

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN MATERIA CIVIL

*Cindy Charlotte Reyes Sinisterra**

* Docente Universidad Libre de Colombia, Seccional Cúcuta. Abogada. Estudiante Especialización en Derecho Procesal Civil, Universidad Externado de Colombia. Investigadora, primer Lugar IX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho.

“Sería ilógico que el magistrado se viera privado de aplicar los nuevos métodos de prueba, en razón de que, cuando ocurrió el acto, ese medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo”.

Eduardo J. Couture

INTRODUCCIÓN

El plan de justicia digital ha adquirido una importancia significativa en Colombia, como lo puede reflejar la normativa que viene siendo expedida y que es de vital importancia en las modificaciones que se han adaptado en materia procesal, a todas las ramas del derecho. Son muchos los cambios que la sociedad espera, y muchos otros los que ya se vienen logrando, con relación a temas tales como los expedientes electrónicos, la interposición de recursos por medios electrónicos, notificación electrónica, presentación y contestación de la demanda por medios electrónicos, etc.

Sin embargo, uno de los temas más álgidos responde a una de las etapas del proceso, y no es otra que la probatoria. La aplicación de lo que se pueda entender como tecnologías de la información y la comunicación en lo concerniente a los medios de prueba es algo de lo que se trata de decir mucho, pero que en realidad en la práctica deja muchos interrogantes en los administradores de justicia, litigantes, y la comunidad académica en general.

La prueba electrónica es un término que desde hace años se viene escuchando en Colombia, pero para algunos solo es un sinónimo de una nueva modalidad de reproducción del documento. Y es que cuando se habla de documento electrónico, hay que plantearse como mínimo una división que responde a tres cosas diferentes, el autor, el contenido y el continente; para este caso, solo se estaría haciendo referencia a que el documento ya no se presente en un papel sino que su continente sea precisamente un medio electrónico.

Pero... ¿Será que el único medio de prueba que puede ser entendido como prueba electrónica es el documento? ¿El concepto de fuente y medio de prueba puede afectar lo que se ha dicho al respecto?; Es esto, lo que sin lugar a dudas trazará rutas teórico-prácticas para que la prueba electrónica no sea

algo que se quede en leyes inoperantes en el país, sino que haciendo alusión al título de esta investigación, se construyan bases sólidas para tenga lugar su adecuada “utilización”.

1. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO

Al momento de entender lo relacionado con la prueba electrónica en el derecho comparado, es necesario remitirse a estudios que se vienen haciendo desde Europa, en donde el tema se ha delimitado desde perspectivas bastantes interesantes que pueden ser de gran utilidad al momento de asimilar la aplicación e inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación en el ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias de la evolución del derecho probatorio, específicamente en este tema.

Según Francesco Carnelutti, cuando se hace referencia a la autoría del documento, desde una perspectiva jurídica, “no es quien materialmente lo crea, sino a quien jurídicamente se le atribuye su formación”¹ Esto que se dijo hace muchos años por este gran procesalista constituye uno de los mitos más interesantes que pueden tener lugar respecto de lo que concierne a la prueba electrónica y más específicamente la autoría de un documento reproducido en este medio, que puede presentar algunas complejidades, cuando no se respalda con una firma electrónica avanzada, dejando esta individualización necesaria para el proceso a otros elementos que algunos autores como Joan Picó I Junoy, han denominado ordenadores de creación. Según el mismo, “En estos casos la identificación del autor y remitente es más compleja, puesto que puede identificarse el ordenador desde el que ha sido enviado el documento, pero no quien lo ha enviado”². Posición que no comparto en totalidad, pero que sirve para plantear nuevas alternativas de solución frente a la problemática que este autor, quien es autoridad a nivel mundial en el tema, ha querido plantear.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha venido abriendo las puertas, a la inclusión y utilización de los documentos electrónicos, en procesos como el monitorio y en temas relacionados con las medidas cautelares, medidas fiscales, administrativas y del orden social (documentos públicos), documentos privados, entre otros, que animan a la sociedad replantear el concepto de documento. Según Serra Domínguez, “documento no es sólo un escrito, sino

¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Segunda edición, Editorial, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 161.

² ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba electrónica*. Serie estudios prácticos sobre los medios de prueba. Barcelona, Librería Bosch, 2011, p. 39.

cualquier objeto representativo, teniendo mayor poder de representación la palabra o la imagen que la escritura”³. Concepto que comparto, pero sin dejar de lado, que al fin y al cabo muchos de los documentos que tengan un soporte electrónico, al momento de reproducirse harán uso de las mismas letras que se entienden al referirse a la escritura, sin olvidar la complejidad de Códigos binarios que esto implique.

Lo anterior, evidencia que en países como España, Italia y aunque no se mencionó, Portugal, se ha centrado la discusión en torno a que tan representativo es un documento que no es escrito, cuestión que considero, en Colombia no presenta problemas, porque para nadie es un secreto que desde la aplicación del artículo 252 del CPC, y lo concerniente a la regulación del mismo en el ordenamiento jurídico colombiano, la concepción no se ha limitado a pensar en el papel escrito, lo que si causa atención en este instante de la historia, es si el medio electrónico como “continente del documento”, debe diferenciar la utilización del mismo, o puede asimilar su tratamiento a lo que ya se tenía para la prueba documental tradicional, en este estudio específicamente en materia civil y de forma responsiva a las adecuaciones que se estudiarán de forma específica cuando se pase a hablar de inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación en el Código General del Proceso.

2. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

2.1 Medios de Prueba

El Código General del Proceso presenta dos perspectivas que pueden interpretarse de su simple lectura. De un lado, se podría decir que al definir o clasificar los medios de prueba no incluye a la electrónica, como un medio de prueba diferente. Sin embargo, también es válida la postura que se resume en que al no cerrar la puerta para que en el camino surjan medios de prueba diferentes a los concebidos tradicionalmente, también pueda hacer entender que la prueba electrónica pueda diferenciarse de la documental, como se ha venido entendiendo y regulando originariamente.

Según el artículo 165 del Código General del Proceso: “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la

³ SERRA DOMINGUEZ. *La prueba documental*. Estudios de Derecho Probatorio. Lima, Editorial Comunitas, 2009, p. 212.

formación del convencimiento del juez”. Es decir, el legislador es consciente de que el avance del derecho probatorio, puede generar que los medios de prueba se amplíen, como por ejemplo, cuando se habla de pruebas que puede considerarse novedosas como la electrónica, la estadística, etc.

De no vislumbrar a la electrónica como medio de prueba diferente a los tradicionales, lo cierto es que serían concebidas las pruebas electrónicas como fuentes probatorias y los medios tradicionales seguirían siendo la ruta de acceso para ingresar al proceso, entendiendo la diferencia que existe entre fuente y medio de prueba. Pero el Código continúa en el siguiente inciso consagrando lo siguiente: “El juez practicará las pruebas no previstas en este Código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”⁴.

¿Queda duda alguna que se acepta que la aparición de nuevas pruebas es tenida en cuenta en este Código? La respuesta con base en lo dicho anteriormente es clara, y se refleja el amplio margen que la Ley 1564 de 2012 estableció respecto de lo que se puede pensar es el futuro del derecho probatorio en Colombia.

2.2 La carga de la prueba

Respecto de la utilización de la prueba electrónica en materia civil y la carga de la prueba tal y como se concibe en el Código General del Proceso, es importante decir que presenta dos situaciones que podrían fijar una relación con esta institución, siempre y cuando se entienda de entrada, la diferencia entre probar un hecho electrónico y probar electrónicamente un hecho. En la primera situación, en nada modificará el hecho de existir una prueba electrónica, el postulado conocido y en general que consiste en que quien alegue un hecho debe probarlo.

Sin embargo, cuando se encuentre el contexto desarrollado frente a la segunda situación, es decir, que lo que se quiere probar es un hecho electrónico, del cual su existencia en el proceso solo podrá ser probada por medio de un dictamen pericial, si presentaría cierta particularidad. Y es que si se tiene como aceptada la anterior teoría, que implica que siempre que se trate de un hecho electrónico, deberá ser el dictamen pericial, el medio de prueba utilizado por quien pretenda alegar éste en un proceso, con oportunidad de ser sometido a contradicción en audiencia, el que le de las herramientas al

⁴ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 165.

juez, para fallar a favor o en contra de alguna de las partes, se podría pensar que esto producirá que en algunas situaciones surja la necesidad de aplicar lo que se conoce como carga dinámica de la prueba.

¿Qué relación tiene la prueba de un hecho electrónico y la carga dinámica de la prueba en Colombia?

Según el artículo 167 del Código General del Proceso⁵ “...el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos...”

¿Quiere decir lo anterior, que si a una de las partes le queda más fácil aportar el dictamen de un perito informático, se podrá aplicar esta institución?

“...La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”⁶

Esto demuestra, que el Código permite en muchas situaciones pensar en que se exija a la parte que tiene más fácil aportar un dictamen de este tipo, realizarlo y aplicar esta institución para proteger los derechos de alguna de las partes y por tanto garantizar el debido proceso. Piénsese en un proceso en donde una persona natural, que compró un producto por Internet, firmó un contrato electrónico con una compañía por Internet. ¿Quién estará en mejor posición de probar? Darle respuesta a esta pregunta será tarea del juez, que según lo concebido en esta nueva legislación tiene una herramienta importante para darle aplicación real y efectiva a lo que concibe como la igualdad de las partes.

2.3 Prueba de oficio

Esta institución, tal y como se concibe en el Código General del Proceso, tiene relación con la prueba electrónica, y para entender la misma se planteará la siguiente pregunta:

⁵ Colombia. Congreso de la Republica. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 167.

⁶ Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 167.

¿Qué deberá hacer un juez cuando evidencia que en un proceso donde se pretenda probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, no se solicitó por las partes un dictamen pericial?

Partiendo de que se está haciendo referencia es a un hecho ocurrido en un medio electrónico, deberá ser decretada una prueba de oficio, situación diferente a cuando la prueba electrónica solo esté apoyando otros medios de prueba, y lo que se pretenda demostrar es un hecho electrónicamente. En este último caso, el juez deberá valorar todas las pruebas que aportaron las partes, aplicar la sana crítica y la valoración conjunta y razonada de las pruebas sin necesidad de pensar en que es necesario el dictamen pericial.

Lo cierto si es, que se podría evitar aplicar la institución de la carga de la prueba, utilizando el decreto de prueba de oficio, y más en estos casos, en donde la utilización de la prueba electrónica, por su novedad, pueda tener como consecuencia que se falle en contra de lo que se entiende como un fin del proceso encaminado aplicar de forma efectiva el derecho sustancial a un caso concreto pero sin olvidar los postulados de verdad y probabilidad que le interesan al proceso.

2.4 Medios de prueba electrónicos

Cierta parte de este estudio, se ha referido a la discusión, respecto de si es posible pensar en que varios de los medios de prueba tradicionales, podrán adquirir el carácter de electrónicos o si por el contrario, solo se podrá pensar en fuentes probatorias electrónicas y medios de prueba tradicionales para que las mismas ingresen al proceso.

Según el artículo 171 del Código General del Proceso, “el juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas, podrá hacer a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción”⁷.

De lo anterior, se podría deducir que en algunas situaciones, serán los medios electrónicos los que permitan el ingreso o la práctica de una prueba en el proceso. Por ejemplo, si se trata de un testimonio que se recibió por medio de una videoconferencia (es decir que se utilizó un medio electrónico para la práctica del mismo), perfectamente se podría decir que se está frente a una prueba testimonial electrónica, o por el contrario, asumir la postura de que la prueba testimonial sigue siendo la tradicional pero que el medio

⁷ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 171.

de reproducción se ha transformado en aplicación de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Otro de los aspectos importantes a resaltar es que el uso de la tecnología puede hacer de forma más ágil y fácil que se cumplan postulados como el que establece el artículo 172 del Código General del Proceso, así: “El juez o el comisionado, si lo cree conveniente y con conocimiento de las partes, podrá practicar pruebas en días y horas inhábiles, y deberá hacerlo hacer así en casos urgentes o cuando aquellas lo soliciten de común acuerdo”⁸.

2.5 Apreciación de las pruebas

El Código General del Proceso es claro al establecer que “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”. Esto es bastante importante en todos los casos en que se pretenda utilizar como prueba una electrónica, y más aún cuando lo que se quiere probar es electrónicamente un hecho.

Frente a la anterior situación, simplemente se trata de acudir a lo que se conoce como la presunción de autenticidad del documento, teniendo en cuenta, que esta presunción por ser legal, admite prueba en contrario y que como se ha explicado en varias ocasiones las tecnologías de la información y la comunicación permiten identificar al iniciador del mensaje de datos, es decir, el autor del mismo, y verificar si este tiene su aprobación.

El juez que deba valorar una prueba que tiene como medio de reproducción un medio electrónico solo tendrá que hacer aplicación de eso que la ley 527 de 1999 concibe como equivalencia funcional, aplicando en últimas la sana crítica y las reglas de la experiencia, frente a una valoración conjunta y razonada como la que se establece en el Código.

Situación diferente se tiene que resaltar, cuando se trate de probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, por cuanto no se trata simplemente de equiparar la prueba electrónica a un documento tradicional sino a un dictamen pericial que permita al juez realizar esta valoración conjunta y razonada pero acudiendo a una ciencia o técnica que él no posee por sí mismo, y que es necesaria para verificar un hecho que no tuvo ocurrencia en su realidad sino en la creada por la aparición de las tecnologías de información y comunicación.

⁸ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 172.

2.6 Pruebas en el exterior

Este es uno de los postulados que tendrán efectiva realización con aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación. Haciendo utilización de los medios electrónicos los inconvenientes frente a la distancia podrán ser superados, para poner al servicio de la administración de justicia, herramientas eficaces para poder cumplir con la práctica de pruebas en el exterior, tal y como lo consagra el Código General del Proceso, y sin ser ambiciosa, será de esta manera como la prueba electrónica tenga protagonismo cuando se trate de la práctica de una prueba de este tipo.

2.6.1 Dictamen pericial y prueba electrónica

Según el artículo 226 del Código General del Proceso, “la prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”⁹. Inicialmente al hablar de la valoración conjunta y razonada de las pruebas, se hizo mención a la importancia que cobra el dictamen pericial, cuando se trata de demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico.

El hecho electrónico, no es un hecho que ocurre en la realidad física, y difícilmente podrá comprobarse si no se cuenta con un experto que pueda contarle de forma objetiva al juez que fue lo que realmente sucedió y pueda de esta forma concluir cuál de las partes tiene la razón.

Por ejemplo, un docente le deja a los estudiantes de su materia, un trabajo que deberán enviarle hasta antes de las 6 pm., del mismo día. Al día siguiente el profesor lee las notas y A, quien dice haberlo enviado a las 5 pm., (dentro del tiempo), le reclama al docente, quien le responde mostrándole su bandeja de entrada en donde el ensayo aparece como recibido a las 8 a. m., del siguiente día. En el caso anterior, ¿el juez posee la experticia para saber cuál de los dos tiene la razón? ¿Se trata de probar en este caso, un hecho electrónico o electrónicamente un hecho?

En primer lugar hay que decir que el envío del correo en un medio electrónico, constituye por tanto que lo que se debate en este proceso es un hecho del mismo tipo, y es evidente que el juez no posee dentro de sí mismo la experticia para saber que ocurrió en la realidad. Así se pensara en una inspección judicial de ambos equipos (desde donde se envió y a donde llegó el correo), de nada sirve si no se apoya del dictamen pericial. Sin decir con esto, que no se aplicarán posteriormente, la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de las pruebas como se ha venido repitiendo en reiteradas ocasiones.

⁹ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 226.

2.7 Peritos informáticos especializados

Es esta la ocasión para hacer un llamado de atención a las instituciones que se encargan de realizar este tipo de peritajes para ser aportados dentro de un proceso, por cuanto en materia civil, y en vigencia del Código General del Proceso, la demostración de hechos ocurridos en medios electrónicos y la necesidad de probar los mismos, por medio de un dictamen pericial, producirán que estas instituciones pongan en gran movimiento su actividad, partiendo de que este medio de prueba, en aplicación de lo que establece en el artículo 230 del Código General del Proceso, podrá ser decretado de oficio, o podrá desde otra perspectiva ser el motivo de que se aplique la institución de la carga dinámica de la prueba, lo que obligará a las partes a solicitar en muchas ocasiones este medio de prueba, o dejar a la suerte de la valoración que pueda hacer el juez, el sentido del fallo contenido en la sentencia.

Sin embargo, hay que hacer la salvedad, de que con lo anterior no se pretende decir que siempre que se esté en presencia de una prueba electrónica, la misma, deberá ser ingresada al proceso por medio de un dictamen pericial, por cuanto cuando se pretende probar electrónicamente un hecho, podrá ser por ejemplo, la prueba documental la que sirva como ruta de acceso al proceso sin ningún inconveniente.

2.8 Inspección judicial y prueba electrónica

De alguna manera muchas personas pensarán que en nada se relaciona la práctica de una inspección judicial con la prueba electrónica, criterio que ha sido transformado notoriamente, con lo establecido en el artículo 236 del Código General del Proceso: “...Salvo disposición en contrario, sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba”¹⁰.

De lo anterior, se puede concluir que de ser un hecho electrónico el que requiera probarse en determinado proceso y que por tanto la fuente sea una prueba electrónica, la inspección judicial no podrá realizarse de forma correcta sin la presencia de un experto en el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación. Pero además, si se tiene en cuenta que el dictamen pericial puede tener el efecto de prescindir de la inspección tal y como se lee del artículo en estudio, pues se debe pensar en que en los casos

¹⁰ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 236.

que se pueda aportar el dictamen pericial, éste será el camino más corto y efectivo para demostrar un hecho de este tipo.

En conclusión siempre que sea posible aportar el dictamen pericial sin realizar una inspección judicial se deberá aportar en lugar de solicitar la última. Pero de igual forma, siempre que se vaya a realizar una inspección judicial en donde lo que se quiere verificar es un hecho ocurrido en un medio electrónico, el juez deberá apoyarse de expertos que le orientarán en eso que busca o de lo contrario, de nada servirá para el proceso dicha inspección.

La videograbación, fotografía, entre otros son documentos que sirven para probar hechos que no ocurrieron en un medio electrónico, pero cuando se trate del último, sólo será un dictamen pericial el que pueda generar en el juez una convicción acerca de lo que se escapa de sus conocimientos, tal y como es, este entorno virtual, del que su entendimiento complejo, no depende de los conocimientos que como abogados puedan tener aquellos que dentro de un proceso tienen en ese papel, ni del juez como director del mismo.

2.9 Presunción de Autenticidad

Este es un tema que de forma dinámica se ha venido predicando de los documentos tradicionales desde hace mucho tiempo atrás, y que profesores como Hernan Fabio Lopez Blanco y Jairo Parra Quijano, han apoyado durante el transcurrir del tiempo. Para no ir a tiempos remotos basta con hacer un recuento de lo que se establecía en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil “Se presume auténtico un documento cuando se tiene la certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”¹¹. Esto no es algo nuevo en el país, pero aun cuando existía este artículo muchos dudaban respecto de la presunción que se predica de los documentos, y más cuando se trata de los denominados electrónicos.

Posteriormente se puede hacer estudio de la ley 527 de 1999 que ofrece una perspectiva en teoría bastante flexible, que podría pensarse dio paso a la utilización de documentos reproducidos en un medio electrónico en Colombia. Según el artículo 5 de la ley 527 de 1999 “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de

¹¹ Colombia. Presidente de la República. Por el cual se expide el Código Civil. Decreto 1400 de 1970. Artículo 252.

que esté en forma de mensaje de datos”.¹² Pero en la práctica este postulado se quedaba en el papel y fue así como en el 2008 se hizo presentación de la investigación titulada “La presunción de autenticidad del documento electrónico”¹³, en donde después de 9 años de entrada en vigencia de la ley anterior, la Corte Suprema de Justicia, sala civil, para citar un ejemplo, hacía un manejo de estos documentos olvidando la presunción que se predica de un mensaje de datos según lo que el Código de Procedimiento Civil indicaba para el caso y la misma ley 527 de 1999 consagraba:

“Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.¹⁴

“Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando:

1. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste.
2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio”¹⁵.

Basados en esta experiencia que en la práctica se estaba dando en el manejo de los mensajes de datos asimilados al documento electrónico y que debían tener un tratamiento equivalente al de la prueba documental, la

¹² Colombia. Congreso de Colombia. 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. Artículo 5.

¹³ REYES SINISTERRA, Cindy Charlotte. “La presunción de autenticidad del documento electrónico”. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Número 35, 2009, p. 227.

¹⁴ Colombia. Congreso de Colombia. 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. Artículo 6.

¹⁵ Colombia. Congreso de Colombia. 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. Artículo 17.

Comisión Redactora del Código General del Proceso, tenía presente regular expresamente este tema en la que ahora es ley 1564 de 2012.

Pero antes de esto existe otro antecedente importante y se da en la ley 1395 de 2010:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación”¹⁶.

Sin embargo, la anterior era una ley para la descongestión de los despachos judiciales y era el Código General del Proceso el que debía regular de forma definitiva este tema de la presunción de los documentos electrónicos y lo hizo de forma acertada en su artículo 244, en donde se consagra de forma expresa:

“Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos”¹⁷. Esto es un precedente que genera en el país una gran expectativa frente a la utilización de documentos que presenten un continente de tipo electrónico y que fue tenido en cuenta en la ley 1564 de 2012, pero sólo hasta la entrada en vigencia del mismo es decir el 1 de enero de 2014, se vislumbrarán las vicisitudes prácticas que girarán en torno al tema, por lo que fue vital para esta investigación resaltar este punto que debe ser tenido en cuenta por abogados, jueces y la academia en general, porque es una lucha sin sentido seguir afirmado que por estar contenida una prueba en un medio electrónico deba ser esto causa, de desconocer la presunción de autenticidad que se predica del documento escrito.

2.10 La valoración de mensajes de datos

Para hablar de valoración de los mensajes de datos hay que trazar primero un marco conceptual y diferenciar el mensaje de datos del hecho ocurrido en un medio electrónico, porque puede ser este un tema que genere confusiones y utilización incorrecta de los medios de prueba.

Según la ley 527 de 1999 “El mensaje de datos es la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”¹⁸. Di-

¹⁶ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Ley 1395 de 2010. Artículo 11.

¹⁷ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Artículo 244.

¹⁸ Colombia. Congreso de la República. 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 di-

ferente al hecho electrónico que es el que tiene lugar en un medio de este tipo y que se explicará posteriormente no puede ser expuesto de forma directa a la realidad física y palpable de lo humano.

Partiendo de lo que se explica, la valoración del mensaje de datos simplemente debe responder a lo que tradicionalmente se conoce como sana crítica y reglas de la experiencia y así lo resume en últimas el Código General del Proceso “serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud”¹⁹.

Sin embargo, en lo que hay que llamar la atención de los jueces y de la academia en general, como de los litigantes es en el momento en donde ese mensaje de datos lo que quiera demostrar en el proceso es un hecho ocurrido en un medio electrónico por cuanto, no será simplemente valorar la prueba como se haría frente a un documento tradicional sino que por la naturaleza del hecho que se quiere demostrar, el juez deberá aplicar la sana crítica y las reglas de la experiencia pero al dictamen pericial, que deberá ser el ingreso de una prueba electrónica que está demostrando un hecho ocurrido en un medio diferente al palpable, físico o tradicional.

2.11 Alteración de documentos electrónicos

Esto es de simple deducción y es que la alteración de los documentos que reproduzcan en un medio electrónico debe ser probada en el proceso por medio de un dictamen pericial, por cuanto generalmente habría que pensar que el hecho, es decir, la alteración del mismo, ocurrió de igual forma en un medio electrónico.

Sin embargo, el artículo 252 del Código General del Proceso establece que “los documentos rotos, raspados o parcialmente destruidos, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica; las partes enmendadas o interlineadas, a menos que las hubiese salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento”²⁰, disposición que considero solo alude a los documentos escritos. En los casos de que se trate de un documento alterado pero que pretende demostrar un hecho ocurrido en el medio electrónico, será necesaria la práctica de un dictamen pericial.

giales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Ley 527 de 1999. Artículo 2.

¹⁹ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 247.

²⁰ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 252.

2.12 Fecha cierta

Esto parece regulado de forma muy sencilla en el Código General del Proceso, pero cuando se trata de documentos electrónicos, es necesario decir que deberá tenerse en cuenta que existen tres fechas: la de creación del documento y la del envío del mismo y la de recibido del mismo; es por esto, que es necesario tener como fecha cierta la de envío y recibido, siendo estas fechas inalterables, caso diferente frente a las fechas de creación en programas tales como Word que fácilmente pueden ser alteradas por quien realiza el documento en un ordenador que no se encuentre conectado a la red.

La anterior aclaración se hace por cuanto el Código General del Proceso establece “la fecha cierta de un documento público es la que aparece en su texto. La del documento privado se cuenta respecto de terceros desde que haya ocurrido un hecho que le permita al juez tener certeza de su existencia, como su inscripción en un registro público, su aportación a un proceso o el fallecimiento de alguno de los que ha firmado”²¹. Por lo que se considera que el hecho que puede generar certeza de la existencia del documento frente al juez no podría ser el de creación del documento aducido por una parte, por su alto porcentaje de alterabilidad en las condiciones antes descritas, lo conveniente es pensar hasta el momento, que sea la fecha de envío aquella a la que pueda referirse el Código.

2.13 La tacha de falsedad y la prueba electrónica

Hasta el momento se han dado respuestas a muchos interrogantes que tienen lugar frente a la utilización de la prueba electrónica en materia civil pero hay que decir que no se trata solo de que se pueda aportar y practicar dentro del proceso. Por lo que debe también surgir la siguiente pregunta: ¿Cómo puede defenderse una persona contra quien se adujo un documento electrónico y no es de su autoría?

La respuesta está en lo que se conoce como la tacha de falsedad. Es de conocimiento del consenso académico que la presunción de autenticidad que se puede predicar de los documentos electrónicos es legal, por lo que se puede concluir que admite prueba en contrario. Siendo esto aceptado, podrá utilizar la parte contra quien se aporte un documento electrónico que no es de su autoría, tal y como lo concibe el Código General del Proceso, “la parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se

²¹ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 253.

acompañó a ésta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se orden tenerlo como prueba”²².

La única salvedad al respecto, es que se aconseja que en el caso que se deba probar que la falsedad se basa en un hecho ocurrido en un medio electrónico, lo correcto es aportar un dictamen pericial.

3. HECHO ELECTRÓNICO

En amplios sectores se ha debatido por mucho tiempo, el tema de si lo que se debe probar son los hechos o las afirmaciones. Por no ser éste el tema que se trató en esta investigación, lo cierto, es que precisaré que se considera dentro de este contexto que lo que se prueban son los hechos, ya que cuando ocurre un hecho en un medio electrónico, difícilmente podrá probarse con base en una simple afirmación, a menos, que lo que se pretenda es probar electrónicamente un hecho que no ocurrió en un medio de este tipo.

¿Qué se debe entender como hecho electrónico? Esto es bastante importante, para concebir varios de los puntos que se desarrollan al estudiar la utilización de la prueba electrónica en Colombia. Un hecho electrónico, se considera como aquel que tuvo lugar en un medio de este tipo, y que por tanto la prueba del mismo por excelencia debe ser un dictamen pericial.

4. PROBAR ELECTRÓNICAMENTE UN HECHO

Como precisión de lo que se viene explicando y que es bastante importante para entender, herramientas determinantes en la utilización de la prueba electrónica es necesario diferenciar el hecho ocurrido en un medio electrónico, del hecho que se da en la realidad humana y tradicional y que no necesita reproducirse en un medio electrónico para existir, ni para verificar que sucedió.

Cuando en esta investigación se hace referencia a probar electrónicamente un hecho, simplemente se trata de explicar que hay hechos que por ciertas circunstancias pueden o son susceptibles de ser probados electrónicamente, pero no necesariamente debe hacerse así, y es estos casos, que cualquier medio de prueba puede servir de ruta de acceso al proceso, a este tipo de pruebas, sin pensar en el dictamen pericial. Lo que no implica, que el mismo, no pueda ser utilizado, pero no deberá ser una exigencia que puedan ni hacer las partes, ni mucho menos el juez, basado en la imposibilidad para valorar un hecho que es susceptible de ser probado de diferentes maneras.

²² Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 269.

5. DOCUMENTO ELECTRÓNICO VS. PRUEBA ELECTRÓNICA

Muchos se preguntarán la razón por la cual al referirse a la prueba electrónica, se hace una distinción, en este escrito, del concepto de documento electrónico, y no puede ser otra, que concluir que aunque una es el género y la otra la especie, pues no se pueden tratar en la práctica y en la generalidad de las situaciones, como si fueran exactamente lo mismo.

La prueba electrónica, como su mismo nombre, responde a la ocurrida en un medio electrónico, pero no siempre debe ingresar al proceso como una prueba documental, ni debe confundirse con el concepto de documento electrónico. De lo anterior, es necesario precisar que “Todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico”, y además debe decirse que la confusión responde a que algunos siguen hablando de forma similar sobre el concepto de fuente y el de medio de prueba como si fueran iguales.

Si bien, para referirse a prueba electrónica se tiene que hablar entonces de un medio electrónico, en donde tenga lugar la reproducción de la misma, pues no es acertado decir que el único medio de prueba para que esta ingrese a el proceso es la documental, por cuanto ya se explicó que uno de los ejemplos, se da en la situación en que sólo pueda ingresar de forma correcta por medio de un dictamen pericial.

¿El documento electrónico será una fuente o un nuevo medio de prueba? Según lo explicado anteriormente, el documento reproducido en este medio electrónico, solo es una fuente novedosa, pero no responde a la creación de un medio de prueba, pues siempre que se utilice una ruta de acceso al proceso entendido como actividad, será la prueba documental o cualquier otra la que permita lo mismo. Solo cuando veamos que sea un medio electrónico el que permita el ingreso de una fuente al proceso se podrá pensar en que se está frente a un nuevo medio de prueba que según el caso, pueda ser denominado como “electrónico”.

6. DOCUMENTO ELECTRÓNICO VS. DOCUMENTO ESCRITO

Según el Código General del Proceso, el hablar de mensajes de datos es sinónimo de hablar de un documento tradicional, pero es diferente hablar de un mensaje de datos y de un hecho que tuvo lugar en un medio electrónico. Lo que sí se puede concluir es que todo mensaje de datos, deberá asimilar su tratamiento dentro del proceso al de la prueba documental en Colombia.

Al recibir el tratamiento de documento, tal y como se establece en el artículo 243 del Código General del Proceso “Son documentos los escritos,

impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos...”²³, también se presume auténtico en analogía a lo que pueda entenderse como tener la certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

7. LA SANA CRÍTICA Y LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA FRENTE A LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Este tema que se desarrolla de forma breve en esta ponencia, tiene directa relación con los sistemas para la valoración de la prueba, tal y como han sido denominados por el profesor Jairo Parra Quijano: “Si el juez puede y debe libremente valorar la prueba, estamos frente al sistema de libre valoración (o libre convicción); cuando el legislador señala el valor de la prueba estamos frente al sistema de la tarifa legal”²⁴.

Para relacionar lo anterior, con la utilización de la prueba electrónica en materia civil hay que decir que pueden surgir dos posturas: De un lado la que defiende que cuando se trate de probar un hecho que ocurrió en un medio electrónico se deberá aportar un dictamen pericial, y otra que se sostenga frente al argumento en donde lo que debe primar es el sistema de libre convicción en donde se aplique por parte del juez la sana crítica y las reglas de la experiencia.

Dentro de esta investigación, se puede concluir, que cuando se recomienda el ingreso de una prueba electrónica con la que se quiere demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico por medio de un dictamen pericial, en ningún caso, se quiere generar una especie de tarifa legal, por cuanto, así sea la ruta de acceso al proceso, dicho dictamen, el juez deberá valorar el mismo, de acuerdo a la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de la prueba.

8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Muchos se preguntan acerca de la complejidad que presenta el referirse en la práctica, a la valoración de la prueba electrónica, pero en realidad en esta investigación se darán nuevas herramientas de orientación que se construyeron a partir de una conclusión a la que llega el profesor Joan Pico Y Junoy: “...hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser objeto

²³ Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012. Artículo 243.

²⁴ PARRA QUIJANO. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009, p. 215.

y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de ‘probar un hecho electrónico’ (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a “probar electrónicamente un hecho” (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de “probar electrónicamente un hecho electrónico” (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores)²⁵.

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

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

Con lo explicado hasta el momento, gran parte de la doctrina podría diferir de esta conclusión. Es clara la posición, frente a la cual es recomendable al juez que siempre que esté, frente al caso explicado anteriormente, deberá

²⁵ ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba electrónica. Op. cit.* Barcelona, Librería Bosch, 2011, p. 26.

valorar esa prueba, buscando que el ingreso al proceso de la misma, sea un dictamen pericial.

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

9. PRUEBA ELECTRÓNICA: ¿FUENTE O MEDIO DE PRUEBA?

Dentro del estudio que se hace respecto de si se puede asimilar en todos los casos, a la prueba electrónica con el documento electrónico, es necesario, agregar la diferencia que en la doctrina existe frente a los conceptos de fuente y medio de prueba. Es de esta manera, que se podrá dar respuesta a unos de los interrogantes que se plantean en la introducción de esta investigación frente a si en un futuro todos los medios de prueba que se conocen tradicionalmente podrán ser acompañados de medios similares pero que a esto se les sume la categoría de electrónicos.

Para lo anterior, traeré a colación la síntesis que Joan Picó I Junoy²⁶, siguiendo lo que el profesor Montero Aroca²⁷ explica acerca del tema:

- 1) La fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico que se corresponde en una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y más concretamente, un concepto procesal. Precizando aún más, el medio de prueba es un concepto del derecho probatorio que designa el instrumento o la actividad que permite la introducción de las fuentes en el proceso.²⁸

²⁶ *Ibidem.*, pp. 62-63.

²⁷ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5 Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2007, p. 150.

²⁸ MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Introducción a la probática*. Colección de formación continua de la Facultad de Derecho ESADE, Barcelona, Bosch Editor, 2007, p. 12.

- 2) La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso; mientras que el medio cobra sentido en relación con un proceso y producirá efectos en un proceso concreto.
- 3) Las partes antes de iniciar un proceso buscan las fuentes de prueba y, una vez obtenidas, efectúan la proposición de los medios de prueba para introducir las fuentes en el proceso.
- 4) Las fuentes preexisten al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios, sin proceso no existen medios, pero las fuentes son independientes de su existencia y no dependen de que se realice o no en el proceso.
- 5) Las fuentes es lo sustantivo y material; el medio es la actividad

Es así, que Joan Pico Y Junoy, hace un estudio en donde empieza a mostrar de forma clara como cada uno de los medios de prueba tradicionales, entendidos como esa “ruta de acceso”, de las fuentes probatorias son los mismos medios de los que deberán valerse las pruebas electrónicas. Es decir, se estaría frente a la posición de que los medios probatorios no se volverán de ninguna manera electrónicos, sino que lo que es electrónica es la fuente.

Sin embargo, piénsese por ejemplo en un programa que en la actualidad sirva para mostrar el estado de salud de una persona y que ese dictamen que hace el aparato electrónico sea tenido en cuenta para demostrar una negligencia en un procedimiento médico. ¿Se podría pensar que la ruta de acceso al proceso, es decir, el medio no se da en un entorno electrónico? ¿Sería un disparate atreverse a pensar que se está frente a un dictamen pericial electrónico?

La respuesta se puede dar partiendo de dos posiciones diferentes, que se plantearán en esta investigación con el fin de que la comunidad académica se cuestione al respecto, y se construya en consenso crítico la misma. De un lado se podría pensar, que la ruta de acceso al proceso siempre serán los medios de prueba tradicionales y que simplemente se trata de que quien aporte la prueba elija que camino es el que debe tomar para que esa fuente ingrese al proceso.

Por el contrario, se podría sostener que los medios de prueba tradicionales no serán siempre esa puerta o esa ruta de acceso al proceso y que siempre que se esté frente a un medio electrónico que fue el que sirvió de camino a una fuente para ingresar al proceso pues se puede hablar de un “medio de prueba electrónico”, según sea el caso. Lo que sí es incorrecto plantear, es que por el hecho de ser una prueba electrónica, necesariamente deberá ingresar al proceso por un medio electrónico, pues sólo se trata de

concluir que una cosa es la fuente como concepto extraprocesal y algo muy diferente el medio de prueba. Para hablar de medio de prueba electrónico, tendrá que ser el entorno electrónico el que permita el ingreso de esta prueba en el proceso.

10. LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA

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

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

1. “La competencia para conocer de la acción de tutela recae sobre los jueces donde ha ocurrido la violación o la amenaza que motivan la solicitud en primera instancia”²⁹.
2. “El factor territorial es el elemento principal para que se conozca o no de la acción y que los hechos denunciados ocurrieron en la ciudad de Bogotá por lo cual sería este el territorio donde se debió instaurar la acción”³⁰.
3. “El accionante ha escogido este Despacho judicial en forma deliberada pudiéndolo hacer en Bogotá donde funcionan cerca de ciento cincuenta (150) Despachos Judiciales competentes para conocer de la misma con competencia funcional y territorial para hacerlo y por consiguiente buscar: impedimento de ejercer el Derecho de defensa”³¹.
4. “Respecto de los derechos vulnerados como lo son el de la intimidad y de Habeas Data, estos no han sido violados en ningún momento”³².
5. “Concluye diciendo que hará las averiguaciones correspondientes para verificar la legalidad del correo utilizado para su notificación ante el Consejo

²⁹ Colombia. Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira – Tolima. Sentencia de Tutela Radicado 73-624-40-89-002-2003-053-00. Julio 21 de 2003.

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

Superior de la Judicatura y lo relacionado con la reglamentación o cambio de competencia para que la tutela se tramite fuera de Bogotá”³³.

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

1. “Dice haber enviado una propuesta como agencia de publicidad buscando nuevos productos por este medio electrónico ya que según él, el email marketing es un medio novedoso y de refuerzo y asegura: siempre y cuando se maneje como spam”³⁴
2. “Que es de conocimiento del accionante Juan Carlos Samper que al colocar el email en tarjetas comerciales o en eventos empresariales está sometido a recibir comunicaciones en cualquier momento”³⁵
3. “..Considera que no incurrió en ninguna violación de la intimidad al ya mencionado señor Samper por cuanto se trataba solamente de una propuesta comercial y que su mail es utilizado únicamente para recibir propuestas comerciales y que es solo su responsabilidad el envío del paquete promocional”³⁶.
4. “Concluye tomando esta situación como un impase y no como una situación que genere un conflicto judicial”³⁷.

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

1. Lo que se alega en el presente caso es la ocurrencia de un hecho electrónico.
2. La violación de los derechos de habeas data y de intimidad se dará como realizada por tanto, si tuvo lugar el hecho electrónico que se comenta en la parte fáctica de la sentencia.
3. El concepto de competencia no puede desconocer en estos casos, la virtualidad que comprenden todas las conductas informáticas con implicaciones jurídicas.
4. Olvida la parte demandada que el Consejo de Estado en pronunciamiento realizado frente a una acción de nulidad de diciembre 18 de 2002, explica que el lugar donde se produce la violación o amenaza del derecho fun-

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

- damental no sólo es aquél donde se despliega la acción o se incurre en la omisión, sino también a donde alcanzan los efectos de tales conductas.³⁸
5. Los efectos jurídicos del manejo inadecuado de las nuevas tecnologías se desplegaron en el ciberespacio en donde está ubicado el domicilio del actor, porque lo no se puede decir que el juez que conoce del caso carece de competencia.
 6. La utilización de un correo electrónico para presentar, admitir, notificar una petición de tutela no es violatorio del debido proceso, por cuanto la misma ley estatutaria de la administración de justicia consagra la aplicación de las Tics en el proceso judicial.
 7. El domicilio virtual del señor Juan Carlos Samper es el correo electrónico.
 8. El domicilio virtual está conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia permanente en la web de la persona³⁹.
 9. Las teorías en que se basa la sentencia en estudio, tienen respaldo legal en la ley 527 de 1999, la ley 794 de 2003 y actualmente se podría decir que en la ley 1395 de 2010 y la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).
 10. El mensaje de datos con el que se notifica a la parte demandante permite identificar al iniciador del mismo, es decir su autoría, y verificar si su contenido tiene su aprobación.
 11. Aunque el juzgado no cuente con una firma digital, si cuenta con una electrónica, pero se hizo uso de la cuenta oficial del Consejo Superior de la Judicatura, método que permite identificar al incitador del mensaje de datos.
 12. En cuanto a la integridad y conservación de la información digital creada por el juzgado, ha permanecido en forma completa e inalterada en los equipos informáticos del mismo, en donde se custodia como cualquier expediente en soporte de papel⁴⁰.
 13. La presunción de buena fe no puede aplicarse para los documentos escritos y desconocerse frente a la utilización de los mensajes de datos.

Lo anterior sirvió como precedente para generar muchas respuestas prácticas que tendrán lugar cuando se implemente en totalidad al que se han referido como plan de justicia digital en el país, pero lo cierto es que el manejo

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

de la prueba electrónica se hizo de forma incorrecta por la parte demandada por las siguientes razones:

1. La parte demandada alega la vulneración del debido proceso con base en que no se practicaron pruebas en Bogotá, tales como una inspección judicial, pruebas que no eran necesarias por cuanto siempre confesaron que el envío de los email se hacía tal y como lo narró el accionante.
2. La defensa, la basan en demostrar la falta de competencia del juez, olvidando que el lugar donde ocurrió el hecho fue en un medio electrónico.
3. Olvidó la parte demandada que era suficiente demostrar que el consentimiento del demandante había sido la razón para que este fuera destinatario de los emails enviados tal y como confesaron desde un principio.
4. El e-marketing de permiso permite la conducta anterior, siempre y cuando sea con la aprobación del destinatario, lo que era posible de demostrar simplemente, con un contrato virtual.
5. En caso de negarse el envío de los emails, por tratarse de un hecho electrónico debía ser probado por medio de un dictamen pericial.

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

CONCLUSIONES

1. La prueba electrónica es el género, el documento electrónico es la especie.
2. La utilización de la prueba electrónica en materia civil depende de si se quiere un probar un hecho que ocurrió en un medio electrónico o si lo que se quiere es probar electrónicamente un hecho.
3. El mensaje de datos o documento electrónico no es lo mismo que hecho electrónico.
4. La forma de demostrar correctamente la ocurrencia de un hecho que tuvo lugar en un medio electrónico, es por medio de un dictamen pericial.
5. En los casos que se pretenda demostrar electrónicamente un hecho, se podrá utilizar cualquier medio de prueba, que deberá ser valorado de acuerdo a la sana crítica y las reglas de la experiencia.

REFERENCIAS

ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan. *La prueba electrónica*. Serie estudios prácticos sobre los medios de prueba. Librería Bosch, Barcelona, 2011.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá, Editorial Temis, 2004.

BAUZÁ REILLY Marcelo; BUENO DE MATA, Federico; PÉREZ VERA ELISA et al. *El derecho en la sociedad telemática*. Santiago de Compostela, Andavira Editora. 2012.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá, Editorial ABC, 1977.

FERRER BELTRAN Jordi; PICÓ I JUNOY Joan; RAMIREZ CARVAJAL Diana et al. *La prueba y la decisión judicial*. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010.

LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. *Procedimiento Civil*. Parte General. Bogotá, DUPRE Editores, 2002.

MARINONI LUIZ Guilherme; PÉREZ RAGONE, Álvaro; NUÑEZ OJEDA Raul. *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Chile, Editorial Abeledo Perrot, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5 Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2007.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2010.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Técnica Probática*. Bogotá. Editorial Temis, 1997.

MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Introducción a la probática*. Colección de formación continua de la Facultad de Derecho ESADE, Bosch Editor, Barcelona, 2007.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá, Editorial Temis, 2004.

_____, *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009.

QUILEZ MORENO, José María. *El proceso monitorio: Estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-justicia*. Madrid, Editorial La Ley, 2011.

REYES SINISTERRA, Cindy Charlotte. “La presunción de autenticidad del documento electrónico”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Número 35, 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ. *La prueba documental*. Estudios de Derecho Probatorio. Editorial Comunitas, Lima 2009.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá, Editorial Temis, 2006.

Colombia. Sentencia de Tutela. Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira – Tolima. Radicado 73-624-40-89-002-2003-053-00. Julio 21 de 2003.

Colombia. Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Ley 1564 de 2012.

Colombia. Congreso de la República. 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.