



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

EL MANEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA
EN EL PROCESO CIVIL COLOMBIANO

Nattan Nisimblat

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho - GECTI
Revista N.º 4, junio de 2010. ISSN 1909-7786

El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano¹

Nattan Nisimblat²

RESUMEN

El manejo del documento electrónico en el proceso civil difiere del manejo otorgado en el actual sistema procesal penal en Colombia. Por ello se hace necesario reformular las teorías que enmarcan el manejo del documento en procesos donde no se discuta la responsabilidad criminal.

ABSTRACT

Handling an electronic document in a civil trial differs from the treatment given in the actual criminal process in Colombia. Due to such difference, it has been necessary to reformulate the theories around the handling of an electronic evidence in trials where criminal responsibility is not discussed.

KEYWORDS: digital evidence, civil procedure, chain of custody, evidencia digital, cadena de custodia, procedimiento civil, derecho probatorio

-
- ¹ Este trabajo es el producto de una investigación adelantada por el programa de Semilleros de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria San Martín, de la cual se formuló ponencia en el XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. El equipo de investigación lo integraron los alumnos Miller Orlando Rivera Villanueva, Enrique Armando Fuentes Ortiz, Bibiana María Peluffo Muñoz, Lizeth Adriana Huertas Barrantes, María Aurora Carrillo Taylor, Andrés Felipe Pedraza Galindo, Héctor René Ruano Cuarán, Jorge Mario Pimienta Gómez, Juan Fernando Galindo Márquez y Jair José Bermúdez Cotes, a quienes se extienden los créditos investigativos y de elaboración de la ponencia original.
 - ² Abogado de la Universidad de los Andes; Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad del Rosario; Cursó el Programa de Negociación para Altos Ejecutivos de las universidades de Harvard, el Instituto Tecnológico de Massachusetts y Tufts de los Estados Unidos; Conciliador en Derecho de la Universidad Católica de Colombia y adscrito a la Cámara de Comercio de Bogotá como conciliador a prevención; Cursa actualmente Maestría en Derecho en la Universidad de los Andes; Cursó Diplomado en Investigación Científica en la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Regenta las cátedras de Procedimiento Constitucional (acciones constitucionales), Teoría General del Proceso, Procedimiento Civil Especial, Alternativas de Resolución de Conflictos, Contratos Electrónicos, Medios de Prueba en Particular, Conciliación Civil y Comercial, Teoría y Técnicas de Negociación y Responsabilidad Médica en las universidades Católica de Colombia, San Martín, Rosario y Santo Tomás, en programas de pregrado, postgrado y diplomados. Abogado consular de la Embajada de los Estados Unidos de Norte América y de su Majestad la Reina de Canadá. Docente investigador en la Universidad Católica de Colombia, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, miembro del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional, Consultor del Instituto Colombiano de Derecho Comercial y de la Empresa, Par Académico Ministerio de Educación Nacional. Autor de varios libros y ponencias en Derecho Procesal, Derecho Probatorio y Derecho Procesal Constitucional. Correo electrónico: nattan@nisimblat.net.

SUMARIO

Introducción - I. ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS - A. *Prueba, evidencia y elemento material de prueba* - II. EL CAMINO DE LA PRUEBA - A. *Petición y aporte* - B. *Reglas del aporte en materia documental electrónica* - 1. Que el documento haya sido obtenido lícitamente - 2. Que se allegue al proceso en su forma original - 3. Confiabilidad - 4. Inalterabilidad - 5. Rastreabilidad - C. *Reglas de la petición* - 1. La prueba no está en poder de quien la solicita - 2. Que no se trate de documentos sometidos a secreto profesional ni a reserva - 3. Que el medio probatorio sea idóneo para producir la prueba - 4. Que la petición se realice en las etapas legalmente permitidas - III. DECRETO DE LA PRUEBA - A. *Reglas relativas al decreto de la prueba* - 1. Conducencia - 2. Pertinencia - 3. Utilidad - 4. Legalidad y licitud - IV. PRÁCTICA DE LA PRUEBA - A. *Decreto de la prueba y obediencia a lo decretado* - B. *Publicidad de la prueba* - C. *Producción de la prueba* - D. *La exhibición del documento electrónico* - V. EL PERITAJE - A. *Designación y posesión del perito* - B. *Práctica de la prueba pericial con inspección* - VI. REGLAS BÁSICAS PARA EL RECAUDO DE LA EVIDENCIA DIGITAL - A. *Cadena de custodia* - B. *La copia bit a bit* - C. *Elaboración del dictamen* - D. *Peritaje sin inspección* - E. *Tacha de falsedad e incidente de autenticidad* - F. *Prueba trasladada* - G. *Prueba por informes o por certificación* - VII. VALORACIÓN - A. *Requisito extrínseco de competencia y de jurisdicción* - B. *Requisito de legalidad y de licitud* - C. *Posibles errores en la valoración del documento electrónico* - D. *La sana crítica y el método técnico científico* - E. *La importancia de la regla del in dubio* - VIII. CONCLUSIÓN - Bibliografía

“Tanto en el proceso civil como en el laboral y el contencioso administrativo, la práctica de la prueba digital es la que ofrece mayores dificultades, más por el desconocimiento de las reglas básicas de producción que por la existencia de medios idóneos para su recolección”

Introducción

El problema: La construcción del estado del arte en torno al manejo del documento electrónico en el proceso civil nos llevó al siguiente interrogante: ¿por qué los estudios de derecho comercial y procesal civil se limitan a desarrollar los aspectos estrictamente relacionados con la valoración del mensaje de datos, cuando, en realidad, las tendencias modernas del derecho probatorio obligan a estudiar la prueba desde todos sus aspectos procesales, lo que incluye su petición, aporte, decreto y práctica? A partir de allí, surgió otra pregunta: ¿por qué la jurisprudencia no se ha ocupado del manejo probatorio del documento electrónico en las etapas anteriores a la valoración, como son la creación, aporte, petición, decreto, conducencia, pertinencia, utilidad y la producción procesal?

La ley 527 de 1999 dispuso en su artículo 5° que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Ésta, sin lugar a equívocos, es una regla de valoración probatoria, pero ¿qué sucede en el debate judicial cuando lo que se discute no es la fuerza probatoria del men-

saje de datos, sino el proceso de asunción? Desde la perspectiva de la legalidad y de la licitud, ¿qué ocurre si, al momento de aducir la prueba electrónica al proceso, el juez civil duda acerca de su originalidad o su inmaculación, es decir, la forma como fue recolectada, procesada, analizada, copiada o manipulada, o bien sospecha sobre su idoneidad para demostrar un determinado acto jurídico o reparar en la constitucionalidad de su recaudo?

Hasta ahora, los autores de derecho comercial y aun los de derecho procesal civil se han encargado de aportar definiciones prácticas para el correcto manejo del *valor probatorio* de la evidencia digital, pero sólo cuando sobre ella no pesa la incertidumbre.

Fue realmente hasta el 2004, con la expedición de la ley 906, que en Colombia se entendieron y se manejaron los conceptos “cadena de custodia”, “duda probatoria”, “fruto del árbol envenenado”, “exclusión de la prueba” y “nulidad de la prueba”, pues aunque habían sido recogidos aisladamente en algunas sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que más adelante mencionaremos, no gozaban del reconocimiento que hoy se admite en la doctrina y la jurisprudencia probatoria nacionales.

La doctrina probatoria moderna ha reconocido en el itinerario (*iter*) de la prueba el único camino admitido hacia la valoración, en la medida en que permite a las partes la completa contradicción de la evidencia y de la

prueba, y con ello, al juez, la determinación del hecho probado.

El propósito de este estudio, entonces, es demostrar que las herramientas actuales del procedimiento permiten elaborar una teoría consistente en torno a la petición, aporte, decreto, práctica y valoración de la evidencia digital *en el marco del proceso civil*, siempre y cuando se admitan, por una parte, las falencias del sistema probatorio vigente en el derecho procesal general y las limitantes constitucionales, concentradas en el debido proceso y la intimidad, dos derechos fundamentales de aplicación inmediata que regulan la actividad probatoria en todo proceso judicial y aun extrajudicial.

Para cumplir este propósito, se abordará el estudio particular de cada una de las etapas que integran el sendero probatorio, como el aporte y la petición, el decreto, la práctica, y, finalmente, la valoración, *enmarcadas en el proceso civil*, del cual se nutren, *mutatis mutandis*, el proceso laboral (art. 145 del CRTSS), el contencioso administrativo (art. 267 del D. 01/84) y aun el constitucional (art. 4° del D. 306/92).

I. ALGUNAS PRECISIONES NECESARIAS

Aunque no es el objetivo del presente estudio presentar o reformular definiciones legales y doctrinales en torno al manejo del documento electrónico, es necesario precisar los concep-

tos que servirán como referencia para el planteamiento de algunas de nuestras hipótesis.

A. Prueba, evidencia y elemento material de prueba

Bajo el régimen de la ley 906 de 2004, el tratamiento sintáctico y semántico de las palabras “prueba”, “evidencia” y “elemento material probatorio” adquirió una nueva dimensión.³

Tanto en la ley 600 de 2000 como en el decreto 1400 de 1970⁴, prueba es todo elemento que sirve para llevar convencimiento de la ocurrencia de un hecho al juez o al fiscal; en la ley 906 de 2004, prueba es aquel elemento material que ha sido debidamente aportado y controvertido en juicio con audiencia de las partes. Nuestro actual sistema penal oral, derivado del derecho norteamericano, reconoce la distinción entre el vocablo “evidencia” (*evidence*) y el vocablo “prueba” (*proof*), como elemento de convicción para la emisión de un fallo.

Cualquier otro elemento material o evidencia tan sólo tendrá eficacia jurídica para sustentar la iniciación de una investigación o para formular una imputación, según sea el caso, pero jamás para determinar la ocurrencia de

3 “Prueba que se presenta a favor o en contra de una cuestión. Es la claridad misma de la verdad, y constituye un carácter objetivo de esta, y no un estado subjetivo del sujeto”, Diccionario enciclopédico Quillet, t. IV, México D.F., Editorial cumbre de México, p. 34.

4 En adelante CPC.

un hecho,⁵ salvo que la propia ley lo admita como prueba sumaria. Tal es el caso de la evidencia, que se convierte en elemento material probatorio cuando el perito la somete a examen, pues de manera separada evidencia, dictamen y testimonio del perito serán, cada uno, elemento material probatorio; la presentación de estos en audiencia pública de juzgamiento con intermediación del juez y contradicción de las partes será la prueba.

En el presente trabajo, sin embargo, nos referiremos alternamente (más no alternativamente) a las expresiones evidencia y prueba, pues por tratarse del estudio de las normas que rigen el camino probatorio en el proceso civil, no es admisible la distinción a que aquí se ha hecho referencia del derecho procesal penal.

II. EL CAMINO DE LA PRUEBA

De acuerdo con la legislación procesal vigente, toda decisión deberá fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 174 CPC). Este concepto, que encierra varias previsiones de contenido sustancial, obliga al intérprete y, por tanto, al operador judicial, a distinguir los “momentos procesales de la prueba”, también conocidos como el *iter* o el sendero probatorio, pues si bien se admite que toda decisión debe fundarse pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso,

también se admite que la valoración no es el resultado del capricho del juez.

Del principio de necesidad contemplado en el artículo 174 del CPC, que informa la actividad probatoria, podemos extraer las siguientes reglas: 1) no podrá valorarse la prueba que no fue pedida en tiempo, decretada legalmente y practicada en debida forma; 2) no podrá practicarse la prueba que no fue legalmente decretada; 3) no podrá decretarse la prueba que no fue oportunamente pedida o aportada o que, además, sea inconducente, impertinente o inútil; y 4) no podrá pedirse o aportarse la prueba en oportunidad distinta que la prevista en la ley.

A. Petición y aporte

Ante todo, una precisión: pedir no es lo mismo que aportar; sin embargo, todo lo que se aporte debe también ser pedido para poder decretarse. En materia documental, la protección de los principios de conducencia, inmaculación, intimidad y oportunidad, imponen el estudio separado de las disposiciones que rigen este tipo de actividad en el proceso civil.

B. Reglas del aporte en materia documental electrónica

Tratándose de documentos electrónicos, el aporte está limitado por los principios de legitimación, inmaculación, conducencia, legalidad, licitud, pertinencia, oportunidad y utilidad.

5 Plan Nacional de Capacitación, *Sistema nacional de defensoría pública*, t. II, Bogotá, Autor, 2008, p. 62.

Es deber del juez verificar que el documento aportado cumpla con los requisitos mínimos de producción de la prueba, bien sea porque se obtuvo de manera legítima mediante su intervención anticipada, bien porque la parte que la aduce se encuentra en su legítimo poder, caso en el cual se deberá siempre constatar que con ella no se vulneran principios o derechos constitucionales, tales como del debido proceso o la intimidad. Son entonces las reglas que deben regir esta etapa del proceso probatorio, las siguientes:

I. Que el documento haya sido obtenido lícitamente

Que no hubiere sido producto de la intromisión indebida en computador u otro medio de almacenamiento de información digital. La admisibilidad de la prueba está determinada por la legitimación que tenga su tenedor, la cual se expresa en términos de propiedad o custodia. El análisis de la jurisprudencia constitucional⁶ ha permitido dilucidar algunos casos en que el derecho a la intimidad⁷ prima por sobre otros derechos de carácter patrimonial.⁸

Como ejemplos de tenencia *legítima* se pueden mencionar: correos electrónicos propios, extractos bancarios propios, historias clínicas propias y videos propios o producidos con

autorización de terceros, aspectos estos últimos regulados en las leyes 23 de 1981 (estatuto deontológico del médico) y 23 de 1982 (derechos de autor).

Como ejemplos de tenencia *ilegítima* podemos citar los correos electrónicos ajenos, incluidos los del cónyuge, familiares en general y empleados, salvo que tales correos hubieren sido generados y enviados utilizando cuentas familiares o corporativas con claves públicas y de libre acceso; grabaciones interceptadas sin orden judicial; y grabaciones obtenidas lícitamente, pero extraídas ilícitamente de un expediente judicial.

Una muestra de *custodia legítima* la encontramos en la historia clínica,⁹ la cual, de acuerdo con el artículo 34 de la ley 23 de 1981, le pertenece al paciente y no al médico, que, si bien la ha creado y desarrollado, no puede disponer libremente de ella sin el consentimiento de su legítimo propietario, pues de otra forma estará violando la reserva profesional,¹⁰ recordando que la historia clínica es aquella que la ley permite crear y conservar en medio electrónico.¹¹

6 Corte Constitucional, sentencia T-022 de 1993.

7 Rincón óp. cit., p. 190.

8 Corte Constitucional, sentencia T-440 de 2003.

9 "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente en casos previstos por la ley".

10 Solorzano Niño, Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados* 5ª ed., Bogotá, Nomos, 2005, p. 30.

11 Orjela, Wilson, *Responsabilidad Médica Estatal*. Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, p. 147.

En conclusión, si el documento electrónico no pertenece o no fue creado por la persona que lo aporta será ilícito, por violar el derecho a la intimidad¹² y, por tanto, deberá ser rechazado por el juez.¹³

2. Que se allegue al proceso en su forma original

Tratándose de documento electrónico, lo adecuado es presentarlo en la misma forma en que fue creado. No será admisible, por tanto, la copia impresa en papel, ya que se entiende que ésta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente.

En el 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, en desarrollo del principio de la mismidad u originalidad,¹⁴ se preferirá el documento original que el autenticado, y si es electrónico, el archivo digital que la impresión de su contenido.

La impresión es la reproducción de textos e imágenes que se encuentran en medios electrónicos utilizando diferentes tintas, generalmente sobre papel.¹⁵ 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 lo es, ya que, comúnmente, se brinda el mismo trato a los conceptos “documento electrónico”, “firma electrónica”, “firma digital”, “firma mecánica” o la simple impresión que de ellos se realiza.

Para ilustrar los anteriores conceptos, proponemos el siguiente ejemplo:

Dos personas se encuentran negociando un contrato de arrendamiento telefónicamente. Más tarde, quien va a tener la calidad de arrendataria envía al otro un correo electrónico (mensaje de datos¹⁶ o EDI), en el que le dice: “de acuerdo con nuestra conversación de esta mañana, le manifiesto que estoy de acuerdo en los términos del contrato; sin embargo, me gustaría que aclaráramos dos puntos esenciales, como son, la renta y las fechas de inicio y terminación”.

El futuro arrendador responde por el mismo medio: “Entonces, estamos de acuerdo en lo siguiente: El local es el 201 del centro comercial Los Robles de Pereira; la renta será

12 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez. 4 de septiembre de 2007. Referencia: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

13 Corte Constitucional sentencia SU-159 de 2002, que declaró la interceptación arbitraria de comunicaciones como violatoria del derecho a la intimidad, en la medida en que no brinda la protección debida a la autonomía individual tutelada constitucionalmente.

14 “Originalidad: significa que la información de los hechos se obtenga directamente de la fuente y no por otros conductos que puedan deformarla”. Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal*. t. VI, Pruebas judiciales, segunda edición, Bogotá, Temis, 2003. p. 14.

15 Consultado en; <http://es.wikipedia.org/wiki/Impresi%C3%B3n> el 11 de junio de 2008.

16 Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial: los documentos*, t. II, tercera edición, 2003, p. 206.

de \$1.000.000, pagaderos los primeros cinco días de cada mes a mi favor, la entrega será el 1º de junio de este año y la duración del contrato será de un año. ¿Está usted de acuerdo?” El arrendatario replica nuevamente: “Estoy de acuerdo”.

Transcurrido un año, el arrendador pide al juez que decrete la terminación del contrato y ordene la entrega, caso en el cual, para cumplir con la carga probatoria de demostrar la existencia del contrato (art. 424 del CPC), deberá aportar al proceso la prueba de los correos en su estado original; para ello no podrá servirse de documento impreso en papel, pues el único medio admisible es aquel que permita transportar el documento electrónico tal y como fue creado y recibido, es decir, en medio igualmente digital, como un disco compacto o sistema de almacenamiento portátil que impida su alteración o modificación. Para ello, quien aporta el documento deberá demostrar que la prueba reúne los requisitos de *confiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad*.

Existen varios sistemas de almacenamiento para documentos o archivos; entre ellos encontramos los de tiempo real, lineales (de ejecución instantánea), no lineales (de tracto sucesivo), en tiempo programado (el ordenador y el sistema de almacenaje funcionan en un momento determinado, específico), y de tipo espontáneo (se almacena la información cada vez que se quiera).

Entre los métodos o sistemas de almacenamiento de la información encontramos los siguientes: disquetes,¹⁷ discos duros,¹⁸ DVD,¹⁹ discos compactos o cd, memorias USB,²⁰ centros de almacenamiento masivo de información (gran disco duro), SAN²¹ o NAS,²² cintas de medios magnéticos, entre otros.

La forma como se extraiga la copia del documento dependerá de la habilidad y el conocimiento de la persona que la realice. La garantía de su inmaculación, del método de almacenamiento utilizado, el cual, en todo caso, *debe ser de aquellos que no permitan su reescritura posterior*.

3. Confiabilidad

La confiabilidad hace referencia a tres aspectos fundamentales de la prueba electrónica documental, como: la forma como se generó,

17 “Es el disco que se utiliza para almacenar y transferir datos entre ordenadores personales que no están conectados entre sí”. Tomado de: <http://www.learnthenet.com/spanish/glossary/floppy.htm>. Consultado el 13 de junio de 2008.

18 León Moncaleano, William Fernando, *De la comunicación a la informática jurídica penal bancaria*, Doctrina y Ley, 2001, p. 20.

19 Digital Video Disc.

20 La sigla USB proviene de las palabras Universal Serial Bus, que traduce al español “puerto serial universal”.

21 “Método de almacenamiento en red: *storage area network*” Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Almacenamiento_asociado_a_red. Consultado el 13 de junio de 2008.

22 “Dispositivo de almacenamiento específico a los que se accede desde los equipos a través de protocolos de red: *Network Attached Storage*” Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Network-attached_storage. Consultado 13 de junio de 2008.

la forma en que el documento es conservado y la identificación de quien lo generó.²³

4. Inalterabilidad

La inalterabilidad guarda una estrecha relación con el principio de integridad, pues es la garantía de que se ha conservado la pureza 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.²⁴

La inalterabilidad del documento electrónico se garantiza mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, y mediante el adecuado manejo de las reglas de cadena de custodia.²⁵

5. Rastreabilidad

La rastreabilidad significa la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del documento electrónico con fines de verificación de su originalidad y su autenticidad²⁶.

C Reglas de la petición

Tal y como expresamos, se pide lo que aún no se tiene, en este caso, el documento electrónico, el cual, o bien no reposa en poder de quien acude al proceso o no cuenta con autorización de su legítimo propietario o tenedor para disponer de su extracción del equipo donde actualmente se encuentra.

A partir del estudio de las normas que regulan la petición documental, se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

I .La prueba no está en poder de quien la solicita

En este caso se deberá acudir a los medios probatorios admitidos para el recaudo de la prueba documental general, como son la exhibición, la inspección judicial,²⁷ el peritaje²⁸ y la orden directa a otra autoridad en cuyo poder reposa el documento electrónico, como puede ser la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Cámara de Comercio, las superintendencias u otros jueces mediante el traslado de la prueba o la certificación sobre su contenido o existencia.

23 Tomado de: www.usergioarboleda.edo.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electrónico_Nuevas_Tecnologías_información.htm. Consultado el 5 de junio de 2008.

24 *Ibidem*.

25 Procedimiento de identificación, recolección, embalaje, transporte, entrega y almacenaje de evidencias.

26 Corte Constitucional, sentencias C-662 del 2000, C-831 del 2001 y C-356 del 2003.

27 Parra, *óp. cit.*, p. 333.

28 Pimentel Calderón, Javier Cano, Jeimy José, *óp. cit.*

2 Que no se trate de documentos sometidos a secreto profesional ni a reserva

Se entiende por secreto profesional²⁹ “la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinada profesión o actividad”.³⁰ Conforme al artículo 74 de la Constitución, el secreto profesional es inviolable. Por tanto, estarán sometidos al régimen del secreto los archivos electrónicos que hagan parte de la actividad propia de algunas personas, como los abogados³¹ (arts. 28, 34, L. 1127/06), los médicos³² (L. 23/81), los psicólogos (arts. 10, 11, 23, 30, 32 L. 1090/06), los sacerdotes, los contadores públicos, los revisores fiscales³³ y otros que ejerzan actividades que les impidan revelar lo que en tal virtud ha llegado a su conocimiento.³⁴

El profesor Roberto Solórzano Niño refiere que el secreto profesional es “lo que cuidadosamente se mantiene oculto por haber sido conocido en su virtud de especiales características de trabajo y oficio de una persona, y que no es prudente divulgar para no causar perjuicios a terceros”.³⁵

29 Corte Constitucional, sentencia T- 343 de 2008.

30 Corte constitucional, sentencia C-062 de 1998.

31 Corte Constitucional, sentencia T-824 de 2005.

32 Corte Constitucional, sentencia T-513 de 2006.

33 Corte Constitucional, sentencias C-062 de 1998 y C-538 de 2007.

34 Tomado de: www.derechoshumanos.gov.co/modules.php?name=glosario&op=content&tid=121. Consultado el 4 de junio de 2008

35 Solórzano Niño óp. cit., p.18

Carbone, tomando la legislación Argentina como referencia,³⁶ distingue varios “niveles” en orden de inviolabilidad, así: estrictamente secreto y confidencial, secreto, confidencial, reservado y público.³⁷

3 Que el medio probatorio sea idóneo para producir la prueba

Por razón del método para su creación y archivo, son medios idóneos para producir la prueba electrónica la inspección judicial con asistencia de peritos, la exhibición de documentos que reposan en medios de almacenamiento digital, la prueba trasladada y la orden a otra autoridad, aspectos sobre los cuales nos pronunciaremos más adelante.

4 Que la petición se realice en las etapas legalmente permitidas

El momento petitorio está sujeto a los principios de lealtad y de preclusión que rigen en todo proceso.³⁸ Según lo previsto en el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades previstas para ello.

36 Ley 25520 del 27 de noviembre del 2001. *Bases jurídicas, orgánicas y funcionales del Sistema de Inteligencia de la Nación*.

37 Carbone, Carlos Alberto. *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 189.

38 Rodríguez, Gustavo Humberto, *Curso de derecho probatorio*, 5a edición, Bogotá, Librería del Profesional, 1986, p. 81.

III. DECRETO DE LA PRUEBA

El decreto de la prueba en el derecho procesal civil es reconocido como el punto de convergencia de todo el sendero demostrativo, en la medida en que permite la admisión de los medios de convicción con que va a contar el juez para la formulación de la hipótesis fáctica en la cual se va a asentar la decisión.

El decreto es, en suma, la autorización que imparte el juez a una prueba, que bien ha sido pedida o aportada, para que ingrese al debate procesal. Sin el decreto, la prueba es ineficaz y aun nula, pues hace parte del proceso de socialización, mediante el cual se da publicidad y, por supuesto, se garantiza contradicción.

A. Reglas relativas al decreto de la prueba

1 Conducencia

La conducencia es “la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho”.³⁹ En materia de pruebas o evidencias digitales, ésta apunta en un único sentido: la idoneidad del documento electrónico para demostrar el hecho alegado.

Para ello se debe recurrir al principio de la equivalencia funcional,⁴⁰ consagrado en la ley 527

de 1999, según la cual “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (art. 5º).

Es necesario, sin embargo, distinguir entre el 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 la medida en que el segundo deberá cumplir en lo que le sea aplicable con los requisitos generales del *documento de carácter representativo* contemplados en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, si un documento que consta en medio tangible es reproducido o archivado electrónicamente, como puede ser mediante el uso de una cámara digital o un escáner, dicha reproducción será considerada una copia⁴¹ y

39 Parra Quijano, óp. cit., p. 153.

40 Cubillos Velandia, Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick, *Introducción jurídica al comercio electrónico*, Bogotá, Ediciones Jurídicas, 2002, p. 229.

41 “[...]Cuando de la aportación de documentos a un proceso judicial se trata, podrán presentarse originales, o copias que pueden consistir en transcripciones o reproducciones mecánicas y tienen el mismo valor probatorio de aquél en los siguientes casos: si las copias aportadas son transcripciones,

tendrá el valor probatorio de un documento de contenido representativo, caso en el cual, según lo explica Devis, podrá suplir el origi-

debieron ser autorizadas u ordenadas por el notario o funcionario público en cuya oficina se encuentra el original o copia auténtica del mismo [sic], a menos de tratarse de transcripción hecha en el curso de inspección judicial que, salvo otra disposición legal, conserva por sí sola idéntico valor. Ahora, si la aportación de copias al proceso se hace en la modalidad de reproducción mecánica, como en fotocopia, se requiere que éstas estén precedidas de autenticación ante notario o juez que haya verificado el respectivo cotejo, todo con sujeción a los artículos 253 y 254 del C de PC⁴²; de otra parte, en sentencia de 15 de agosto de 1986, reiterada el 21 de mayo de 1991 tuvo oportunidad de expresar esta corporación, concretando el análisis al ordinal 1º del artículo 254 del C de PC), que esta norma “incluye dos casos en los que las copias adquieren la fuerza probatoria del documento primigenio: uno, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina repose el original o copia auténtica del mismo. Y otro, cuando por tratarse de una reproducción mecánica, ésta, dice la norma, ‘cumple con el requisito exigido en el artículo precedente’ [...]. El sentido del primero de esos dos supuestos es claro: bajo la condición de que en sus oficinas se hallen, bien sea el original del documento, bien una copia auténtica del mismo, el notario, o el funcionario público en general, están investidos de la facultad de expedir copias con idéntico valor probatorio al de aquél. En lo que atañe al segundo, es oportuno hacer algunas acotaciones tendientes, precisamente, a justificar su separación de la primera parte del ordinal [...]. Si esta parte del ordinal se tuviera como un complemento de lo determinado al comienzo, complemento destinado a erigir la satisfacción de una cierta exigencia adicional cuando la copia sea una reproducción mecánica, se estaría, con ello, queriendo decir, que cuando la copia consista en una transcripción, basta con la autorización del notario o del funcionario en cuya oficina esté el original o una copia auténtica del documento transcrito para que aquélla asuma la misma eficacia probatoria que merezca el primer ejemplar; pero que cuando esa copia esté constituida por una reproducción mecánica, ya la autorización dejaría de ser suficiente porque, a más de ella, también necesitaría de la autenticación del juez o del notario, estampada con fundamento en el cotejo que lleve a cabo entre la réplica y el original o la copia auténtica del documento [...]. Por último, colorario obligado de que el ordinal 1º contemple dos formas distintas de emitir copias de un documento, es el de que cuando se esté en frente de una fotocopia autenticada por un notario o juez, no corresponde pedir que en el respectivo despacho exista el original o copia auténtica del documento, desde luego que semejante condición viene referida es a lo que el aludido precepto estatuye en su primera parte” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 1998, ref. 4943.

nal con el mismo requisito de haber establecido su autenticidad por confesión o testimonios de personas que hayan intervenido en su formación en el original como testigos actuarios o por atestación de un notario o de un juez que haya conocido el original y hecho la necesaria comparación,⁴² atestación que también podrá, mediante el uso de una firma digital y previa regulación especial, constar igualmente en medio electrónico.⁴³

Igual previsión se predica de los instrumentos públicos, como escrituras y providencias judiciales, siempre y cuando medie autorización del notario en las primeras o del juez en las segundas, conforme lo establecen los artículos 115 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior en razón de que ni la ley 527 de 1999, ni sus decretos reglamentarios, ni el Código de Procedimiento Civil, ni su reforma con la ley 794 de 2003, se encargaron de dilucidar los aspectos relativos al archivo electrónico de documentos escritos o físicos, cuando en ellos consten circunstancias relevantes para la prueba de los hechos, salvo en lo concerniente a

42 Devis (óp. cit., p. 478) citando a Rocha, afirma que por razón de la modificación introducida por el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil en el año setenta a lo dispuesto en los artículos 73 a 77 del decreto ley 960 de 1970, si la copia no es objetada ni tachada se produce el reconocimiento tácito.

43 Caso en el cual se admite que el documento electrónico sea autenticado por el notario, quien para ello utiliza una firma digital legalmente adquirida, con lo cual se garantizan los principios de inalterabilidad y no repudio.

algunas normas especiales, como las de carácter tributario, que permiten al comerciante archivar digitalmente los soportes de sus actos con fines de control, pero en modo alguno se reguló el procedimiento de fotografiado, escaneado, filmado o digitalizado de documentos públicos y privados, como sí lo hizo el decreto-ley 2527 de 1950, por el cual se autorizó el procedimiento de microfilme en los archivos y concedió valor probatorio a las copias fotostáticas de los documentos microfilmados, siempre y cuando se respeten las normas sobre incorporación y autenticación.

Es claro en este aspecto que la legislación colombiana admite de antaño dos tipos de documentos: con vocación de circulación o transmisibilidad y con simple vocación de movilidad, siendo los primeros todos los que no deban reposar en oficina o despacho público y, en general, los títulos valores.

Por el contrario, serán documentos sin vocación de circulación aquellos cuyo original deba reposar en oficina o protocolo, como lo son las escrituras públicas, los registros civiles y los expedientes judiciales de sistema escrito, siendo necesario aclarar que todo documento, público o privado, por su carácter de cosa mueble, tiene vocación de movilidad, pero no por ello vocación de circulación, como, por ejemplo, las primeras copias de escrituras públicas con destino a oficinas específicas o a la tenencia y custodia del interesado en ejercer un derecho cartular derivado del contenido del documento protocolizado.

Piénsese, por ejemplo, en un acta de conciliación, la cual, a la luz de lo previsto en artículo 14 de la ley 640 de 2001, debe ser registrada dentro de los dos días siguientes a la realización de la audiencia, teniendo derecho las partes a obtener reproducción auténtica con constancia de ser la primera copia, según lo prescrito en el parágrafo 1º del artículo 1º de la mencionada ley.

Es claro, entonces, que de un mismo acto surgen dos documentos igualmente admisibles, pero igualmente únicos para demostrarlo: el original del acta y la primera copia que prestará mérito ejecutivo. En este caso, será también evidente que ambos documentos carecen de vocación de circulación, aunque el segundo, esto es, la copia autenticada, sí tenga vocación de movilidad, por cuanto debe ser entregado al interesado, quien no podrá, sin embargo, circularlo, so pena de perder la acción ejecutiva derivada de la primera copia autenticada, situaciones que demuestran la imposibilidad jurídica actual de “desmaterializar” o “digitalizar” algunos documentos para con ello ejercer las acciones derivadas de éste o del título, pues es también claro que en el juicio posterior sólo será admisible el documento “original” y no su reproducción por medios electrónicos o digitales, aun estando éstos autenticados, pues, como se ha dicho, según lo previsto en la ley, sólo se admitirán la primera copia o el original.

Otros ejemplos de esta limitación los encontramos en documentos como el pasaporte, la

moneda que expide el Banco de la República (en forma de billete de papel o metálica), los cuadros originales, los murales, las lápidas y, en general, todos aquellos listados en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que ni la legislación ni la tecnología moderna permiten su fiel reproducción por medio de mensajes de datos para efectos de su análisis directo por parte del juez.

Es por lo anteriormente expresado que en materia de conducencia se deberán respetar las reglas especiales para la creación (requisitos *ad substantiam actus*) y demostración⁴⁴ (*ad probationem*) de algunos actos jurídicos como, por ejemplo, el estado civil de las personas (art. 3º-13 D. 960/70), el matrimonio (art. 113 cc), el testamento solemne (cap. II, tít. III del cc), el Registro Civil (art. 5º D. 1260/70), la certificación sobre existencia y representación legal que expiden algunas entidades estatales y no estatales, la compraventa de bienes inmuebles, servidumbres y la sucesión hereditaria (art. 1857 cc), la adopción (art. 88 D. 2737 /89 y cap. V L. 1098/06), el divorcio notarial (art. 1º D. 4436/05), los actos procesales que consten en expedientes escritos (art. 303 CPC.), la ley de alcance no nacional y la prueba de la ley extranjera (art. 188 CPC), los actos administrativos de carácter particular (salvo lo previsto en la ley 1150 de 2007), la existencia y el fin de las personas (art. 44 D.

1260/70), la unión marital de hecho (art. 1º L. 54/90 reformado por la L. 979/05), las copias de los expedientes judiciales cuando van a servir de prueba en otros procesos (art. 115 CPC), el silencio administrativo positivo (Art. 42 D. 01/84), la publicación oficial de la ley, la publicación oficial de algunos actos como los contratos, algunos títulos valores como el cheque (cuando lo que se pretende es ejercer la acción cambiaria que en él se incorpora: arts. 619 y 713 cco).⁴⁵, la identidad de las personas (cédula de ciudadanía o su equivalente), la calidad de profesional (por ejemplo, la tarjeta profesional de abogado, art. 1º D. 1137/71, que reglamenta el D. 196/71), las actas de conciliación (L. 640/01), y, en general, todo acto que requiera para su creación o su demostración un documento físico que no pueda ser reemplazado por uno electrónico en los términos del artículo 8º de la ley 527 de 1999.⁴⁶

Sin embargo, serán conducentes en su versión electrónica el archivo o memoria que se tenga de cualquiera de estos actos cuando lo que se quiera es demostrar la existencia del documento que prueba el acto jurídico, como puede suceder en el trámite de reconstrucción de expedientes, o la reducción a medios digitales de información con fines de archivo, tal como se estableció en el decreto-ley 2527 de

44 Peláez Hernández, Ramón Antonio, *Manual para el manejo de la prueba*. p. 226.

45 Otálora, Clara Inés, *Inexistencia del título valor electrónico*, Bogotá, Librería del Profesional, 2007, p. 127.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 7 de febrero de 2008, Magistrado Ponente Dr. William Namén Vargas. Expediente 2001-06915-01.

1950, por el cual se autorizó el procedimiento de microfilme en los archivos y concedió valor probatorio a las copias fotostáticas de los documentos microfilmados,⁴⁷ situación no regulada en la ley 527 de 1999 ni sus decretos reglamentarios, pero sí por las normas sobre copias del Código de Procedimiento Civil.

2. Pertinencia

En materia de evidencia digital, la pertinencia desempeña un papel preponderante: por una parte, demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada⁴⁸ y, por la otra, determina la legalidad y la licitud del documento, en la medida en que permite al juez determinar con claridad cuándo se estará ante una prueba permitida, cuándo ante una legal y cuándo ante una lícita.

Será pertinente, entonces, la prueba que esté encaminada a demostrar el hecho alegado;⁴⁹ será permitida la que, además de tener relevancia, no se extralimita en el procedimiento admitido para el proceso en particular; es legal la que busca sólo lo que es tema del proceso; y es lícita aquella que no transgrede el ordenamiento constitucional vigente.

Así, por ejemplo, si en un proceso civil se decreta una inspección judicial a los libros de

comercio que reposan en el computador del demandado o del demandante en medio digital y para ello se ordena la exhibición y el apoyo de un perito experto, *será pertinente sólo aquello que tenga relevancia directa con el objeto de la prueba*, que es en este caso precisamente la contabilidad obrante en archivos electrónicos, pero no lo será cualquier otra información que repose en el computador inspeccionado, pues es ajena al tema debatido, caso en el cual deberá centrarse la prueba en la obtención de la información relativa a dicho asunto. Todo lo demás deberá quedar excluido de la inspección, de la exhibición y de la peritación, so pena de violar intimidad.

3. Utilidad

Será inútil la prueba digital que esté encaminada a demostrar un hecho suficientemente probado en el proceso.⁵⁰ Siguiendo el ejemplo anterior, si en un proceso se ha demostrado con documentos físicos la existencia de un contrato y de sus pagos por el demandado, será inútil la exhibición del computador donde reposan los asientos contables de dichos pagos, pues tal hecho ya se encuentra plenamente acreditado con otros medios igualmente admitidos en el proceso, con lo cual se asegura no solamente economía sino la intimidad de la parte, quien tiene derecho a no ser molestada más de lo necesario, cuando el hecho alegado ha sido suficientemente demostrado.

47 Azula óp. cit., p. 265.

48 Tirado Hernández, Jorge, *Curso de pruebas judiciales parte general*, Tomo I, Ediciones Doctrina y Ley, 2006, p. 246.

49 Devis, óp. cit., p. 343.

50 Tirado Hernández, óp. cit., p. 250.

4. Legalidad y licitud

Al momento de decretar la prueba, el juez deberá determinar si es legal, es decir, admitida como medio para el proceso adelantado, y lícita⁵¹, en la medida en que no vulnere derechos constitucionales como la intimidad o el secreto profesional.⁵²

Son legales en el proceso civil, por ejemplo, las pruebas que tiendan a demostrar hechos ocurridos con anterioridad al inicio del proceso, como la inspección a los libros de contabilidad cuando reposan en medios digitales o la inspección con exhibición a los archivos digitales que reposan en empresa o en establecimiento de comercio.

No serán legales en el proceso civil (por atípicas) la interceptación de correspondencia digital (correo electrónico), el almacenamiento permanente de datos, su continuo procesamiento y el análisis secuencial de almacenamiento de la información, ya que son medios únicamente admitidos en *procesos constructivos*, como son el penal o aun el disciplinario, pues se entiende que *el proceso civil es un proceso eminentemente reconstructivo*, en el cual se busca probar aquello ocurrido con anterioridad a la demanda, a diferencia del penal, que busca no sólo lo pasado, sino evitar lo actual y precaver lo futuro.

Son pruebas ilícitas, por su parte, aquellas que vulneren los principios constitucionales y los derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad y al debido proceso, como, por ejemplo, la sustracción y ulterior aporte de documentos contenidos en computador sin orden judicial previa, la interceptación de comunicaciones o mensajes enviados por correo electrónico sin la autorización del emisor, del receptor o del juez, o la sustracción de material de uso privativo del profesional, como lo son las historias clínicas (ley 23 de 1981 artículo 34) y los archivos que contienen información del menor adoptado, sin autorización del juez (ley 1098 de 2006).

IV. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Tanto en el proceso civil como en el laboral y el contencioso administrativo, la práctica de la prueba digital es la que ofrece mayores dificultades, más por el desconocimiento de las reglas básicas de producción que por la existencia de medios idóneos para su recolección.

Según los principios de idoneidad, autenticidad, mismidad, originalidad e inmaculación contenidos en las normas procesales vigentes y en la ley 527 de 1999,⁵³ las reglas básicas que se deben observar en la producción de la prueba digital, cuando no ha sido aportada por el sujeto procesal son las siguientes:

51 Canosa Suárez, Ulises, *Derecho probatorio disciplinario*, Procuraduría General de la Nación, 1999, p. 53.

52 Corte Constitucional, sentencia T-303 del 2008.

53 Corte Constitucional, sentencia C-662 del 2000.

A. Decreto de la prueba y obediencia a lo decretado

Si lo que se pretende es obtener una evidencia digital durante el proceso, el juez deberá obedecer lo dispuesto en el auto que decreta la prueba. Allí se deberá determinar con claridad el medio de prueba (exhibición, peritación, inspección o traslado), el objeto de la prueba (el ordenador, los archivos y la información), el lugar, la fecha y la hora de la práctica de la prueba, la designación del perito y las preguntas que este último debe absolver.

B. Publicidad de la prueba

En materia civil, no existen pruebas reservadas u ocultas, por lo que la prueba debe ser socializada con suficiente tiempo para que las partes ejerzan sus derechos de audiencia y contradicción, o bien se opongan a su realización por medios determinados en virtud del peligro que representa para el computador o el medio de almacenamiento la intervención pericial, como ocurre en aquellas empresas en que, por seguridad de la información contenida en los ordenadores y la secuencia que llevan entre sí, no es posible suspender su funcionamiento un solo instante, como puede ser el caso de una institución financiera en la cual no se puede restar continuidad al trabajo de dichos ordenadores, debido al riesgo de perder la información contenida en ellos, causando la pérdida de fondos del banco y como consecuencia la descapitalización de los usuarios.

C. Producción de la prueba

La creación del documento electrónico ocurre antes de que surja el conflicto. Esto significa que su materialización obedece a una forma de regular las manifestaciones jurídicas entre los agentes.

Por ello, para que concurra al proceso en su forma original debe ser incorporado en un contenedor apto para su transporte y posterior acceso, como puede ser un disco compacto no regrabable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación y así garantizar los principios de inalterabilidad e idoneidad, para permitir la asunción y posterior valoración que, como etapas del proceso, le indican al juez (en los términos que se estipulan en el artículo 10 de la ley 527 de 1999), que para valorar la prueba documental electrónica deberá tener en cuenta los criterios previstos en el ordenamiento jurídico a la luz de la sana crítica aplicable al documento *per cartam*,⁵⁴ pues insistimos que no es lo mismo el archivo electrónico que una impresión física en papel por medios mecánicos.

En consideración a la problemática que hoy se presenta con la admisibilidad y valoración de los mensajes de datos o documentos electrónicos, en los casos de ausencia legal debe recurrirse, como antes expresamos, a la analogía, teniendo en cuenta las normas que re-

54 Peláez, óp. cit., p. 222.

gulen la prueba documental, las cuales sí son de aplicación directa por expresa disposición de la ley 527 de 1999.

D. La exhibición del documento electrónico

Si se analizan detenidamente las normas que regulan la exhibición de documentos, encontramos que el legislador de 1970 no escatimó en esfuerzos para proteger el derecho a la intimidad, pues es evidente que todas las normas procesales que buscan el aporte de información que reposa en poder de terceros garantizan al extremo el derecho que tiene toda persona de no ser molestada más allá de lo que su deber de colaboración con la administración de justicia se lo impone, tal y como disponen los artículos 15 y 95 de la Constitución Nacional de 1991, norma posterior a la expedición del Código de Procedimiento Civil.

Las reglas constitucionales que imponen el respeto por la intimidad, determinan que en materia de documentos electrónicos el medio probatorio por excelencia será la exhibición, pues se entiende que quien no ha aportado un documento a un proceso es porque no tiene la posibilidad física o jurídica de hacerlo y, por tanto, será el juez quien autorice su incorporación al acervo probatorio.

Para ello, deberán observarse con la mayor prudencia las reglas contenidas en los artículos 283 y siguientes del CPC, pues es claro que dichas disposiciones fueron previstas para

la exhibición del documento *per cartam*, el cual, por su vocación de movilidad y de inalterabilidad, resulta de fácil manejo y tráfico, situación que no resulta del todo afín respecto al documento electrónico, que, por razón de la forma como es creado y almacenado, tiene una eminente vocación de alterabilidad, por lo que es necesario el respeto de algunas reglas que faciliten el aporte y que a la vez impidan su destrucción o alteración, como:

1. **PETICIÓN:** quien pide la prueba deberá manifestar el lugar donde reposa el documento electrónico y, en la medida de lo posible, el equipo que lo contiene, su propietario, sus usuarios y su ubicación dentro del ordenador o el contenedor.
2. **DECRETO:** el juez deberá determinar con claridad el nombre del archivo y sus especificaciones técnicas, así como cualquier elemento adicional que sirva para identificarlo, todo con el fin de determinar su creación o su transmisión.
3. **PROCEDIMIENTO DE EXTRACCIÓN:** la forma como debe ser exhibido o copiado, pues se itera que por razón de su vocación de alterabilidad, debe ser extraído del ordenador o el medio que lo contenga utilizando técnicas y tecnologías apropiadas para el aseguramiento de la prueba digital y el respeto de la cadena de custodia.
4. **COPIA O REPRODUCCIÓN:** por la especial volatilidad de la prueba, lo adecuado es extraer

una copia del original, pero si esto no fuere posible, bien porque el propietario del documento no lo permite o por la imposibilidad del uso de medios tecnológicos que impidan su destrucción o su alteración, el juez deberá ordenar su reproducción por otros medios que permitan conservar la información relevante para el proceso (inciso final del artículo 284 del CPC).

V. EL PERITAJE

Tratándose de documentos electrónicos, hemos visto que éstos puede ingresar al proceso de distintas formas, bien por aporte, bien por exhibición, ya por inspección, casos en los cuales es necesario acudir al experticio de quien se encuentra debidamente entrenado y calificado para examinar este tipo de evidencias. Por ello, según las normas procesales vigentes, se presentan las reglas que deben aplicarse para su práctica.

A. Designación y posesión del perito⁵⁵

El perito, que no puede ser más de uno (art. 24 L. 794/03), debe ser persona idónea para la práctica de la prueba.

Si de lo que se trata es del proceso de extracción o copiado del documento, se debe preferir un ingeniero, con conocimientos especí-

ficos en la ciencia de la computación y de las telecomunicaciones. No basta con un perito técnico, pues este tipo de preparación semi-profesional resulta insuficiente y no idónea para la extracción de evidencias digitales con destino a procesos judiciales.⁵⁶

Ahora, si el peritaje versa sobre la originalidad o alteración del documento durante su creación o su extracción, se debe acudir a un experto en documentología,⁵⁷ con conocimientos especializados en sistemas computacionales que permitan el manejo del documento electrónico, pues será éste quien determine la identidad entre el documento anunciado o copiado y el que efectivamente entró al proceso.⁵⁸

Ello obedece a que:

el juez sólo está obligado a conocer el derecho. Aun en la justicia más especializada, sería absurdo exigirle a un magistrado que además de ser tal fuera ingeniero eléctrico, topógrafo, licenciado en letras, etc. Esta deficiencia, propia del ser parcializado del ser humano, procesalmente es subsanada por la

55 Dohring, Erich, *La investigación del estado de los hechos en el proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 244.

56 Díaz García, Alexander, Acceso a la administración de justicia a través de las Nuevas Tecnologías, en *Revista Alfa Redi* núm. 74. Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1059>. Consultado el 16 de junio de 2008.

57 “La documentoscopia o documentología, es la disciplina que se ocupa del examen de documentos a efecto de dictaminar respecto de su autenticidad o determinar las posibles alteraciones de que haya sido objeto”. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Documentolog%C3%ADa>. Consultado el 22 de junio de 2008.

58 Herbertson, Gary, *Examen del documento en la computadora*, Buenos Aires, La Rocca. 2004, p. 151.

labor de los peritos, que son personas expertas en una materia, capaces de aportarle al juez conocimientos que no posee.⁵⁹

Por ello, al momento de la posesión, el perito deberá expresar si está calificado para realizar la gestión y para ello el juez deberá escrutarlo con rigurosidad, a fin de evitar prácticas indebidas por desconocimiento en la ciencia de la computación y, sobre todo, por el riesgo implícito de dañar el contenido que interese para el proceso.⁶⁰

El profesor Jeimy Cano⁶¹ de la Universidad de Los Andes abunda en razones para estimar que el perito debe ser una persona idónea, si se tiene en cuenta que la manipulación y el examen de pruebas electrónicas es una tarea que requiere particular cuidado en consideración a las características especiales de la evidencia digital, a saber: 1) la evidencia digital se puede reproducir y alterar muy fácilmente: “Es una característica que la hace maleable, lo cual, por un lado puede ayudar a la duplicación requerida para su análisis posterior, pero por otra parte, la hace vulnerable y fácilmente modificable”; 2) “La Evidencia digital es anónima”: en muchas ocasiones, establecer la verdadera procedencia de un mensaje

de datos no firmado digitalmente, por ejemplo, es muy difícil para alguien sin el debido entrenamiento: “La forma de la evidencia digital es tan importante como su contenido. Es importante revisar el contenido del documento, pero al mismo tiempo los medios a través de los cuales se crearon, enviaron o enrutaron los contenidos hacia su destino”; 3) “La evidencia digital tiene dificultades para ser llevada a la corte”; 4) La recopilación, búsqueda, acceso, almacenamiento y transferencia de evidencia digital son tareas que exigen consideraciones y cuidados especiales para garantizar su integridad y la observancia de la cadena de custodia.⁶²

Conforme a lo previsto en el literal d) del artículo 9º del CPC, las partes podrán de consuno, en el curso del proceso, designar peritos, caso en el cual, será potestativo para ellas determinar sus calidades y aptitudes. Sin embargo, si la designación fuere realizada por el juez o magistrado, podrán las partes acudir al procedimiento previsto en el artículo 236 ibídem para oponerse a tal designación por carencia de conocimientos especializados o aptitudes para la recolección de la prueba y elaboración del dictamen.

Con anterioridad se mencionó que quien debe rendir dicho informe debe ser un ingeniero con conocimientos en sistemas y en te-

59 Riofrío M., Juan Carlos, *La prueba electrónica*, 2004, p. 42.

60 Mosquera González, José Alejandroes ál., “Evidencia digital: contexto, situación e implicaciones nacionales”, en *Revista Alfa Redi*. Disponible en: <http://alfa-redi.org>. Consultado el 16 de junio de 2008.

61 Consideraciones sobre el estado del peritaje informático, óp. cit.

62 Cano, Jeimy, “Evidencia digital: conceptos y retos”, en *Comercio Electrónico*. Gecti, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 185.

lecomunicaciones, y es propicio mencionar el conocimiento en electrónica. Ello obedece a que un ingeniero de sistemas conoce plenamente los ordenadores a los cuales llega la información; el ingeniero electrónico conoce y realiza el procedimiento para esclarecer qué tipo de seguridad tiene el documento y qué tipo de sistema se utilizó en el envío y en el recibo; y por último, el ingeniero de telecomunicaciones conoce el nexo causal entre línea telefónica y plataforma o infraestructura telefónica (telemática).⁶³

B. Práctica de la prueba pericial con inspección

Es aconsejable, cuando de evidencia digital se trata, practicar el levantamiento de la prueba en una inspección judicial, en la que además intervenga el perito especializado. Con ello se garantizan dos principios rectores de la actividad probatoria: la intermediación y la inmaculación, además de garantizar intimidad, conducencia y pertinencia.

Llegado el día y hora señalados, el juez deberá trasladarse al lugar donde se encuentra el ordenador o el equipo que contiene la información en compañía del perito. Para ello deberá

respetar las reglas tanto de la inspección como de la peritación (arts. 236 y 245 del CPC).

El perito deberá presentar al juez su “diseño de la prueba”, en el cual asegure la integridad y la confiabilidad del procedimiento, pudiendo las partes presentes objetarlo o coadyuvarlo e, inclusive, asesorarse de otros expertos que apoyen sus objeciones.

Deberá así mismo documentar, de ser posible mediante video, todo el procedimiento de recolección de la evidencia, procurando no extraer documentos distintos de los solicitados por las partes y autorizados por el juez, garantizando así pertinencia e intimidad. De ser necesario, el juez autorizará extender la inspección a otros documentos encontrados en el equipo, bien a solicitud de parte o bien de oficio.

Durante la inspección, el juez garantizará la integridad de los equipos inspeccionados y la confidencialidad de la información recaudada y la someterá a cadena de custodia para así evitar su alteración, su reemplazo, su pérdida o su destrucción antes de ser incorporada al expediente judicial.

VI. REGLAS BÁSICAS PARA EL RECAUDO DE LA EVIDENCIA DIGITAL

Sea cual fuere la etapa o el medio probatorio por el cual se pretende allegar un documento electrónico al proceso judicial, la intervención del perito garantizará la inalterabilidad

⁶³ La línea telefónica permite la transmisión de voz, que fue evolucionando y pasó de ser tradicionalmente de cobre hasta convertirse en fibra óptica, con la capacidad de transportar gran cantidad de información. La resolución 1732 de 2007 determinó la protección al usuario, y la resolución 1140 regula el ancho de banda que es simplemente para Internet.

y la inmaculación necesarias para poder valorarlo en la sentencia o en el auto que le ponga fin a la actuación. De allí que sea necesario el planteamiento de protocolos especiales que garanticen su debido recaudo y análisis, pues, como hemos demostrado, tan importante es determinar el valor que se le debe asignar a un documento como la identidad que éste tiene con el hecho alegado, en la medida en que se busca garantizar que el documento valorado es el mismo que se recaudó en la respectiva diligencia

A. Cadena de custodia

Cadena de custodia es el proceso documentado, aplicado por particular o servidor público, tendiente a demostrar la identidad, la originalidad e integridad de todo espacio o lugar considerado como escena o lugar de los hechos, así como de todo elemento desde su hallazgo, toma o recaudo, hasta que la autoridad judicial lo determine.⁶⁴ Permite garantizar los principios de identidad, integridad, preservación, seguridad, almacenamiento, continuidad, autenticidad, originalidad e inmaculación.

El registro de la cadena de custodia se concreta en cualquier mecanismo capaz de contener un documento electrónico o archivo digital. Ésta nos permite responder a los interrogantes

de quién la recolectó, cuándo y cómo, quién tiene su posesión, cómo fue almacenada y protegida en dicho procedimiento, quién la manipuló y por qué.⁶⁵

Aunado a lo anterior, si se pretende que la evidencia digital sea válida y, en consecuencia, valorada por el juez en sus providencias, se debe recaudar teniendo en cuenta factores como: conocimiento, confirmación y verificación de la información; aseguramiento del lugar de los hechos; observación análisis y valoración del lugar de los hechos; fijación del lugar de los hechos; recolección embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba; envío de los elementos materia de prueba al almacén de evidencias o al laboratorio especializado; documentación del sistema de cadena de custodia; entrega de los elementos;⁶⁶ el proceso efectivo de documentación del trabajo completamente efectuado durante el recaudo, determinación de la persona que tiene la custodia de la evidencia, y prueba de la integridad con el manejo de la evidencia mencionando origen, descripción, modelo y serial del ordenador (direcciones MAC e IP), así como el “hash” que indica la prueba de integridad del documento.⁶⁷

La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se encuentre el ordenador que contiene el documento electrónico y concluye por

64 Rodríguez Fontecha, Liliana, “Diplomado sobre el nuevo sistema de cadena de custodia”, en *Plan Nacional de Capacitación*, t. II, Bogotá, Sistema Nacional de Defensoría Pública, 2008 p. 60.

65 Conferencia Ingeniero Jhonny Alejandro Oramas dictada el 23 de mayo de 2008 en la Fundación Universitaria San Martín.

66 Plan nacional de capacitación, óp. cit., pp. 65-71.

67 Algoritmo + bits = hash.

orden emanada de autoridad competente, según lo estipula el artículo 254 de la ley 906 de 2004, aplicable por remisión analógica al proceso civil.

Para asegurar un adecuado manejo de la evidencia, el perito jamás deberá manipular el documento en su estado original, es decir, antes de proceder a su copiado, deberá identificar plenamente el ordenador o equipo contenedor, mediante el uso de cámaras fotográficas y de video, para así proceder a su encendido o su acceso inicial. Una vez identificado el documento, deberá copiarlo inmediatamente, *sin abrirlo ni imprimirlo*, pues tal acto implica la inserción de nueva información que puede alterarlo o destruirlo. La copia deberá ser archivada en medio no regrabable como un CD, el cual será sometido al proceso de embalaje, etiquetado, firmado, transportado y custodiado hasta el lugar donde vaya a ser analizado.

Para un adecuado manejo del proceso, se requiere que esta actividad se encuentre acorde con las recomendaciones internacionales, razón por la cual documentos como el Manual de Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación (resolución 6894 de 2004) y el Internet Security Glossary RFC # 3227,⁶⁸ (adoptada posteriormente por la convención de Cybercrimen⁶⁹), ofrecen una matriz ge-

nérica frente a los incidentes de seguridad y evidencia digital. En ellos se hace alusión expresa a la importancia de mantener la cadena de custodia siguiendo los lineamientos establecidos por la ley sobre los períodos de almacenamiento y registro de ésta.⁷⁰

El marco jurídico para la práctica de la cadena de custodia se encuentra consagrado en el libro II, título I, capítulo V, artículos 254 a 266 de nuestro Código Adjetivo Penal, bajo el sistema oral, así como las recomendaciones que al respecto plasme la comunidad internacional, siéndoles aplicables analógicamente estas disposiciones a los procesos civiles, laborales y contenciosos administrativos, pues así lo dispone expresamente el artículo 3° de la ley 527 de 1999, en concordancia con lo previsto en el artículo 8° y el numeral segundo del artículo 5° de la ley 57 de 1887, así como los artículos 4° y 5° del Código de Procedimiento Civil.

B. La copia bit a bit

Si lo que se quiere es obtener una reproducción fiel, estricta o puntual del documento a investigar, lo adecuado es realizar una copia bit a bit, ya que otros métodos pueden ocasionar que se pierdan o atrofien datos del archivo.

68 Disponible en: <http://www.ietf.org/rfc/rfc3227.txt>. Consultado el 11 de junio de 2008.

69 Adoptada en Budapest el 23 de noviembre de 2001. De ella hacen parte más de 20 países de Europa y entre otros están: Estados Unidos, Canadá, Japón y Sur África. Infortunadamente Colombia no es uno de ellos.

70 Cano Martínez, Jeimy José, "Conceptos y retos en la atención de Incidentes de seguridad y la evidencia digital", en AR: *Revista de Derecho Informático*, núm. 047 de junio de 2002, Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1507>. Consultado el 11 de junio del 2008.

Un bit es la unidad más pequeña de información que utiliza un ordenador.⁷¹ Esta sigla significa *binary digit* (dígito binario), que puede ser 0 ó 1. Bits son varios dígitos, es decir varios bits; por ejemplo, 10110; por último un byte es la unión de 8 dígitos, es decir, 8 bits son un byte.

Sin embargo, este tipo de procedimiento está contemplado para la obtención de copias íntegras y universales de un equipo contenedor, como lo es la totalidad de la información almacenada en un disco duro, situación que, por regla general, se adecúa a la investigación penal, mas no a la civil, en la medida en que si se piden archivos de un ordenador para que sean aportados a un proceso como prueba, los documentos que se vayan a obtener en la inspección judicial o en el informe pericial nunca pueden ser ajenos a la causa discutida dentro del proceso, lo cual busca evitar una intromisión indebida y con ello la afectación de la intimidad⁷² al investigar documentos que no tienen relación estrecha con los hechos que se debaten.

C. Elaboración del dictamen

Para la elaboración del dictamen, el perito deberá observar y enunciar en todo momento el cumplimiento las reglas de cadena de custodia.

El dictamen deberá ser comprensivo, lineal, con un lenguaje técnico y pertinente, que lleve al juez el conocimiento necesario para valorar el documento basado en el informe presentado, comenzando por el diseño de la prueba, la metodología de extracción, el cumplimiento de la cadena de custodia, el método de análisis, el estado del arte en ingeniería forense y las conclusiones del perito, las cuales no deberán contener apreciaciones de orden legal, salvo que se trate de aspectos íntimamente relacionados con la actividad propia del perito, como ocurre con los peritajes contables o los científicos en materia de ADN, que están sometidos a regulación gubernamental.⁷³

En Colombia, la institución que establece y sigue las normas de procedimiento de investigación frente a documentos electrónicos es la Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistemas (ACIS).⁷⁴ Allí se estudian a cabalidad la fecha de creación, de modificación, del formato, del tamaño del documento electrónico, así como su creador y receptor y si fue o no encriptado para determinar su nivel de seguridad.

En el ámbito internacional referenciamos la Uncitral⁷⁵, órgano jurídico de Naciones Uni-

71 Disponible en: <http://www.masadelante.com/faq-bit.htm>. Consultado el 15 de junio del 2008.

72 Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992.

73 “Para la emisión del dictamen pericial, los peritos informáticos habrán de saber explicar en términos asequibles para el juez las conclusiones que deduzcan de sus estudios [...]” ídem, p. 153.

74 Consultado en <http://www.acis.org.co> el 17 de abril de 2008.

75 Disponible en: www.uncitral.org.co

das para la unificación de derecho mercantil internacional. También podemos mencionar las siguientes:⁷⁶

- The Electronic Signature Act. Florida. Mayo de 1996, la cual reconoce la equivalencia probatoria de la firma digital con la firma manual.
- The Electronic Commerce Act. 30 de mayo de 1997, que se refiere a la firma notarial.⁷⁷
- The Massachusetts Electronic Records and Signatures Act. Mayo de 1996, que acoge todo mecanismo capaz de proporcionar las funciones de las firmas manuscritas sin ceñirse a un tipo concreto de tecnología.
- Computer Crime and Intellectual Property Section. Criminal Division. United States Department of Justice. (2002) Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations. Recomendaciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos para la recolección y manejo de la evidencia digital.

Dada la falta de coherencia entre las leyes citadas, en julio de 1999 se realizó la Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de las Leyes Estatales (Nccsl), llevándolos a crear una sola ley para las transac-

ciones electrónicas (UETA) que otorga validez a las firmas y documentos electrónicos, pero no favorece a ninguna tecnología en particular y tampoco estimula la concesión de una licencia a las entidades de certificación.

El informe debe ser rendido bajo las especificaciones del juez, pero siguiendo los pasos de los principios del documento electrónico, como la inalterabilidad, la autenticidad, la integridad, el no repudio y la rastreabilidad; ponderando los derechos que están en conflicto, entre otros.⁷⁸ Si se trata de un mensaje de datos, debe especificar quién o quiénes fueron los iniciadores del documento en disputa, sin mencionar intermediario alguno, es decir, quien no interfiere directamente en la realización del documento.⁷⁹

Acto seguido se debe determinar el destinatario. Como se trata de documento electrónico, no es suficiente identificar a las personas suscriptoras sino también los computadores donde se encuentra archivada la información cuya forma de identificación puede ser física, conocida como dirección MAC, que es un número serial único y universal, pero que por petición expresa también se puede volver privada para el control interno de una empresa,

76 Cárdenas, óp. cit., pp. 61 y 63.

77 Heisman, Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Buenos Aires, Astrea, p. 338.

78 Cubillos Velandia, Ramiro y Rincón Cárdenas, Erick, *Introducción jurídica al comercio electrónico. Principios rectores en la interceptación de los documentos electrónicos*, Ediciones Jurídicas, 2002, p. 230.

79 Efectos jurídicos del mensaje de datos. Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia del 11 de septiembre de 1995, expediente 4598, con ponencia del Dr. Pedro Lafont Pianetta.

una ciudad o un país que tiene enlaces entre sí por la información almacenada, que a su vez asigna un número único para el computador como la cédula de ciudadanía; y lógica, siendo una dirección IP que puede ser privada o pública. Esta última es única y con ella se identifica el equipo dentro de un grupo mayor de ordenadores.⁸⁰

De acuerdo con Cano,

Es preciso establecer qué tipo de *hardware*, *software*, sistemas operativos y configuraciones de red usa el investigado en aras de vislumbrar en donde puede estar localizada la información que se busca y cómo se podría acceder eventualmente a ella. En esta etapa también resulta particularmente importante tratar de establecer si la búsqueda se realizará en una red computacional complicada o simplemente en un computador aislado.⁸¹

Para rendir un informe sobre el documento electrónico, habiendo ya identificado las partes que lo suscribieron y la plena seguridad de la inalterabilidad de los mensajes recibidos o enviados, el perito debe expresar todo lo que encuentra en éste, observando las propiedades del documento y del equipo y, en lo posible, haciendo un cotejo entre los dos o más equipos involucrados, para así determinar la proporcionalidad frente a horarios de recibo de documentos o su envío.

80 Conferencia Ingeniero Electrónico y de Telecomunicaciones Jhonny Alejandro Oramas, dictada en la Universidad San Martín el 23 de mayo del 2008.

81 Cano, Jeimy, óp. cit.

Finalmente, el experto deberá informar el soporte lógico (*software*) utilizado para la extracción, con indicación de su versión, creador y estado de la licencia.⁸² Rendido el dictamen, se deberán aplicar las reglas de asunción y contradicción previstas en los arts. 237 y 238 del CPC.

D. Peritaje sin inspección

Para la práctica del peritaje sin inspección judicial, se deberán respetar las mismas reglas contenidas en los acápites anteriores, salvo las relativas a la intervención del juez, a quien, sin embargo, podrá en todo momento acudir el perito en procura de obtener autorizaciones adicionales.⁸³

E. Tacha de falsedad e incidente de autenticidad

Dentro del término señalado por la ley para la contradicción de la prueba, la parte contra la que se aduce puede tacharla de falsa o desconocer su autenticidad, casos en los cuales será necesario acudir al respectivo incidente consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil.

Para ello, se deberán ajustar las previsiones del artículo 290 al documento digital, pues allí sólo se hace alusión al documento es-

82 Conforme a las reglas del acuerdo de Cartagena, el uso indebido de *software* invalida cualquier información que con su uso se recaude.

83 Riofrío M., óp. cit., p. 40.

crito. Por ello, tanto en el incidente de tacha como en el de autenticidad, se deberá recurrir a una pericia documentológica, en la cual el experto, además de tener especiales conocimientos en la ciencia forense documental, conozca los protocolos de manejo de la prueba electrónica, en la medida en que una prueba bien recolectada pero mal administrada puede conllevar su pérdida, su destrucción o la declaratoria de nulidad.⁸⁴

F. Prueba trasladada

Puede ocurrir que el documento electrónico repose en otro proceso donde fue recolectado válidamente, caso en el cual se deberá solicitar, bajo las estrictas reglas del traslado, que se allegue la prueba que reposa en dicho expediente, y para ello se deberá procurar por la realización de copias en la misma forma prevista para la producción de la prueba, es decir, copias bit a bit, bajo las estrictas normas de la cadena de custodia, siempre que en el nuevo proceso se garantice su conducencia, su pertinencia y utilidad, así como su legalidad y su licitud.

G. Prueba por informes o por certificación

Conforme a lo expresado en el artículo 278 del CPC, los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país sobre operaciones comprendidas dentro del género

de negocios y que consten en sus archivos, se considerarán expedidos bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 264 *ibídem*, los documentos públicos, como las certificaciones que expidan los jueces y los directores de otras oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos y las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley, hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

En estos casos, si lo certificado reposa en documento electrónico, la sola certificación bastará para dar fe tanto de su existencia como de su contenido, sin perjuicio de que las partes dentro del término de tres días siguientes a la notificación del auto que admita el informe u ordene agregarlo al expediente, o en el curso de la audiencia o diligencia en que esto ocurra, puedan pedir su aclaración o ampliación (art. 278 *in fine*), sin perjuicio del derecho a tacharlos de falsos.

VII. VALORACIÓN

Por regla general, la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación.

84 Herbertson, *óp. cit.*

Devis afirma que son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto.⁸⁵

En la valoración de todo documento electrónico el juez deberá determinar tres aspectos fundamentales de la prueba, como son: la calidad de la información, la fuente y el contenido.

Con el fin de evitar la violación indirecta de la ley sustancial, el juez debe someter a examen la evidencia digital recaudada durante el proceso, y para ello será necesario determinar si la prueba cumple con los requisitos de existencia, de validez y de eficacia necesarios para llevar convencimiento de la ocurrencia del hecho alegado.⁸⁶

Por ello, al momento de valorar la prueba documental, el juez debe determinar, *prima facie*, 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.

⁸⁵ Ídem, p. 111.

⁸⁶ Devis, óp. cit., p. 115.

A. Requisito extrínseco de competencia y de jurisdicción

En ciertos asuntos puede ocurrir que la investigación que antecede a la sentencia o el auto en que debe valorarse el documento electrónico esté reservada de manera privativa a un determinado funcionario judicial, como ocurre con aquellos asuntos contenciosos en que interviene un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República o los procesos de responsabilidad contra los magistrados de la Corte y de los tribunales, cualquiera que fuere la naturaleza de ellos, bien sea que se tramiten ante la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa, según el régimen aplicable, bien del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil o el del artículo 90 de la Constitución, conforme a lo previsto en la ley 270 de 1996.

B. Requisito de legalidad y de licitud

La verificación del requisito de legalidad gira en torno de varios aspectos, como la producción de la prueba, su aducción, el decreto de la prueba y su práctica, momentos todos distintos en el *iter* que deben, por tanto, ser estudiados separadamente.⁸⁷ Una vez determi-

⁸⁷ En sentencia del 4 de septiembre del 2007, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que, “[...] en relación con la actividad probatoria, debe enfatizarse que la satisfacción del debido proceso ordenada en el artículo 29 superior, abarca, por una parte, la perspectiva constitucional y, por otra, la estrictamente legal-procesal, para entender que

nada la conducencia del documento, se debe verificar que ha ingresado al proceso en la forma y con los requisitos establecidos en la ley.

Así, un documento obtenido ilícitamente, aun cuando hubiere sido aportado en tiempo e incluso sin que medie tacha de la parte contra quien se adujo, no puede ser valorado, pues es claro que la ilicitud de la prueba deriva de un mandato superior contenido en el inciso final del artículo 29 de la Constitución que la torna en insaneable.

C. Posibles errores en la valoración del documento electrónico

Conforme a las previsiones anteriores, al momento de valorar el documento electrónico, el juez puede incurrir en errores fácticos que lo llevan a desviarse de la correcta aplicación de la ley sustancial, aspecto recurrible en casación por la vía de la causal primera del artículo 368 del CPC, según la cual se puede incurrir en errores de hecho o de derecho, según sea lo que se pretende demostrar. Como ejemplo de estos errores, podríamos citar los siguientes:

1. Error de derecho por indebida asignación de mérito legal: tener por idóneo un mensaje de datos en el que conste un acto sometido a solemnidad, como puede ser la compraventa de bien raíz, cuando lo que

se discute en el proceso es precisamente el derecho de dominio.

2. 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.
3. 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.
4. Falso juicio de identidad por mutilación: dejar de analizar partes 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.
5. Error de hecho por adición: tener por enviado un mensaje 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.

D. La sana crítica⁸⁸ y el método técnico científico

Con la adopción del sistema penal de corte acusatorio mediante la expedición de la ley 906 de 2004, la doctrina procesal y, en es-

la trasgresión de lo primero, conduce a la prueba "ilícita", mientras que el desconocimiento de lo segundo, implica la producción de una prueba "ilegal".

88 "Se conoce como un sistema de valoración probatoria que menciona tres pilares a seguir: 1) las reglas de la lógica 2) el conocimiento científico y 3) las máximas de la experiencia". Conferencia Doctor Álvaro Agudelo dictada el 25 de abril de 2008.

pecial, la de los autores Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, introdujo un nuevo método de valoración probatoria denominado “método técnico científico” que tiende por una reconstrucción de la verdad histórica utilizando todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen, lo que impone a la vez al juez el deber de analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del elemento material probatorio.⁸⁹

Sin embargo, esta teoría fue de plano rechazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de marzo de 2006 (rad. 24468), la que reafirmó que

[...] en el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas. Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la ley 906 de 2004.

Empero, estimamos fundadamente que al juez ya no se le permite apartarse del conocimiento básico de la ciencia que gobierna el tipo de

prueba a que aquí hemos hecho referencia, pues si bien es cierto, como lo señala la Corte, que el sistema de la sana crítica no fue reemplazado en Colombia, no es menos cierto y evidente también que dicho concepto reúne otros tres elementos que exigen su aplicación armónica en la valoración de la prueba.

Así, al juez no le estará permitido apartarse de las reglas de la experiencia, alegando no tenerlas respecto de un equipo computacional, ni desechar las reglas de la lógica, pues hacen parte de todo razonamiento jurídico, en la medida en que están entre nosotros desde el comienzo del pensamiento racional,⁹⁰ ni mucho menos el desconocimiento de las reglas básicas de la ciencia computacional, porque si así fuere, estaríamos reemplazando al juez por el perito, circunstancia también prohibida por la legislación procesal vigente.

E. La importancia de la regla del in dubio

Tradicionalmente, se ha reconocido en el principio de duda la solución a los problemas de identificación del hecho, cuando dos o más tesis se enfrentan, bien sea en ejercicio de aplicación de la ley o en ejercicio de valoración de la prueba.

La duda, como principio que irriga el derecho probatorio, hace parte del régimen de la

89 “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas”, Bogotá, 2004.

90 Hawking, Stephen, *Dios creó los números*, Barcelona, Crítica, 2007, p. 375.

decisión, según el cual, el juez no podrá abstenerse de dictar sentencia ni aun en caso de incertidumbre.

Se acude a la duda únicamente cuando el juez no tiene certeza sobre lo ocurrido, bien porque las partes no le han ofrecido suficiente persuasión, bien porque el material probatorio es tan rico y extenso, ora tan infortunado, que no permite fallar a favor de una o de otra.

La aplicación de la regla de duda escapa a veces al derecho sustancial, en la medida en que surge cuando el juez se encuentra frente a dos caminos, esencialmente opuestos, que lo llevan a acudir a reglas de reemplazo, las cuales la doctrina ha denominado “sucedáneos”.

En el derecho penal la duda favorece al reo (que proviene del latín *reus*: demandado); sin embargo, no ocurrirá lo mismo en el proceso laboral, pues en caso de duda sobre la ocurrencia de un hecho, como puede ser la existencia de contrato de trabajo y las condiciones de su ejecución, se estará a lo que el demandante afirma, en virtud de la regla del *in dubio*, la cual, en este caso, favorece al demandante, esto es al trabajador: *pro operario*.

Otros casos en los que la duda reina en el proceso se resuelven, por mandato de la ley, a favor o en contra de una de las partes, como ocurre en el caso del Estado, cuando opera como agente Fiscal, *in dubio contra fiscum*, o bien como agente legislador, *in dubio pro*

legislatoris, o bien en el caso del sujeto disciplinado *in dubio pro disciplinado*, por citar sólo algunos ejemplos.

Ya en el proceso civil, la regla ataca directamente la prueba, en la medida en que resuelve en contra de quien pide o aporta y a favor de la parte contra quien se aduce, en virtud de dos principios reinantes en el proceso: la incumbencia o carga y el de la probabilidad preponderante.

Según el primero de ellos, incumbe a la parte probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (*incumbit actori*), principio que consagra igualmente la regla de inversión, según la cual *reus in excipiendo fit actori*, que impone la carga de probar a quien formula excepción.

Según el segundo principio (probabilidad preponderante o dinamismo probatorio), corresponde probar a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

Citados los anteriores conceptos, afirmamos que, tratándose de prueba digital, la aplicación de la regla de la duda resulta de útil y necesaria invocación, pues se entiende que tanto en su producción y asunción, por la ya explicada vocación de alterabilidad y vulnerabilidad, existen factores que pueden comprometer su veracidad o su integridad o ambas. Así, entonces, cuando el juez tenga dudas razonables que lo lleven a desconfiar de la indemnidad del documento, bien porque no fue debidamente recaudado, bien porque no fue adecuadamente

conservado o manipulado, deberá desecharlo de plano y continuar con el análisis de otras pruebas que no le ofrezcan tal incertidumbre.

Son ejemplos de dudas que deben resolverse a partir de este criterio la manipulación indebida de documentos o archivos por personas no calificadas, la violación al derecho a la intimidad, la violación a la cadena de custodia, la integridad o inmaculación del documento, el envío o el recibo del mensaje, la validez de la firma digital y la existencia misma del documento.

VIII. CONCLUSIÓN

La ciencia moderna ha reconocido que son enemigos de la prueba la naturaleza, el tiempo y el hombre. Hasta ahora, el mayor enemigo de la prueba es el hombre. Es él quien, por su inexperiencia o por su curiosidad, o ambas, destruye la integridad de la prueba. Es él quien manipula, toca, altera y aniquila.

A lo largo de este breve estudio hemos propuesto soluciones a las preguntas inicialmente planteadas, algunas con base en la revisión de los autores y la jurisprudencia nacional, otras como resultado de nuestra propia investigación, como: la necesidad de proteger la integridad del documento en todo el proceso de creación, copia, extracción, manipulación y estudio; la exigencia de resguardar el derecho a la intimidad; la aplicación de las normas sobre conducencia en materia digital; el manejo adecuado de la cadena de custodia;

la adaptación de reglas y protocolos reconocidos internacionalmente; el correcto uso de los medios tecnológicos en la peritación; la distinción entre las normas de valoración y las reglas de producción de la prueba electrónica; el conocimiento de las reglas de la sana crítica; y finalmente, la urgencia de capacitar a nuestros jueces civiles, laborales, administrativos y de familia, en aspectos relativos al manejo de la prueba electrónica en las distintas etapas del proceso judicial.

Analícemos por un momento la siguiente situación que a usted, señor lector, se le pudiere presentar: usted recibe un mensaje de correo electrónico en su ordenador personal que le dice: “¡Sé lo que hiciste el verano pasado! Si no me entregas 50 millones en una semana, se lo contaré a tu familia”.

Los hechos, afirma Dellepiane, dejan huellas, rastros y vestigios, que nosotros llamamos “evidencias”.⁹¹ De la recolección de tales evidencias es que se obtiene la prueba, y es entonces cuando adquiere especial relevancia el proceso mediante el cual tales huellas y vestigios han de ser identificados, recogidos, embalados, transportados, analizados y estudiados para ser ofrecidos al juez y admitidos por él en un proceso judicial. Entonces, después de leer este escrito, le preguntamos, ¿usted qué haría?

91 Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 2003.

Bibliografía

- ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001.
- AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho probatorio*, Tomos II y IV, Bogotá, Temis, 1998.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *La interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Señal Editora, 1994.
- BLONDEL, André. *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, París, Aix, 1928.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Según el nuevo código*. Traducción del original "Istituzioni di Diritto Procesuale Civile, Secondo il Nuovo Codice", segunda edición actualizada. Traducido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- CANOSA SUÁREZ, Ulises. *Derecho probatorio disciplinario*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni delle Stado, en Vásquez del Mercado, *Riv. Dir. Proc.*, 1960.
- CARDOZO ISAZA, Jorge. *Pruebas judiciales*, Bogotá, Temis, 1979.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, 3ª edición, Bogotá, Temis, 2007.
- CAVAZOS A., Edgard and MORÍN, Gavino, *Cyber_space and the law*, Massachusetts, Institute of Technology, MIT press.
- CERVIO, Guillermo, *Derecho de las telecomunicaciones*, Ávaco de Rodolfo Desalma, 1996.
- CORREA HENAO, Néstor Raúl, *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*, 2ª edición. Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamento del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición. Buenos Aires, De Palma, 1966.
- CRUET, Jean, *La vie du droit et l'Impuissance des lois*, París, Flammarion, 1908.
- CUBILLOS VELANDIA, Ramiro y RINCÓN, Cárdenas Erick, *Introducción jurídica al comercio electrónico*, Ediciones Jurídicas, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II. Décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, 1994.
- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Temis, 2003.
- DROMI, José Roberto, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- ESTEVE PARDO María Asunción, *Contratos multimedia*, Marcial Pons, 2003.
- FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Leyer, 2006.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. I, Bogotá, 1964, citado por Devis. óp. cit.
- GONZALEZ AGUILAR, Audilio et ál., *Los contratos en la sociedad de la información*, Comares,

- 2004.
- HERBERTSON, Gary, *Examen del documento en la computadora*, Buenos Aires, La Rocca, 2004.
- HOCSMAN, Heriberto Simón, *Negocios en Internet*, Astra.
- LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, 2ª edición, Biblioteca Jurídica Dike.
- LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en el derecho civil*, Madrid, Instituto Editorial Revs, 1964.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento civil pruebas*, t. III, Dupré., 2001.
- LOZADA DE LA CRUZ, Alonso, *Aspectos legales sobre bienes informáticos*, Pontificia Universidad Javeriana, 1991.
- MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*, 11ª edición, Bogotá, ABC, 1991.
- MICHELLI, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, Temis, 1989.
- MUÑOZ SABATE, Luis, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1997.
- NISIMBLAT, Nattan, *Los moduladores del proceso de tutela*, Universidad Católica de Colombia, 2009.
- OTÁLORA, Clara Inés, *Inexistencia del título valor electrónico*, Librería del Profesional, 2007.
- PARDINI, *Derecho de Internet*, Buenos Aires, La Roca, 2002.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*, 14ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2004.
- PELÁEZ, Ramón Antonio, *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso disciplinario*, 2008.
- RECASENS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1980.
- SOLÓRZANO NIÑO, Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, Bogotá, Editorial Nomos, 2005.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*. Colección de Estructuras y Procesos, serie derecho. Traducida por Jordi Ferrer Beltrán.
- TOLOZA VILLABONA, Luis Armando, *Teoría y técnica de la casación*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- TOUBOL, Federique, *El software: análisis jurídico*, Zavala, 1986.
- TELLEZ VALDEZ, Julio, *Contratos informáticos*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- ROJAS, Jimmy, Conferencias dictadas en la Universidad del Rosario. Junio de 2007.
- RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Bogotá, Temis, 1988.
- TIRADO HERNÁNDEZ, José, *Curso de pruebas judiciales parte general*, Doctrina y Ley, 2006.
- ULL PONT, Eugenio, *Derecho público de la informática*, UNED, 2002.
- UNIVERSIDAD LIBRE, XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2005.
- US DEPARTMENT OF STATE. *Programa de Información Institucional*, disponible en. <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijds/decisions.htm>. Consultado el 13 de abril de 2008.