales e internacionales.

Frente a estos nuevos actos u hechos que han traído consigo las nuevas tecnologías y que han permitido la inmaterialidad de los documentos entre otras cosas, los estados como el colombiano han aceptado tres corrientes como fuentes de derecho con el propósito de regular estos cambios tecnológicos producidos por las TIC, es así como se ha adoptado la analogía, la jurisprudencia y la ley. Frente a la primera, los estados han decidido adoptar el uso del derecho preexistente y aplicar dichas normas a los casos que se vayan presentando sin la necesidad de tener que generar

nuevas leyes, frente a la jurisprudencia los estados han optado por usar precedentes que dictan sus cortes, a través de sentencias en las que se pronuncian sobre casos en los cuales las leyes vigentes no contemplaron, y por último frente a la ley, los estados han optado por incluir en sus ordenamientos internos nuevas leyes que actualizan el marco jurídico preexistente. Aunado a lo señalado anteriormente le corresponderá a cada estado regular el uso de las TIC de la manera que más se adecue a sus necesidades.

Frente al desarrollo de las TIC y su implementación en los estados surge a la par el comercio electrónico a través del internet y el ciberespacio; los estados deben acondicionar su normatividad buscando asegurar las relaciones que se dan por medio de desarrollos tecnológicos, las redes de telecomunicación, los controles de seguridad de contenido, los programas de ordenador y las transacciones en línea.

Frente a dicho surgimiento el doctor Rincón expresa que:

A finales de los años setenta el Ministerio de Defensa de los Estados Unidos inició un programa de investigación destinado a desarrollo de nuevas técnicas y tecnologías que le permitirán intercambiar de manera transparente paquetes de información confidencial y estratégica entre diferentes redes conectadas por computadores. El proyecto encargado de diseñar los protocolos de transmisión de datos que permitieran este objetivo se llamó *Internetting Project* (de este proyecto de investigación proviene el nombre del conocido sistema de redes), del que surgieron el TCP/IP (*Transmission Control Protocol / Internet Protocol*), los cuales fueron desarrollados conjuntamente por Vinton Cerf y Robert Kahn, y son los protocolos que actualmente se emplean en internet. A través de este proyecto se logró estandarizar las comunicaciones entre computadores y en 1989 aparece un nuevo servicio de comunicación conocido con las siglas “www” (World Wide Web). (Rincón, 2017, pp. 8-9.)

En este nuevo escenario, que trajo las TIC y el comercio electrónico, el derecho juega un papel importante para regular lo que hoy conocemos como la sociedad de la información; debido a que nunca se ha concebido una sociedad sin leyes, tampoco se puede concebir el desarrollo de las nuevas tecnologías sin reglamentación, cabe destacar los principios del derecho electrónico que han servido para cumplir dicho objetivo como lo son: la neutralidad tecnológica, la libertad contractual, la buena fe, la no alteración del derecho preexistente y la equivalencia funcional de los mensajes de texto “documentos inmateriales” y principios, que desarrollaremos más adelante.

Dichos principio y dichas normas han sido generados principalmente en instrumentos internacionales los cuales se han encargado del estudio del comercio electrónico que han sido acogidos por varios países entre ellos el colombiano. Sin lugar a duda el primero de ellos es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “CINUDMI” y sus siglas en ingles UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), generando esfuerzos para que los estados miembros, a partir la ley modelo propuesta en 1996 incorporaran y adecuaran las legislaciones locales sobre de comercio electrónico a la propuesta internacional. Dicha ley, como se mencionó, fue adoptada por varios países entre ellos Estados Unidos, el cual la incorporó en su totalidad y creó la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas “UETA”; la Comunidad Europea fue más precavida en su implementación, pero asumió los pilares de las transacciones del comercio electrónico: (i) paridad contractual, (ii) equivalencia de formalidad, (iii) equivalencia de documentos y (iv) equivalencia de datos. Italia hizo lo propio a través de Decreto 513 del 10 de noviembre de 1997; Francia, a través de la ley 200-203 del 13 de marzo de 2000, introdujo varios cambios en su Código Civil; España a través del Real Decreto Ley 14 de 1999 y la ley 34 de 2002; Colombia a través de la Ley 527 de 1999 que promulgó el marco general de la contratación electrónica.

Por último, el comercio electrónico abrió la puerta para realizar toda clase de negocios y trajo consigo herramientas y conceptos que deben ser conocidos por todos los operadores judiciales para entender el dinamismo de la era digital, entre ellos el documento inmaterial, por lo que es indispensable conocer también sus conceptos y principios.

1.1. Entorno Digital.

Para Clara Barroso es el “ámbito de realidad” el cual está vinculado necesariamente a las tecnologías de la información (TIC), y al desarrollo de la sociedad de la información. (2013, p. 63).

1.2. Servidor.

El cual tiene dos significados en el ámbito informativo “El primero hace referencia al ordenador que pone recursos a disposición a través de una red (*hardware*), y el segundo se refiere al programa que funciona en dicho ordenador (*software*)”. (Digital Guide, n.d.).

1.3. Iniciador

Para Alexander Díaz,

Es toda persona que, al tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado, para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si este es el caso, pero que no lo haya hecho a título de intermediario con respecto a ese mensaje. (Alexander, 2012, p. 180.)

1.4. Destinatario

Es “La persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a ese mensaje.” (Alexander, 2012, p. 180.).

1.5. Intermediario.

“Toda persona que, en relación con un determinado mensaje de datos, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él” (Alexander, 2012, p. 180.).

1.6. Certificado.

“Es la manifestación que hace la entidad de certificación, como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las firmas digitales o integridad de un mensaje” (Alexander, 2012, p. 181.).

1.7. Entidad de Certificación.

Es aquella persona que, autoriza conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificaciones en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales. (Alexander, 2012, pp. 180. 181.)

1.8. Firma Digital.

Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos, y que, utilizado un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que ese valor se ha obtenido exclusivamente, con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuar la transformación. (Alexander, 2012, p. 180.)

1.9. Firma Electrónica.

Según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas Artículo 2

Se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos. (A.G. NU, 2001, A/RES/56/588)

1.10. Sistemas de Nombre de Dominio “SND”.

Los sistemas de nombre de dominio son lo que conocemos como las direcciones IP, que al principio se caracterizaban por números como 1.78.14.122, pero para una mejor comprensión y reconocimiento ahora se conocen por sus siglas .com .es .net .edu, etc., las cuales permiten reconocer la persona u organización que está almacenado, generando o recibiendo un documento electrónico o mensaje de datos.

Como lo expresa Javier Maestre.

Básicamente, por consiguiente, el sistema de nombres de dominio consiste en una base de datos que relaciona las direcciones numéricas IP, verdaderas direcciones de los equipos conectados, con los nombres de dominio de caracteres más cercanos a nosotros.

El funcionamiento interno del nombre de dominio es el siguiente: cuando una persona introduce en la ventana correspondiente de su navegador una determinada dirección (URL), el programa se dirige a la base de datos determinada para encontrar la dirección IP en la que residen las páginas que desean consultarse. (Javier, 2001, p. 30.)

1.11. Intercambio Electrónico de Datos “EDI”.

El intercambio electrónico de datos EDI, es el sistema que permite la transferencia de datos por medio de un sistema de ordenadores entre clientes con clientes, proveedor con proveedor, cliente con proveedor y cliente estado. “La manera o sistema en que la información se transmite entre cliente y proveedor es el EDI, una transferencia de información estructurada de acuerdo con estándares entre ordenadores, y por medios electrónicos” (Liberos, Somalo, Gil, Garcia & Merino, 2011).

1.12.Bits.

Los BITS se conocen como la menor unidad que tiene una computadora de información; en consecuencia, un bit tiene un valor de 0 o de 1. “Toda la información procesada por una computadora es medida y codificada en bits. El tamaño de los archivos es medido en bits, toda la información en el lenguaje del usuario es convertida a bits para que la computadora la entienda” (Tecnología & informática, n.d.).

1.13. E-commerce.

El E-commerce conocido también como comercio electrónico, es el proceso de compra y venta realizado por medios electrónicos que realizan las personas o entidades del mundo, sobre todo por internet, el cual ha permitido el crecimiento de la economía en la actualidad y también realizar toda clase de negocios como los jurídicos. “[S]e trata de transacciones comerciales en las que no hay relaciones físicas entre las partes, sino que los pedidos, la información, los pagos, se hacen a través de un canal de distribución electrónica” (Alexandre, 2014, p. 8.). el E-commerce tiene los siguientes principios.

1.13.1 Principio de Neutralidad Tecnológica.

La neutralidad tecnológica es uno de los principios del comercio electrónico, el cual busca que no haya una preferencia o un favorecimiento entre una tecnología y otra, toda vez que el mundo de los negocios, el comercio y las nuevas tecnologías van cambiando extremadamente rápido, dicho principio garantiza que los documentos electrónicos no se vean afectados por esos cambios, y que permanezcan válidos a pesar de las circunstancias. Por tal razón, se busca que las normas se complementen con las diversas tecnologías debido a que los cambios de la tecnología la mayoría de las veces los ocasiona el mercado y no la ley.

“Este principio propende por que las normas puedan abarcar las tecnologías que propiciaron su reglamentación, así como las tecnologías que se están desarrollando”. (Rincón, 2015, p. 81.).

1.13.2 Principio de Equivalencia Funcional.

Es el principio que permite equiparar a un documento con un mensaje de datos, sin importar su soporte, este principio es la piedra angular en materia de comercio electrónico y que con el tiempo ha permitido que en las demás relaciones jurídicas también salga a relucir y a defender la equivalencia que subsiste en los medios en que se maneja la información tradicional con la electrónica.

Para Ana Jazmín Torres la equivalencia funcional es “Un instrumento conceptual que permite aplicar medios informáticos para la consecución de fines requeridos por la norma jurídica o por el tráfico comercial, con referencia a los mensajes de datos y sin necesidad de utilizar recursos tradicionales” (Torres, 2012, p. 8.).

1.13.4 Principio de la buena fe

El principio de buena fe se encuentra estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política la cual manifiesta que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (C.P., 1991, art. 83, Colom.). Y aunque este artículo habla de la buena fe que debe haber entre las actuaciones de los particulares con el estado, también se habla de buena fe en el Código Civil y el Código de Comercio.

En lo referente a la buena fe del Código Civil, el artículo 1603 nos habla de que

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. (Ley 84 de 1873, art. 1603, Colom.)

Este artículo se refiere a la buena fe que debe haber en toda clase de contratos y de lo que de ellos se desprenda según sus obligaciones, situación que se presenta en la actualidad con los contratos que se realizan vía mensaje de datos entre las partes del comercio electrónico B2B, B2C, C2C y B2G.

De una forma similar el Código de Comercio establece en su artículo 871 que

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural. (Decreto 410 de 1971, art. 871, Colom.)

De igual forma en el presente artículo se habla de las obligaciones que tienen las partes cuando celebran contratos, entendiéndose que las obligaciones van más allá de lo pactado y permean también el antes, durante y después del contrato y su forma de celebrarlo y obligarse, conocida como la buena fe objetiva; al respecto De los Mozos señala:

La buena fe objetiva comporta una función normativa, no basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. Actúa unas veces restringiendo el contenido del contrato, y otras ampliándolo; pero estas fases se entroncan en un criterio único de apoyo, el de reciprocidad comportamiento debido y esperado. Así entendida, guarda relación con los estándares jurídicos. (De los Mozos, n.d, p. 1.)

Al respecto Ana Torres expone que:

El principio de buena fe objetiva (o en sentido objetivo. Según otros), vista como un límite, nos obliga a distinguir el contenido del acto, de los efectos de este. Una cosa es el contenido del negocio, esto es, el “intento práctico” de las partes desatado en virtud de la autonomía privada. Otra distinta son sus efectos, lo cuales son fijados exclusivamente por el ordenamiento jurídico, sin que a las partes les sea preciso fijarlos o establecerlos. (Torres, 2012, p. 174.)

Por tal razón el principio de buena fe objetivo en la valoración de la prueba inmaterial es fundamental, ya que este se basa no solo en los conocimientos y parámetros jurídicos sino también en los conocimientos y parámetros que tienen las partes contratantes o que realizaron el negocio por medios no convencionales, obligándolos a conocer los diferentes tratamientos y obligaciones que esto acarrea.

1.13.5 Principio de la libertad contractual

El principio de la libertad contractual está en consonancia con la no alteración del derecho preexistente, buscando una seguridad jurídica a pesar de los nuevos cambios normativos y tecnológicos de los últimos tiempos; la libertad contractual nace de la voluntad de las partes, la libertad de empresa y la autonomía privada tanto para personas naturales como jurídicas; estas

buscan una participación en el comercio por vías electrónicas que les permita competir con las grandes empresas y tener una igualdad competitiva en los procesos contractuales virtuales, situación que exige un entendimiento por parte del operador judicial de esta nueva realidad.

Al respecto Víctor Castrillón y Luna expone que:

La libertad contractual se manifiesta en la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre, pudiendo, en ciertos casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, y son obligatorias para ellas desde el punto de vista jurídico.

Sucede con frecuencia, que abandonando el contenido de la norma o algunos aspectos de ella, las partes otorgan convenciones que la excluyen o inclusive de contenido contrario al de aquélla, lo cual es posible siempre que no se trate de requisitos esenciales del contrato o bien de su natural consecuencia, y es legítimo en presencia de derechos denominados dispositivos (que por supuesto abundan en el derecho privado), en donde la ley permite a las partes, en plena expresión del principio de la autonomía de la voluntad, establecer condiciones a su contratación, que deberán ser cumplidas, de modo que el órgano jurisdiccional, ante la eventual controversia, sustentará el sentido de su resolución interpretando la voluntad de las partes. (Castrillón, 2008)

1.13.6 Principio de la no alteración del derecho preexistente

Este principio está sustentado en que no es necesario cambiar o modificar sustancialmente la legislación que se encuentra vigente con respecto al derecho contractual, comercial y mercantil, ya que todo tipo de negocio jurídico esta soportado simplemente en un nuevo eje por medio del cual se hacen las nuevas transacciones negociables; no obstante, no se puede negar que la generación de nuevas formas de realizar los negocios jurídicos y la aceptación de la voluntad de las partes por medio de un correo electrónico, ha generado un cambio en el derecho aplicable, trayendo un vacío jurídico al momento de identificar los problemas y soluciones del comercio

electrónico, verbi gracia, el saber dónde y cómo se perfecciona un contrato, situación que se ha venido manejando con la lógica de la formación del contrato entre ausentes, pero que sin embargo todavía genera mucho incertidumbre entre los operadores judiciales.

Con respecto a este principio Ana Jazmín Torres manifiesta que:

Se trata de una segunda pauta fundamental de disciplina del C-E. En su virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos, nacionales e internacionales, en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales ocurre.

Esta afirmación parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negócias, pero no un nuevo derecho regulador de ellas y su significación jurídica; por tanto, las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas y ejecutadas por vía electrónica no tienen que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados. Los códigos son así, pues, aplicables a los contratos electrónicos.

La regla expuesta tiene como objetivo principal que las nuevas normas aplicables a los aspectos electrónicos de las relaciones negócias no alteren el derecho aplicable a las relaciones propiamente dichas, con independencia del soporte mediante el cual se contraen. (Torres, 2012)

Como se puede apreciar y aunque no están todos, son muchos los conceptos que los avances tecnológicos y el comercio electrónico trajeron para quedarse en nuestro quehacer cotidiano, entre ellos y los cuales hacen parte de este estudio son el mensaje de datos y el documento electrónico.

2 MENSAJE DE DATOS

El artículo 2 literal A de la ley 527 de 1999, define al mensaje de datos como “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” (Ley 527 de 1999, art. 2, Colom.).

Por su parte la Corte Constitucional manifiesta que

La noción de "mensaje" comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, 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 prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro.

El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

Por otra parte, en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, en la integridad de la información para su originalidad y establece reglas que deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

Así mismo, cuando el contenido de un mensaje de datos sea completo y esté alterado, pero exista algún anexo inserto, éste no afectará su condición de "original". Esas condiciones se considerarían escritos complementarios o serían asimiladas al sobre utilizado para enviar ese documento "original". (C.C., Sentencia C-662 / 00, Colom.)

Se puede observar que cuando hablamos de documentos en lo inmaterial se está hablando de un mensaje de datos “documento inmaterial” en el cual se prueba y se sustenta las relaciones jurídicas realizadas por medios electrónicos; de igual forma se dejan claras las características esenciales de los mensajes de datos y se habla de la integridad de los mismos, elementos que permitirán conocer las fases probatorias del documento inmaterial.

No obstante, cuando hablamos de documentos inmateriales, por parte de la doctrina se plantean una serie de inconvenientes frente a dichos documentos en lo relacionado a su emisión y que traerían dificultades para su producción, obtención y valoración, casos que no pasarían con los documentos tradicionales. Al respecto el doctor Erick Rincón considera que:

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

Obsolescencia de las tecnologías que intervienen en la generación y el almacenamiento de estos documentos, equipos y aplicaciones, y fragilidad de los soportes en que se conservan. No se puede frenar el avance de los equipos y las aplicaciones, pero si se puede pedir una compatibilidad. Además, aún no conocemos la duración de muchos de los soportes y a la vez se están creando otros nuevos (DVD). Lo idóneo será crear un soporte estandarizado universal.

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

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

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

Dificultades para identificar el tipo y la forma documental de estos documentos. La forma documental (original, copia, etc.) tiene especial relación con el valor probatorio de estos documentos, o lo que es lo mismo con su validez jurídica. (Rincón, 2017, pp. 69-70.)

3 DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Dijimos que el documento es toda cosa u objeto material e inmaterial creado directa o indirectamente por el hombre, el cual representa una cosa o un hecho y que sirve tanto para fines recreativos y educativos como judiciales. Pero ¿qué se entiende por documento electrónico?

Para el doctor Valentín Carrascosa.

Documento electrónico es, por lo tanto, aquel documento proveniente de la elaboración electrónica, y por ello, documento informático, será el que tenga su origen en la informática. Idea esta, que, si bien es válida como punto de partida, debe ser matizada y concretada. (Carrascosa, 1994, p. 155)

Para el maestro Jairo Parra, “Son documentos electrónicos, 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” (Parra, 2006, p.1.).

Como se puede observar, cuando se habla de documento electrónico se está hablando de un documento que se encuentra inmerso en un soporte electrónico o máquina informática, el cual permite conocer su contenido declarativo o representativo y el cual es susceptible de registrarlo, procesarlo y/o transmitirlo.

En consecuencia, el documento es de naturaleza mueble, esto permite que se pueda trasladar de un lugar a otro para que sea de conocimiento del juez, por tal razón se puede precisar que el documento electrónico tiene las siguientes características.

- (i) Se trata de un bien mueble representativo de un hecho o de un acto del ser humano.
- (ii) Esa representación se da por medios de signos inteligibles.
- (iii) Es susceptible de llevarse al proceso.

Se entiende entonces que el mensaje de datos es el equivalente a un documento electrónico el cual se puede firmar, también se puede hablar de documento electrónico original y auténtico siempre que no haya sido alterado, tiene un creador, y de igual forma se puede hablar de documento electrónico público y privado.

En este orden de ideas y teniendo los presupuestos del documento electrónico es importante señalar los antecedentes normativos en Colombia que han permitido su desarrollo, para lo cual nos guiaremos en el trabajo del doctor Erik Rincón Cárdenas.¹

El artículo 165 del Código General del Proceso, nos habla de los medios de prueba que

... 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. (Ley 1564 de 2012, art. 165, Colom.)

En tal razón nuestro ordenamiento, en lo referente a los medios de prueba, acogió en el Código General del Proceso un criterio amplio de las teorías legalista, análoga y referencial sobre los medios de prueba, no dejándolos taxativos o meramente enunciativos, lo que se ve reflejado en el artículo 246 del mismo cuando nos habla de todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.

La ley 98 de 1993 o Ley del Libro nos señala en su artículo 2, refiriéndose al cambio de las publicaciones tradicionales a las publicaciones electromagnéticas que

Para los fines de la presente Ley se consideran libros, revistas, folletos, coleccionables seriados o publicaciones de carácter científico o cultural, los editados, producidos e impresos en la República de Colombia, de autor nacional o extranjero, en base papel o publicados en medios electromagnéticos. (Ley 98 de 1993, art. 2, Colom.)

La ley 270 de 1996 establece el reconocimiento de documentos electrónicos en cuanto a su validez y eficacia, lo cual está estipulado en su artículo 95:

¹ Erik Rincón Cárdenas, en “Derecho del Comercio electrónico y de Internet”. Tercera Edición

TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley. (Ley 270 de 1996, art. 95, Colom.)

La ley 223 de 1995, en su artículo 37, eleva la factura electrónica a la categoría de factura de venta estableciendo lo siguiente:

Adiciónese el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: “**ARTÍCULO 616-1.**
FACTURA O DOCUMENTO EQUIVALENTE. La factura de venta o documento equivalente se expedirá, en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios o en las ventas a consumidores finales. Son documentos equivalentes a la factura de venta: El tiquete de máquina registradora, la boleta de ingreso a espectáculos públicos, la factura electrónica y los demás que señale el Gobierno Nacional. (Ley 223 de 2000, art. 37, Colom.)

El decreto 2150 de 1995 establece en su artículo 26 la forma de utilización de los sistemas informáticos en la Administración Pública:

Utilización del sistema electrónico de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la Administración Pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares. (Decreto 2150 de 1995, art. 26, Colom.)

Por último, la ley 527 de 1999 da las bases para acabar con el mito de que solo se tiene certeza de lo que está escrito en papel, dando paso al uso de las nuevas tecnologías en lo referente al manejo de la información como lo son los documentos informáticos o también llamados documentos telemáticos o electrónicos, los cuales tienen como característica principal que en ellos se contiene cualquier información incorporada en un mensaje de datos, dando paso a la sociedad de la información en donde se manejan la mayoría de las cosas y negocios sin un papel físico, pero si electrónico con la misma seguridad y validez que el papel material. Por tal motivo la ley 527 nos da las herramientas jurídicas para tener la confianza y certeza a la hora de producir, incorporar o recibir un mensaje de datos, lo cual está estipulado en su artículo 6, el cual establece que “[c]uando 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, art. 6, Colom.).

De igual forma el artículo 8 nos habla de que cuando la información se requiera que sea presentada en su formato original, dicho requisito quedará perfeccionado si se cumple con estas dos condiciones del mensaje de datos:

- (i) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
- (ii) Requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. (Ley 527 de 1999, art. 8, Colom.).

Por consiguiente, con la ley 527 de 1999, se distingue en los mensajes de datos los diferentes documentos electrónicos que remplazan los escritos originales, que son o pueden ser solicitados por el estado o por los particulares en ejercicio de sus funciones o sus relaciones, siempre que cumplan con las condiciones señaladas por la ley. Al igual, el artículo 9 nos señala sobre la integridad del mensaje de datos que “[s]e considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si esta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación” (Ley 527 de 1999, art. 9, Colom.). Para tal caso se debe trabajar de la mano con las entidades de certificación o terceros de confianza, legitimados para garantizar o certificar la integridad del mensaje de datos, ya que son las únicas entidades con la capacidad y las condiciones técnicas para demostrar que los requisitos se cumplieron efectivamente.

Esto no quiere decir que, si un mensaje de datos no se encuentra certificado por una entidad certificadora, este no tenga la validez jurídica y probatoria para ser tenido en cuenta ante

cualquier autoridad, ya que para dichos casos se requiere de una prueba pericial para conocer su integridad.

Por último, para que un mensaje de datos sea tenido en cuenta como prueba judicial o extrajudicial el artículo 10 de la ley 527 establece que

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 trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original. (Ley 527 de 1999, art. 10, Colom.)

Con lo anterior se puede expresar según el doctor Erik Cárdenas que

- El mensaje de datos obliga a quien lo genera y vincula a sus destinatarios;
- El mensaje de datos tiene valor y fuerza probatoria al tratarse de una prueba contenida en un documento, con lo que se pone fin a la discusión sobre la admisibilidad como prueba de los documentos electrónicos, iniciada con el uso del télex y del telefax y seguida con la utilización de tecnologías como el EDI e internet; y
- Además, ya no es solo original el papel escrito sino también el mensaje de datos que tenga propias las características propias de serlo. (Rincón, 2017, pp. 76-77.)

Concluyendo, a estas afirmaciones las soporta también la ley 527 de 1999, cuando habla de la “equivalencia funcional” como principio orientador donde se busca un análisis de las funciones y propósitos del papel material, para adecuar dichas funciones y propósitos a las técnicas

electrónicas como los mensajes de datos, buscando con ello cumplir con los requisitos de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que son propios tanto del documento en papel como de los documentos diferentes al papel.

4 DIFERENCIA ENTRE EL MENSAJE DE DATOS Y DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

Para establecer las diferencias entre el mensaje de datos y el documento electrónico es procedente volver a revisar la ley 527 de 1999, sobre todo su artículo 2, el cual define al mensaje de datos como “toda información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos o cualquier otro tipo tecnología”. Nótese que la definición de mensaje de datos cabe sobre cualquier tipo de información que pueda ser generada, almacenada, recibida, etc., por medios tecnológicos, lo cual nos permite concluir que dicha información puede ser que represente algo o no represente nada por sí sola, como lo son los signos, imágenes, palabras, sonidos etc.

En cambio, una de las características del documento electrónico es que es de carácter representativo de circunstancias o hechos realizadas por las personas, por tal motivo el documento electrónico si bien puede tener cualquier tipo de información, está representado en un acto el cual está incorporado en un soporte electrónico.

5 REQUISITOS JURÍDICOS DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

La legislación colombiana a través de la ley 527 de 1999, estableció que para que haya una equivalencia funcional entre los documentos tradicionales y los documentos electrónicos, es

necesario que este último contara con unos requisitos o atribuciones jurídicas para poder otorgarle plena validez probatoria y jurídica a el documento electrónico, los cuales son:

5.1. **Escrito.**

Cuando por cualquier razón una disposición normativa requiera que la información conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido con un mensaje de datos; sin embargo, siempre y cuando dicha información que reposa en el mensaje de datos pueda ser consultada con posterioridad, en tal sentido el legislador interpreta que no solo es suficiente presentar el escrito por medio de un mensaje de datos sino que también le impone la carga de la prueba a quien haya generado el mensaje de datos para que pueda ser consultado con posterioridad, dando a entender que quien genere un mensaje de datos deberá conservarlo o archivar dicha información en un medio seguro.

5.2. **Original.**

Cuando se requiera o la norma disponga que la información que se presenta este en su formato original, se entenderá según la jurisprudencia y la doctrina que se cumple con este requisito cuando: (i) se pueda demostrar que la información se ha conservado integra desde el mismo momento en el que se generó por primera vez a través de cualquier medio tecnológico; (ii) y que dicha información al ser solicitada por ejemplo por el juez, pueda ser expuesta sin ningún problema.

5.3. **Integridad.**

Este requisito quizás es el más importante para demostrar que el documento electrónico cumple con sus atribuciones jurídicas para ser tenido en cuenta o valorado en una actuación judicial, debido a que la información que ha sido consignada en un mensaje de datos, se considera que ha

permanecido completa e inalterada, o por alguna circunstancia si se han realizado cambios adicionales, que los mismos sean inherentes o propios de su mismo proceso de archivo, presentación o comunicación.

En tal sentido se deben tener presentes al momento de generar un documento electrónico, todas las medidas técnicas posibles para que se cumpla con estos tres requisitos y poder hacerlo valer ante la autoridad competente.

6 ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS

La admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, es decir la prueba digital, se da cuando la información que corresponde a un hecho o acto que se quiere probar es creado, generado, almacenado o transmitido, a través de un sistema electrónico de información; en tal sentido la información digital objeto de prueba, no es corpórea ni material, es un código binario que representa un contenido o una imagen, donde el medio en el que se encuentra almacenado dicho contenido o imagen sí lo es; por eso es tan importante no confundir la información objeto de prueba, con el sistema o medio en el cual esta almacenada la prueba. Los soportes donde se almacenan las pruebas digitales son, por ejemplo, los disquetes, la unidad de disco duro, las USB, los CD-ROM, entre otros; por lo tanto, lo que puede ocurrir es que la destrucción, alteración o deterioro del hardware que contiene la información digital, puede modificar, afectar o borrar la integridad de la información o afectarla de manera relativa, o incluso no afectarla de ninguna manera.

Al respecto el doctor Daniel Peña manifiesta:

La materia probatoria en la prueba electrónica está constituida por la información digital, es decir, por la representación o imagen que se encuentra registrada en una base de datos o se aprecia a través de la interfaz del sistema de información que corresponde al

contenido almacenado en los soportes o que reposa en servidores o en nubes electrónicas, la información digital está conformada por archivos y registros electrónicos que contienen datos, hechos y documentos que consten en formato electrónico. (Peña, 2015)

Ahora bien, aunque en algunas ocasiones se ha acogido la prueba pericial para determinar las características técnicas para establecer la confiabilidad del mensaje de datos en su creación, transmisión o almacenamiento, me parece impertinente pues eso obligaría a considerar que todo documento electrónico debería estar acompañado de una prueba pericial para que se le otorgue valor probatorio, lo que conllevaría a perder de vista la prueba documental como medio de prueba independiente y la supeditaría a la prueba pericial.

Por ello, cuando la información digital esté almacenada y en reposo, se puede tener certeza sobre la identidad de quién elaboró el documento como también de su integridad, pero sin embargo es importante asegurar la prueba si se pretende que los datos tengan valor probatorio, y que cuando se quiera acceder posteriormente a la información, esta no este modificada y pueda ser consultada en su fuente original y su integridad tampoco haya sido alterada.

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional en Sentencia C-604 de 2016:

El artículo 243 del citado Código considera que son documentos, entre otros, los mensajes de datos. A su vez, el artículo 247, demandado parcialmente en este caso, indica en su primer inciso que los mensajes de datos serán valorados, como tales, en todos aquellos casos en que han sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. Y enseguida, en el segundo inciso, precisamente impugnado, prescribe: *“la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”*.

El primer inciso del artículo 247, interpretado conjuntamente con el artículo 2 de la Ley 527 de 1999, comporta que si una información generada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como el EDI, el Internet, el correo electrónico, el

telegrama, el télex o el telefax, es allegada al proceso en el mismo formato o en uno que reproduzca con exactitud la modalidad en que fue transmitida o creada, ese contenido deberá valorarse como un mensaje de datos. Más exactamente, esto quiere decir que solo si el mensaje electrónico es aportado en el mismo formato en que fue remitido o generado, de un lado, se considerará un mensaje de datos y, del otro, deberá ser probatoriamente valorado como tal.

Lo anterior, a su vez, supone dos elementos. En primer lugar, debido a que la norma hace referencia a la incorporación de verdaderos mensajes de datos, como pruebas, al proceso, su introducción a la actuación presupone los «equivalentes funcionales» a los que se hizo referencia con anterioridad, previstos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, que reemplazan la exigencia escritural del documento, la necesidad de la firma y la obligación de su aportación en original.

Y, en segundo lugar, en tanto el legislador ordena apreciar el mensaje de datos a la luz de sus particularidades, es decir, de sus propiedades técnicas, los elementos de juicio a tener en cuenta, además de las reglas de la sana crítica, serán la confiabilidad en su contenido, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje. (C.C., Sentencia C-604 / 16, Colom.)

Aseguramiento de información que se puede realizar por medio de un *hash* (resumen de huella del documento), el cual garantiza que la información no sea alterada mientras es presentada como prueba en un proceso o es objeto de análisis por los expertos.

Por último, de acuerdo a la ley 527 de 1999, la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos vistos como medio de prueba es la que se da a la prueba documental, es decir, lo estipulado en el Capítulo IX del Título Único, Sección Tercera, Libro Segundo del Código General del Proceso, que para la prueba digital se puede, según el caso en particular, aplicar cualquier medio de prueba; el ordenamiento jurídico colombiano en relación con los mensajes los

clasifica como documentos. Por lo tanto, pasaremos a revisar las fases de la actividad probatoria en los documentos en soporte en papel y los documentos con soporte diferente al papel.

CAPÍTULO III

EL DOCUMENTO Y LAS FASES EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Antes de hablar del documento y las fases en la actividad probatoria tanto en el documento en soporte de papel como en el documento con soporte diferente al papel, procederé a explicar cómo será el desarrollo de este capítulo con el objetivo de que el lector no se confunda al momento de su lectura; en primer lugar, desarrollaré todo lo concerniente a las fases de la actividad probatoria en el documento con soporte en papel, como lo son la producción u obtención, asunción y valoración, con sus respectivas etapas; después, abordaré todo lo concerniente a las fases de la actividad probatoria en el documento con soporte diferente al papel, con el fin de realizar el respectivo análisis y comparación, así como mostrar los cambios que se presentan en el desarrollo de las fases, al pasar el documento o la prueba documental de lo materia a lo inmaterial.

Por último, antes de abordar las fases de la actividad probatoria, es pertinentes referirnos y realizar un análisis y una reflexión desde el punto de vista jurídico a la pandemia “COVID- 19” la cual genero un mayor impulso a la implementación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), en las actuaciones judiciales en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Es de aclarar que antes de la pandemia en Colombia ya se tenían leyes que permitían la implementación de las tecnologías en las actuaciones judiciales tal es el caso de la ley 270 de

1996 la cual establece el reconocimiento de documentos electrónicos en cuanto a su validez y eficacia, manifestando que el Consejo Superior de la Judicatura.

debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. (Ley 270 de 1996, art. 95, Colom.).

De igual forma 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 dictan otras disposiciones” (Ley 527 de 1999, art. 2, Colom.). abrió el panorama para la implementación de las nuevas tecnologías y medios tecnológicos en las actuaciones judiciales. Con la pandemia se implementaron decretos que si bien es cierto son transitorios ya que fueron implementados en Estado de emergencia, estos permitieron el desarrollo de las nuevas herramientas tecnológicas, es así como el Decreto Legislativo número 491 de 2020, por medio del cual.

Se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto Legislativo 491 de 2020, Colom.).

Permitió la habilitación de actuaciones judiciales y administrativas a través de la utilización de medios tecnológicos con el fin de garantizar la prestación del servicio a las personas que acuden a la administración de justicia en aras de que se les garantice una tutela judicial efectiva, es así como por medio de este Decreto Legislativo se toman las primeras medidas en materia de

prestación del servicio mediante la utilización de medios digitales y el aprovechamiento de las tecnologías, implementado los canales oficiales a través de la página web para la comunicación, el registro y las respuestas de las peticiones de las personas.

De igual forma se implementan las notificaciones de los actos administrativos hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria “he ahí el carácter de transitorios” como la implementación del arbitraje y los diferentes mecanismos de resolución de conflictos por medios virtuales. Por último, se pide que se adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmas por medios tecnológicos, los cuales deben ser para quien escribe los contemplados en la ley 527 de 1999.

El Decreto 806 de 2020, por medio del cual.

Se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (Decreto 806 de 2020, Colom.).

Implemento todo lo concerniente a las actuaciones procesales de los sujetos procesales a través de los medios tecnológicos disponibles evitando y esto es importante exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias dando paso a la implementación del principio de la equivalencia funcional y la buena fe, principios propios de las nuevas tecnologías, permitiendo el uso de los correos electrónicos para las notificaciones, el traslado de documentos aportados por medios electrónicos y en general agilizar las actuaciones procesales para garantizar un mejor desarrollo del aparato judicial.

Generando con esto quitar un tabú que ha existido por siglos en lo concerniente a lo taxativo de la norma, ya que este decreto nos demuestra que, si se puede desarrollar las actuaciones judiciales garantizando el debido proceso sin tantas trabas y leguleyadas judiciales que, para los abogados

litigantes ha sido un dolor de cabeza, esperando que con la pandemia se siga implementado ya que como se menciona es un decreto transitorio.

Por ultimo en el Decreto 1287 de 2020 por el cual “Se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la seguridad de los documentos firmados durante el trabajo en casa, en el marco de la Emergencia Sanitaria” (Decreto 1287 de 2020, Colom.).

Incorporo todo lo relacionado a las firmas autógrafas mecánicas, digitalizadas y escaneadas para suscribir los documentos que expiden las autoridades sin la mediación de una entidad de certificación, generando con esto un avance en el proceso, situación que permite inferir que se está entendiendo que se puede realizar trámites por medios electrónicos como lo son la firma de los documentos por medio de un sistema de nombre de dominio “SND” el cual permite conocer su trazabilidad. Reconociendo que se debe empezar a generar un desarrollo de las nuevas tecnologías con su respectiva reglamentación, incluyendo los principios del derecho electrónico como lo son: la neutralidad tecnológica, la libertad contractual, la buena fe, la no alteración del derecho preexistente y la equivalencia funciona.

1. PRODUCCIÓN U OBTENCIÓN EN LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE EN PAPEL.

La fase de producción u obtención de la prueba documental vislumbra los actos tanto extraprocesales como procesales que realizan las partes para que las pruebas puedan ser admitidas y decretas por el juez en su correspondiente etapa; para tal fin la producción u obtención de la prueba debe reunir unos requisitos intrínsecos y otros extrínsecos. Para Echandía, los requisitos intrínsecos contemplan la admisión en un sentido genérico incluyendo su proposición y su decreto oficioso, al igual que la conducencia del medio escogido, la pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar, la utilidad de la prueba y la ausencia de prohibiciones

legales. En lo referente a los requisitos extrínsecos se requiere de una oportunidad procesal, una formalidad adecuada, competencia y capacidad del juez para practicarla y por último una legitimación de quien la pide. (2015, pp. 264-265). Dichos requisitos permiten establecer criterios objetivos al momento de presentar la prueba buscando una mayor certeza para el juez.

Se puede concluir entonces que la producción u obtención es el conjunto de actuaciones que deben realizar los sujetos procesales, los cuales deben cumplir con unos requisitos para poder ser incorporados al proceso, tendientes a establecer unos hechos y contraer unos derechos.

ETAPAS

1.1 AVERIGUACIÓN.

En esta fase se busca obtener información con relación a los hechos y las pruebas que se van a presentar en el proceso; como autores principales en esta fase están los demandantes, demandados y sus apoderados, los cuales deberán buscar las pruebas que sean conducentes, pertinentes y útiles, de acuerdo a los hechos que llevaron a la *litis*, para posteriormente asegurarlas y presentarlas ante el juez para que sean admitidas como elementos que constituirán su sentencia.

La averiguación se da principalmente en el proceso penal ley 600 de 2000, debido a que en sus diligencias preliminares se desarrolla toda la investigación de los hechos y se recolectan las pruebas que se puedan aportar al proceso; si bien es cierto que el juez es el autor principal en la averiguación, en este proceso él cuenta con la ayuda de la fiscalía y demás autoridades policivas que le ayudan a recolectar la información y averiguar su procedencia, caso distinto se maneja en los demás procesos en donde son las partes y sus apoderados quienes son los encargados de

indagar y demostrar cuáles son los hechos y cuáles son los medios probatorios que van a utilizar para reclamar un derecho, verbigracia en un proceso ejecutivo en donde hubo un pago parcial que no quedó registrado en el título valor, será el demandado quien tenga que demostrar dicho pago.

Como lo manifiesta Bentham citado por Echandía (2015 p.265) “descubrir la fuente de las pruebas, sea la cosa, sea la persona que la puede suministrar”.

1.2 ASEGURAMIENTO.

Una vez se haya realizado la fase de averiguación, sigue la fase de aseguramiento en donde se evita que se alteren o se pierdan las pruebas o elementos que permiten demostrar los hechos que se probaran en el proceso.

Aunque dicha fase se maneja en los procesos penales y está regula en su artículo 241 de la ley 600 de 2000 con el nombre de aseguramiento de la prueba, también se puede ver reflejada en los procesos civiles cuando se pide una inspección judicial para corroborar los hechos que se quieren presentar en el proceso. Como lo menciona Azula “cuando se acude a una inspección judicial como prueba anticipada para establecer cómo ocurrieron los hechos o las secuelas que estos dejaron tal el caso del derrumbe de una casa ocasionada por la edificación construida de un lote contiguo”. (Azula, 2015, p. 61.).

En lo relacionado a esta fase, la doctrina ha manejado tres formas de aseguramiento:

- I. Apoderamiento material preventivo tanto de cosas como de personas. Esta forma se utiliza en el derecho penal en lo referente a las detenciones preventivas y a las incautaciones de armas; aunque algunos doctrinantes dicen que en materia civil no se utiliza, esta idea se revisará más adelante en el aseguramiento en los documentos

inmateriales en los cuales, desde mi perspectiva, sí se aplica para ambas ramas del derecho.

- II. Recepción anticipada o prejudicial de la prueba. Se utiliza tanto en lo civil como en lo penal, aunque más en el segundo; se ve reflejado cuando la autoridad competente realiza la diligencia en comisión de un delito o en el levantamiento de un cadáver.
- III. Coerción oficial para la práctica. Se utiliza en los procesos civiles y penales; en el primero se ve reflejado en las sanciones que se colocan a los testigos por no comparecer el día y la hora señalados por el juez para la recepción del testimonio; en el segundo, en los allanamientos. Este aseguramiento siempre está en cabeza de la autoridad competente con facultades coercitivas.

1.3 PROPOSICIÓN O PRESENTACION.

Cuando hablamos de proposición o presentación de la prueba nos referimos a la solicitud que hacen las partes ante el juez para presentar los medios probatorios con los cuales quieren demostrar los hechos que los llevaron a un litigio y sobre los cuales el juez deberá pronunciarse para admitirlos y practicarlos, dicha proposición también la puede realizar el juez cuando actúa oficiosamente según lo estipulado en el artículo 169 del C.G.P.

Esta fase está sujeta a condiciones extrínsecas de tiempo, modo y lugar, en lo referente a la oportunidad procesal que se tiene para presentar las pruebas dependiendo de la clase de proceso que se adelante, el modo en el que se presenten oral o escritas y según la fase del proceso ya sea escritural u oral, así como también unos requisitos intrínsecos como lo son la legitimación, la competencia y la capacidad,

Por último, en esta fase de presentación los apoderados deben tener presente para asegurar las pruebas, qué pruebas son las que se solicitan que se decreten y qué pruebas son las que se solicita que se practiquen en la correspondiente audiencia, con el propósito de asegurar bien las pruebas y que no se quede ninguna sin admitir.

1.4 ADMISIÓN

La admisión de la prueba corresponde exclusivamente al juez; por admisión se entiende el acto procesal por el cual el juez considera que un medio de prueba cumple con los requisitos para que sea decretado y posteriormente practicado.

La admisión se debe entender en dos sentidos, el primero desde una forma general en donde se da su aceptación, se decreta y se practica, como lo es el caso de la exhibición de documentos, dictamen pericial entre otros, debido a que estos tres conceptos forman una unidad procesal desde el momento en que las partes presentan sus pruebas para que sean admitidas por el juez, para las cuales se darán respectivas órdenes para decretarlas y posteriormente realizar su práctica. En un segundo sentido, desde su forma específica, como un acto procesal para introducir las pruebas al proceso.

No obstante, cuando el juez decreta una prueba de oficio, está implícitamente realizando una admisión, ya que según el proceso que se adelante y según la necesidad que vea el juez para pedir tal prueba con el ánimo de tener mejores elementos de valoración, estará cumpliendo con los requisitos de la admisión previa sin necesidad de primero admitirla y después decretarla.

1.5 DECRETO Y PRÁCTICA

El decreto y práctica de la prueba constituye la fase por medio del cual las actuaciones probatorias interpuestas por las partes o por el juez oficiosamente se incorporan al proceso para ser practicadas. Se da con la declaración de parte, con el testimonio o con cualquier medio de prueba, verbigracia cuando hablamos de pruebas periciales la práctica se desarrolla en varias etapas ya que este debe posesionarse, rendir su informe y correr traslado a las partes, en cambio en la prueba documental su práctica se realiza al momento de ser decretada por el juez lo cual solo ocurre en una etapa.

2. ASUNCIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE EN PAPEL

Cuando hablamos de la asunción de la prueba nos referimos al trabajo subjetivo que hace el juez para analizar las pruebas una vez decretadas y practicadas sin que ello conlleve a su valoración; en esta fase el juez hace una percepción sensorial y mental de lo expuesto por las partes con el fin de darles una cuantificación para posteriormente entrar a valorarlas y así poder dar su fallo.

En la asunción de la prueba documental con soporte en papel, el juez no tiene mayor problema para realizar su análisis subjetivo ya que los documentos con soporte en papel, la mayoría ya están tarifados y no se necesitará de mayor lucidez para aplicar sus sentidos y desarrollar su asunción, situación que sí cambia con la prueba documental con soporte diferente al papel y que veremos más adelante.

Por último, en lo que respecta a las fases de la actividad probatoria la fase de la asunción de la prueba está quedando rezagada por la doctrina internacional ya que se considera que el juez no puede realizar una mera percepción sensorial y mental de los hechos y las pruebas (subjetivo) sino que debe realizar un razonamiento basado en unos estándares de prueba para que argumente su decisión al momento de dictar sentencia (objetivo) sin embargo esta nueva tendencia la

abordaremos en las fases de la actividad probatoria en los documentos con soporte diferente al papel, pues como se mencionó al comienzo de este capítulo se realizara el respectivo análisis y comparación de las fases de la actividad probatoria las cuales en la jurisprudencia y doctrina colombiana aún se siguen manteniendo tal y como se mencionan en el presente trabajo de profundización e investigación.

3. VALORACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE EN PAPEL

La fase de valoración de la prueba documental inmaterial es la última de las fases de la actividad probatoria, en donde el juez realiza la operación mental con el fin de conocer o darles el valor probatorio a las pruebas aportadas al proceso.

La fase de valoración reúne todas las anteriores, tiene inmersa la investigación de los hechos y depende de las habilidades del juez para concluir que los eventos que produjeron la controversia se encuentran demostrados o no. La valoración entonces significa la demostración de unos hechos que van a permitir reconocer ciertos derechos y obligaciones por el juez.

Aunque la valoración es la últimas de las etapas eso no significa que sea el único momento en el que el juez valora las pruebas y los hechos, pues el juez también valora desde el mismo momento de la admisión de la demanda, la contestación de la demanda, los interrogatorios etc, para ir creando un juicio sobre los medios de prueba para su decisión final.

Por eso, cuando hablamos de valoración se deben dejar en claro los conceptos de valorar e interpretar según Abel:

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar”. Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado,

mientras que “valorar” una prueba significa otorga la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración – tasado o libre- establecido por el legislador. (Abel, 2008)

Por tal razón se habla de la valoración de la prueba no solo en esta fase sino desde la presentación de la demanda en adelante ya que el medio de prueba en el transcurso del proceso se va transformando con la interpretación que le da el juez a través de su juicio de valor, para así dar el sentido final de la prueba. En esta situación, aunque es solamente judicial, también las partes deben de realizar sus propias valoraciones las cuales se dan en las etapas que para ello están dispuestas como lo son los alegatos de conclusión.

“[V]alorar la prueba, tanto para las partes como para el juez, significa crear una o varias cadenas de inferencia desde la razón. Las inferencias son estructuras intelectuales, con la finalidad de crear ideas” (Ramírez, 2017, p. 238.). Por tal razón la acción de valorar es la acción de inferir que parte de los hechos obtenidos de las pruebas a través de unos conectores no jurídicos sino producidos por las reglas del sentido común, la vida cotidiana, los cuales sirven para establecer el primer conector la **razonabilidad** el cual se fundamenta en la experiencia que debe ser razonable para poder indicar la inferencia y el segundo conector que es la **lógica** el cual debe dar claridad del argumento dependiendo del medio de prueba.

Es así como se puede estructurar la inferencia como herramienta útil para darle valor a cada medio de prueba.

La inferencia, para su construcción, debe seguir los criterios de Taruffo:

La inferencia que permite conectar las informaciones disponibles, esto es, las pruebas, con las hipótesis que se tratan (sic) de confirmar, fundan su validez y fiabilidad en los criterios que son utilizados para establecer esa conexión, cuyo resultado permitirá, eventualmente decir

que la hipótesis-conclusión fue confirmada (...) un aspecto fundamental del modelo de inferencia probatoria que aquí ha sido sugerido, está constituido por las nociones que se utilizan como fundamento de esa inferencia, es decir, como criterio de confirmación de la hipótesis en cuestión sobre la base de las informaciones disponibles. El problema más importante que al respecto se plantea es el de la determinación de las fuentes de estos criterios y la valoración de su fiabilidad. (Taruffo, 2010, p. 237.)

La realización de las inferencias se ha logrado a través de los varios sistemas de valoración que se han aplicado, entre ellos los más utilizados en el ordenamiento jurídico colombiano son: el sistema de la tarifa legal, el sistema de la libre convicción o sana crítica y el sistema científico, sin embargo en la valoración de la prueba documental con soporte diferente al papel hablaremos de los nuevos postulados que la doctrina ha venido desarrollando con respecto de la valoración de prueba sobre todo en la libre convicción pues se deben tener unos estándares para que la libre convicción o la sana crítica le den un mayor soporte al juzgador al momento de dictar sentencia.

3.1 Sistema de la tarifa legal en la prueba documental con soporte en papel

El sistema de la tarifa legal se adopta a raíz del surgimiento del Estado de Derecho en el siglo XVIII, el cual es tasado por el legislador dándole a cada medio de prueba el grado de demostración y lo que representa, por tal razón es la ley la que determina qué prueba se considera plena y cuál no. El juez en cambio, se limita solamente a graduar las pruebas de acuerdo al valor que le determinó el legislador para concluir si es plena prueba o no.

Por consiguiente, es la ley a través de un conjunto de reglas la que determina su valoración por ejemplo el Código General del Proceso, le indica al juez la valoración que debe dársele a la confesión:

La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.(ley 1564 de 2012,art. 191, Colom.)

Como lo explica Ferney y Juan:

La valoración legal de prueba, no pertenece a la órbita de valoración del juez, sino a la valoración realizada previamente por el legislador de manera que cuando llega donde el tercero supra ordenado ya viene reglado, limitando entonces el horizonte de valoración del juez a la más estricta regla exegética de reproducción valorativa de la boca del legislador. (Ferney & Juan, 2011)

3.2 Sistema de la libre convicción o sana crítica de la prueba documental con soporte en papel

La libre apreciación de la prueba consiste en la facultad que tiene el juez para establecer su grado de convicción con respecto a los medios de prueba aportados al proceso sin que esto implique que se arbitrario, pues, debe realizar un análisis lógico y racional exponiendo a las partes los fundamentos que dieron lugar a su conclusión, siguiendo los parámetros del artículo 176 del Código General del Proceso, el cual dispone que “las pruebas se apreciarán en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana critica sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial. El juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba”. (Ley 1564 de 2012, art. 176, Colom.).

El sistema de la libre convicción, llamado como íntima convicción, surgió en la Revolución Francesa, el cual emplea las reglas de la experiencia no solo del juzgador sino las reglas de la experiencia lógica, de la sociología, la psicología, para que se pueda administrar con más acierto la justicia, con criterios intelectuales y morales que abriguen al juez a la hora de tomar sus decisiones a través de los diferentes medios de prueba que tenga en el proceso. Sin embargo, han existido dos vertientes diversas sobre el manejo que se debe dar al sistema de la íntima convicción. Así lo explica Taruffo (2010) citado por Ramírez (2017 p.243)

Una vez se impuso, con la revolución francesa, el principio de la *intime conviction* en el ámbito del proceso penal, con respecto a la decisión del jurado, la regla de la <<libre convicción>> del juez se difundió rápidamente también el proceso civil. Por otra parte, se ha dado, y se sigue dando todavía, dos versiones muy diferentes de este principio: según la primera de ellas, el juez de los hechos (jurado o juez togado), estaría desligado no solo de las reglas de la prueba legal, sino también de cualquier criterio racional de valoración. La decisión sobre las pruebas y, por consiguiente, la determinación de los hechos, sería fruto de una actividad irracional, de una introspección radicalmente subjetiva y esencialmente solipsista (...) La segunda concepción se funda, por el contrario, en el presupuesto de que el juez está dotado efectivamente de un poder discrecional – en la

valoración de las pruebas – pero no está, de ningún modo, eximido de la sujeción a las reglas de la racionalidad. (Ramírez, 2017, p. 243.)

Es así que, en la actualidad se maneja más el segundo criterio por medio del cual el juez está dotado de un poder discrecional que le permite observar las pruebas desde cualquier ángulo o ciencia para poder tomar sus decisiones sin que esto le permita apartarse totalmente de las reglas de la racionalidad, pues las decisiones de juez deben siempre fundarse sobre hechos controlables, conocibles y justificables.

La sana crítica en la valoración de las pruebas o también conocida como apreciación razonada, es el criterio por medio del cual el juez puede interpretar o formularse libremente un convencimiento sobre el medio de prueba, pero dejando la salvedad de que el juez debe dar las razones del porqué de su convicción sobre ese medio de prueba y no otro. De igual forma como se expuso, la sana crítica está expuesta en el artículo 176 de Código General del Proceso, el cual tiene las reglas del correcto entendimiento humano, sumado a las reglas de la lógica y las reglas de experiencia del juez.

Cuando se habla de sana crítica se debe hablar de dos lineamientos estrechamente ligados entre sí; según Rojas:

- a) Los principios de la lógica, como el de identidad, de no contradicción y del tercero exclusivo.
- b) Las máximas de la experiencia, entendidas no solo como el “el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio”, sino más bien como generalizaciones empíricas que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o simples generalizaciones de sentido común. (Rojas, 2018, p. 309.)

Siguiendo a Barrios:

Sana crítica es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso. (Barrios, n.d, pp. 8-9.)

3.3 Sistema Científico de la prueba documental con soporte en papel

El sistema científico de la prueba documental con soporte en papel se da cuando la ley no le dice al juez cuál es el valor de la prueba, es decir no hay tarifa legal para el medio de prueba que se aportó al proceso y que debe ser valorada; de igual forma a partir de sus reglas de experiencia, cuando el juez no posee los conocimientos suficientes para poder valorar la prueba de manera adecuada, el camino que le queda es acudir a la ciencia para poder valorar la prueba, sistema científico que se presenta más en la prueba documental inmaterial que material y del cual se hablará más adelante.

4. PRODUCCIÓN U OBTENCIÓN EN LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE DIFERENTE AL PAPEL

Cuando hablamos de la producción u obtención de la prueba documental inmaterial, estamos hablando de los mismos presupuestos que debe tener el documento material, es decir, estamos hablando de los actos procesales como extraprocesales que permiten conducir la prueba al juez para que esta sea incorporada al proceso, debe también contener como lo mencionábamos anteriormente los requisitos intrínsecos y extrínsecos que manifiesta el doctor Echandía, con el fin de cumplir los requisitos para poder incorporar la prueba en el respectivo proceso.

Sin embargo, cuando hablamos de dicha incorporación en el documento inmaterial, se deben tener como referencia más presupuestos, los cuales deben ser bien conocidos por las partes (quienes presentan las pruebas) y el juez (quien las incorpora al proceso), presupuestos como lo son, Mensaje de Datos, Documento Electrónico, Firma Digital, Autenticidad, Originalidad, Integridad, (Tics), (N-tics), (bits), E-commerce, Buena Fe, Neutralidad Tecnológica, Respeto por el Derecho Sustancial Preexistente y Equivalencia Funcional. Sobre estos presupuestos ya nos referimos en el capítulo anterior en aras de establecer criterios objetivos que se deben conocer al momento de presentar la prueba inmaterial, buscando una mayor certeza para su respectiva proposición o presentación, asunción y valoración. Estas fases las desarrollaremos guiándonos en ciertos aspectos que para quien escribe son pertinentes, conducentes y útiles según un artículo del doctor Giovanni Bernal².

ETAPAS

4.1 AVERIGUACIÓN

En esta fase como lo mencionamos anteriormente las partes deben de realizar su respectiva averiguación de los hechos y las pruebas, las cuales permitirán al juez dictar su sentencia.

Cuando hablamos de averiguación de unos hechos que dieron vida a una controversia jurídica, por medios electrónicos, y más aún cuando la prueba de esos hechos es allegada por medios no convencionales, es ahí en donde se presentan los primeros inconvenientes para los sujetos

² Giovanni Andrés Bernal Salamanca, en "La Prueba Judicial, de la Materialidad en Átomos a la Inmaterialidad en Bit's". "METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA" Propuestas Contemporáneas.

procesales, tanto para quien la presenta como para quien la valora ya por el medio, ya por ser digital o inmaterial.

Para ello tanto las partes como el juez deberán (I) dar alas a sus imaginación y creatividad para averiguar en dónde está la prueba que no se ve en el entorno físico, pero sí en uno digital, verbigracia, los correos electrónicos por medio de los cuales se puede demostrar la relación laboral, pero existen varias direcciones electrónicas.

En tal sentido, para que haya una adecuada averiguación de las partes cuando se trata de documentos electrónicos, estas deberán tener presente unas reglas para aportar la prueba cuando está en su poder y unas reglas para pedir la prueba cuando no está en su poder.

Cuando la prueba está en poder de la parte que posteriormente va a presentar en el respectivo proceso deber tener presente los principios de conducencia, pertinencia, utilidad, legitimación, licitud y oportunidad de la prueba, además debe tener presente que el documento que quiere posteriormente presentar haya sido obtenido por su cliente lícitamente, es decir, que no lo haya obtenido fruto de la usurpación de un computador que no fuere suyo, u otro medio donde se pueda guardar o almacenar información digital, ya que para que el juez la admita debe revisar la legitimidad que tiene el tenedor de la prueba. Se podrá concluir entonces que una prueba en medios electrónicos es legítima cuando es sacada de correos propios, extractos bancarios propios, videos propios o con la autorización de un tercero, por lo tanto, serán pruebas ilegítimas las que se saquen de computadores ajenos, videos ajenos, grabaciones interceptadas sin una orden judicial, correos ajenos salvo que estos sean generados en cuantas familiares o corporativas con claves públicas y de libre acceso.

De igual forma, en la averiguación de una prueba constituida por medios digitales, las partes deberán allegarla al proceso en su formato original; por ejemplo, tratándose de un documento electrónico, este se deberá allegar al proceso en la misma forma en que fue creado, por lo tanto, no será admisible la copia impresa en papel ya que el juez entenderá con esta presentación que es una simple reproducción de un documento que fue creado y almacenado por medios electrónicos.

Como lo considera Nattan Nisimblat.

El en proceso judicial se debe procurar que la prueba que se ofrezca sea la que tenga una relación directa con el hecho y no la que lo indique. Por tanto, es desarrollo del principio de mismidad u originalidad, se preferirá el documento original que el auténtico, y si es electrónico, el archivo digital que la impresión de su contenido.

La impresión es la reproducción del texto e imágenes que se encuentran en medios electrónicos utilizando diferentes tintas, generalmente sobre el papel. A veces, por razón de las nuevas tecnologías, al juez se le dificulta la labor de identificar lo que es original de lo que no es, ya que, comúnmente, se brinda el mismo trato a los conceptos “documento electrónico”, “firma electrónica”, “firma digital” o la simple impresión que de ellos se realiza. (Nisimblat, 2010, p. 6)

Entonces, si se presenta una terminación de un contrato de arrendamiento de local comercial, en el cual se estipularon los términos y su aceptación, el canon de arrendamiento, la entrega y demás cláusulas por medio electrónico (mensaje de datos), el demandante, en este caso el propietario del local, deberá aportar al proceso la prueba, es decir los correos en su estado original, los cuales se entenderán originales, no impresos, sino a través del medio que permita transportar los correos electrónicos tal y como fueron creados y recibidos en un disco compacto o un sistema de almacenamiento portátil el cual impida su alteración o modificación, ya que este es el medio

admisible para su presentación. No se debe olvidar que quien presenta la prueba deberá demostrar que la misma reúne los requisitos de rastreabilidad, inalterabilidad y confiabilidad.

Con respecto de la rastreabilidad las partes deberán demostrar que tienen la posibilidad de acudir a la fuente original de donde fue creado el documento para que se pueda verificar la autenticidad y originalidad del documento electrónico. Con respecto a la inalterabilidad las partes tendrán que demostrar que se ha conservado la información pura al momento que se generó por primera vez, la cual se puede garantizar mediante los protocolos de cadena de custodia. Y con respecto de la confiabilidad del documento, las partes tendrán que conocer la forma como se generó, identificar quién lo generó y la forma en que el documento ha sido conservado.

Ahora bien, cuando se está en la etapa de averiguación y no se tiene la prueba electrónica en su poder, sino que lo tiene la otra parte o no se cuenta con la autorización legítima del propietario para poder sacarla del medio o equipo en donde se encuentra, se deberán seguir con las siguientes reglas para que dicha prueba electrónica sea admitida en el respectivo proceso.

Cuando la prueba electrónica no está en poder de quien la solicita, se deberá acudir a los demás medios probatorios como lo son: el peritaje, la exhibición de documentos, la orden judicial a autoridad que tenga la prueba electrónica, por ejemplo la (DIAN), o la inspección judicial.

Otra de las reglas que se debe seguir es que el documento o prueba electrónica no esté sometido a reserva o secreto profesional, ya que, si se presentan documentos con reserva o secreto profesional sin su respectiva autorización o procedimiento, se estaría incurriendo en un delito. La Corte Constitucional ha definido el secreto profesional como:

La información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues “de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. (C.C., Sentencia C-301 / 12, Colom.)

Otras de las reglas cuando se está en la etapa de averiguación de la prueba electrónica y no se tiene en poder la prueba, es que la petición se realice en las etapas legalmente permitidas, según lo previsto en el artículo 173 del Código General del Proceso.

4.2.ASEGURAMIENTO

En la fase de aseguramiento de la prueba documental inmaterial se debe evitar que se alteren o se pierdan las pruebas o elementos que permiten demostrar los hechos que se probarán en el proceso, como lo mencionábamos en el aseguramiento de la prueba material.

Situación que fue abordada en la sentencia T- 043 de 2020 en la que se hace referencia a los pantallazos que se toman de las diferentes aplicaciones que existen en las redes sociales a través de los dispositivos electrónicos, al respecto la Corte Constitucional señala que.

Las capturas de pantalla impresas, no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. (...) || Reiteramos, esa copia no es el documento electrónico original generado a través de la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad.

Sobre el tema de la autenticidad, los escritos especializados realzan que no puede desconocerse la posibilidad de que, mediante un software de edición, un archivo digital impreso que contenga texto pueda ser objeto de alteraciones o supresiones, de ahí el valor suasorio atenuado que el

juzgador debe reconocerle a estos elementos, de tal manera que tomándolos como indicios los analice de forma conjunta con los demás medios de prueba.

A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba. (C.C., Sentencia T-043 / 20, Colom.)

Sin embargo, para el caso de la prueba inmaterial existen tanto riesgos como sistemas de seguridad de la información para garantizar la confidencialidad, la integridad, la autenticidad, la disponibilidad y así permitir un aseguramiento eficaz para las partes como un convencimiento apropiado sobre las ocurrencias de los hechos al juez. Dichos riesgos y sistemas de seguridad son:

- **Riesgo de suplantación de la información**

Si bien es cierto se puede presentar suplantación de la información debido a los piratas informáticos, es importante que en las transacciones electrónicas las partes (usuarios) tengan la seguridad de estar contratando o enviando información al destinatario correcto, sobre todo cuando se entregan datos confidenciales, por tal razón se debe contar con un sistema que asegure la identidad de los usuarios.

- **Riesgo de alteración de la información electrónica**

En este riesgo es importante que durante el proceso de comunicación, los mensajes de datos no puedan ser mutados, alterados o modificados para así garantizar que los mensajes que se reciban o envíen por medios informáticos sean los auténticos.

- **Riesgo de repudio de la información**

Lo más importante en la trazabilidad de un mensaje de datos son los sistemas de identificación, los cuales deben asegurar que los intervinientes de las transacciones (iniciador o destinatario) no puedan negar su participación o creación de los mensajes.

- **Riesgo de ausencia de disponibilidad**

Los mecanismos que se utilizan para la seguridad de la información en cuanto a la conservación o archivo del mensaje de datos o documento electrónico, deben garantizar tanto su disponibilidad como su posterior consulta, debido a que si no existen dichas garantías no se estaría cumpliendo con los requisitos de original o escrito que deben cumplir esos documentos.

- **Riesgo de ausencia y confidencialidad**

El sistema de seguridad debe contener especificaciones técnicas que permitan conocer que el mensaje de datos enviado, generado o recibido, solo pudo ser conocido por las partes que intervinieron en la transacción, y evitar la intromisión no autorizada en el mensaje de datos.

Una vez observados los riesgos que se pueden presentar al momento de generar, enviar o recibir un documento electrónico o mensaje de datos para garantizar su integridad, confidencialidad y disponibilidad, revisaremos los mecanismos de seguridad con los cuales en la actualidad cuenta

Colombia para la autenticación y firmado, aclarando que si bien existen otros mecanismos tecnológicos y jurídicos estos son los más utilizados y seguros.

- **Firmas digitales**

Uno de los sistemas de seguridad es la firma digital la cual está definida en la ley 527 de 1999 en su artículo segundo. Es un conjunto de caracteres que están acompañados por un documento y dos claves, una pública y otra privada, por medio de las cuales se encripta el contenido, definiciones que se encuentran estipuladas en el decreto 1747 de 2000³.

Este procedimiento busca asegurar la integridad, autenticidad y determinar la autoría y recepción. Según lo manifiesta el doctor Erik Rincón, para su funcionamiento y verificación se pueden utilizar los siguientes pasos:

- a) El autor firma el documento por medio de la clave privada (sistema de claves asimétrico); con esto no puede negar la autoría, pues solo tiene el conocimiento de esa clave, lo que aminora el riesgo por revocación del mensaje transmitido.
- b) El receptor comprueba la validez de la firma por medio de la utilización de la clave pública vinculada a la clave privada, con lo cual es posible descifrar el mensaje.
- c) El software del firmante aplica un algoritmo hash sobre el texto a firmar (algoritmo matemático unidireccional, es decir, lo encripto no se puede descifrar), y obtiene un extracto de longitud fija, y absolutamente específico para ese mensaje. Un mínimo cambio en el mensaje produciría un extracto completamente diferente, y, por tanto, no correspondería con el que originalmente firmó el autor. (Rincón, 2015, pp. 129-130.)

- **Firma Biométrica**

³ Decreto 1747 de 2000, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Este sistema de firma está basado en parámetros biométricos que permiten reconocer a una persona por sus características inigualables; para David Suarez:

Entre los rasgos que estudia la biometría se pueden mencionar los que provienen de la huella dactilar, de la voz, de la estructura del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) humano, de la firma y la escritura manuscrita, de la forma de andar, del iris y las características de la red vascular de la retina del ojo humano, entre otras. En cada uno de estos rasgos se obtienen características que los hacen únicos, con cuya ayuda es posible poder diferenciar unos individuos de otros. Debido a que la identificación y la verificación deben ser de forma rápida y precisa para que puedan utilizarse en los sistemas de seguridad, se han creado los sistemas biométricos automatizados, en los que hay dos maneras de obtener los rasgos, a saber: en línea (on-line) que agrupa a los sistemas dinámicos, y fuera de línea (off-line) que agrupa a los sistemas estáticos. Algunos sistemas permiten obtener los rasgos de ambas maneras, como, por ejemplo, en los relacionados con la firma manuscrita. (Suarez-Herrera & Riverón, 2008)

- **Huella Biométrica**

La huella biométrica es la identificación plena de una persona mediante el análisis de su huella dactilar, la cual se encuentra registrada en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual en su momento se realizaba por medio de tinta, pero con el decreto ley 19 de 2012, artículo 18, se modificó y se remplazó por la verificación de huella dactilar por medios electrónicos.

ARTÍCULO 18. VERIFICACIÓN DE LA HUELLA DACTILAR POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. En los trámites y actuaciones que se cumplan ante las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones administrativas en los que se exija la obtención de la huella dactilar como medio de identificación inmediato de la persona, ésta se hará por medios electrónicos. Las referidas entidades y particulares contarán con los medios tecnológicos de interoperabilidad necesarios para cotejar la identidad del titular de

la huella con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. (Decreto - Ley 19 de 2012, art. 18, Colom.)

(i) Tarjetas EMV

Este sistema de seguridad se presenta en las tarjetas ya sean de crédito o débito, las cuales por medio de un chip (integrated circuit) autentica los diferentes pagos, con lo que se busca una mayor seguridad en las transacciones que se presentan entre tarjetas y terminales ya que por medio de la información de las tarjetas EMV se valida la información que está almacenada en el chip garantizando su autenticidad. De esta manera, cuando se introduce la tarjeta EMV en el terminal, se autentica y permite que los terminales comprueben la validez de la misma.

(ii) One time passwords

Los OPT o One time passwords por sus siglas en inglés, son mecanismos de seguridad para la autenticación frente a sistemas informáticos; sus características según Rincón son:

- Solución de autenticación fuerte de doble factor, es decir, algo que le usuario sabe (clave, contraseña) y algo que es usuario tiene (tarjeta, token, etc.).
- Se basa en la generación de claves de autenticación de un solo uso. Cada vez que el usuario se autentica ante el sistema, este le genera una nueva contraseña.
- Este tipo de tecnología permite la resistencia a ataques de suplantación y replay.
- Cuenta con una gran multiplicidad de dispositivos de autenticación.
- El problema que genera los OPT es la dificultad de memorizar múltiples contraseñas.
- Fácil integración mediante servicios web y componentes API.
- Dos tipos de modelos de prestación del servicio: (i) instalación en sitio de la infraestructura, y (ii) servicio en la nube. (Rincón, 2015, pp. 125-126.)

Se deben tener unas reglas para el aseguramiento de la prueba o evidencia digital, una de ellas es la cadena de custodia, figura que se ha utilizado en el derecho penal, pero con la entrada de las “TIC” ha entrado a la órbita del derecho privado para quedarse.

La cadena de custodia se entiende como el proceso documentado que realiza una persona ya sea particular o servidor público, para demostrar la integridad, originalidad e identidad del lugar donde ocurrieron los hechos que posteriormente servirán como pruebas, permitiendo a su vez garantizar los principios de integridad, preservación, identidad, autenticidad, seguridad, almacenamiento, originalidad de la misma, dando como resultado que este mecanismo sea capaz de asegurar un documento electrónico o un archivo digital, para poder saber quién lo recolecto, cuándo, cómo y sobre todo quién tiene en la actualidad su posesión y si fue manipula la información, el por qué.

En tal sentido, para que la prueba electrónica sea valorada por el juez, se debe recaudar teniendo criterios como: confirmación y verificación de la información, conocimiento, recolección, embalaje y rotulado de los elementos que van a ser materia de prueba. Dependiendo de la prueba esta deberá ser enviada al laboratorio especializado o con sus respectivos expertos y sobre todo el respectivo proceso de documentación de la cadena de custodia y el manejo de la evidencia, en

donde se mencionen el origen, descripción, modelo y serial del ordenador “dirección MAC⁴ e IP⁵” así como el HASH⁶, el cual permite indicar la integridad del documento.

La cadena de custodia debe iniciar en el ordenador donde se encuentre el documento electrónico o la prueba electrónica y dependiendo del caso en particular con orden de la autoridad competente como lo estipula el artículo 254 de la ley 906 del 2004, la cual por analogía es aplicable al proceso civil. Es importante para no entorpecer el proceso que el perito, cuando sea el caso o la persona que quiera recolectar la información, tenga un adecuado manejo de la evidencia, ya que esta nunca se podrá manipular en su estado original, es decir antes de que se proceda a realizar la sustracción de la información (prueba); se debe mediante un video identificar y filmar plenamente el ordenador o equipo que contiene la evidencia y su manipulación; una vez se realice dicho procedimiento se deberá copiar el documento sin abrirlo ni imprimirlo pues esto implicaría la inserción de nueva información que puede destruirla y alterarla, copia que deberá ser llevada al proceso, archivada en un CD no renovable y el cual deberá ser sometido al respectivo proceso de embalaje.

Otra de las reglas que se pueden realizar para asegurar la prueba es la elaboración de un dictamen pericial. El perito debe observar y enunciar todo el tiempo el cumplimiento de las reglas de la cadena de custodia, de igual forma el dictamen que haga deberá ser comprensible, con un lenguaje técnico y pertinente, para que le dé al juez el conocimiento necesario para valorar la

⁴ Una *dirección MAC* es el identificador único asignado por el fabricante a una pieza de hardware de red (como una tarjeta inalámbrica o una tarjeta Ethernet). «MAC» significa *Media Access Control*, y cada código tiene la intención de ser único para un dispositivo en particular. Recuperado de <https://help.gnome.org/users/gnome-help/stable/net-macaddress.html.es>

⁵ Las direcciones IP (IP es un acrónimo para Internet Protocol) son un número único e irrepetible con el cual se identifica una computadora conectada a una red que corre el protocolo IP. Recuperado de http://web.uservers.net/ayuda/soluciones/dominios/que-es-una-direccion-ip_NTk.html

⁶ Un hash es el resultado de una función hash, la cual es una operación criptográfica que genera identificadores únicos e irrepetibles a partir de una información dada. Los hashes son una pieza clave en la tecnología blockchain y tiene una amplia utilidad. Recuperado de <https://academy.bit2me.com/que-es-hash/>

prueba, en donde se explique la metodología de extracción, el diseño de la prueba, el método de análisis, el cumplimiento de la cadena de custodia, el estado del arte en ingeniería forense y sobre todo las conclusiones del perito.

En Colombia, la Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas es la encargada de establecer los procedimientos de investigación frente a los documentos electrónicos; esta Asociación se encarga de estudiar lo relacionado con el tamaño del documento electrónico, quién fue su creador y receptor, si fue encriptado, para saber y determinar su nivel de seguridad y la fecha de creación y modificación del formato.

De igual forma, el informe, aunque se rinde con las especificaciones del juez, este se debe realizar siguiendo los principios del documento electrónico, es decir, mirando la inalterabilidad, integridad, autenticidad etc. En tal sentido si se trata de un mensaje de datos, el perito debe especificar quien fue el iniciador del documento, acto seguido debe determinar quién fue el destinatario, también deberá, como se trata de documentos electrónicos, identificar no solo las personas intervinientes en el proceso, sino también los computadores donde está archivada la información, identificación que es posible y es conocida como MAC, el cual es un número serial único y universal; por petición expresa del dueño de la información también se puede volver privada por ejemplo para el control interno de una empresa. Este serial se convierte en el número de cédula el cual es asignado a la información almacenada en un computador siendo una dirección IP la cual puede ser privada o pública.

Otras de las reglas que se pueden seguir para obtener el aseguramiento de la prueba electrónica son la copia bit a bit, con esta se puede obtener una reproducción exacta, escrita y puntual del documento que se investiga, por eso es que es adecuado realizar una copia bit a bit, debido a que otros métodos pueden ocasionar que se pierdan los datos del archivo; como se mencionó en el

capítulo anterior un bit se conocen como la menor unidad que tiene una computadora de información; en consecuencia, un bit tiene un valor de 0 o de 1. “Toda la información procesada por una computadora es medida y codificada en bits. El tamaño de los archivos es medido en bits, toda la información en el lenguaje del usuario es convertida a bits para que la computadora la entienda”. (Tecnología & informática, n.d.)

4.3.PROPOSICIÓN O PRESENTACION

Ya habíamos mencionado que cuando hablamos de proposición o presentación de la prueba nos referimos a la solicitud que hacen las partes ante el juez para presentar los medios probatorios con los cuales quieren demostrar los hechos que los llevaron a una *litis*; ahora bien, en lo referente a la proporción o presentación de la prueba inmaterial, el doctor Giovanny Bernal indica que:

Si se tiene en cuenta que se (i) proponen aquellas pruebas, dentro del proceso litigioso, cuando ameritan un quehacer u (*sic*) actuar del juez, quien imprime de forma independiente o con la intervención de los sujetos procesales, fuerza dinámica que desencadena en la producción del medio. Se (ii) presentarán, por su parte, las pruebas que en otro escenario se han producido u obtenido, que requieren simplemente su incorporación al proceso judicial, y no existe un actuar del juez o las partes sobre ellas, al menos no *ab initio*. Superado el examen anterior, podrá el investigador adentrarse al estudio problémico de ¿Cuáles pruebas digitales o inmateriales se proponen y cuáles se presentan?, de forma tal que encaje la dinámica descrita en la realidad de la inmaterialidad de las pruebas judiciales. (Bernal, 2016, p. 11.)

En tal sentido a juicio de quien escribe, se propondrán las pruebas inmateriales que el demandante no tenga en su poder y de las que conozca su paradero, ya sea que estén en cabeza del demandado, en los respectivos archivos de una entidad pública y privada, o que teniéndola en

su poder se necesite de un tercero para que la prueba digital cumpla con los requisitos de autenticidad, integridad e inalterabilidad. Por lo tanto, se presentarán las pruebas electrónicas que estén en poder del demandante y que como se mencionó anteriormente hayan sido obtenidas lícitamente.

Teniendo presente en lo referente a la proposición o presentación de la prueba inmaterial, dichos criterios no pueden ser separados debido a que, al momento de proponer la prueba, según las particularidades del caso, esta debe ser presentada con la ayuda de una prueba complementaria ya sea testimonial o pericial, que permita al juez tener claridad y certeza de su integridad, confidencialidad y disponibilidad.

4.4.ADMISIÓN

Como lo mencionamos anteriormente, la admisión de la prueba corresponde exclusivamente al juez; de igual forma aclaramos que por admisión se entiende el acto procesal por el cual el juez considera que un medio de prueba cumple con los requisitos para que sea decretado y posteriormente practicado. También se habló que los tres conceptos que forman una unidad procesal desde el momento en que las partes presentan sus pruebas para que sean admitidas por el juez; por último, se habló de la oficiosidad del juez para decretar las pruebas cumpliendo implícitamente con dichos requisitos.

En lo referente a la prueba documental inmaterial en lo que respecta a su admisión, se debe entender que son los mismos presupuestos que la prueba material, debido a que la admisión está entrelazada con la proposición o presentación, situación que llevará al juez a una convicción similar entre lo material y lo inmaterial. Dicha admisión la realiza el juez haciendo un estudio minucioso de los hechos y las pruebas que conllevaron al litigio.

4.5.DECRETO Y PRÁCTICA

Ya se habló de que el decreto y práctica de la prueba constituye la fase por medio del cual las actuaciones probatorias interpuestas por las partes o por el juez oficiosamente se incorporan al proceso para ser practicadas. Sin embargo, para esta fase es pertinente que el juez, bajo sus potestades legales y sus conocimientos procesales, se coadyuve de los principios como lo son el de la formalidad de la prueba para así poder de una manera descomplicada y sin prejuicios éticos y jurídicos, decretar y practicar la prueba cuando esta sea inmaterial.

Frente al decreto de la prueba inmaterial el juez debe analizar muy bien las reglas relativas a el decreto como lo son la conducencia, la pertinencia y la utilidad.

Frente a la conducencia, esta permite saber la idoneidad legal que tiene la prueba, para este caso la idoneidad del documento electrónico que quiere demostrar un hecho alegado dentro del proceso; es conducente que el juez recurra en primera medida al principio de la equivalencia funcional, ya que este principio, consignado en la Ley 527 de 1999 en su artículo quinto, manifiesta que “no se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

Sin embargo, como lo menciona Nattan Nisimblat.

Es necesario distinguir entre documento creado telemáticamente y el documento físico, pero archivado electrónicamente, pues si se trata de mensaje de datos, es decir, los creados y archivados por medios electrónicos, con vocación de transmisibilidad, deberá ser de aquellos que hacen parte de los actos jurídicos no sometidos a requisitos especiales de creación (*ad substantiam actus*) o de prueba (*ad probationem*), caso en el cual deberá verificarse si se trata efectivamente de un “mensaje de datos” propiamente dicho o de una “reproducción digital” de un documento *per cartam*, pues, como hemos dicho cada uno

corresponde a actos jurídicos de distinto trato en la legislación documental, en medida que el segundo deberá cumplir en lo que le sea aplique con los requisitos generales del documento de carácter representativo contemplados en el artículo 243 del Código General del Proceso. (Nisimblat, 2010, p. 6)

En tal sentido un documento material “tangible” que sea archivado o reproducido electrónicamente, dicha reproducción ya sea por medio de un escáner o una cámara digital será considerada una copia, y tendrá el valor probatorio de un documento representativo, y podrá suplir el original con el mismo requisito de haber establecido autenticidad por testigo o confesión de la persona que haya participado o intervenido en la formación del original, esto en razón a que ni la ley 527 de 1999, ni sus decretos reglamentarios, se pronunciaron sobre el archivo electrónico de documentos escritos o físicos.

Se entiende entonces que en materia de conducencia se deberán respetar las reglas especiales de creación, *ad substantiam actus* y demostración, *ad probationem*, de algunos actos jurídicos como: el estado civil de las personas, la certificación de existencia y representación legal expedida por una entidad pública o privada, la cédula de ciudadanía, la tarjeta profesional y en general todo documento físico que no pueda ser remplazado por un documento electrónico según lo estipulado en el artículo 8 de la ley 527 de 1999.

Por lo tanto, serán conducentes en su versión electrónica la memoria o archivo que se tenga de estos actos cuando se quiera demostrar la existencia de un documento que pruebe el acto jurídico, como la reducción a medios digitales de información con fines de archivo, según lo establecido en el decreto ley 2527 de 1950, donde se establece el procedimiento de microfilme en los archivos y se le concedió valor probatorio a las copias fotostáticas de los documentos microfilmados, procedimiento que no fue regulado en la ley 527, ni en sus decretos

reglamentarios, pero si fue regulado en el Código General del Proceso en lo referente a las copias.

La pertinencia, en lo que se refiere a la evidencia digital, desempeña un papel importante. Por una parte, determina la licitud y legalidad del documento, y por la otra demuestra la relación directa que existe entre el hecho alegado y la prueba solicitada, ya que le permite al juez determinar con claridad cuando se está ante una prueba lícita, una prueba legal y una prueba permitida.

En tal sentido, será pertinente la prueba electrónica que está encaminada a demostrar los hechos o un hecho alegado, será lícita la que no transgreda el ordenamiento vigente, será legal la que busca sólo lo que es tema del proceso. También será pertinente la prueba que además de demostrar un hecho y tener relevancia, no se extralimite en el procedimiento admitido para el proceso en particular.

Por ejemplo, en un proceso para conocer los movimientos contables para saber si se realizaron unos pagos de una empresa se ordene una inspección judicial a los libros contables en medio digital, que estén en el computador del demandante o demandado y para ello se ordene la exhibición con el apoyo de un perito experto, será pertinente solo la información que tenga relevancia directa con el objeto de prueba, es decir, la contabilidad que reposa en medios electrónicos y los pagos realizados, por lo contrario no será pertinente cualquier otra información que esté en el computador y que sea ajena al tema debatido.

La utilidad de la prueba digital está encaminada a demostrar un hecho suficientemente probado en el respectivo proceso, por lo tanto, en el ejemplo anterior si ya se demostraron por otro medio los movimientos contables de la empresa y los pagos, no va a ser necesario realizar la exhibición del computador pues el hecho ya está demostrado y probado.

Ahora bien, frente a la práctica de la prueba digital, esta es la que tiene mayores dificultades, pero es más por el desconocimiento de las reglas básicas de producción que por la existencia de los medios idóneos para la recolección. Por lo tanto, los principios de autenticidad, mismidad, idoneidad, y originalidad contenidos en la ley 527 de 1999, las reglas para determinar la producción de la prueba digital, cuando esta no se ha aportado por los sujetos procesales son las siguientes:

- (i) Decreto de la prueba y obediencia a lo decretado. Para obtener una evidencia digital, el juez deberá tener presente el auto que decreta la prueba, en el cual se deberá determinar con la mayor claridad el objeto de prueba (los archivos, la información y el ordenador) el medio de prueba (inspección, peritaje, exhibición o traslado), la hora, la fecha y el lugar de la práctica de la prueba.
- (ii) Publicidad de la prueba. En lo que se refiere a la publicidad de la prueba se debe socializar con suficiente tiempo la prueba digital para que las partes tengan el mayor tiempo para ejercer sus derechos en audiencia y contradicción.
- (iii) Producción de la prueba. Ya se ha mencionado que para que una prueba concorra al proceso en su forma original ya que la creación del documento electrónico ocurre antes de presentarse el conflicto, este deberá ser incorporado en un formato o contenedor que permita su transporte y posterior acceso, como lo es un CD no renovable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación para garantizar los principios de inalterabilidad e idoneidad, para permitir la asunción y posterior valoración.
- (iv) La exhibición del documento electrónico. Para la exhibición de los documentos electrónicos, las reglas constitucionales que imponen el respeto por la intimidad,

determinaron que en materia de documento electrónico el medio probatorio por excelencia sería la exhibición, en el entendido que una de las partes que no ha aportado un documento al proceso es porque no lo tiene ni física ni electrónicamente en su poder para hacerlo, y por lo tanto, le corresponderá el juez autorizar su incorporación en el acervo probatorio, observando con prudencia las reglas estipuladas en los artículos 265 y siguientes del Código General del Proceso, las cuales fueron previstas para el documento material y que por su vocación de inalterabilidad y movilidad son de más fácil manejo y tráfico, situación que no pasa respecto al documento electrónico, ya que por la razón a como fue creado y almacenado tiene más posibilidades de alterabilidad; por eso son necesarias reglas que faciliten su aporte y que también impidan su alteración o destrucción como: (i) petición: quien pida la prueba deberá decir el lugar en donde reposa el documento electrónico, quién es su propietario, en qué equipo está su contenido y si es posible dentro del ordenador o contenedor, el lugar de su ubicación. (ii) decreto: para realizar el decreto el juez deberá determina lo más exactamente posible el nombre del archivo y sus especificaciones técnicas que sirvan para identificarlo con el fin de conocer su creación y transmisión. (iii) procedimiento de extracción: se deberá garantizar la forma como debe ser exhibido o copiado, pues como se ha mencionado, por su vocación de alterabilidad, el documento electrónico debe ser extraído del ordenador que lo contenga, utilizando las técnicas y tecnologías apropiadas para el buen aseguramiento de la prueba electrónica o digital, teniendo cuidado y respeto por la cadena de custodia. (iv) copia o reproducción: la adecuada extracción por la volatilidad de la prueba es tomar una copia del original, pero si no es posible porque el propietario del documento no lo permite o ya sea por la imposibilidad del uso de

medios tecnológicos para no destruirlo o alterarlo, el juez deberá ordenar su reproducción por otros medios que permitan conservar la información según el inciso final del artículo 266 del Código General del Proceso.

5. ASUNCIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE DIFERENTE AL PAPEL.

Con respecto a la asunción de la prueba inmaterial esta también debe tener los presupuestos de la prueba material, es decir, el juez debe ser objetivo para analizar las pruebas una vez decretadas y practicadas sin que ello conlleve a su valoración, en esta fase el juez también tiene una percepción sensorial y mental de lo expuesto por las partes, con el fin de darles una cuantificación para posteriormente entrar a valorarlas teniendo claro todo lo que rodea a la prueba inmaterial desde lo netamente jurídico como en lo electrónico.

En esta fase, el juez deberá tener la suficiente lucidez y aplicar todos sus sentidos para poder desarrollar su asunción, ya que dependiendo del medio de prueba tendrá que aplicar el sentido correcto para su mejor entendimiento de lo allegado al proceso y desarrollar toda la percepción sensorial que corresponda ya sea escrito, por medio de un audio o por un testigo.

Por lo tanto, para que el juez pueda realizar una asunción correcta de las pruebas electrónicas no solo deberá tener presente el sentido de la vista cuando se le presente un documento electrónico, deberá tener presente el sentido del oído cuando lo que se allegue al proceso sea un audio por medio del cual se reconoce una obligación, el cual puede ser analizado conjuntamente si se presentó el testimonio de quien creo el audio o quien habla en el mismo, deberá tener presente el sentido del tacto para cuando el medio de prueba que se allega tenga particularidades diferentes a

las que tiene un documento en papel, de esta forma el juez, poniendo toda su lucidez y sentidos a los medios probatorios aportados, podrá hacer una adecuada asunción.

Ahora bien, como lo mencione en la asunción de la prueba documental con soporte en papel, la doctrina internacional ha venido desarrollando una nueva teoría sobre la valoración de la prueba la cual no contempla la asunción en la actividad probatoria pues con la adopción de una decisión sobre los hechos probados a través de una valoración racional basada en estándares de prueba el juez deberá realizar un análisis más profundo y sustentado sobre su veredicto y no basado en una percepción sensorial y mental, sin embargo la jurisprudencia y la doctrina colombiana siguen acogiendo la asunción de la prueba como el proceso que debe realizar el juez bajo sus conocimientos ya sean empíricos o científicos para tener un mejor conocimiento de las pruebas aportadas sin que esto no genere una no argumentación de porque la decisión adoptada.

En tal sentido gran parte de la doctrina colombiana siguen el postulado de asunción del maestro Hernando Devis Echandia el cual concibe.

La fase de asunción que se concibe como la comunicación subjetiva del operador jurídico con ese medio de prueba u operaciones sensoriales y psicológicas de éste, necesarias para conocerlo y entenderlo, es decir, entiéndase por asunción la percepción sensorial y la aprehensión mental de la prueba, por parte del juez (Echandía, 1982).

De igual forma la Corte Constitucional prescribió que.

... a efectos de valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos, deben ser tenidas en cuenta las reglas de la sana crítica y los demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. En particular, señaló como relevantes la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje y en la modalidad de conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (C.C., Sentencia C-604 / 16, Colom.)

Al respecto se puede concluir que si bien es cierto la asunción por parte de la doctrina ya no es una fase determinante en la actividad probatoria, en la doctrina y jurisprudencia colombiana se sigue teniendo esta fase dentro de la actividad pues se debe de todas formas argumentar su decisión y el juzgador es un ser humano como cualquiera y por más que quiera que se aparte de una percepción sensorial y mental propia de los seres humanos el juez utilice los estándares que utilice siempre va a tener un pensamiento subjetivo de lo que está valorando.

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL CON SOPORTE DIFERENTE AL PAPEL

Para la valoración de la prueba documental con soporte diferente al papel, el juez deberá tener presente tres aspectos importantes de la prueba; el contenido, la fuente y la validez de la información, por lo tanto, el juez al hacer su valoración debe realizar un examen minucioso de toda la evidencia digital recaudada en el proceso, para lo cual deberá determinar si la prueba cumple con todos los requisitos de validez, existencia y de eficacia para poder tener un convencimiento de la ocurrencia de los hechos alegados, sin llegar a violar indirectamente la ley sustancial.

En tal sentido el juez debe valorar si las pruebas digitales o los documentos electrónicos son o efectivamente se trata de un mensaje de datos propiamente dicho o si se trata de una reproducción digital de un documento material, ya que como se mencionó cada uno corresponde a diferente actos jurídicos y tratos distintos en la legislación documental.

Es importante tener presente que el juez puede incurrir en errores facticos al momento de valorar un documento electrónico, que lo pueden llevar a apartarse de la correcta aplicación de la ley sustancia, aspecto recurrible en casación como lo estipula el artículo 336 del Código General del

Proceso, en su segunda causal según la cual se incurre en errores de hecho o de derecho, según lo que se pretenda demostrar, de los cuales citaremos cinco según Nattan Nisimblat:

- (i) Erros de derecho por indebida asignación de mérito legal: tener por idóneo un mensaje de datos en el que coste un acto sometido a solemnidades, como puede ser la compraventa de bien raíz, cuando lo que se discute en el proceso es precisamente el derecho de dominio.
- (ii) Error de derecho por restar mérito legal: no tener por probado un contrato de carácter mercantil o no sometido a solemnidad que consta en documento electrónico.
- (iii) Error de hecho por falso juicio de existencia (suposición): presumir que un documento impreso en papel, en el que aparece un correo electrónico, es el correo en sí mismo.
- (iv) Falso juicio de identidad por mutilación: dejar de analizar parte de un documento electrónico o del peritaje que sobre este se realizó, y con ello abstenerse de declarar su equivalencia funcional o declararla sin tener tal atributo.
- (v) Error de hecho por adición: tener por enviado un mensaje de datos que fue creado, pero en cuyo cuerpo no consta tal situación, o tener por cierta una fecha de recibo cuando en el documento no aparece dicha información (Nisimblat, 2010, p. 29)

Por último, dicha fase también se debe realizar a través de los varios sistemas de valoración que se han aplicado, entre ellos los que ya mencionamos anteriormente: el sistema de la tarifa legal, el sistema de la libre convicción o sana crítica y el sistema científico.

6.1. Sistema de la tarifa legal en la prueba documental con soporte diferente al papel

En lo referente a la tarifa legal de la prueba documental inmaterial esta se encuentra regulada en la ley 527 de 1999 en su artículo 10, el cual estipula que los mensajes de datos serán admitidos como medio de prueba y tendrán la fuerza probatoria contemplada en el Código General del Proceso; al igual, el artículo 11 de la misma ley nos habla de los criterios para valorar

probatoriamente un mensaje de datos el cual debe de realizarse teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica 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. (Ley 527 de 1999, art.11, Colom.)

La tarifa legal en la prueba documental inmaterial está de igual forma sujeta a los señalamientos que disponga el legislador para graduarla y darle su valor de demostración y lo que representa; así también el juez, atendiendo a las indicaciones del legislador, procederá a valorarla para verificar si cumple con los requisitos del mensaje de datos, prueba inmaterial en Colombia, en lo referente a su validez y eficacia, “de lo contrario deberá realizarse desde las reglas de la sana crítica, claro está cuando el sistema tarifado se muestre ausente y los aludidos requisitos no asistan al medio de prueba inmaterial” (Bernal, 2016, p. 13.).

6.2 Sistema de la libre convicción o sana crítica de la prueba documental con soporte diferente al papel

Como se habló en la libre apreciación de la prueba, el juez debe establecer su grado de convicción con respecto a los medios de prueba aportados al proceso sin que esto implique ser arbitrario, pues, como se mencionó, debe realizar un análisis lógico y racional exponiendo a las partes los fundamentos que le dieron lugar a su conclusión. Pero ¿qué pasa cuando debe realizar una análisis lógico y racional a una prueba documental inmaterial? Este interrogante se despeja con la crítica razonada en la cual se entiende por crítica⁷ el procedimiento de análisis y valoración

⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, corresponde a “Analizar pormenorizadamente algo y valorarlo según los criterios propios de la materia de que se trate”.

que debe hacer el juez al momento de asignarle el valor de utilidad o inutilidad a la prueba documental inmaterial que se allega al proceso para su decreto y posterior práctica, según el grado de convicción que le genera la misma en su intelecto, teniendo como base un sustento jurídico pero acompañado de otras disciplinas que le permitan llevar a la valoración de esa prueba a la cúspide de su estudio. Razonar⁸, por medio del cual el juez debe de realizar un estudio para poder demostrar que sus argumentos están basados en categorías que permiten sopesar su decisión. Así entonces el juez podrá llegar a una libre convicción a través del análisis de la prueba documental inmaterial con tranquilidad y fundamento.

Sana crítica de la prueba documental con soporte diferente al papel

La sana crítica de la prueba documental inmaterial va ligada con las reglas de la experiencia, las cuales permiten que el juez interprete y formule libremente un convencimiento sobre el medio de prueba, en este caso la prueba inmaterial, pero ¿cuáles son esas reglas de la experiencia que debe tener el juez para poder valorar una prueba inmaterial? En mi opinión, el juzgador deberá en primera medida basarse en las reglas de la experiencia judiciales las cuales le permitirán conocer, desde el momento de la presentación de la demanda hasta el fallo, que se han dado todos los presupuestos para decretarla y practicarla, pero además, deberá basarse en las reglas de la experiencia que le otorgan las vivencias del día a día, acompañadas de los conocimientos de otras ciencias como la sociología, la medicina, la psicología, la física, la química, entre otras, sin olvidar la importancia de la informática y la electrónica, la cual se ha demostrado en la presente investigación; la prueba inmaterial nace, transita y se extingue por medios digitales soportados o

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, corresponde a “Exponer razones para explicar o demostrar algo”

almacenados eminentemente en medios tecnológicos e informáticos. Todas estas categorías deben estar en la imaginación del juez para poder reconstruir lo que pasó con la prueba inmaterial desde el momento mismo que se convirtió como prueba y fue aportada al proceso por las partes, dando como resultado que se cumplan los criterios especiales de la sana crítica: confiabilidad en la creación y circulación, confiabilidad de conservación e identidad del iniciador.

Ahora bien la doctrina ha venido desarrollando una nueva teoría en la cual la asunción no tiene relevancia en la actividad probatoria, en tal sentido se profundiza en la libre convicción entendida en tanto como principio metodológico negativo, que excluye o rechaza la suficiencia de las pruebas legales para garantizar el reconocimiento de algún derecho y por lo mismo tácitamente exigiendo la necesaria recurrencia a una completitud probatoria mejor; nótese que en ningún caso se está abriendo la puerta a la arbitrariedad a través de una valoración libre e irregular si no que se está exigiendo una coherencia entre lo que la prueba alcanza a demostrar y lo que la prueba debería demostrar, pues con la adopción de una decisión sobre los hechos probados a través de una valoración racional basada en estándares de prueba el juez deberá realizar un análisis más profundo y sustentado sobre su veredicto y no basado en una percepción sensorial y mental.

En tal sentido Jordi Ferrer ha planteado que.

La valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta. Habrá que decir ahora si la hipótesis h puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga. Esto depende del estándar de prueba que se utilice. Así, por ejemplo, es muy usual sostener (especialmente en la cultura jurídica anglosajona) que en el ámbito civil opera el estándar de la prueba prevaleciente, de modo

que la hipótesis está probada si su grado de confirmación es superior al de la hipótesis contraria (Ferrer, 2007, p. 47.).

En la valoración racional de la prueba el juez no puede por osmosis o por la sola libre apreciación de la prueba aprender de un proceso, es imposible que haya una certeza absoluta cuando se trata de conocimiento de los hechos “grado de probabilidad” el cual se construye con los medios probatorios allegados al proceso y depende el conjunto de pruebas que se tenga ya que entre más evidencia se tenga va hacer más fácil conocer lo que ocurrió, por ello es importante establecer un lumbral para saber en qué momento se tiene probado un hecho para darlo por verdadero. La valoración de la prueba se da entonces en razón a que en el procedimiento judicial siempre va haber dos hipótesis que van a demostrar lo ocurrido. La valoración de la prueba ha de concebirse como el criterio racional para elegir una hipótesis como más probable demostración de un hecho. Por lo tanto, el estándar de prueba conlleva el conocimiento de los hechos, el conocimiento probatorio no puede ser más que el que se obtenga con cierto grado de probabilidad, si el conocimiento es más o menos probado lo podemos graduar y por ende podemos ser más exigentes a la hora de valorar la prueba no simplemente con la libre apreciación.

Por lo tanto, que tan probable queremos tener de un hecho para considerarlo probado el hecho, o por el contrario si requerimos de un grado de raciocinio bajo para demostrar un hecho situación que para demostrar se puede graduar por parte del juzgador al momento de tomar su decisión.

Estos estándares de prueba están basados en buscar unas garantías procesales las cuales tienen premisas como; la relación teleológica entre prueba y verdad, verdad como correspondencia, la no certeza racional absoluta y el razonamiento probatorio es probabilístico, buscando con esto no desaparecer los errores que se pueden presentar en materia probatoria sino distribuirlos.

Es por esto que se plantean los estándares de prueba los cuales se deben aplicar de mayor a menor exigencia existiendo entre ellos los siguientes según Jordi Ferrer.

(i) Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos debe darse conjuntamente las siguientes condiciones.

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

b) Debe haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

(ii) Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos debe darse conjuntamente las siguientes condiciones.

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

(iii) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).

- (iv) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:
 - a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
 - b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).
- (v) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:
 - a) La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
- (vi) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:
 - a) La hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

En tal sentido Michelle Taruffo menciona que.

La individualización del hecho jurídicamente relevante está evidentemente dentro de la «preparación de las premisas» de la decisión y no deriva de un simple juego deductivo sino de una compleja operación que lleva a la «construcción del caso», es decir, a la individualización del hecho que constituye el objeto específico de la decisión. Esta operación versa sobre la conexión entre norma y hecho, pero no en el sentido de limitarse a constatar una correspondencia (que en realidad no existe de por sí), sino en el sentido de pretender constituir una correspondencia entre hecho y norma que permita decir que esa norma, en uno de sus significados resultantes de

la interpretación, califica jurídicamente ese hecho, que es relevante respecto a esa norma y que fundamentará la decisión en la medida en que resulte probado en juicio. (Taruffo, 2005, p. 99.)

Ahora bien, sobre la valoración de la prueba y la asunción de la misma Marina Gascón manifiesta que.

... la valoración no puede entenderse como ha sido frecuente hasta ahora y en ciertas instancias aún lo sigue siendo, sobre la base de una “torcida” e ideológica interpretación de la libre convicción como una convicción íntima, libre, comunicable, intransferible, y por ello irracional, incontrolable y arbitraria, pues obvio que la “íntima” convicción no puede justificar por sí misma la verdad de los enunciados. Si se quiere, la valoración no puede verse como un modo de formación o construcción de una “verdad procesal” ajena al control racional. “la libre apreciación no es libertad para la arbitrariedad. El juez ha de ser libre para valorar discrecionalmente la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos...” (Gascón, 2010, pp. 143-144.).

En tal sentido para la valoración racional de la prueba se debe tener presente los hechos que dieron lugar a las pruebas, se debe mirar la hipótesis “hechos” para analizar la decisión probatoria del juicio de hecho, es decir, toda hipótesis debe estar demostrada con el fin de justificar la decisión probatoria. Cuando se habla de justificación de los hechos se está hablando de la decisión probatoria de los hechos y las razones para dar sentencia.

Es por ello que se razona sobre tres tipos de prueba, la prueba que se basa en puras observaciones la cual no requiere de un análisis profundo, las pruebas de tipo deductivo demostrativas como la ley y las pruebas inductivas que son las que se tienen que razonar diciendo porque fue probada la

hipótesis A y no la hipótesis B, por lo tanto, en la sentencia se deben decir los elementos o razones que se tuvieron para dar el fallo.

Ahora bien, debido a la valoración racional de las pruebas existen unos criterios para su valoración que han venido desarrollándose en la doctrina internacional uno de ellos es el modelo matemático el cual calcula las probabilidades de los hechos y el cual no es el apropiado para realizar una valoración ya que el juez nunca va a tener un conocimiento directo de los hechos, y el modelo lógico a través de hipótesis el cual queda demostrado si se cumple con estos tres requisitos.

- (i) Que la hipótesis no sea refutada.
- (ii) Que la hipótesis sea confirmada con pruebas que le apoyan y le aportan a la decisión.
- (iii) Que la hipótesis sea más probada que las otras hipótesis que se presentan sobre los mismos hechos.

Los criterios de valoración hacen que el juzgador sepa cuándo la prueba es suficiente, en tal sentido es mejor el modelo lógico que el matemático el matemático es típicamente estadístico y busca precisar la verdad no dando paso para un análisis, mientras que el lógico debe tener un raciocinio para dar una justificación grados de confirmación de la verdad que hipótesis sirve mejor para demostrar un hecho.

Por lo tanto, se debe de motivar la prueba y la decisión que se tomó ya que el juez debe responder por sus decisiones con el propósito de no incurrir en la arbitrariedad, en tal sentido el juez debe explicar las razones y todo el proceso mental que lo ha conducido a adoptar su decisión sobre los hechos, sin embargo, el juez no debe dar solo razones sobre los hechos que lo llevaron a tomar la

decisión sino también debe dar razones por que los otros hechos no fueron tomados en cuenta para dar su decisión.

Por último, se tiene dos estilos de motivación, el primero el estilo analítico en el cual todo tiene que estar especificado, consiste en exponer los actos de prueba practicados, valoración de las pruebas, resultado de la valoración es decir los datos probatorios que se han obtenido, valor probatorio que se atribuye a la hipótesis y el resultado final si la hipótesis se aceptada probada, y el segundo el estilo globalizador el cual se puede motivar a través de un relato, historia que pone en relación todos los elementos de prueba en una narración coherente y está ligado a la valoración conjunta de la prueba. De los cuales el estilo analítico es el más utilizado para motivar la decisión del juez al momento de la valoración racional de las pruebas y su posterior fallo.

6.3 Sistema científico de la prueba documental con soporte diferente al papel

El sistema científico de la prueba documental se da cuando primero, la ley no le dice al juez cuál es el valor de la prueba, es decir, no hay tarifa legal para el medio de prueba que se aportó al proceso y que debe ser valorada; segundo, a partir de sus reglas de experiencia el juez no posee los conocimientos suficientes para poder valorar la prueba de manera adecuada, por lo que el camino que le queda es acudir a la ciencia para poder valorar la prueba; como ejemplo del sistema científico propondremos la siguiente situación:

Juan demanda a Pedro debido a que, como consecuencia de la construcción de su edificio, la casa de Juan se agrietó y se cayó. En este escenario el juez no puede aplicar ni la tarifa legal ni sus reglas de la sana crítica o de la experiencia, ya que él es juez y no ingeniero, situación que no le permite valorar en su conjunto la prueba, si no es a raíz del estándar científico del área que sea de su conocimiento.

Cono lo expresa Gallo:

Así se trate de una prueba científica, esta no retrotrae el sistema de valoración probatorio a la tarifa legal; por el contrario, queda sujeto a la valoración racional del juez, atendiendo las condiciones de validez de la prueba y fiabilidad. Se deberá reconocer entonces que los resultados de la prueba científica nos llevan a la verdad que nos ofrece solo un conocimiento probable de esta. (Gallo, 2018, p.16)

Tabla 1. Diferencia en las fases de la actividad probatoria en el documento con soporte en papel y el documento con soporte diferente al papel.

FASES Y ETAPAS	DOCUEMENTO CON SOPORTE EN PAPEL	DOCUEMENTO CON SOPORTE DIFERENTE AL PAPEL
PRODUCCION U OBTENCION	Actos tanto extraprocesales como procesales que realizan las partes para que las pruebas puedan ser admitidas y decretas por el juez en su correspondiente etapa; para tal fin la producción u obtención de la prueba debe reunir unos requisitos intrínsecos y otros extrínsecos	Cuando hablamos de la producción u obtención de la prueba documental inmaterial, estamos hablando en principio de los mismos presupuestos que debe tener el documento material. Sin embargo, en el documento inmaterial, se deben tener como referencia más presupuestos como lo son, Mensaje de Datos, Documento Electrónico, Firma Digital, Autenticidad, Originalidad, Integridad, (Tics), (N-tics), (bits), E-commerce, Buena Fe, Neutralidad Tecnológica,

		Respeto por el Derecho Sustancial Preexistente y Equivalencia Funcional
AVERIGUACIÓN	La averiguación de la prueba documental con soporte en papel como se mencionó la deben realizar las partes y sus apoderados, dicha averiguación recaer sobre documentos materiales simples o de tarifa legal, en tal sentido su averiguación o trae mayor dificultad.	En la averiguación las partes cuando se trata de documentos electrónicos, estos deben tener presente unas reglas para aportar la prueba cuando está en su poder (Que le documento haya sido obtenido lícitamente, que se allegue al proceso en su forma original, confiabilidad del documento, inalterabilidad, rastreabilidad,) y unas reglas para pedir la prueba cuando no está en su poder (Que no sean documentos sometidos a secreto profesional, que el medio probatorio idóneo para producir la prueba, que la petición se realicen en las etapas legalmente permitidas.
ASEGURAMIENTO	En esta etapa del documento con soporte en papel el aseguramiento es más fácil ya que los documentos materiales no tienen tantos riesgos para asegurarlos por su materialidad, como los documentos en soporte diferente al papel,	En la fase de aseguramiento de la prueba documental inmaterial también se debe evitar que se alteren o se pierdan las pruebas o elementos. Sin embargo, para el caso de la prueba inmaterial existen tanto riesgos como sistemas de seguridad de la información para garantizar la confidencialidad, la integridad, la autenticidad, la disponibilidad, de igual forma en esta etapa se debe realizar una cadena de custodia.
PROPOSICIÓN Y PRESENTACIÓN	La proposición o presentación de la prueba con soporte en	

	papel, se maneja igual que en la proposición o presentación de la prueba con soporte diferente al papel, la única diferencia es que en la segunda se debe tener muy presente cuales pruebas se presentan y cuales se propones, para que le sean admitidas posteriormente.	
ADMISIÓN		En lo referente a la prueba documental inmaterial en lo que respecta a su admisión, se debe entender que son los mismos presupuestos que la prueba material, debido a que la admisión está entrelazada con la proposición o presentación, situación que llevará al juez a una convicción similar entre lo material y lo inmaterial.
DECRETO Y PRACTICA	Se mantiene normal, sigue los presupuestos que se hayan desarrollado en las etapas anteriores	El decreto debe ser más minucioso para no caer en errores e impugnaciones por alguna de las partes, de debe tener un mayor conocimiento en lo que se está decretando. Frente a la práctica esta tiene mayores dificultades, pero es más por el desconocimiento de las reglas básicas de producción que por la existencia de los medios idóneos para la recolección.
ASUNCIÓN	En la asunción de la prueba documental con soporte en papel, el juez no tiene mayor problema para realizar su análisis subjetivo ya que los documentos con soporte en	En esta fase, el juez deberá tener la suficiente lucidez y aplicar todos sus sentidos para poder desarrollar su asunción, ya que dependiendo del medio de prueba tendrá

	papel, la mayoría ya están tarifados y no se necesitará de mayor lucidez para aplicar sus sentidos y desarrollar su asunción	que aplicar el sentido correcto para su mejor entendimiento de lo allegado al proceso y desarrollar toda la percepción sensorial que corresponda ya sea escrito, por medio de un audio o por un testigo.
VALORACIÓN	La valoración del documento con soporte en papel se realiza con más tranquilidad y certeza por parte del juez, ya que siempre ha venido valorando este tipo de documentos y sus sistemas de valoración están más familiarizados con este medio de prueba.	La valoración del documento con soporte diferente al papel, el juez deberá tener más cuidado con dicha valoración por las particularidades del medio de prueba, que para quien la valora es aún desconocida para aplicarles los sistemas de valoración que ha venido aplicando para otros medios de prueba.
SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL	Es el mismo para el documento con soporte en papel, que para el documento con soporte diferente al papel.	
SISTEMA DE LA SANA CRÍTICA Y LIBRE CONVICTIÓN	En este sistema el juez para establecer su grado de convicción con respecto a los documentos con soporte en papel aportados al proceso, realizar un análisis lógico y racional simple, debido a que le es más fácil aplicar las reglas de la experiencia, la sana crítica y la libre convicción en documentos que ya conoce y que maneja en todos los procesos.	En cambio, en el documento con soporte diferente al papel, el juez debe realizar un análisis teniendo como base un sustento jurídico pero acompañado de otras disciplinas que le permitan llevar a la valoración de esa prueba a lo más alto de su estudio, para poder demostrar que sus argumentos están basados en categorías que permiten sopesar su decisión. Así entonces el juez podrá

		llega a una libre convicción a través del análisis de la prueba documental inmaterial con tranquilidad y fundamento.
SISTEMA CIENTIFICO	No se aplica continuamente en el documento con soporte en papel, ya que casi siempre los documentos que se aportan en los proceso son de tarifa legal o se anexan en su original, situación que le da seguridad al juez para valorar los documentos sin la necesidad de llegar a este sistema.	En el documento con soporte diferente al papel, en cambio el juez por desconocimiento del mismo o para tener más certeza al momento de valorar u documento electrónico, buscara ya sea de oficio o a petición de parte acudir a otras ciencias que le generan mayor convicción y certeza para valorar la prueba y dar su fallo.

CONCLUSIONES

- (i) Estamos ante una nueva sociedad llamada “sociedad de la información” la cual ha traído consigo una variedad de cambios culturales que han permitido la evolución de nuevos modelos de negocio entre personas, empresas y gobierno, así como sus obligaciones, por ello es importante que el derecho procesal tenga, conozca y maneje de una forma adecuada las nuevas herramientas y conceptos del nuevo derecho procesal digital.
- (ii) El estudio y tratamiento de la prueba documental material e inmaterial para su producción, asunción y valoración, de una u otra forma tienen muchas similitudes, sin

embargo, se deben identificar las nuevas formas como se relaciona el hombre en sociedad, para entender las nuevas realidades que se presentan en los estrados judiciales con relación al objeto de la prueba, para lo cual se debe abordar el estudio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

- (iii) Para el tratamiento de la prueba documental inmaterial, se requiere de una mirada legislativa diferente, la cual, debe estar encaminada a proveer a los Estados las leyes para dar el paso adelante, ya que, si esto no ocurre, por simple necesidad se debe adaptar, debido a que el derecho no puede quedarse detrás de la realidad social sino al contrario adaptarse a sus nuevas formas y costumbres.
- (iv) La ciencia llamada “Derecho Probatorio” se mantiene latente, tan solo que ahora reconstruye realidades inmateriales o propias de nuevos entornos, en donde la prueba, especialmente la documental que representa hechos, circunstancias, obligaciones y la voluntad de quien los suscribe, ha mutado de la materialidad de los átomos a la inmaterialidad de los bits.
- (v) Las fases de la actividad probatorio han venido cambiando con el tiempo sobre todo en la fase de asunción la cual para algunos doctrinantes ya no es relevante pues el juez tiene que dar sus argumentos en la adopción final de su decisión sobre los hechos probados y no solo por una íntima convicción subjetiva de los mismos.

REFERENCIAS.

A.G. Res. 162, 51va. Sesión, NU A/RES/56/588 (Dic. 12, 2001).

Abel, X, (2008). Valoración de los medios de prueba en el proceso civil Recuperado de <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>

Alexandre, F. (2014). Fundamentos del e-commerce: Tu guía de comercio electrónico y negocios online, recuperado de https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=flz9AgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT62&dq=que+es+el+E-commerce&ots=xQMEy-mHPg&sig=BK0LiUpk_jdZBuRURpK_pQorG7c#v=onepage&q=que%20es%20el%20E-commerce&f=false

Álvarez, J. (2011). valor probatorio del documento electrónico. Bogotá, Colombia, editorial cuestiones jurídicas.

Barroso Jerez, C. (2013). Sociedad Del Conocimiento Y Entorno Digital. Teoría de la Educación. Educación y Cultura en la Sociedad de la Información, 14 (3), 61-86.

Bentham citado por Echandía (2015). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, sexta edición, Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A

Bertel, A. (2009). Derecho probatorio parte general y especial. Bogotá, Colombia, grupo editorial Leyer.

Boris, B, (). Teoría de la sana critica Recuperado de http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

Camacho, A. (2015). Manual de Derecho Procesal Tomo VI cuarta edición. Bogotá, Colombia, editorial Temis.

Cañón, P. (2013). Teoría y práctica de la prueba judicial segunda edición. Bogotá, Colombia, editorial ABC Ltda.

Carnelutti, F. (1982 [1947]). La Prueba Civil. Buenos Aires, Argentina, ediciones de palma.

Carrascosa, V. (1994). Valor Probatorio del Documento Electrónico: Nuevas Tecnologías y Actuaciones Procesales. En Centro de Estudios Judiciales (eds.). (p. 155). Madrid.

Castrillón, V. (2008). La libertad contractual. revistas.unam.mx. Recuperado de <file:///C:/Users/HP/Downloads/60936-176622-1-PB.pdf>.

Colombia. Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diciembre 5 de 1995. D.O. núm. 42.137.

Colombia. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O. núm. 33.339.

Colombia. Decreto ley 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012. D.O. núm. 48.308.

Colombia. Ley 223 de 1995. Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. D.O. núm. 42160.

Colombia. Ley 270 de 1996. Por medio de la cual se dictan normas sobre la ley estatutaria de la administración de justicia. Marzo 7 de 1996. D.O. núm. 42745.

Colombia. 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 dictan otras disposiciones. Agosto 21 de 1999. D.O. núm. 43.673.

Colombia. Ley 57 de 1985. Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales. Julio 5 de 1985. D.O. núm. 37056.

Colombia. Ley 84 de 1873. Por la cual se expiden Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Mayo 31 de 1873. D.O. núm. 2.867.

Colombia. Ley 98 de 1993. Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano. Diciembre 22 de 1993. D.O. núm. 41151.

Comisión de las comunidades europeas, (n.d). Bruselas, 14.12.2001 recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0770:FIN:ES:PDF>

Concepción, M. los archivos y la archivística: evolución histórica y actualidad Recuperado de <file:///C:/Users/HP/Documents/DOCUMENTOS%20TESIS%20DE%20MAESTRIA/HISTORIA%20DE%20LA%20ARCHIVISTICA.pdf>

Concepto definiciones. (n.d.). Recuperado de <https://conceptodefinicion.de/dibujo/>

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012) Artículo 243 [Titulo Único]. Código General del Proceso. [ley 1564 DE 2012].

Congreso de Colombia. (14 de julio de 2000). Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones. [ley 594 DE 2000].

Congreso de Colombia. (6 de agosto de 1970) Artículo 251 [Titulo XIII]. Código de Procedimiento Civil. [DECRETO 1400 DE 1970].

Consejo de Estado [C.E.], Sección Primera, octubre 16, 2014, C.P: L.H. Vargas, Sentencia CU-774 / 14, [Colom].

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art.74. Julio 7 de 1991 (Colom.).

Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art.83. Julio 7 de 1991 (Colom.).

Constitución Política del Estado. (2 de abril de 1976) Artículo 398 [Titulo II]. Código de Procedimiento Civil. [DL 12760 de 1975].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], abril 25, 2012, M.P: P. Jorge, Sentencia C-301 / 12, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], diciembre 16, 2011, M.P: G. Mendoza, Sentencia T-968 / 11, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], junio 08, 2000, M.P: F. Morón, Sentencia C-662 / 00, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], noviembre 02, 2016, M.P: L. Ernesto, Sentencia C-604 / 16, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], noviembre 14, 1996, M.P: A. Barrera, Sentencia T-661 / 96, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [C.C.], septiembre 16, 2009, M.P: M. González, Sentencia C-637 / 09, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Civil, diciembre 18, 2012, M.P: J. Vall, exp. 11001-0203-000-2010-01517-00 / 12, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Civil, diciembre 09, 2015, M.P: A. García, Sentencia SC16929-2015, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Laboral, febrero 03, 2016, M.P: C. Dueñas, Sentencia SL1739-2016, [Colom.].

Corte Suprema de Justicia [C.S.J], Sala de Casación Penal, febrero 26, 1979, M.P: L. Romero, Tomo Clix Segunda Parte, 1979, [Colom.].

D., Suarez., Herrera, E., & Riverón, E. (2008). La firma como un método biométrico de identificación, recuperado de <http://www.repositoriodigital.ipn.mx/handle/123456789/8502>

De los Mozos, J. (1965). El principio de buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho civil Español. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1965-40092500926

Devis, E. (1982). Compendio de derecho procesal. Bogotá, Colombia, editorial Librería ABC.

Devis, E. (1995). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II, quinta edición, Bogotá, Colombia, editorial A.B.C.

Devis, E. (2006). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II, quinta edición, Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A.

Devis, E. (2015). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, sexta edición, Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A.

Diana, R. (2019). La prueba en el proceso una aventura intelectual, segunda edición, Bogotá, Colombia, editorial Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

Díaz, A. (2012). Derecho Informático Elementos de la Informática Jurídica. Bogotá, Colombia, ediciones doctrina y ley Ltda.

Digital Guide. (n.d.). Recuperado de <https://www.ionos.es/digitalguide/servidores/know-how/que-es-un-servidor-un-concepto-dos-definiciones/>

E., líberos., Solano, I., Gil., J., García., R & Merito, J. (2011). El Libro del Comercio Electrónico. Segunda Edición. Madrid, editorial Esic.

Isaza, J. (1985). Pruebas Judiciales. Bogotá, Colombia, editorial Librería Jurídica Wilches.

Jordi, f. (2007). La valoración racional de la prueba, Madrid, Barcelona, editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Ley nº 2000-230 de 13 de marzo de 2000 art. 1 Diario Oficial de 14 de marzo de 2000

recuperado de

https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab_selection=all&searchField=ALL&query=1316&page=1&init=true

Maestre, J. (2001). Derecho al Nombre de Dominio, recuperado de

<https://www.maestreabogados.com/wp-content/uploads/2014/11/libro-el-derecho-al-nombre-de-dominio.pdf>

Manuel, G. (2018). Valoración racional de la prueba científica en el proceso civil Recuperado de

[file:///C:/Users/Lavendano/Downloads/22-Texto%20del%20art%C3%ADculo-111-1-10-20180905%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Lavendano/Downloads/22-Texto%20del%20art%C3%ADculo-111-1-10-20180905%20(1).pdf)

Michele, T. (2010). Simplemente la verdad el juez y la construcción de los hechos, Madrid, España, editorial [Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales](#).

Michele, T. (2005). La prueba de los hechos, Madrid, España, editorial trota S.A

Miguel, R. (2018). Lecciones de derecho procesal, tomo tres pruebas civiles, segunda edición, Bogotá, Colombia, editorial Escuela de Actualización Jurídica ESAJU.

Mariana, G. (2010). Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba, Madrid, Barcelona, editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ministerio de Justicia. (Decreto 1107 de 1902) Artículo 342 [Titulo XI]. Código de Procedimiento Civil. [Ley 1552 de 2007].

Nisimlat, N. (2010). El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil. Universidad de los Andes, Revista No. 4 (p. 6). Bogotá.

Parra, J. (2006). El Documento Electrónico y su Alcance Probatorio: I Convención Internacional de Derecho Informático, Documentación y Documento Electrónico. En Universidad Externado de Colombia (eds.). (p.1). Colombia.

Parra, Jxc. (1989). Tratado de la Prueba Judicial los documentos, segunda edición, Bogotá, Colombia, editorial del profesional.

Peña, D. (2015). De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital Tomo V, primera edición, Bogotá, Colombia, editorial Universidad Externado de Colombia.

Rincón, E. (2015). Derecho de comercio electrónico y de internet segunda edición. Bogotá, Colombia, editorial Legis.

Rincón, E. (2017). Derecho de comercio electrónico y de internet tercera edición. Bogotá, Colombia, editorial Legis.

Rodríguez y Rodríguez (1997). Derecho Probatorio. Bogotá, Colombia, editorial Ediciones Ciencia y Derecho.

Rodríguez, F., Tuirán, J. (2011). La valoración racional de la prueba Recuperado de <file:///C:/Users/HP/Downloads/Dialnet-LaValoracionRacionalDeLaPrueba-4919245.pdf>

Rodríguez, H, (1983). Curso de derecho probatorio. Bogotá, Colombia, editorial Librería el Profesional.

Rojas, M. (2010). Apuntes sobre la ley de descongestión. Bogotá, Colombia, editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Silva (1935) citado por Echandía (2015). Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I, sexta edición, Bogotá, Colombia, editorial Temis S.A

Tecnología & informática(n.d.). Recuperado de <https://tecnologia-informatica.com/que-es-el-bit-byte/>

Torres, A. (2012). Principios fundamentales del comercio electrónico y su desarrollo legislativo en Colombia y Latinoamérica. Ediciones Uniandes – Editorial Temis. Recuperado de <https://www.editorialtemis.com/Temis/Contenidos/06-000-0030.pdf>.

Torres, A. (2012). Principios fundamentales del comercio electrónico. Bogotá, Colombia, editorial Temis.