

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, VALIDEZ Y EFICACIA EN LOS
JUZGADOS PENALES DE CONOCIMIENTO EN LA CIUDAD DE
BUCARAMANGA EN EL PERIODO 2008- 2010.

CAROLINA YEPES SARMIENTO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA
2011

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, VALIDEZ Y EFICACIA EN LOS
JUZGADOS PENALES DE CONOCIMIENTO EN LA CIUDAD DE
BUCARAMANGA EN EL PERIODO 2008- 2010.

CAROLINA YEPES SARMIENTO

Monografía de grado para optar al Título de
Abogado

DIRECTOR

Ab. Luis Guillermo Rosso Bautista
Director

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BUCARAMANGA
2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	6
1. LAS PRUEBAS	8
1.1 IMPORTANCIA Y DEFINICION	8
1.2 LA ACCION DE PROBAR	10
1.3 FIN DE LA PRUEBA	11
1.4 MEDIOS DE PRUEBA DEL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO	12
1.5 APRECIACION DE LA PRUEBA	16
1.5.1 VALORACION DE LA PRUEBA	17
1.5.2 SISTEMAS DE VALORACION DE LA PRUEBA	17
2. EL DOCUMENTO	20
2.1 DEFINICION	20
2.2. ELEMENTOS	21
2.3 CLASES DE DOCUMENTOS	22
2.3.1 LOS DOCUMENTOS PUBLICOS	22
2.3.2 LOS DOCUMENTOS PRIVADOS	24
2.4 DOCUMENTOS ORIGINALES Y COPIAS	24
2.5 REQUISITOS DE EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DEL DOCUMENTO	26
3. NOCIÓN DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO	30
3.1 CARACTERÍSTICAS INHERENTES AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	30
3.2 DOCUMENTO INFORMATICO	32
3.3 MENSAJE DE DATOS	34
3.4 DOCUMENTO ELECTRONICO CON FIRMA Y SIN FIRMA	36
3.5 DOCUMENTO ELECTRÓNICO ORIGINAL Y COPIAS	39
3.6 VALOR PROBATORIO OTORGADO AL DOCUMENTO	40

ELECTRONICO	
4. VALIDEZ Y EFICACIA	43
4.1 NOCION DE VALIDEZ	43
4.2 ANALISIS DE VALIDEZ DE LOS PRECEDENTES LEGALES QUE DIERON QUE LUGAR A LA EXPEDICION DE LA LEY 527 DE 1999	45
4.3 VALIDEZ DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	47
4.4 NOCION DE EFICACIA	48
4.5 EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	49
4.6 EFICACIA EN LA INVESTIGACION	52
5. ANALISIS JURIDICO Y MATERIAL	53
5.1 PAUTAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA VALIDEZ DEL DOCUMENTO ELECTRONICO COMO MEDIO DE PRUEBA	53
5.2 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON RELACION AL DOCUMENTO ELECTRONICO	56
5.3 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON BASE EN EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	62
5.4 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.	64
5.5. ANALISIS MATERIAL	66
5.6 DESCRIPCION DE LAS LABORES REALIZADAS EN EL RASTREO DE INFORMACIÓN	71
5.7 DESCRIPCION DE LA INFORMACION ENCONTRADA	72
5.8 ANALISIS DE LA EFICACIA TEORICA VS LA EFICACIA MATERIAL	76
5.9 APORTES Y DEBILIDADES	77
CONCLUSIONES	79
BIBLIOGRAFIA	80

TITULO: EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, VALIDEZ Y EFICACIA EN LOS JUZGADOS PENALES DE CONOCIMIENTO EN LA CIUDAD DE BUCARAMANGA EN EL PERIODO 2008-2010.

AUTOR(ES): CAROLINA YEPES SARMIENTO

FACULTAD: Facultad de Derecho

DIRECTOR(A): Ab. Luis Guillermo Rosso Bautista

RESUMEN

Se buscó identificar a través del uso material que se le concede al documento electrónico y la valoración legal de este como medio de prueba válido, al igual que tener una idea de la eficacia que los diferentes jueces le están concediendo a dicha prueba basándose en primer lugar en un estudio conceptual de la legislación colombiana y posteriormente con la realización de un trabajo de búsqueda de información con las dependencias encargadas de los mismos dentro de los diferentes juzgados y fiscalías, para que de esta forma se pueda llegar a concluir que el documento electrónico es un medio de prueba válido y eficaz dentro del marco de la legislación colombiana, pero que el uso material que sobre él se está dando es mínimo, o que se utiliza únicamente de manera excepcional. El documento electrónico es considerado como una prueba documental, con características especiales, como son que el medio que lo contiene u origina es un medio de comunicación electrónico, telemático o informático. Que puede ser considerado como medio de prueba dentro de los diferentes procesos que llevan los jueces penales de conocimiento. A pesar de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos que tienen a su disposición las diferentes entidades y los funcionarios encargados de administrar justicia gracias al proceso de modernización y capacitación, es un área poco dada a utilizarse, tanto por el lado de los funcionarios judiciales como de los abogados, basados en la desconfianza que genera el documento con estas características con respecto del documento escrito, como en la falta de confianza por los vacíos en los conocimientos de dicha área de estudio.

PALABRAS CLAVES: DERECHO, PRUEBA, DOCUMENTO, DOCUMENTO ELECTRONICO, VALIDEZ, EFICACIA,

TITLE: ELECTRONIC DOCUMENT, VALIDITY AND Y EFFICACY
ON THE CRIMINAL COURT OF KNOWLEDGE IN THE
CITY OF BUCARAMANGA PERIOD 2008- 2010.

AUTHOR: CAROLINA YEPES SARMIENTO

SCHOOL: Law School

DIRECTOR: Luis Guillermo Rosso Bautista

ABSTRACT

We try to find or identify through the practical use that gives the electronic document and the legal system of this as valid evidence, as well get an idea of how is the efficacy that the various judges are giving to this kind of evidence based in a first place on a conceptual study of Colombian law and subsequently conducting a job search information with the units responsible for them within the various courts and prosecutors, all this to be able to reach the conclusion that the electronic document is half the test valid and effective within the framework of Colombian law, but the practical used on it happening is minimal, or used only in exceptional circumstances. The electronic document is considered a documentary, with special features, because the medium that contains or originates an electronic document as evidence, is electronic, telematics or by computer mediums. This kind of evidence can be considered within the different processes leading criminal judges of knowledge of them. Despite the electronic, telematics and computer are available to different entities and officials in charge of administering justice through the process of modernization and training is given to an area little used by both sides of the judiciary as lawyers, prosecutors and judges, based on a mistrust generated by the electronic document with these features with respect to the written document, as a lack of confidence in the gaps in knowledge of the study area.

KEY WORDS: LAW, EVIDENCE, DOCUMENT, ELECTRONIC
DOCUMENT, VALIDITY, EFFICACY.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende determinar los factores de validez y eficacia del documento electrónico como medio de prueba en los procesos penales adelantados ante los Jueces Penales de Conocimiento de la ciudad de Bucaramanga durante el periodo 2008 - 2010. En tal sentido resultará imperativo la construcción teórica de los siguientes conceptos jurídicos fundamentales: prueba- documento electrónico- eficacia- y validez.

Más allá de significar una respuesta absoluta, quiere ser esta un aporte a la discusión académica de una materia un tanto rezagada en materia de investigación en la región, pero que debido al enorme y veloz propagación de las nuevas tecnologías de la investigación han generado situaciones problemáticas que el derecho debe afrontar y resolver.

Es por ello que Colombia se vio en la necesidad de implementar una legislación sobre el comercio electrónico, los mensajes de datos, y la firma electrónica, dando como resultado la Ley 527 de 1999.

Por medio de esta ley se otorga validez y eficacia a este tipo especial de documento para su presentación dentro de los procesos judiciales, y así las personas tengan mayor seguridad sobre el uso de estos.

De esta manera el presente trabajo busca determinar si se está dando un uso material a este tipo de documentos y la forma en que se están valorando dentro de los diferentes procesos judiciales, y así poder hacer un análisis a la eficacia que dicha prueba tiene para los funcionarios judiciales en el momento procesal indicado para la valoración y permitir así lograr la convicción sobre la verdad de los hechos planteados.

Teniendo en cuenta que este tipo de prueba al encontrarse dentro del grupo de las pruebas documentales, debe cumplir ciertos requisitos que se deben tener en cuenta, tanto en el momento de su presentación como en el momento de su valoración por el funcionario judicial ya que dicho medio de prueba es realizado por medio de elementos electrónicos, informáticos o telemáticos.

Este trabajo está compuesto por cinco capítulos que desarrollan lo referente al tema del documento electrónico, tanto su conceptualización teórica, como un análisis jurídico de la jurisprudencia que se ha ido dando sobre el tema, y el análisis material realizado, como resultado de la búsqueda que se realizó dentro de los juzgados penales de conocimiento, y la fiscalía general de la nación en la ciudad de Bucaramanga.

El primer capítulo se denomina de las pruebas, dentro de este capítulo podemos ver todos los elementos que conforman la prueba, partiendo de una definición general de prueba, teniendo en cuenta aquello que se debe probar, y los medios de prueba que existen actualmente en Colombia, como son los

documentos, testimonios, indicios, y la prueba pericial, entre otras, esto con el fin de determinar qué es lo que se debe probar y con que fin se deben realizar o aportar dichas pruebas dentro de los procesos judiciales, todo ello buscando realizar una inducción al tema que nos concierne como es la prueba del documento electrónico.

El segundo capítulo se denomina el documento, en él se encuentra presente todo lo relacionado con este medio de prueba y sus características más sobresalientes, se desarrollan todos los requisitos e importancia que tiene este medio de prueba actualmente en Colombia, y la forma en que debe ser valorado por parte del juez.

Para que posteriormente en el capítulo cuarto se realice una conceptualización del documento electrónico, donde partiendo de su definición, se tratan las especies de documento electrónico que se pueden encontrar, tales como los mensajes de datos y los documentos informáticos y se determina el valor que dicho documento tiene desde el punto de vista legal en Colombia a partir de la Ley 527 de 1999.

El cuarto capítulo nos define de manera general lo que es la eficacia y la validez, de manera general, para poder proceder a analizar dichas definiciones desde el punto de vista del documento electrónico, y como la legislación y la jurisprudencia, se han visto en la necesidad de implementar este elemento probatorio.

El quinto capítulo se realiza un análisis sobre la jurisprudencia que se ha encontrado sobre el documento electrónico, como medio de prueba aportado a los procesos judiciales en las diferentes ramas del derecho y el valor que ha sido asignado a dicho elemento, al igual que la valoración probatoria que se está dando por parte de los altos tribunales en Colombia, para el manejo, presentación y valoración de este nuevo medio probatorio. Posteriormente se realiza el análisis material o de campo, donde se expone el estudio que se hizo dentro de la ciudad de Bucaramanga, del documento electrónico como medio de prueba válido y eficaz, dentro de los procesos penales de conocimiento.

De lo anterior se concluye que el documento electrónico es una prueba válida en Colombia, y siempre que cumpla los requisitos expuestos por la ley 527 de 1999, es eficaz para probar un hecho o un acto dentro de cualquier proceso judicial.

1. LAS PRUEBAS

1.1 IMPORTANCIA Y DEFINICION

“Da mihi factum, dabo tibi ius”¹

El presente capítulo desarrolla el tema de las pruebas como base a la construcción y alcance del documento electrónico como medio de prueba válido en el sistema jurídico colombiano.

La prueba históricamente ha sido objeto de estudio permanente dada la trascendencia que dentro de la relación jurídica procesal tiene para dar certeza efectiva al juez y definir el sentido de las decisiones judiciales, razón de ser del aparato judicial y causa legítima de la existencia del Estado.

Tal y como se expresa en La Constitución Política de Colombia de 1991 toda persona tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra², de ahí la importancia que dichas pruebas cumplan con todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos. El Código Procedimiento Civil Colombiano no aporta una definición de prueba, hace referencia es a la necesidad que se tiene de ella dentro de los procesos judiciales, tal y como lo establece su artículo 372 cuando reza “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegados al proceso”³, pues son las pruebas los elementos de juicio con los que cuenta el juez en el momento de adquirir certeza de los hechos, y fundamentar su decisión.

Existen diferentes conceptos de la palabra prueba a tener en cuenta para el desarrollo de este capítulo de la siguiente manera.

Según el Diccionario de la Real Academia la prueba es la “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.”⁴, es por medio de la prueba que se ratifica o refuta algo que se encuentra en entredicho.

Para el profesor Azula Camacho debe entenderse por prueba “acto procesal mediante el cual se le lleva al juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso”⁵, nos hace ver que la prueba es allegada al proceso por la voluntad de cada una de las partes, buscando dotar al juez del convencimiento sobre los hechos, para así determinar que algo es verdadero o falso.

¹ Significa: “Dame las pruebas y te daré el Derecho”. Principio dentro del Derecho Romano. Enciclopedia Wikipedia. [en línea]. http://es.wikipedia.org/wiki/Da_mihi_factum,_dabo_tibi_ius. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 29.

³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 174.

⁴ Diccionario RAE 2.0.La Real Academia Española: Definición de Prueba, [en línea]. <http://drae2.es/prueba> [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁵ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p.4.

Para el profesor Devis Echandía “la prueba judicial es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los derechos”⁶, es prueba todo aquello que se aporta al proceso para dar convicción al juez sobre la verdad de los hechos, y que tenga certeza de cuál es el derecho que se está viendo vulnerado y como se está quebrantando, para así proceder a su restablecimiento o declaración.

Para el profesor Hernán Fabio López no existe una definición general de la prueba, él considera necesario hacer una definición partiendo de la base que existen dos clases de pruebas, la denominada plena prueba que es “aquella legalmente rituada que le lleva al juez cabal y completo convencimiento del hecho que se quiere demostrar”⁷ y la prueba sumaria es que “aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer”⁸, es así, que la prueba plena es aquella que cumple todos los requisitos legales y de un convencimiento completo al juez sobre la verdad y ocurrencia de los hechos, mientras que, la prueba sumaria, es aquella que no se controvierte dentro del proceso judicial, y por consiguiente es una prueba que no ha tenido el debate, o la presencia por las partes, bien sea en el momento de su realización o de su aportación al proceso.

De lo anterior se puede inferir que la prueba judicial es aquel elemento que se debe aportar dentro de todo proceso judicial y busca dotar al juez de los elementos facticos necesarios para adquirir una convicción de verdad o falsedad de los hechos que se presentan a su consideración, para así poder emitir una decisión sobre los hechos o el derecho que se encontraba en entredicho.

Todo esto teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales para la presentación y valoración de las pruebas, toda vez que es necesario que la prueba cumpla con unos principios y reglas establecidos, tal y como afirma el profesor Hernán Fabio en sus definición de prueba plena, la prueba debe cumplir con un procedimiento o unas etapas básicos para que pueda darse la valoración por parte del juez.

1.2 LA ACCION DE PROBAR

El Profesor Hernán Fabio López nos dice que “Probar es justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho y la verdad de una cosa con razones,

⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.25

⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.82

⁸ Ibídem. p. 83

instrumentos o argumentos”⁹, el Profesor Devis Echandía define la acción de probar como “aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos”¹⁰

De lo que se puede inferir que la prueba es el resultado de la actividad que ejercen las personas que tienen interés en establecer la certeza o la verdad de un hecho por medio de la presentación, solicitud o aporte de los diferentes medios de prueba establecidos en la legislación.

Para lo cual se debe tener en cuenta la definición de hecho como “cosa que sucede”¹¹, y por hecho jurídico como un “supuesto de hecho al cual el derecho le reconoce unas consecuencias jurídicas”¹².

De tal suerte que se deben tener en cuenta todo tipo de hechos como son los hechos de la naturaleza que estén exentos de cualquier tipo de intervención del hombre, las representaciones de la conducta humana, bien sean conductas voluntarias o involuntarias, las cosas y objetos materiales, la persona humana, en su totalidad, tanto en la parte física como intelectual, los hechos provenientes de las cosas, tanto animadas como aquellas que son inanimadas, por último la costumbre, ley extranjera y las normas jurídicas, tal y como afirma el Profesor Jorge Tirado Hernández “el objeto de la prueba son los hechos, tomados estos en su sentido más extenso”¹³.

La acción de probar en el proceso judicial tiene como fin determinar si existe o no un grado de verdad en los diferentes supuestos de hecho que las partes alegan dentro de la relación jurídica procesal como centro del debate jurídico planteado por estas, tal y como se establece en el Código de Procedimiento Civil cuando dice que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹⁴ estableciendo una relación entre los medios de prueba y los hechos planteados, por estas, que permitan en última instancia adquirir verdad o certeza al juez en el momento de valorar dichas pruebas o dictar una sentencia.

⁹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.25

¹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.25

¹¹ Diccionario RAE 2.0.La Real Academia Española: Definición de Hecho, [en línea]. <http://drae2.es/hecho>[visitado por última vez el 6 de mayo de 2011].

¹² BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Tomo 1, p. 8.

¹³ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1, pg.135.

¹⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 177: Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

1.3 FIN DE LA PRUEBA

El fin máximo del ejercicio de probar es la búsqueda de la verdad, entendiéndose por verdad tal y como la definía Aristóteles aquello que permanece inmutable, de la misma manera y que a pesar del paso del tiempo esta no puede cambiar. Es por esto que el ejercicio de probar es tan importante, pues por medio de este, se puede determinar la verdad de los hechos expuestos a una controversia.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 372 dice “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”¹⁵, se entiende como fin de la prueba para el legislador crear una convicción absoluta al juez, sobre las circunstancias y la forma en que se dieron los hechos, así como la ocurrencia de los mismos, y la responsabilidad o autoría de la parte que está siendo demandada o acusada, según el caso.

Para la doctrina los fines de la prueba se pueden ver desde distintos puntos de vista y es por ello que la determinan de la siguiente manera:

Para el profesor Carlos Lessona la prueba va encaminada a “convencer al juez”¹⁶, para él este convencimiento trae como consecuencias dos asuntos que se deben tener en cuenta como son que se da a conocer al juez el hecho, y al hacerlo se crea certeza para el juez de la existencia o no del hecho en cuestión.

Para el profesor Devis Echandía “el resultado de la prueba es, pues, la conclusión que de ella saca el juez, de acuerdo con sus motivos, fundamentos o argumentos”¹⁷, de tal forma que el juez basado en los medios de prueba aportados al proceso y valorados por él saca una conclusión sobre ellos de acuerdo a el convencimiento que los mismos han aportado al proceso.

Por último el profesor Hernán Fabio López dice que el fin de la prueba es convencer al juez de la ocurrencia de determinadas circunstancias de hecho que se supone son ciertas¹⁸, tal y como se demostrado por medio de las pruebas aportadas al proceso.

Por tanto se tiene como resultado de la prueba es el convencimiento, que ha adquirido el juez, sobre la ocurrencia de los hechos materia de debate. Y la veracidad de la ocurrencia, o la omisión que hubo sobre estos hechos, todo lo

¹⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 372.

¹⁶ LESSONA Carlos, Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil. Madrid, Editorial Reus. 1928. P.8. citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p 231.

¹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.242.

¹⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.43.

cual buscando el juez establecer, las circunstancias que dieron lugar al debate probatorio por parte de los interesados, y llegar a la verdad para proceder a dirimir dicha controversia.

1.4 MEDIOS DE PRUEBA DEL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO

Los medios de pruebas tal y como los define Jorge Tirado “los vehículos de que pueden valerse las partes o el juez en un proceso para el logro de aquella finalidad”¹⁹, el medio es aquello que la parte puede tomar como mecanismo idóneo para exponer la fuente de la prueba y que tiene como resultado, persuadir o dar convicción al juez en un sentido u otro sobre el tema objeto de litigio.

Dentro de la Legislación colombiana se da como regla general, una libertad de medios probatorios, es decir, que se puede probar por cualquier forma lícita un hecho, no exista una tarifa o medio de prueba específico, para la prueba de determinados hechos.

El legislador nos enumera como medios de prueba presentes dentro del Código de Procedimiento Civil en su artículo 175²⁰, como en el Código de Procedimiento Penal en su artículo 382²¹, a saber: la prueba de confesión, el juramento, la declaración de terceros, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección y la prueba indiciaria.

Teniendo en cuenta que esta enumeración no es taxativa como si enunciativa, en los artículos también especifican en sus incisos finales que, el juez valorará cualquier otro tipo o medio de prueba que no se encuentre entre los mencionados anteriormente siempre y cuando estas pruebas sean lícitas.

Es así que se tiene como primer medio de prueba las declaraciones que hacen las personas frente al juez para la configuración del medio de prueba.

- a. Este tipo de declaración se puede establecer de dos maneras distintas la declaración de parte o confesión y la declaración de terceros o testimonio.

Para el profesor Hernán Fabio López, el testimonio “trata es de que personas naturales que no son parte dentro del proceso ilustren con sus relatos referentes a hechos que interesan al mismo, para efectos de llevar

¹⁹ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1. p. 98.

²⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 175: Medios de Prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

²¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 382: Medios de Conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso”²²

La declaración de parte o testimonio, cuando un tercero ajeno al proceso, pero con conocimiento de los hechos objeto de debate, da su opinión o su versión de los hechos.

La declaración de parte no tiene que ser especializada o técnica, es una persona que tiene conocimiento de los hechos objeto de litigio en primera persona y va a dar a conocer su versión.

La persona que es considerada como testigo debe ser una persona física, en ningún momento se puede llegar a considerar la declaración de una persona jurídica como tal, pues como hemos explicado la declaración es subjetiva de la persona que presencia los hechos. Este tipo de prueba se debe hacer ante un juez, para que este pueda intervenir de considerarlo necesario, y para que pueda tener contacto directo con el testigo y poder determinar la veracidad o no de la declaración por este presentada.

El testimonio se encuentra en los artículos 213 al 232 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 383 al 404 del Código de Procedimiento Penal.

La declaración de parte o confesión en su sentido más amplio es la “declaración del sindicado en que reconoce explícitamente su participación en el hecho criminoso, es decir, el reconocimiento de su autoría y por tanto de su responsabilidad penal”²³.

Como definición legal tenemos la del Código de Procedimiento Civil que dice en su artículo 194 “la confesión judicial es la que se hace ante un juez, en ejercicio de sus funciones”²⁴, es llamada confesión judicial, porque puede suceder igualmente que la confesión sea extrajudicial, es decir, sin que medie proceso judicial en el momento.

La confesión no es otra cosa que una declaración de la parte sindicada, acusada o demandada, donde esta reconoce su participación o la realización de los hechos materia de debate.

Para que se dé la prueba de confesión la persona a la que se está interrogando, debe asumir la responsabilidad o autoría de los hechos, de lo

²² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.181

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia 26 de abril de 1961. Mg. Ponente Dr. Primitivo Vergara Cuervo.

²⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 194: Confesión Judicial. Confesión judicial es la que se hace ante un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser espontánea o provocada. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio.

contrario la prueba no es considerada como tal puesto que no se estaría confesando nada.

La confesión se encuentra en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 194 a 210.

- b. Como segundo medio de prueba se tiene la inspección judicial que tal y como expresa Parra Quijano “es la percepción misma del hecho a probar por parte del juez, llamada inspección, reconocimiento o comprobación judicial”²⁵.

En el código de procedimiento penal en su artículo 435 es considerada una prueba que se debe realizar de manera excepcional, mientras que el Código de Procedimiento Civil no hace referencia a esta categoría especial para el medio de prueba.

Cuando se solicita al juez o funcionario judicial que se desplace al lugar donde se dieron los hechos para realizar la inspección, no es otra cosa que solicitarle que constate la existencia de los hechos por medio de rastros, construcciones, el medio de vida de la persona, entre otros.

Este medio de prueba lo realiza primordialmente el juez, pues es a él a quien se busca convencer y quien va a tener que interpretar las pruebas aportadas y dar una decisión sobre la misma.

Este medio de prueba se encuentra consignado en los artículos 244 a 247 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 435 y 436 del Código de Procedimiento Penal.

- c. El tercer medio de prueba sobre el que se hace referencia es la prueba pericial, o prueba que se realiza por medio de peritos.

Para Parra Quijano “consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos, que la persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia”²⁶.

Es el aporte de una persona natural, que tiene conocimientos específicos sobre temas técnicos, científicos o artísticos, que no son de conocimiento del juez, y por consiguiente necesita le sean expuestos de manera específica por el versado en la materia para poder llegar al convencimiento en el momento de tomar una decisión.

Esta declaración es realizada por terceros calificados en un área concreta quienes aportan sus conocimientos para dilucidar la verdad de los hechos y a quienes se considera han hecho un análisis objetivo de los mismos y su

²⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio: 16 edición, Bogotá. Librería del Profesional, 2007. p.621

²⁶ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio: 16 edición, Bogotá. Librería del Profesional, 2007. p.633

apreciación es basada en esos conocimientos científicos con un alto grado de exactitud.

La prueba pericial se encuentra en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 233 a 243 y en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 405 a 423.

d. El cuarto medio de prueba es el denominado Juramento.

Así como lo denomina Devis Echandía²⁷ es un medio especial de prueba, que a diferencia de lo que muchos pensarían no es el acto que realiza la persona donde jura decir la verdad sobre aquello sobre lo que tiene conocimiento directo, el juramento es “un medio probatorio, de naturaleza testimonial, cuyas consecuencias jurídicas adversas se desprenden no para quien lo hace, sino en relación con la contraparte”²⁸ Se considera juramento como medio de prueba cuando se aportan documentos al proceso, y se toman como ciertas las afirmaciones de las partes que no pueden ser probadas por otro medio, pero se deben tener en cuenta dentro del proceso judicial, un ejemplo de esto es cuando la ley le permite a la persona que realice una liquidación o estime un valor, sobre el cual no tiene otra forma de determinar que el valor es cierto.

En Colombia se dan dos tipos de Juramento a saber;

- el estimatorio: sirve para suplir una prueba que por renuencia de una de las partes no pudo ser practicada²⁹.
- deferido por ley: cuando una parte se le permite que estime en una suma de dinero la prestación, o en general, los perjuicios a que tiene derecho.³⁰

El Juramento, se encuentra consignado en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 211 y 212.

e. El quinto medio de prueba es la Prueba por medio de indicios o la prueba indiciaria.

Es considerada una prueba que se da de manera indirecta ya que a partir de un hecho se puede inferir otro. Tanto Devis Echandía como Parra Quijano, consideran que esta prueba es crítica o lógica e indirecta.

Para que se configure la prueba indiciaria debe existir una relación lógica y un nexo visible entre el hecho probado y el que se pretende probar por medio de la lógica y la argumentación para ser apreciado por el juez y determinar el grado de verdad que tiene dicho indicio.

²⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 2, p 721.

²⁸ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal. 2da edición, Bogotá. Editorial Temis S.A., 2003. Tomo VI, p. 190.

²⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 2, p 721.

³⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 2, p 721.

HECHO PROBADO + NEXO CAUSAL= PRUEBA INDICIARIA³¹

- f. Se establece la prueba documental en el momento que el documento es anexado a un proceso como prueba de un hecho, es decir, el documento por sí mismo, representa un acto o un hecho, pero no es prueba a menos que se aporte dentro de un proceso y se solicite el que sea considerado como tal.

Es por ello que no es lo mismo cuando se habla de documento y de prueba documental, a pesar de encontrarse relacionadas entre sí.

Tal es así que Hernán Fabio López dice “la prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”³².

En el momento de aportar un documento dentro de un proceso para que sea considerado como tal, dicha prueba debe ser considerada de manera total y no parcialmente. La prueba documental que proviene del documento que se aporte al proceso es una y así lo debe ver tanto el juez como las partes cuando hagan referencia a la misma.

De igual manera a la prueba documental no se le puede conceder mayor valor del que tiene o de aquello que pretende probarse por medio del documento que se aporta al proceso como prueba, pues, finalmente debe ser considerado como prueba únicamente lo que se encuentra allí escrito, de aquello no se puede inferir o ver cosas que no hay.

Por el aporte de un documento a un proceso lo que se busca es determinar un hecho o un acto, es decir, el carácter representativo del mismo no va mas allá lo expresamente escrito o plasmado dentro del mismo.

1.5 APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Al hacer referencia a la apreciación o valoración de la prueba nos encontramos en el momento en que el juez, tiene en su poder todo el material probatorio debidamente recolectado y entra a realizar el análisis de las pruebas tanto de manera individual como de su conjunto, puesto que “las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”³³

³¹ Por medio de este esquema lo que se busca representar es que para la configuración de la prueba indiciaria, se necesita que esta provenga de un hecho probado, y que exista una relación o nexo, entre el hecho que ya ha sido probado y lo que se va a configurar como prueba indiciaria.

³² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.381

³³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 187.

Esta actuación es privada del juez, pues se basa en un análisis mental, donde debe dirimir la veracidad de las pruebas que hacia él fueron presentadas, y comenzar a otorgarles grados de eficacia o valor a cada prueba, para en última instancia tomar una decisión basada en la lógica y en la razón, buscando el fin último de la prueba que sería la justicia y la verdad.

1.5.1 Valoración de la Prueba

La apreciación o valoración de la prueba se realiza en tres momentos tal y como lo hace ver Devis Echandía³⁴ que son la percepción, la representación y el razonamiento.

La etapa de la percepción, se da en el momento de la recolección de la prueba, donde se aplica el principio de la inmediación probatoria, pues el juez se encuentra en contacto directo con la prueba, bien sea escuchando a un testigo o haciendo una inspección judicial. En este punto se forma una idea principal sobre la prueba, puede ver las expresiones del testigo, las reacciones, el ambiente en el que se encuentra, entre otras cosas.

La segunda parte es la representación, que la realiza el juez consigo mismo, donde se hace una idea general sobre todos los hechos y las pruebas narrados a lo largo del proceso, donde hace la reconstrucción de todos los hechos con sus pruebas para poder determinar cómo es que sucedieron las cosas.

Por último se habla del razonamiento, que no se da necesariamente como una tercera etapa sino simultáneamente con las dos anteriores, pues el juzgador en el momento de la percepción y la representación de los hechos y las pruebas debe tener un criterio lógico para determinar la veracidad y la apreciación de las pruebas objeto de análisis.

1.5.2 Sistemas de Valoración de la Prueba

Al momento de la apreciación el juez también puede utilizar diferentes sistemas para el análisis de las pruebas, bien sea el de la tarifa legal, la libre convicción o el de la sana crítica o persuasión racional.

- a. El sistema de la tarifa legal se basa en que “la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica”³⁵. Este sistema de la tarifa legal se basa entonces en lo que determina el legislador, y la exposición de motivos dentro de la sentencia se realiza con la misma mecánica, simplemente se basa en determinar cuál es la prueba y el valor que según la ley se debe asignar a cada una.

³⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 2, p.275.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 202 de 2005. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Jorge Tirado lo define como “un sistema en que el legislador de antemano y taxativamente, enumera los medios de prueba que pueden emplearse en un proceso y también apriorísticamente les asignan un valor probatorio que debe tener en cuenta el juez”³⁶, en el momento de realizar el análisis y la valoración probatoria, para formar su convicción.

Este sistema no crea una convicción de verdad al juez, lo que se busca por medio de este sistema es la suma de valores de cada uno de las pruebas presentadas, y se estima el resultado, no necesita de realizar ninguna tarea de análisis y ponderación, pues el sistema no da esas facultades.

- b. El segundo sistema es el de la Libre convicción, este sistema como de su nombre se infiere, se da a diferencia del sistema anterior donde el juez solo aplica de manera mecánica las reglas, dentro de este sistema el juez no se guía de ninguna regla escrita, todo se basa en sus convicciones y lo que el de manera personal considera es lo justo.

La Corte Constitucional lo define como que “se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta”³⁷.

Este tipo de valoración legal es el que se aplica en los países dentro de los cuales se encuentran presentes los jurados de conciencia, pues estos basan su decisión en aquello que consideran correcto o incorrecto, en ningún momento se hace referencia a la ley y lo que esta determina, es un “sistema integrado por elementos eminentemente subjetivos”³⁸.

- c. El tercer sistema es el de la libre apreciación razonada de la prueba, sistema que se aplica actualmente en Colombia. Se encuentra en medio de los dos sistemas de valoración anteriores, y se basa en que “el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas”³⁹.

Este ultimo sistema necesita que el juez recurra tanto a las reglas escritas como a las no escritas en el momento de exponer los motivos que dieron pie al resultado de la sentencia, es decir que es un sistema “formado por elementos objetivos y subjetivos, porque se autoriza al funcionario judicial para extraer y aplicar conclusiones razonadas en cada caso concreto”⁴⁰.

³⁶ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1. p.373

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 202 de 2005. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería

³⁸ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1. p. 374

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 202 de 2005. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería

⁴⁰ TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1. p. 375

Con la libre apreciación de la prueba se busca poner unas reglas básicas por las cuales el juez se debe guiar, donde se aplica tanto la ley, como la lógica y la razón de acuerdo a las percepciones que el mismo tuvo tanto en el momento de la recolección de las pruebas como en todo el trascurso del proceso, y busca finalmente hacer justicia a las partes de acuerdo a las circunstancias propias para cada caso, es decir que el juez tiene la facultad para de manera razonada y a través de la evolución del material probatorio llegar a una conclusión adecuada y basada en criterios de verdad y no de acuerdo a una tarifa pre-establecida⁴¹.

⁴¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.p.63.

2. EL DOCUMENTO

2.1 DEFINICIÓN

El presente capítulo se desarrolla como base conceptual de la investigación, buscando determinar el documento y su valor legislativo, partiendo de la concepción del documento para el derecho.

El documento como base conceptual válida, dentro de la legislación colombiana, y como uno de los medio de prueba que mayor uso tiene en la actualidad en Colombia.

Para el profesor Jairo Parra Quijano el documento es “todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que representa una cosa, un hecho o una manifestación de pensamiento propio⁴²”, esto es que el documento tiene la función de representar hechos, cosas o manifestaciones de pensamiento producidos por el hombre.

Una concepción mucho más amplia y vaga sobre el documento es la que aporta el profesor Hernán de León Batista cuando lo define como “cosa que hace conocer un hecho”⁴³, y posiblemente la definición más completa es la realizada por el profesor Devis Echandía cuando dice que el documento es “toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible por los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera”⁴⁴.

En lo que coinciden los autores es en determinar que para la creación o realización del documento, debe estar presente la mano del hombre, debe ser producto de un pensamiento, un hecho o un acto, que la persona haya realizado. No se puede decir que hay documento sin intervención del hombre, pero si se puede decir, que el documento pudo ser desarrollado de manera involuntaria por una persona, lo que nos lleva a deducir que el documento puede tener o no declaraciones de voluntad de las personas, pero tendrá un carácter representativo.

Tanto así que El Código de Procedimiento Civil en su artículo 251 hace referencia a los documentos, pero él nos muestra una clasificación no taxativa de aquello que puede ser considerado documento y no un concepto como tal del mismo, para el Código de Procedimiento Civil son entonces documentos los “escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas

⁴² PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba Judicial. Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tomo 3, 2003. P.10.

⁴³ DE LEÓN BATISTA, Hernán. Revista de Derecho Informático. Artículo: Fuerza Probatoria de los Documentos electrónicos. [en línea]. 2004. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁴⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p. 473.

cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”⁴⁵

Esta definición del Código de Procedimiento Civil, aporta otra característica a la definición de documento de la que no se había hecho referencia anteriormente y es el carácter representativo o declarativo del documento, que tal y como las define el Profesor Hernán Fabio López, es declarativo “cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe”⁴⁶, y es de carácter representativo “cuando no contenga ninguna declaración”⁴⁷.

Cuando se dice que tiene un carácter declarativo o representativo, es porque en ese momento el documento contiene la descripción o prueba de un hecho o de un acto, que ha sido realizado de manera voluntaria o involuntaria por una o más personas, presentes en el momento de la realización de dicho documento.

2.2 ELEMENTOS

Como elementos constitutivos del documento se encuentran el corpus o cuerpo y el docet. La palabra corpus o cuerpo, hace referencia al “objeto material sobre el cual se encuentra representado el hecho o el acto”⁴⁸. El cuerpo del documento hace referencia a la parte física que se utiliza para representar o declarar el hecho o acto, tanto hace que “no importa la materia de la cual este hecha el documento”⁴⁹, lo importante es que ese cuerpo nos pueda demostrar algo.

Este corpus, objeto material o el objeto físico sobre el cual se plasma la voluntad del autor puede ser mueble o inmueble. Por ejemplo, un contrato, un correo electrónico, o una fotografía, son bienes considerados muebles. En contraste con ellos un monumento o un grafiti, son considerados bienes inmuebles, puesto que la voluntad del autor se ve plasmada sobre este tipo de bienes.

El docet, considerado también como el “elemento intelectual del documento”⁵⁰ contiene la voluntad del autor del documento. Esta parte no se puede palpar con las manos, hace referencia a la esencia del documento. Se refiere a la finalidad del autor del documento en la creación del mismo, las razones que tuvo para la realización de dicho objeto y la finalidad o el fin que buscaba alcanzar con la creación de este documento.

⁴⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 251.

⁴⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008. P327

⁴⁷ *Ibidem*. p. 327

⁴⁸ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004. p.35.

⁴⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio: 16 edición, Bogotá. Librería del Profesional, 2007. p.621

⁵⁰ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004. p.35.

Es así que se necesita de un cuerpo y una parte intelectual, que se puede ver configurada aquel elemento que se denomina documento, y entrar a valorar en su parte intelectual, o el contenido del mismo que se encuentra presente.

2.3 CLASES DE DOCUMENTOS

Los documentos se pueden clasificar en dos grandes grupos El Código de Procedimiento Civil en su artículo 251 dice que los documentos “son públicos o privados”⁵¹, esto como un medio de identificación la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

2.3.1 Los Documentos Públicos

Para el profesor Devis Echandía el documento público es “cualquier documento, escrito o no, que tenga su origen en la actividad de un funcionario público, en ejercicio del cargo, que tengan ese origen y pertenezcan, en consecuencia a una oficina o entidad pública”, este tipo de documentos puede ser creado de forma exclusiva por el funcionario público dentro de su cargo.

Para el profesor Hernán Fabio López el documento público debe “haber sido creado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones”, los documentos públicos son creación de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Para el profesor Romero Soto, “la naturaleza del documento público le viene de su origen oficial, del hecho de haber sido expedido en ejercicio de la función pública y no de la categoría de su autor”⁵², devienen de la función pública que ejercen ciertas personas, y por el hecho de estar realizando esta función el documento adquiere esta característica.

Ahora bien para poder identificar que es un documento público se debe determinar quiénes son funcionarios públicos, y tal y como expresa el profesor Gustavo Penagos “aquellos que tienen derecho de mando, de iniciativa y de decisión y que ocupan, en consecuencia, los grados más elevados de la jerarquía, el funcionario puede declarar la voluntad del Estado”⁵³.

En consecuencia se puede decir que son considerados como públicos los documentos tal y como se expresa en el Código de Procedimiento Civil cuando “han sido otorgados por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención”⁵⁴, esto les otorga una característica distintiva a los documentos públicos de los privados, ya que el documento público debe ser otorgado por un funcionario público, o debe crearse u otorgarse en el ejercicio de las

⁵¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 251

⁵² ROMERO SOTO, Luis E. La Falsedad Documental. 4ta Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A., 1993. P 104.

⁵³ PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo: Parte Especial. 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 1995. P. 212.

⁵⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 251.

funciones de este, tal y como lo denomina el profesor Ramírez Soto, en el ejercicio de la función pública, pero este documento deberá ser otorgado por una persona considerada funcionario público, es decir que entre las funciones que han sido asignadas a esta persona, pueda declarar la voluntad del estado, o pueda la capacidad de realizar este tipo de documentos, de lo contrario el documento no adquiere la condición de documento público, y nos encontraríamos en el caso que hace referencia el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil y es que “el documento que no tenga el carácter de público por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, se tendrá como documento privado si estuviere suscrito por los interesados”⁵⁵, pero que tal y como señala el profesor Hernán Fabio López, “el instrumento público defectuoso lo que permite es cuestionarlo en el sentido de aquello que consigna el funcionario público incompetente”⁵⁶, dejando como consecuencia inclusive la exclusión del documento como prueba dentro del proceso.

Es por ello que podemos decir que el documento público se caracteriza por tener un punto extra de formalidad al ser constituido por o en presencia de una persona que tiene la característica especial de ser denominado funcionario público.

Dentro del grupo de los denominados documentos públicos se encuentran presentes, la escritura pública, y los documentos públicos otorgados en el exterior, entre otros.

El documento público denominado escritura pública, contiene tal y como lo expresa el Estatuto de Notariado, Decretos 960 de 1970 en su artículo 13 “la escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones de actos jurídicos, emitidas ante notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo”⁵⁷. Este tipo de documento público se otorga cuando la ley o las partes deciden darle este grado o calificativo a determinado acto que van a realizar, buscando un mayor grado de confiabilidad a dicha actuación, pero tal y como expresa Hernán Fabio López “ningún documento prueba más de lo que intrínsecamente contiene”⁵⁸, es decir, que cuando la ley lo solicita es con el fin de cumplir una formalidad por ella expresada, y cuando las personas lo realizan simplemente buscan que al realizarlo por este medio el documento sea más de lo que en realidad es.

También existen documentos públicos que otorgan en el exterior por funcionarios públicos de dichos países, cuando es ese el caso el documento para poder hacerse firmar igualmente por un agente diplomático del país para que se puede presumir en el momento de querer darle un valor probatorio, que

⁵⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 266

⁵⁶ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008. P330.

⁵⁷ ESTATUTO DE NOTARIADO Y REGISTRO. Decretos 960 de 1970. Artículo 13.

⁵⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008. p.333.

en el momento de su constitución dicho documento fue creado de acuerdo a las normas del país en que se realizó.

2.3.2 Los Documentos Privados

El documento privado es aquel que tal y como se expresa dentro del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil “es el que no reúne los requisitos para ser un documento público”⁵⁹.

Para el profesor Hernán Fabio López el documento privado “es el documento que proviene de las partes, entendidas como los sujetos de derecho habilitados para intervenir dentro del proceso y quienes son ajenos al mismo, o sea, los terceros”⁶⁰, es el documento que proviene de las partes y no tiene ningún calificativo especial.

Para el profesor Devis Echandía el documento privado no tiene una definición especial, se limita a hacer una enunciación de cómo puede darse este tipo de documentos y es por ello que dice que es “el que no tiene carácter de público, y puede consistir en instrumentos, cuando se trata de escritos firmados o no, y en documentos no declarativos, pero representativos, como mapas, cuadros, planos, etc.”⁶¹,

Para el profesor Romero Soto “son documentos privados los elaborados por los particulares con cualquier fin, siempre que puedan servir de pruebas”⁶², es decir, en su valor probatorio dentro de un proceso.

De lo anterior se puede inferir que para el documento privado no existe una definición unificada por parte de los diferentes autores, todos ellos lo asimilan con el documento que aportan las partes y no cumple los requisitos para considerarse documento público. En lo que si acuerdan todos los autores es en determinar que este tipo de documento puede ser valorado en igualdad de condiciones que el documento público, es decir, que la eficacia de este tipo de documento no se pierde por ser privado, toda vez que se considere autentico.

Entiéndase por documento privado autentico aquel sobre él cual “existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”⁶³ “mecanografiado, impreso, o producido por algún otro procedimiento”⁶⁴

2.4 DOCUMENTOS ORIGINALES Y COPIAS

⁵⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 251.

⁶⁰ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008. p.337.

⁶¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.537.

⁶² ROMERO SOTO, Luis E. La Falsedad Documental. 4ta Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A., 1993. P115.

⁶³ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 252.

⁶⁴ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 425

Para poder hablar del documento original y copias se debe comenzar por determinar que se entiende por original. Para lo cual el Diccionario de la Academia Española define original como “Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor”⁶⁵ y “Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia”⁶⁶, de acuerdo a estas dos definiciones, se puede inferir que original es una obra única, realizada por aquel que se reputa su autor y por medio de la cual se pueden realizar copias o réplicas. Estas copias pueden ser totales o parciales, pero esto no impide que sea considerada una copia del original, Así como el original no deja de serlo y de pertenecer a su autor.

Dentro de los procesos judiciales, se pueden aportar los documentos en originales o en copias⁶⁷,

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 429 dice que los documentos se pueden presentar a un proceso judicial bien sea en su forma original o por medio de copia autenticada, pero teniendo en cuenta que la copia autenticada solo debe presentarse cuando no fuera posible presentar el documento original, o que la presentación del documento original pudiese llegar a causar algún tipo de perjuicio a el poseedor del documento original⁶⁸. De lo que se puede entender que en el momento de presentar un documento, se debe buscar en un primer momento el documento original y solo en caso de no ser posible se debe aportar la copia autenticada de dicho documento.

El Código de Procedimiento Civil es más amplio en cuanto a la presentación de las copias dentro de los procesos puesto que este no hace ninguna aclaración, sobre el aporte del documento en copia o en su versión original a un proceso judicial⁶⁹, esto da a entender que no es relevante la manera en que se aporte el documento al proceso puesto que se encuentra bajo la presunción de autenticidad, y no se necesita ningún tipo de actuación extra para estar cobijado por la misma.

Estos dos artículos muestran una clara diferencia en las visiones del legislador en el momento de la expedición de estas dos leyes, tal es el caso que para la jurisdicción civil no es necesario que la copia sea autentica, para que sea valorada dentro del proceso judicial, mientras que en el momento de la valoración del documento dentro de los procesos penales, si es necesario que la copia haya sido presentada autentica, de lo contrario no se tiene en cuenta la prueba para el proceso.

⁶⁵ Diccionario RAE 2.0.La Real Academia Española: Definición de Documento, [en línea]. <http://drae2.es/documento>[visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁶⁶ Diccionario RAE 2.0.La Real Academia Española: Definición de Documento, [en línea]. <http://drae2.es/documento>[visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁶⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 253

⁶⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 429: El documento podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuese posible o causare grave perjuicio a su poseedor.

⁶⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 253: Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.

2.5 REQUISITOS DE EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DEL DOCUMENTO.

El documento debe cumplir unos requisitos que van a determinar tanto su nacimiento a la vida jurídica, como su valoración por parte del juez, requerimientos que de no cumplirse, generan unas consecuencias jurídicas.

De esta manera el documento puede ser considerado como medio de prueba dentro de un proceso judicial, y el juez pueda realizar su valoración como prueba.

Para la existencia del documento electrónico o para que se considere su nacimiento a la vida jurídica se tiene que cumplir con los siguientes requisitos;

- Que se trate de una cosa o un objeto con aptitud representativa, formado mediante un acto humano⁷⁰. Este requisito se cumple al poder definirse el documento como un objeto mueble que tiene un carácter representativo de un acto humano, esto cuando “el hombre es el autor material de la realización del documento”⁷¹ y representa la voluntad de una o más personas de realizar un acto y queda plasmado en el objeto como evidencia de la realización del mismo.
- Que represente un hecho cualquiera⁷². Que busque la representación de un hecho o acto cualquiera sea este, “la declaración y la representación son las dos manifestaciones del documento mediante las cuales el juez percibe el conocimiento”⁷³, esto es que se identifique una declaración de voluntad, o la representación de un acto humano cualquiera sea este por una o las dos partes involucradas en el acto que buscaba la creación de dicho documento.
- Que exista una Significación probatoria. El Documento “tiene la condición de medio probatorio en la medida que demuestre un hecho con trascendencia jurídica”⁷⁴, esta significación se basa en que el documento represente probatoriamente algo que pueda dar convicción al juez sobre la ocurrencia de los hechos. El documento debe adquirir un valor probatoriamente hablando con relación a los hechos objeto de litigio.

Para que un documento sea válido dentro de un proceso judicial debe “estar constituido únicamente por las formalidades que son propias de un acto

⁷⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.512.

⁷¹ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p.204

⁷² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.513

⁷³ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p. 205.

⁷⁴ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p. 205.

documentado en particular”⁷⁵, esto hace referencia principalmente a todo lo que tiene que ver con la parte de forma y no a la sustancia del mismo documento, es decir, para el cumplimiento de estos requisitos el juez no necesita mirar el contenido del documento sino que debe contemplar los aspectos exteriores del mismo, y las circunstancias en las cuales se elabora este.

- Que en el momento de su elaboración no se haya incurrido en ningún vicio del consentimiento⁷⁶, es decir, que no haya existido ningún tipo de fuerza, dolo, o coacción por alguna persona contra el que se reputa autor del mismo. Esto quiere decir que en el momento que se crea el documento no pudo sufrir ningún tipo de vicio, pues esto demuestra que se viola la verdadera voluntad del autor, pues ya no está expresando su voluntad ni ejerciendo sus derechos sino que está realizando por medio de una coacción, fuerza o dolo, la voluntad de otra persona, y ni su contenido ni su forma cumplirían con el requisito mínimo para que el documento sea considerado válido.
- La aportación al proceso sea legítima⁷⁷. En el momento que el documento se aporta al proceso con el fin que sea considerado prueba de la realización de un hecho o acto, este sea allegado cumpliendo con las formalidades de ley. Esto quiere decir que el documento en ningún momento puede aportarse sin el consentimiento legítimo y son coacción del autor o de los autores del mismo. Para que el documento se aporte al proceso debe estar de acuerdo al autor y en ningún momento puede haber sido coaccionado por ninguna persona para entregar el mismo, pues todo el mundo es libre en sus decisiones.
- El documento debe ser aportado en el momento procesal indicado para ello y cumpliendo los requisitos que la ley les exige⁷⁸. Esto no es otra cosa que para que el documento pueda ser considerado dentro de las pruebas por parte del juez este debe aportarse en el momento que la ley nos dice, de lo contrario el documento podría ser desestimado por parte del juez en el momento de su recepción o valoración probatoria.
- Cuando el documento es un instrumento público haya cumplido las formalidades de ley en su elaboración⁷⁹. Cuando se habla de documento público debe cumplir las formalidades de ley en el momento que se elabora, es decir, que haya sido realizado por un funcionario público en el ejercicio de dichas funciones públicas, que cumpla las formalidades del documento

⁷⁵ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p. 205.p 206

⁷⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P518

⁷⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P519

⁷⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P519.

⁷⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P520.

especifico, entre otras, todo esto debido a que si el documento no cumple estos requisitos no se cumplen este puede considerarse nulo, y los efectos que una declaración de nulidad puede traer a las personas que están dentro del proceso.

- Las copias sean expedidas según la ley⁸⁰. Es decir que dependiendo del tipo de copia esta debe cumplir con los requisitos tal y como exponen cuando la copia debe cotejarse con el original ante notario y que este certifique que son iguales los dos documentos.

Posteriormente a que se establece que el documento existe, y que es válido se procede a determinar la eficacia del mismo como medio probatorio, siendo la eficacia “el grado de convicción que el juez le otorga al documento”⁸¹, en el momento de su valoración.

- Que se presuma su autenticidad⁸². Esto quiere decir que cuando es instrumento público, la ley la presume de antemano siempre y cuando no se pruebe que ha sido alterado, o que el funcionario no era competente, entre otras. Se busca que exista “certeza respecto de la persona de quien proviene y su contenido”⁸³, cuando el documento es privado, también se debe presumir su autenticidad cumpliendo los requisitos que la ley para tal caso ha determinado, toda vez que el documento debe tener identificado el autor del mismo, y mientras que no se demuestre que ha sido alterado, este se presumirá auténtico para todos los hechos del proceso. Por consiguiente, un documento auténtico es todo aquel que este cobijado por la presunción de autenticidad, que consigna la ley, tanto para los documentos públicos como para los privados.
- Que no haya prueba en contra del documento⁸⁴. Que la prueba documental que se ha presentado para que sea considerada dentro del proceso, no haya sido desvirtuada por otras pruebas de mayor y menor valor a la expuesta o que no se haya interpuesto y haya sido declarada cierta dentro del mismo juicio. Es decir, que el documento no se le pueda comprobar ningún error en su constitución al momento de su presentación y consideración por parte del juez.
- Contenido convincente para el juez⁸⁵. El contenido expuesto dentro del documento tenga la capacidad de convencer al juez sobre la veracidad de lo

⁸⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P520

⁸¹ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p.206.

⁸² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P. 521

⁸³ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI. p.207.

⁸⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P. 522

⁸⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P. 522

ahí contemplado, que no se pueda entrar a dudar que aquello que menciona el documento es verdad, y que está sin ningún tipo de sombra que puede hacer al juez dudara sobre lo ahí contenido.

- Que para allegarlo al proceso no se haya hecho ninguna violación a la reserva o secreto que tenía dicho documento⁸⁶. Que en el momento en que el documento es allegado al proceso no se haya violado ninguna ley o norma para poder conseguir dicho documento, por ejemplo cuando se viola la correspondencia de una persona. Es decir, que el documento no puede ser considerado una prueba tomada de forma ilícita por la calidad del mismo.

⁸⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, P. 522

3. DOCUMENTO ELECTRONICO

A partir de la conceptualización anterior se procede a definir el documento electrónico, como uno de los puntos principales del presente trabajo, toda vez, que partiendo de la contextualización de este elemento que se podrá proceder a realizar el análisis material y jurídico de este medio probatorio.

3.1 NOCIÓN DE DOCUMENTO ELECTRÓNICO

A partir de la definición de documento electrónico encontrada en la publicación seriada “Revista chilena de Derecho Informático” que señala a estos “aquellos generados por y a través de un medio automatizado y pueden además, estar memorizados en dispositivos susceptibles de ser leídos por los mismos”⁸⁷, definición a partir de la cual se puede comenzar a hacerse una idea de lo que se considera el documento electrónico, tal y como afirman debe hacerse por medio de un medio automatizado, es decir, que su creación debe darse en este tipo de elemento, entendiendo como medio automatizado las diferentes máquinas informáticas o telemáticas que la tecnología nos ha ido proporcionando, una de ellas el computador.

El abogado Rodolfo Herrera Bravo, proporciona como definición que “el documento electrónico es toda representación informática o digital que da testimonio de un hecho, una imagen o una idea”⁸⁸, esto es que el documento electrónico se destaca porque su corpus, es una máquina electrónica, es decir, el docet se encuentra dentro de la máquina electrónica o informática.

Ana Jazmín Torres dice que el documento electrónico “contiene datos que son percibidos y procesados por medios electrónicos y pueden ser comprensibles por el hombre, bien sea por procedimientos informáticos o la lectura que realice”⁸⁹, parte de que el documento electrónico es todo aquel contenido o realizado por medio de una base electrónica.

Para Ernesto Rengifo el documento electrónico “es el objeto físico dirigido a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural, realizado por la intermediación de funciones electrónicas”⁹⁰, es decir, el aparato

⁸⁷ DE LEON BATISTA, Hernán. Revista Chilena de Derecho Informático. Numero 4. [en línea]. 2004. http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D15836%2526ISID%253D567%2526PRT%253D15830,00.html. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁸⁸ HERRERA BRAVO, Rodolfo. El Documento Electrónico y la Firma Digital en el Sector Público Chileno. Ponencia Presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, organizado por FIADI, en Perú; y en la III Conferencia sobre Derecho e Informática, realizada en Cuba, ambas en el año 2000 <http://rodolfoherrera.galeon.com/firmadigital.pdf>[visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁸⁹ TORRES TORRES, Ana Yazmin. Tesis: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO EN COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA. Madrid, 2009.p.37.

⁹⁰ RENGIFO GARCIA, Ernesto. Comercio Electrónico: Documento electrónico y seguridad jurídica. 1 Edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2000.p.33

que sirve de receptor o dentro del cual se encuentra almacenada la información o documento electrónico.

Al hacer referencia al documento electrónico el profesor Erick Rincón Cárdenas dice que este debe ser “un bien mueble, representativo de un hecho o un acto del hombre, que su representación se debe dar por signos inteligibles, y que es susceptible de llevarse al proceso”⁹¹, se puede decir que este autor es redundante en la estipulación de la primera y la última condición, pero en realidad lo que busca es que cuando se hable de bien mueble, y de que se pueda aportar al proceso, la persona que va a aportar como prueba de la ocurrencia de un hecho o acto un documento electrónico, no aporte el computador, únicamente el disco duro o en su defecto la memoria del mismo, porque el caos que se formaría dentro del sistema judicial, además, hasta donde llegarían los juzgados si para la prueba de un hecho presente en una máquina electrónica fuese esta máquina la que se debiera aportar el proceso.

Cada uno de los autores anteriormente citados definen el documento electrónico desde una perspectiva diferente, esto es que lo describen bien sea, desde la óptica del documento en general, de la forma en que se percibe la información, o por el medio donde se encuentra la misma. Pero así como toman el documento electrónico desde ópticas diferentes, también coinciden en afirmar que sin importar la óptica sobre la cual se mire tienen un elemento común y es que para la realización y lectura o almacenamiento de dicho documento es necesario que se esté en poder de un aparato de tecnología igual o similar para que la información puede ser distribuida y leída, sin interferencia de los diferentes códigos que tienen dichos documentos, es decir, que dicho elemento tiene unas características que lo hacen único y para su lectura o almacenamiento se necesita de un soporte igual sobre el cual se creó dicho documento.

La Corte Constitucional al hacer referencia al documento, procede a admitir que cuando se hace referencia a la definición de documento se dice que “al establecer que documento es toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier otro medio mecánico o técnicamente impreso, ‘soporte material que exprese o incorpore datos o hechos’, incluye el soporte del documento electrónico”⁹².

Se puede decir por tanto que el documento es una de las especies que hay de documento, y que documento, tal y como lo expresan en nuestro Código Civil Colombiano es el género, que abarca tal y como lo hablamos las representaciones tanto muebles como inmuebles, que buscaban la representación de un hecho o acto. Por tanto el documento electrónico es una especie del documento, y esta se caracteriza porque su representación se da mediante un medio informático o digital y no manuscrito o con soporte en papel, como generalmente se conoce o asocia el documento.

⁹¹ RINCÓN CÁRDENAS, Erick. Manual de Derecho de Comercio Electrónico y de Internet: 1ra Edición, Bogotá. Universidad del Rosario, 2006 p42.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 356 de 2003. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

3.2 CARACTERÍSTICAS INHERENTES AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

La Profesora María Teresa Olmos busca determinar unas características propias del documento electrónico y dice que, en primer lugar, es inalterable, en el sentido que tiene un carácter permanente y no puede ser modificado, en segundo lugar, que es auténtico, y se pueda verificar que lo que se encuentra plasmado es la verdad o declaración de voluntad por parte del autor, en tercer lugar su durabilidad o permanencia en el tiempo, sin sufrir ningún tipo de cambio, por último la seguridad que tiene el documento para proporcionar tanto al autor como al receptor del documento que las medidas nombradas anteriormente se cumplen⁹³

La corte constitucional ha determinado como elementos esenciales o para la existencia del documento electrónico que sean confidenciales, auténticos, íntegros y que no se puedan repudiar⁹⁴.

Para Erick Rincón Cárdenas y Oscar Ibáñez, son características la integridad, inalterabilidad, autenticidad y no repudio⁹⁵

De acuerdo a las características nombradas anteriormente se puede proceder a definir cada uno de los ítems de las mismas.

Cuando se dice que un documento debe ser confidencial se refiere a que dicho “documento debe cumplir unos requisitos mínimos que garanticen que la información en el contenido no sea de dominio o uso público”⁹⁶. Para que un documento cumpla esa característica de confidencialidad, dentro de él se deben incluir unas características de cifrado o de firma digital que permitan que dicho documento sea analizado y leído por las partes implicadas y no por cualquier persona, este tipo de archivos deben tener unas características esenciales que le permiten gozar de una reserva en su contenido.

La segunda característica hace referencia a la autenticidad, se demanda del autor del documento, es decir, que se pueda llegar a “individualizar el autor del documento electrónico, y el receptor”⁹⁷ o aquel a quien iba destinado dicho documento. Tal es el caso que se “presume que la firma digital pertenece a la

⁹³ OLMOS JASSO, María Teresa. Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos. 2006. http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:QKDqwRcjSDMJ:www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/valorprobatorielosmedios electronicos.pdf+valor+probatorio+de+los+documentos+electronicos,+Mar%C3%ADa+Teresa+Olmos+Jasso&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsi_KC0wjP2HF6ioalHAzH_ZG6FaSZpVOK5aDV6h3X0Iq1XD4K8iZsbNcxAgSAS95jlf4a64wZ_lpeVB_zjNKiv3Y2_gsgODq2QdqBuGeirFSwL6JrLaTJT_leR-Rox5AVI-l&sig=AHIEtbQJpJO1t2hA40gu0MTWHBU0FK-p8w [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

⁹⁵ RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información. [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto Administrativo Electronico Nuevas Tecnologias Informacion.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto%20Administrativo%20Electronico%20Nuevas%20Tecnologias%20Informacion.htm) [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

persona que aparece como titular de esta⁹⁸, una vez firmado dicho documento no se puede modificar, y su autor va a quedar grabado en el mensaje de datos, si llegan a existir problemas a posteriori.

La tercera característica habla de la integridad del documento y se basa en dos puntos importantes, la primera es que el documento, no pueda variar en el momento de su envío, esto es que el documento que “el autor realiza, es el mismo que el receptor tiene en su poder, que dicho documento en ningún momento se ha podido variar o modificar en su contenido”⁹⁹, esto desde el punto de vista que “la información enviada a través del mensaje de datos no carece de algunas de sus partes, como tampoco ha sido transformada”¹⁰⁰. La segunda parte hace referencia a que dicho documento tenga la posibilidad de perdurar en el tiempo y que no se pueda garantizar que se conserva tal y como se realizó en un primer momento, esto quiere decir, que el medio informático o digital que contiene el documento con el paso del tiempo no se va a deteriorar y el documento se va a perder.

El cuarto elemento, es decir el de la no repudiación, que “de acuerdo a la firma que aparece en el mensaje de datos se infiere que el autor del mismo y su voluntad es la consignada en dicho documento electrónico”¹⁰¹ se verifica porque el autor no puede llegar a negar su autoría de dicho documento, es decir, que en el momento de individualizar un documento se pueda saber con alto grado de certeza quién es el autor y que aquello, y el contenido del mismo fue por el realizado, en ningún momento el documento se modifica.

Por medio de la definición de las características del documento electrónico se busca que tenga las mismas características de los otros documentos en cuanto a la individualización y la confianza que dicho documento aporta a las partes.

Cuando un documento electrónico cumple con todas las características sobre él descritas se puede llegar a decir que dicho documento existe y puede llegar a ser prueba dentro de un proceso.

⁹⁸ RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electronico_Nuevas_Tecnologias_Informacion.htm [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

¹⁰⁰ RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electronico_Nuevas_Tecnologias_Informacion.htm [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁰¹ RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electronico_Nuevas_Tecnologias_Informacion.htm [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

3.3 DOCUMENTO INFORMATICO

Así como el documento electrónico es una especie dentro del género documentos, este también está conformado por diferentes especies de documento electrónico, es así que se da el documento informático.

Para ello Andrés Jaume dice que “el documento informático es creado por medio de instrumentos informáticos”¹⁰², es decir que para que sea considerado documento informático su creación debe darse por medio de un medio informático o un computador.

Este tipo de documento, es electrónico, pero dentro de la especie a que estamos haciendo referencia, se habla de documentos informáticos cuando en el momento de su creación se realiza por medio de un computador, y que para poder leerlos también necesita que el receptor tenga dicho instrumento informático, tal y como nos lo hace ver la Revista alfa-redi cuando dice que el documento informático se da “solamente la información puede ser percibida por el ser humano con la intervención de una máquina de traducción a un lenguaje entendible o natural, debido a que está elaborado en forma digital, a través de un sistema alfanumérico o similar y depositado en la memoria central de un computador”¹⁰³.

Se dice que el medio o instrumento debe ser el computador porque la creación de la información magnética por este medio, se realiza con un lenguaje diferente, que necesita traducción al lenguaje que sea comprensible a todas las personas y para que se realice dicho proceso de cifrado y descifrado se requiere de dicho elemento tecnológico.

Giannantonio dice que el documento informático “es el que puede ser memorizado en forma digital y contenido en la memoria central del ordenador o en los soportes magnéticos u ópticos. No puede ser interpretado por el hombre sin la intervención de la máquina”¹⁰⁴

Los documentos informáticos solo pueden ser creados por dicho instrumento informático o electrónico y no por cualquier otro, donde la información va a recibir unos códigos y de intentar leerse la información por otros medios esta pierde su esencia, pues carecería de sentido para el ojo humano las informaciones en él plasmadas, o en su defecto no se podría encontrar el

¹⁰² JAUME BENASSAR, Andrés. La Validez del Documento Electrónico y su Eficacia en Sede Procesal: Incorpora las Reformas Legales para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. 1 Edición, Valladolid. Editorial Lex Nova, 2010.p.50

¹⁰³ AETE, Eugenio Alberto. Artículo: Documento electrónico e instrumento público. Revista de Derecho Informático. 2000. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=511> citando a Miccoli Silvia. La sicurezza giuridica del commercio elettronico. (tesi di laurea). Università degli studi di Pisa. 1994-95. Url: <http://www.notariato.it/forum/tes101.htm>. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁰⁴ VARGAS, Fernando. Artículo El Derecho Digital Uruguayo, Los Documentos Informáticos. [en línea] http://www.cuti.org.uy/documentos/documentos_informaticos.pdf citando a GIANNANTONIO, Ettore. El Valor Jurídico del Documento Electrónico: Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Informática. Volumen 1 DEPALMA, Buenos Aires, 1991. P. 95 a 99. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

significado o sentido que el autor de este intentó darle en el momento de su creación.

3.4 MENSAJE DE DATOS

El mensaje de datos es otra de las especies que se desprenden del documento electrónico, esta especie es a la que más se hace referencia y la que ha sido definida y tomada en cuenta.

El mensaje de datos lo define en primer lugar el CNUDMI (UNICTRAL), en su ley modelo para el comercio electrónico donde dice que “por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”¹⁰⁵, esta definición es la misma que realiza la Legislación Colombiana con la expedición de la ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de las mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

Según la profesora Aida Noblia es “todo tipo de mensajes generados, archivados o comunicados en alguna forma básicamente distinta del papel; comprende también la revocación o modificación de un mensaje de datos”¹⁰⁶, y para la profesora María Inés Arias Ferrer es “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”¹⁰⁷

Al hacer referencia a esta especie de documento electrónico lo que sucede es que no se limita, como en el caso anterior, a solo los documentos que necesitan de un computador o instrumento similar en que se realizó el documento para su lectura, lo que hace es hacer un listado no taxativo de aquello que puede ser considerado un mensaje de datos, tal y como lo dice la corte constitucional al referirse al tema cuando dice que “comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ UNICTRAL. Resolución de la Asamblea General de 16 de Diciembre de 1996. [en línea]. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html. 2011. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁰⁶ NOBLIA, Aida. Revista de Derecho Informático, Alfa-Redi. Artículo: Perfeccionamiento de los contratos de derecho electrónico. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=936>[visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁰⁷ ARIAS FERRER, María Inés. La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica: Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008. *Frónesis*. [online]. dic. 2008, vol.15, no.3 <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000300012&lng=es&nrm=iso>. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

Tanto es así que la Corte Constitucional afirma que “la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, pretende ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en el futuro”¹⁰⁹, de ahí que se afirma que el listado en ningún caso se daba taxativo, pues la ley lo que busca finalmente es una regulación del comercio electrónico en su sentido más amplio, no tratar de restringir el uso de nuevas tecnologías.

El mensaje de datos contiene la voluntad de las partes en su creación al igual que el documento, pero la información que se presenta en un mensaje de datos se puede interpretar y leer por cualquier persona, sin ningún tipo de ayuda de medios externos para realizarla. El mensaje de datos de cualquier forma debe conservarse íntegramente y cuidarse que no se vaya a deteriorar al igual que cualquier tipo de documento electrónico.

Esta especie de documento es importante destacarle que no tiene que estar necesariamente cobijado bajo el principio de la reserva, es decir, que la seguridad para este tipo de documentos es mucho menor que la seguridad que debe tener un documento electrónico, en el momento de su lectura y modificación.

3.5 DOCUMENTO ELECTRONICO CON FIRMA Y SIN FIRMA

Como se venía hablando para que un documento se pueda tomar como prueba o se pueda identificar a su autor es necesario que exista un signo distintivo que otorgue al receptor del mensaje una señal sobre quien es el autor, a esto es que se determina firma tal y como lo define el Diccionario de la lengua española (RAE), la firma es “Nombre y apellidos, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido”¹¹⁰

Esto es, la firma es aquel símbolo, o forma que las personas escriben de su puño y letra para identificarse del resto del mundo, se podría decir que la huella que nos identifica como únicos, y es prueba de voluntad de dar, hacer, o no hacer el acto o la acción sobre el que se encuentra la firma. A este tipo de firma se le denomina manuscrita porque su escritura se da con el puño y letra del que se considera autor o autores de dicho documento.

A medida que la tecnología ha ido avanzando las personas se han dado cuenta que la firma no se puede realizar de puño y letra, pues existen casos en que resulta imposible la realización de dicha firma, es aquí que se comienzan a dar los otros tipos de formas para identificar la autoría de un documento, a partir de lo cual surgen las denominadas electrónicas.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

¹¹⁰ Diccionario RAE 2.0. La Real Academia Española: Definición de firma, [en línea]. <http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?LEMA=firma&SUPIND=0&CAREXT=10000&NEDIC=No> [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

A medida que se ha venido hablando de la firma del documento electrónico se han determinado diversos tipos de firmas, pues la tecnología, el internet, y los diferentes medios de comunicación han hecho que sea necesario desarrollar la manera en que las personas puedan otorgar seguridad a la información contenida en ese tipo de documentos.

Es así que se comienza a hablar de las diferentes formas de firmas, como son la manuscrita digitalizada y la firma electrónica y digital.

La firma manuscrita digitalizada, “La firma digitalizada es una copia electrónica de la firma, es decir, se trata de un simple gráfico en formato digital (puede ser en formato de imagen GIF, JPG, etc.) que la reproduce. La firma digitalizada se puede obtener al escanear un papel en el que conste la firma manuscrita de la persona”¹¹¹ es muy similar a la manuscrita realizada por el puño y letra de la persona autor del documento, al hacer referencia a esta clase de firma hablamos de aquella que se ha realizado con el puño y letra de la persona, pero por medio de un programa informático se puede utilizar en mensajes de datos, y no necesita ningún tipo de seguridad, es solo que se anexa dicha firma al documento.

La dificultad que tiene esta firma es que la seguridad que aporta al documento, o al mensaje de datos es mínima, pues las circunstancias en que se le de uso son diversas, dependiendo de las condiciones de trabajo y privacidad en que se pueda tener dicha firma, generando inseguridad para las partes, tanto en la voluntad como si se ha podido modificar o no dicho documento, por consiguiente, en el momento de otorgar a dicho documento un valor probatorio, sería mínimo.

El segundo tipo de firma es la denominada firma digital, en otros países como México y Chile se hablan de firma digital y firma electrónica. La profesora María Teresa Olmos (México), nos dice que la firma digital son “datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa”¹¹².

En Chile hablan de La firma electrónica como el Género y la firma digital como una especie del mismo, es así que podríamos decir que dentro de este género podemos encontrar tanto la firma digital como la manuscrita digitalizada

¹¹¹ ASOCIACION PROFESIONALES ASESORES DE EMPRESAS.
<http://www.lasasesorias.com/es/publica/firmaelectronica/> [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹¹² OLMOS JASSO, María Teresa. Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos. 2006.
http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:QKDqwRcjSDMJ:www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/valorprobatoriodelosmedios electronicos.pdf+valor+probatorio+de+los+documentos+electronicos,+Mar%C3%ADa+Teresa+Olmos+Jasso&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEsi_KC0wjP2HF6ioalHAzH_ZG6FaSZpVOk5aDV6h3X0Iq1XD4K8iZsbNcxAgsAS95Ijlf4a64wZ_lpEVB_zjNKiv3Y2_gsgODq2QdqeBuGeirFSwL6JrLaTjT_leR-Rox5AVI-l&sig=AHIEtbQJpJO1t2hA40gu0MTWHBU0FK-p8w. [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

anteriormente. Es por ello que definen la firma electrónica como “Código informático que permite determinar la autenticidad de un documento electrónico y su integridad, impidiendo a su transmisor desconocer la autoría del mensaje en forma posterior”¹¹³ y por firma digital entienden “especie de firma electrónica que resulta de un proceso informático validado, implementado a través de un sistema criptográfico de claves públicas y privadas”¹¹⁴.

Este tipo de firma es la que se encuentra contemplada en la Ley 527 de 1999 en su artículo 2 literal c así “Valor Numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”¹¹⁵.

Por medio de la firma digital lo que busca es que un documento que se encuentra en un lenguaje de fácil comprensión, se le realice una encriptación, o sea de un lenguaje de casi imposible comprensión a menos que se tenga la clave para regresar nuevamente el mensaje a el lenguaje que sea comprensible.

Este tipo de transformación es lo que se denomina criptografía y se tienen dos funciones importantes al mensaje que se encuentra encriptado, en primer lugar cuando un mensaje se encuentra encriptado tiene un punto extra de seguridad, pues el lenguaje no es comprensible a simple vista. En segundo lugar, lo que busca es que el autor del mismo pueda proporcionar al receptor la clave para su des encriptado y así tener la seguridad de quien es el autor del mensaje.

Todo esto dando seguridad a las personas que se encuentran involucradas realizando el documento para que no se pueda llegar a confundir el autor del documento, y que expresa su voluntad de cumplir o hacer cumplir el acto ahí plasmado.

Al tener este tipo de firma unos valores numéricos para la realización de la firma y la encriptación del documento no es fácil que se pueda realizar la des encriptado a menos que se tenga lo que se denomina la clave pública, que es lo que ayudaría al receptor del documento a leerlo y poder firmarlo demostrando su voluntad.

A la firma electrónica se le dan los mismos atributos que la firma manuscrita tradicional, cuando se realiza en los diferentes tipos de documento, esto quiere

¹¹³ HERRERA BRAVO, Rodolfo. El Documento Electrónico y la Firma Digital en el Sector Público Chileno. Ponencia Presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, organizado por FIADI, en Perú; y en la III Conferencia sobre Derecho e Informática, realizada en Cuba, ambas en el año 2000 <http://rodolfoherrera.galeon.com/firmadigital.pdf>

¹¹⁴ HERRERA BRAVO, Rodolfo. El Documento Electrónico y la Firma Digital en el Sector Público Chileno. Ponencia Presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, organizado por FIADI, en Perú; y en la III Conferencia sobre Derecho e Informática, realizada en Cuba, ambas en el año 2000 <http://rodolfoherrera.galeon.com/firmadigital.pdf>

¹¹⁵ Ley 527 de 1999. Artículo 2.

decir tal y como lo expresa la ley 527 de 1999 en su artículo 28 de, que no se le puede negar fuerza y los efectos probatorios propios de la firma manuscrita que se ha realizado en tanto que esta, cumpla las condiciones básicas para tener certeza de la persona y la voluntad de la misma¹¹⁶.

Dichas condiciones se encuentran en el mismo artículo y son:

- Que la firma sea única de la persona que la usa, se pueda individualizar el autor del documento por medio de su firma.
- Se pueda verificar que el autor si es quien dice ser
- La firma es lo último que se coloca en el documento, por consiguiente si este llega a ser modificado en alguna forma, la firma debe quedar inválida, o perder su denominación de firma, y autenticidad.
- La firma se realice de acuerdo a la ley. Esto es que la firma debe expedirla una entidad de certificación, legalmente establecida y cumpliendo los requisitos que la ley le exija.

Este tipo de firma genera mayor seguridad tanto para el autor y el receptor del documento, como para las personas que se vean implicadas dentro de un juicio, pues es más difícil su alterabilidad. Se puede llegar a decir que el documento firmado mediante la firma digital, llega a tener un alto valor de veracidad.

3.6 DOCUMENTO ELECTRÓNICO ORIGINAL Y COPIAS

El documento original y las copias difieren de lo que se entendía por documento original y copias cuando se habló del documento en general, ya que cuando se habla de un documento escrito a mano no va a existir sino una sola copia, aquella que tiene el puño y letra de los autores del documento, los demás documentos serán copias de dicho original.

“El problema cuando se inicia a hablar de original y copias de los documentos electrónicos radica, en que pueden darse tantos originales como impresiones el autor realice”¹¹⁷, pues es muy complicado buscar determinar cuál es la primera impresión y el primer documento que se realiza como original, además, el documento si no ha sido firmado de manera digital, a este es más difícil, determinar cuál es el original.

¹¹⁶ Ley 527 de 1999. Artículo 28: *Atributos jurídicos de una firma digital*. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

¹¹⁷ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas*, 2 Edición, Bogotá. Editorial Dupree, 2008.p. 360.

Tal y como hace referencia el profesor Hernán Fabio López, el original sería el documento que se encuentra presente en el computador, o medio electrónico donde se realizó el documento¹¹⁸, por consiguiente se debería aportar al proceso el computador, y no simplemente una impresión de dicho documento, claro está, en caso de ser necesario lo que se podría solicitar sería una inspección de dicho instrumento, o el dictamen de un perito donde pueda llegar a demostrar la última modificación, o la fecha de realización de dicho documento, es decir, el historial del mismo, ya que serían unas condiciones muy altas pensar en llegar a aportar los computadores a los procesos y no el documento, que debe ser reconocido, en caso de no tener firma, ahorraría un tiempo valioso al proceso.

De igual manera la ley 527 de 1999, no desconoce la importancia de ambos términos, y hace referencia a estos en el artículo 8 cuando dice que “Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si: a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar”¹¹⁹ y en el artículo 19 que dice “MENSAJES DE DATOS DUPLICADOS. Se presume que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos diferente, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el nuevo mensaje de datos era un duplicado”¹²⁰

Es así que nos muestra que el documento se considerará original, siempre y cuando cumpla dos condiciones, la primera sería que exista alguna garantía de que el documento que se va a presentar ha sido preservado en su totalidad y no se ha realizado modificación alguna, la segunda condición es, que la información haya sido preservada, de tal suerte que de requerirse se aporte dicha información nuevamente al proceso, esta puede ser presentada.

También se considera que todo mensaje de datos es original salvo, que las dos o más personas que se ven involucradas en el intercambio de dichos mensajes de texto sean consientes de lo contrario

¹¹⁸ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Dupree, 2008.p.405.

¹¹⁹ LEY 527 de 1999. Artículo 8: ORIGINAL. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si: a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

¹²⁰ LEY 527 DE 1999. Artículo 19.

3.7 VALOR PROBATORIO OTORGADO AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Actualmente el documento electrónico tiene un valor probatorio, toda vez que este fue admitido en nuestra legislación por medio de la ley 527 de 1999, esto quiere decir que, actualmente está reconocido como un medio de prueba válido y que puede ser presentado en juicio para que se reconozca un derecho o una obligación a una persona.

Tal y como se hace referencia en la Ley 527 de 1999 en su artículo 9 cuando dice que “se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación”¹²¹, el artículo 10 cuando dice que “no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”¹²², y por último el artículo 15 que dice “en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”¹²³

Al admitir este tipo de prueba dentro del sistema legal colombiano, asemejándola a la prueba documental manuscrita, así el legislador lo que hace es determinar que este tipo de prueba debe ser considerada en igualdad de condiciones con el resto de las pruebas que existen dentro de nuestro ordenamiento legal, tal y como lo expreso la corte constitucional al señalar que “la exigencia constitucional del carácter escrito del mandamiento judicial no puede entenderse limitado al escrito sobre papel, sino que bien puede, obviamente en el marco de cumplimiento de los requisitos específicos que señale la ley, ser cumplido mediante un mensaje de datos”¹²⁴, incluso en la expedición de órdenes de captura y allanamientos¹²⁵

Claro está, como se venía hablando el documento electrónico debe cumplir las características de existencia antes mencionadas, tales como confiabilidad en el documento que se aporta al proceso, que el documento tenga los requisitos mínimos de seguridad para que se pueda determinar de dónde proviene y su autor, integridad de la información, cuando toda la información, que el documento que se aporta no haya sido modificado, y lo que exprese sea la voluntad real de la parte o partes implicadas en el mismo, integridad de la

¹²¹ LEY 527 DE 1999. Artículo 9.

¹²² LEY 527 DE 1999. Artículo 10.

¹²³ LEY 527 DE 1999. Artículo 15.

¹²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 831 de 2001. Mg. Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 686 de 2007. Mg. Ponente: Jaime Córdoba Triviño. “se admite la validez de los mensajes de datos, como equivalente funcional de los escritos, en el ámbito de las actuaciones judiciales - incluso en materias tan sensibles como la expedición de órdenes de captura y allanamientos - siempre que cumplan con ciertas exigencias”

información, identificación del autor, que el documento se pueda llegar a individualizar y de esta manera determinar quién es su creador o creadores.

Cuando se entra a hacer el juicio de valor de un documento electrónico, lo que se busca es que dicho documento sea confiable desde todos los puntos de vista, es decir, que la forma en que se tuvo guardado o almacenado fue la correcta y que no podrían tener acceso terceras personas al mismo para realizar modificaciones posteriores.

Confiable en que quien dice ser su autor y receptor en realidad lo sean, que no puedan quedar sin identificar o identificándose personas que no hacen parte del mismo.

Se dice que la valoración de dicha prueba debe estar basada en los criterios de la sana crítica y demás criterios reconocidos y aceptados en nuestra legislación.

4. EFICACIA Y VALIDEZ

Por medio de este capítulo se pretende desarrollar una conceptualización de los términos validez y eficacia aplicadas al derecho, y así determinar si dichos términos resultan aplicables de manera material al presente trabajo de investigación.

Todo ello tendiente a cumplir los objetivos propuestos de manera general y específica para posteriormente determinar con total claridad los presupuestos materiales y jurídicos como medio probatorio.

4.1 NOCION DE VALIDEZ

La palabra validez, proviene del latín *validus*, y según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, quiere decir “Firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente”¹²⁶, aquello que tiene un valor, para una persona o para un grupo de personas.

En el derecho cuando se hace referencia a la validez, refiere al sistema jurídico como un sistema de normas válidas¹²⁷, a partir de esta premisa, se puede afirmar que todas las normas o reglas que se encuentran presentes dentro de un sistema jurídico cualquiera que este sea, se presumen válidas, o que tienen un valor para las personas.

Este sistema está constituido tal y como decía el profesor Hans Kelsen en un sistema piramidal¹²⁸, en razón a que existe una norma fundante o fundamental, de acuerdo a la cual devienen las demás normas. Este sistema piramidal lo que busca es que la pluralidad de normas constituyan una unidad piramidal, y su validez reposa en una norma única¹²⁹, o la norma fundamental, que sería la Constitución Política. Esta norma fundamental debe ser aprobada por todo el conglomerado de personas a las cuales va a regir esta norma fundante, y de esta manera se está, aceptando dicha norma, y en consecuencia, todas las normas que devienen de esta.

Por lo anterior es que “las normas jurídicas derivan su validez de su creación y no de su contenido, según procedimientos preestablecidos y jerárquicos en concordancia con la norma fundante”¹³⁰, esto haciendo referencia a que la validez de la norma, no se va a tomar por lo que ella contiene, o legisla, sino de la creación de la misma, en tanto que dichas normas son creadas en

¹²⁶ Diccionario RAE 2.0. La Real Academia Española: Definición de válido, [en línea]. <http://drae2.es/válido> [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹²⁷ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 79.

¹²⁸ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 2da. Edición, México. 1982. p. 45.

¹²⁹ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 79.

¹³⁰ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 79.

consonancia con la norma fundante, no se puede pensar en el supuesto que la norma se va a crear en contra de la norma fundante, sin dejar de lado, que en determinadas circunstancias pueda llegar a estar en contravía con dicha norma, y es cuando son declaradas inconstitucionales, y pierden valor o validez para el sistema jurídico. Teniendo en cuenta que los procedimientos que se establecen para la creación, expedición, y aplicación de las normas que llegan a conformar el sistema jurídico partiendo y estando en constante equilibrio con la norma fundante.

Es así que se determinan diferentes clases o tipos de validez, para las normas dependiendo de la forma en que son creadas. El profesor Oscar Mejía Quintana, divide la validez en tres clases. La primera clase hace referencia a la norma que es creada por un acto, determina su procedimiento por una norma y busca regular una conducta social¹³¹, en esta norma se pueden ver todos los elementos a que se hacía referencia anteriormente para hablar de validez, ya que la norma es creada por medio de una actuación de una o varias personas, deviene de otra norma creada anteriormente y busca regular una conducta humana, sobre la cual no se habían determinado las pautas de comportamiento.

El segundo tipo de validez se denomina validez formal y es la “derivada de una norma procedimental”¹³², es decir, que este tipo se basa en la regulación de las conductas procedimentales, necesarias para la realización de determinadas actuaciones.

El tercer tipo de validez es la denominada validez material, que se basa en un orden específico de aplicación¹³³, es decir que las normas se aplican de una manera preestablecida, para que la conducta sea considerada válida.

Tanto la validez formal como la validez material de las normas, determinados por el profesor Oscar Mejía Quintana, lo que buscan es hacer una diferenciación entre los dos grupos de normas, pero noción de validez proveniente de el primer tipo de validez por el mismo definido.

Por último se puede decir que así como el derecho se valida a partir de una norma fundamental¹³⁴, el derecho es un sistema de normas validas¹³⁵, en razón a que esto es un círculo en el que de cumplirse unos presupuestos se dan otros y así sucesivamente. Lo que genera que si la norma fundamental es válida, el sistema de normas jurídicas que devienen de él se consideran

¹³¹ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 78.

¹³² MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 78.

¹³³ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 78.

¹³⁴ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 78.

¹³⁵ LOPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. 1ra Edición, Bogotá. Universidad de Manizales, ecoe Ediciones. 2001. P.101.

válidas, como consecuencia el derecho que se encuentra conformado por dicho sistema de normas que son consideradas validas, es de igual manera válido.

4.2 ANALISIS DE VALIDEZ DE LOS PRECEDENTES LEGALES QUE DIERON LUGAR A LA EXPEDICION DE LA LEY 527 DE 1999

Se encuentran como antecedentes normativos a la ley 527 de 1999, que es la ley que regula todo lo concerniente al comercio electrónico, los mensajes de datos, las firmas digitales y las entidades de certificación en Colombia y que aportan validez para la presentación del documento electrónico como medio de prueba dentro de los procesos judiciales.

Como primera norma se encuentra la ley referente a la democratización y fomento del libro colombiano, la cual en su artículo 2 señala, “Para los fines de la presente Ley se consideran libros, revistas, folletos, coleccionables seriados, o publicaciones de carácter científico o cultural, los editados, producidos e impresos en la República de Colombia, de autor nacional o extranjero, en base papel o publicados en medios electro-magnéticos”¹³⁶, donde se habla por primera vez de la expedición de libros por medios electro-magnéticos y que deben ser considerados como tales, y encontrarse cobijados por esta ley.

El segundo antecedente se encuentra en la ley estatutaria de la administración de justicia cuando ésta en su artículo noventa y cinco determina reza, “debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones”¹³⁷ y posteriormente dice “los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley”¹³⁸

Esta ley contiene el precedente más importante hasta la expedición de la Ley 527 de 1999, toda vez que ella otorgaba validez y eficacia al documento electrónico dentro de la legislación colombiana, en el momento de la realización de las actividades por el mismo artículo determinadas como mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes,

¹³⁶ Ley 98 de 1993. Artículo 2.

¹³⁷ Ley 270 de 1996. Artículo 95

¹³⁸ Ley 270 de 1996. Artículo 95.

la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Posteriormente se expidió la Ley 223 de 1995, una ley de carácter tributario que hace referencia a la factura electrónica de la siguiente manera “la factura de venta o documento equivalente se expedirá, en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios o en las venta a consumidores finales. Son documentos equivalentes a la factura de venta: El tiquete de máquina registradora, la boleta de ingreso a espectáculos públicos, la factura electrónica y los demás que señale el Gobierno Nacional. Dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de esta Ley el Gobierno Nacional reglamentará la utilización de la factura electrónica”¹³⁹. Donde se habla de factura electrónica o documentos que pueden hacer su equivalente a la factura conocida hasta ese momento de manera tradicional.

El decreto 2150 de 1995, que trataba sobre la reducción de trámites dentro de la administración de justicia determinaba que “las entidades de la Administración Pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para, que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración. En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares”¹⁴⁰.

Todo lo anterior hasta llegar a la ley 527 de 1999, donde se regula todo lo referente al comercio electrónico, los mensajes de datos, firma digital y las entidades de certificación, ley que hace especial referencia a la validez del documento electrónico dentro de su artículo diez cuando dice que “Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”¹⁴¹

¹³⁹ Ley 223 de 1995. Artículo 37

¹⁴⁰ Decreto 2150 de 1995. Artículo 26.

¹⁴¹ Ley 527 de 1999. Artículo 10.

4.3 VALIDEZ DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

La inquietud en cuanto a la validez que tiene o no dicho medio de prueba dentro de la legislación colombiana generó confusión, y desconocimiento del alcance de la ley al punto que la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-356 de 2003 donde expresa que “Dichos medios o soportes variados del documento han sido ampliados notablemente por el desarrollo de la tecnología en los campos de la informática, que se ocupa del procedimiento y almacenamiento de la información por medios automatizados, y la telemática, que se ocupa del intercambio de información entre equipos informáticos”¹⁴², toda vez que el derecho debe ir evolucionando con la tecnología y no se puede quedar solicitando las mismas pruebas cuando en el momento de las negociaciones y la vida diaria de las personas va cambiando la forma de comunicación.

Claro está la Corte en sentencia previa al hablar de documento electrónico había realizado unas consideraciones previas en relación con el hecho que el documento electrónico sea considerado como una prueba dentro de un proceso judicial es necesario que dicho medio de prueba cumpla los requisitos que se encuentran establecidos tanto en la ley como en la jurisprudencia nacional.

De lo que se establece que se debe tener en cuenta “la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”¹⁴³, esto es que para entrar a considerar el valor del documento como medio de prueba se deben cumplir los requisitos de confiabilidad.

Al hablar de confiabilidad tal y como lo expreso la Corte Constitucional “el documento debe cumplir unos requisitos mínimos que garanticen que la información en el contenido no sea de dominio o uso público”¹⁴⁴, este elemento de confiabilidad se considera cumplido cuando el documento que ha sido aportado al proceso, no ha sido modificado, desde el momento de su constitución, y lo que se encuentra presente es la voluntad de las partes presentes en el proceso, que no ha sido alterado por ninguna de las partes, ni por un tercero, y que se pueda individualizar y determinar, tanto a la persona que envió el mensaje como aquella que lo recibió.

La Corte considera de igual manera que el documento electrónico si está regulado en forma clara y suficiente en dicho ámbito, toda vez que se encuentra de forma expresa y explícita dentro de la ley 527 de 1999 cuando ella determina que “no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y

¹⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-356 de 2003. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

¹⁴³ Ley 527 de 1999. Artículo 11.

¹⁴³ Ley 527 de 1999. Artículo 11.

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original¹⁴⁵, es así que la considera la demanda no tiene un sustento válido en cuanto a la validez de la presentación de dicho documento dentro de la legislación, tanto así que concluye diciendo que debe considerarse “documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, incluye el soporte del documento electrónico”¹⁴⁶.

Por lo anterior se debe considerar el documento electrónico como un medio de prueba válido dentro del sistema jurídico colombiano, y debe ser tomado en cuenta, siempre y cuando cumpla con los requisitos, y valorado por parte de los jueces en el momento de dictar una sentencia.

4.4 NOCION DE EFICACIA

Una primera definición de eficacia sería “capacidad de alcanzar el efecto que espera o se desea tras la realización de una acción”¹⁴⁷, esto es que para que una acción pueda ser considerada eficaz debe cumplir el resultado esperado de la misma, de lo contrario la acción fue ineficaz, es decir, que no cumplió lo objetivos que se habían propuesto cuando se pensó en la realización de dicha acción.

El profesor Juan Carlos Riofrío considera la eficacia como “un atributo intrínseco de la fuente con vistas al proceso”¹⁴⁸, es decir, que al hablar de eficacia, se habla es de una de las características internas del elemento que va a dar nacimiento a la prueba, para que se pueda aportar y se tenga en cuenta dentro de un proceso.

Para el profesor Jairo Iván Peña, la eficacia “proviene de una hipótesis que se ha determinado es cierta, en razón a que la prueba ha sido considerada eficaz”¹⁴⁹, es decir, que la hipótesis o el hecho son eficaces en tanto la prueba aportada ha sido considerada eficaz.

Los dos autores miran la eficacia desde dos puntos de vista diferentes, pero convergen en que la eficacia se da con miras a probar dentro de un proceso judicial, la certeza o no de un hecho, cada uno mirando la eficacia desde dos puntos diferentes, en cuanto que para el Profesor Juan Carlos Riofrío, la eficacia es intrínseca a la prueba, mientras que para el profesor Jairo Iván Peña, la eficacia se determina al probar la hipótesis, es decir, al probar el hecho.

¹⁴⁵ Ley 527 de 1999. Artículo 10

¹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-356 de 2003. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería

¹⁴⁷ Definición. De [en línea] <http://definicion.de/eficacia/> [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁴⁸ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004.p.50.

¹⁴⁹ PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba Judicial: Análisis y Valoración. 1ra ed., Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura, 2008. P. 35

Se puede clasificar la eficacia en dos tipos tal y como sería la eficacia legal, y la eficacia probatoria. Que tal y como la define el profesor Juan Carlos Riofrío, la eficacia legal es la “aptitud que tiene un medio probatorio para demostrar algo dentro de un proceso de acuerdo a las disposiciones legales”¹⁵⁰, es decir que la eficacia de una prueba se entraría a determinar de acuerdo a lo que la ley determina para cada una.

La eficacia probatoria se define como “la aptitud natural para arrojar luz sobre la verdad del tema que se va a probar”¹⁵¹, es decir, basándose el juez en criterios propios.

La prueba es considerada con mayor o menor eficacia de acuerdo al grado que es concedido a esta, es decir, que la eficacia puede ser mayor o menor, en el momento de probar la validez o no de un hecho, tanto así que para el profesor Eduardo López Villegas, la eficacia “se mide a través de la obediencia de las normas y con el nivel de punición o impunidad en la sociedad”¹⁵². Siendo que la prueba se valora de acuerdo a el mayor o menor grado de verdad que le otorga el juez, esta se valora es de acuerdo a las normas o al valor que le otorga la sociedad al hecho, esto puesto que la valoración no es de tarifa legal, pero tampoco una libre convicción, sino que se da una sistema de libre apreciación razonada, es decir, que se da una análisis tanto de la ley como de la percepción del juez en cuanto a la prueba aportada.

En consecuencia la prueba “que resulta efectivamente útil al juez para darle convicción, y proviene de los criterios racionales de valoración”¹⁵³, es la prueba que es considerada efectivamente eficaz, o que ha alcanzado su objetivo, esto es, que ha conseguido dar convicción al juez sobre el hecho que se pretendía probar o que se reconociera por medio de la prueba aportada al proceso, y fuera considerada y analizada por parte del juez, en el momento de emitir una sentencia.

4.5 EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Para el profesor Devis Echandía es una prueba eficaz cuando es “admisible, conducente y legalmente practicada, que por su resultado sirve para darle al juez la convicción que necesita”¹⁵⁴, para que a la prueba se le pueda determinar su eficacia necesita que, haya sido admitida dentro del proceso, y cumpla con los requisitos legales.

Esto es que finalmente el juez determina la eficacia de la prueba en el momento de su valoración de las pruebas para poder emitir una sentencia al

¹⁵⁰ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004.p.51.

¹⁵¹ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004.p.50

¹⁵² LOPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. 1ra Edición, Bogotá. Universidad de Manizales, ecoe Ediciones. 2001. P.101.

¹⁵³ PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba Judicial: Análisis y Valoración. 1ra ed., Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura, 2008. P. 35

¹⁵⁴ ¹⁵⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.323.

respecto, y otorgarle el grado de verdad que consideró tenía dicho medio de prueba con respecto al hecho objeto de litigio.

En cuanto al documento electrónico la ley 527 de 1999, ha determinado que “En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos”¹⁵⁵, es decir, que por el solo hecho que sea considerado el documento que fue aportado, por un medio electrónico, informático o telemático, debe tener la misma valoración que si hubiese sido entregado en papel.

Todo esto en razón a que el “juicio de eficacia es el análisis de la estrategia y conveniencia de crear una norma, o la adecuación de la realidad del derecho positivo cuando trata de una norma establecida”¹⁵⁶, le eficacia se basa en que la norma debe crearse de acuerdo a los patrones de conducta pre establecidos, o de la realidad de la sociedad de acuerdo a las normas establecidas previamente. Es decir, que las normas deben estar en concordancia con la realidad que se esté dando en la sociedad en esos momentos, y no esperar a la creación de las normas para buscar determinar patrones de conducta a la sociedad, las normas y la sociedad deben ir andando de la mano, y no cada una por un lado diferente.

De lo cual se puede inferir que “la intensidad de la fuerza o eficacia probatoria que el juez encuentra en el proceso, una vez ejecutadas las operaciones mentales para su apreciación, será igual al efecto que ella producirá en su conciencia”, es decir, que el juez realiza un juicio, para determinar la eficacia que el medio de prueba presentado a su consideración debe tener, y que finalmente, será considerado con mayor o menor grado de verdad de acuerdo a la convicción, o el convencimiento que obtuvo el juez de acuerdo a dicha prueba, y si en su análisis personal, la prueba da certeza sobre el hecho que se encuentra en debate dentro del proceso, y así otorgarle razón a una de las partes presentes dentro del proceso judicial, por él presidido.

Es por ello que los profesores Erick Rincón Cárdenas y Oscar Ibáñez Parra, dicen que el documento es eficaz cuando “si además de ser válido, reúne los requisitos de idoneidad y es conducente para probar un hecho, además deberá tenerse establecida su autenticidad, y si es otorgado en el exterior se cumplan las autenticaciones previstas en la ley”¹⁵⁷, esto es que el documento electrónico además de cumplir los requisitos para que sea considerado válido, debe ser el medio idóneo, y conducente a la hora de probar el hecho sobre el que se encuentra la controversia.

¹⁵⁵ Ley 527 de 1999. Artículo 10.

¹⁵⁶ LOPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. 1ra Edición, Bogotá. Universidad de Manizales, ecoe Ediciones. 2001. P. 102.

¹⁵⁷ RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información.

http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electronico_Nuevas_Tecnologias_Informacion.htm [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

En consecuencia, se tiene que el documento electrónico es un medio de prueba que es considerado válido y eficaz, tal y como se encuentra establecido dentro del derecho positivo, y que dicho medio de prueba debe ser valorado como tal, siempre y cuando cumpla los requisitos de confidencialidad, en cuanto a la individualización del autor, receptor, y que no ha sido modificado o transformado en ninguna medida dicho documento.

Es por ello que cuando se habla de la eficacia y la validez como “la existencia de una norma que supone entonces un doble juicio: el formal o de validez y el de eficacia, el que con ellas se está ejerciendo en realidad el mando, que el comportamiento social se adecua efectivamente a lo prescrito”¹⁵⁸, es decir que lo que se busca es que la conducta o el hecho que se encuentra en ese momento en análisis dentro de un proceso judicial, este en concordancia tanto con la ley, como con los designios de la sociedad, que están siendo descritos finalmente por las normas que ella misma ha aprobado.

De allí que cuando el profesor Oscar Mejía Quintana dice que “una mínima eficacia es necesaria como condición de validez del sistema”¹⁵⁹, por lo tanto la eficacia y la validez son dos elementos que van a estar de la mano dentro del sistema jurídico, puesto que se necesita que una prueba sea válida para poder considerar su eficacia, como se necesita que una prueba tenga una mínima eficacia para que pueda considerarse válida dentro de un sistema jurídico.

Es por ello que se puede decir que dentro de todo sistema jurídico se “la validez depende tanto de la eficacia como de la legitimidad del sistema”¹⁶⁰, esto es que las dos definiciones, no pueden ser consideradas mutuamente excluyentes, sino que son incluyentes la una de la otra. Ya que para que se dé la una se debe dar la otra.

Es por ello que para el profesor Nelson Remolina Angarita, el principal logro de la Ley 527 de 1999, es “el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos”¹⁶¹, con lo cual ahora se puede “admitir los mensajes de datos en todas las actuaciones judiciales y administrativas”¹⁶², lo que deja como consecuencia que dichos medios de prueba a partir de la entrada en vigencia de la ley de comercio electrónico en Colombia, estos elementos probatorios cuando son presentados dentro de un proceso, deben ser valorados por el juez, y por tanto se les debe reconocer su eficacia y validez, como a cualquier tipo de documento, presentado dentro del proceso, en aras de probar un hecho.

¹⁵⁸ LOPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. 1ra Edición, Bogotá. Universidad de Manizales, ecoe Ediciones. 2001. P.104.

¹⁵⁹ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 78.

¹⁶⁰ MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005. P. 101

¹⁶¹ REMOLINA ANGARITA, Nelson. Desmaterialización, Documento electrónico y centrales de registro. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005. P. 141

¹⁶² REMOLINA ANGARITA, Nelson. Desmaterialización, Documento electrónico y centrales de registro. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005. P.144.

4.6 EFICACIA EN LA INVESTIGACION

Dentro de la investigación que se realizó tanto en la fiscalía general de la nación como en los juzgados penales de conocimiento, en la ciudad de Bucaramanga no se pudo determinar una eficacia material real, por parte del documento electrónico como medio de prueba, puesto que para que se pudiese entrar a evaluar y analizar dicho elemento, debían existir sentencias donde se realizase un análisis y otorgado un valor probatorio al documento electrónico como medio de prueba, pero en los pocos procesos encontrados no se pudo encontrar ningún elemento material que pueda dar como resultado la determinación de una eficacia y como se está valorando materialmente en los juzgados penales de conocimiento por parte de los jueces, puesto que aun se encuentran en etapa de juicio, y ninguna de las pruebas presentadas han sido valoradas.

5. ANALISIS JURIDICO Y MATERIAL

El presente capítulo desarrolla un análisis legal y jurisprudencial con base a las leyes y decretos que hasta la fecha se han expedido en Colombia, y las sentencias que las altas cortes han emitido sobre el documento electrónico, en aras de determinar la validez material que tiene este elemento como medio de prueba dentro del sistema jurídico colombiano. Posteriormente se procederá a realizarse el análisis material de dicho medio probatorio en la ciudad de Bucaramanga, dentro del periodo 2008 a 2010.

5.1 PAUTAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA VALIDEZ DEL DOCUMENTO ELECTRONICO COMO MEDIO DE PRUEBA

El legislador se ve en la necesidad de presentar una ley que regule todo lo concerniente al comercio electrónico, razón que da nacimiento la Ley 527 de 1999, que tiene como fin la regulación del uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, todo esto para estar a la par con las necesidades de los ciudadanos y así brindar un mayor soporte en el desarrollo de este tipo de relaciones.

Esta ley se expide basándose en el modelo de ley de comercio electrónico presentada por la CNUDMI¹⁶³. En el momento que la comisión aprueba el modelo final, tal y como se encuentra expresado en el documento que se presenta dicen que, su mayor reto fue “superar el obstáculo que presentaban los documentos en papel”¹⁶⁴, y es así que se desarrolla el principio de los llamados equivalentes funcionales.

Este principio lo que buscaba era “brindar similares niveles de seguridad que el papel”¹⁶⁵, de esta manera equiparando ambos documentos, para que fueran tenidos en cuenta como similares, permitiendo ampliar la concepción que se tenía del documento escrito, esto con el fin que las relaciones entre las personas puedan ser más fluidas y tener un mayor rango de alcance.

Esta ley Modelo se presenta en el año de 1996 y se aprueba finalmente en el año de 1998. Dejando como resultado, una ley que pueden tomar como modelo de aplicación cada uno de los países sin perjuicio de normas preexistentes, y presenta una guía o un modelo, con explicaciones sobre cada uno de los artículos para que sea más fácil su comprensión y posterior aplicación de la misma.

¹⁶³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, o como lo dicen sus siglas en inglés UNICTRAL.

¹⁶⁴ Guía para la Incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Criterio del Equivalente Funcional. [en línea]. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html [visitado por última vez el 6 de mayo de 2011]

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

Colombia, aprueba la ley 527 de 1999 guiándose por el modelo de la CNUDMI, en el año de 1999, quedando así como uno de los primeros países latinoamericanos en expedir una ley que regula todo lo concerniente al comercio electrónico.

La Ley 527 de 1999 establece los procedimientos y principios básicos que dotan el empleo de los avances tecnológicos de información, de la certeza jurídica requerida en cualquier actividad¹⁶⁶. En el mismo sentido esta norma tuvo como fin aclarar los problemas jurídicos que se venían presentando con el uso de los mensajes de datos, de correos electrónicos, y demás documentos electrónicos, todo esto buscando aportarle confianza a las personas para la realización de sus transacciones o contratos por medio de los diferentes aparatos informáticos, electrónicos y telemáticos, pues en caso de no cumplimiento por una de las partes de dicho acuerdo, todo lo consignado de manera digital podría ser validado en juicio. Es por ello que se buscó dotar de valor jurídico a los mensajes de datos, emitir las bases para que la firma digital sea tenida en cuenta, y las entidades de certificación que puedan dar fe de su veracidad.

La presente ley de comercio electrónico no limita su ámbito de aplicación sino que, al contrario deja que se aplique en todos los ámbitos y no únicamente para el área comercial, está compuesta por cuarenta y cinco artículos y se encuentra dividida en tres partes, una general que realiza las definiciones y los principios básicos que se van a tener en cuenta para el desarrollo de esta ley, una segunda parte compuesta por todo lo referente al contrato de transporte, y una tercera parte que hace referencia la firma digital y las entidades de certificación de la misma.

Posteriormente se expide el decreto 1747 de 2000, que busca reglamentar lo concerniente a la firma digital y las entidades de certificación de los cuales se habla en la Ley 527 de 1999.

Este decreto se encuentra compuesto por veintinueve artículos, y se divide en tres partes. En primer lugar hace referencia a los términos que se deben tener en cuenta para hablar de firma digital y las entidades de certificación, en segundo lugar sobre las entidades de certificación y la expedición de certificados, y su composición, y una tercera parte que se refiere a la superintendencia de industria y comercio, su competencia y vigilancia sobre dichas entidades.

¹⁶⁶ REMOLINA ANGARITA, Nelson. Desmaterialización, Documento electrónico y centrales de registro. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005. P. 136.

Por medio de este decreto se “establecen los requisitos técnicos y financieros que deben cumplir las entidades de certificación”¹⁶⁷, para poder emitir certificados, y tratar la firma digital en Colombia.

Buscando crear un marco legal seguro¹⁶⁸, y generar confianza tanto en el empresario local como el extranjero sobre el uso de estos medios electrónicos en el desarrollo de sus negocios.

El Acuerdo PSAA06 - 3334 DE 2006 es expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, y reglamenta la utilización de los medios electrónicos para cumplir la función de administrar justicia.

Por medio de la expedición de este acuerdo se busca la simplificación de los trámites procesales y así colaborar con la descongestión del sistema.

Este acuerdo se encuentra compuesto por 20 artículos, y se encuentra dividido en tres partes. Una primera parte trata las definiciones, y términos a que hace referencia el acuerdo, una segunda parte que se refiere a los actos de comunicación procesal sobre los que recae el presente acuerdo y las circunstancias propias de su configuración, y la tercera parte que hace referencia a el campo donde se va a dar la aplicación de estos actos de comunicación.

El Decreto 266 de 2000, es expedido por el Gobierno Nacional, buscando que el ciudadano común tenga una comunicación más fluida con la administración de justicia, y ser más eficaz y sencilla, y es así que “Se autoriza a la Administración Pública el empleo de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, que permita la realización de los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa”¹⁶⁹, buscando así que tanto el ciudadano como la administración de justicia, puedan comunicarse por los diferentes medios que tengan a su disposición, para realizar peticiones, quejas o reclamos.

La ley 588 de 2000, que reglamenta la actividad notarial, habla sobre las formas de comunicación entre los notarios y cónsules y dice que “Las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal a) del artículo 2° de la Ley 527 de 1999, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan en sus archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas”¹⁷⁰, buscando así facilitar

¹⁶⁷ GUTIERREZ GOMEZ, María Clara. Consideraciones sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005. P.20.

¹⁶⁸ GUTIERREZ GOMEZ, María Clara. Consideraciones sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005. P.20.

¹⁶⁹ DECRETO 266 DE 2000. Artículo 4.

¹⁷⁰ LEY 588 DE 2000. Artículo 1, parágrafo 2.

la transmisión de información, y hacer mas expeditos los trámites que estos llevan, un la busca de un servicio, mas rápido y eficaz.

El decreto 2170 de 2002, se refiere a modificaciones a la ley de contratación estatal, o ley 80 de 1993, y se basa en todo lo referente a la comunicación entre las partes, se destaca especialmente aquello que dice que “para efectos de facilitar la comunicación interactiva entre los oferentes y las entidades estatales, se deberá crear para cada proceso de contratación una dirección de correo electrónico y un formulario electrónico en la página web de la entidad para el envío de consultas y aclaraciones”¹⁷¹

Dentro del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁷² se realiza una modificación para el uso de los medios electrónicos donde se especifica que dentro de las facultades que tiene el Gobierno Nacional se encuentra la de “establecer las condiciones para que las entidades objeto de intervención desarrollen actividades de comercio electrónico y utilicen los mensajes de datos de que trata la Ley 527 de 1999”¹⁷³

Por último cuando se expidió el nuevo código de procedimiento penal¹⁷⁴, dentro de su artículo 275, que hacía referencia los elementos materiales probatorios y la evidencia física que se debe tener en cuenta incluyen “El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen”

A partir de la puesta en vigencia de la normatividad anterior, se han ido presentando demandas para análisis por parte de las altas cortes, de acuerdo a las funciones pertinentes a cada una de ellas, forjando unas bases jurisprudenciales sobre la aplicación y requisitos que se deben dar en el uso del documento electrónico como medio de prueba.

5.1 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON RELACION AL DOCUMENTO ELECTRONICO

De ahí que dentro de la Corte Constitucional entidad que en virtud de la Constitución Política de Colombia de 1991, tiene la función de resolverlas tal y como consta en su artículo 241 numeral cuarto cuando dice “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”¹⁷⁵ se presentan por parte de diferentes ciudadanos, demandas de inconstitucionalidad, sobre el tema, para ser puestas en consideración de este órgano.

¹⁷¹ DECRETO 2170 DE 2002. Artículo 21, Parágrafo 2.

¹⁷² DECRETO 633 DE 1993.

¹⁷³ Ley 795 de 2003. Artículo 6, Literal J.

¹⁷⁴ LEY 906 DE 2004.

¹⁷⁵ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 241.

Es así que en la sentencia C-662 de 2000, la Corte Constitucional citando las palabras del entonces vicepresidente ejecutivo de la cámara de comercio de Bogotá, dice “Colombia se perfila como uno de los países de mayor crecimiento en América Latina en utilización de recursos informáticos y tecnológicos para tener acceso a Internet y podría utilizar estos recursos para competir activa y efectivamente en el comercio internacional”¹⁷⁶, es así que se puede deducir que las relaciones entre las personas van a estar cada vez mas ligadas con todo lo que tiene que ver con la comunicación por los diferentes medios tecnológicos, y es necesario que esas relaciones se encuentren reguladas y protegidas para que las personas no se vayan a encontrar con vacíos en la legislación que posteriormente podría traer consecuencias tanto a nivel personal como a nivel laboral y en los negocios.

Es así que se toman en primer lugar y en orden cronológico las sentencias que estudia la Corte Constitucional, donde hace un análisis de la Ley 527 de 1999, y otras en lo referente a si están de acuerdo al ordenamiento jurídico superior, es decir, a la Constitución Política de Colombia.

La Corte Constitucional en un primer momento hace un estudio de la Ley 527 de 1999, donde estudia los antecedentes y la estructura de la misma, momento a partir del cual se dedica a tres temas principales como son: el mensaje de datos, la firma digital y las entidades de certificación.

La primera sentencia que se presentó traía como problema a resolver por parte de este órgano, que siendo la fe pública un derecho exclusivo de los notarios, tal y como se encuentra consagrado en la Constitución Política en el artículo 131, no tendría porque darse este derecho a las entidades de certificación contempladas en la mencionada Ley, y que la modificación que se realiza a el Código de Procedimiento Civil debía ser por medio de Ley estatutaria y no ordinaria como se dio con la expedición de la ley.

Ante este problema la Corte Constitucional hace un análisis de las entidades de certificación tal y como se presentan dentro de la Ley y determina en un primer momento que dichas entidades pueden estar constituidas en un primer momento por las personas tanto de derecho público como de derecho privado, que tengan poder expedir certificaciones y que dentro de su haber tenga la posibilidad de proporcionar la seguridad jurídica a las relaciones comerciales por vía informática¹⁷⁷, con esto lo que se busca es que las entidades que realizan el trabajo de certificación de las firmas digitales, tengan los medios necesarios tanto para la expedición de las claves criptográficas, como en el momento de expedir una certificación tener certeza sobre la validez de la firma sobre la cual se solicita dicha solicitud.

Es de recordar que dichas entidades de certificación prestan es un servicio público de certificación con lo cual estos organismos lo que “buscan es

¹⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

¹⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

proporcionar seguridad jurídica a las transacciones comerciales¹⁷⁸, una seguridad jurídica que de lo contrario sería imposible determinar, pues estas entidades buscan es que en el momento en que se lleven a cabo transacciones comerciales, o negociaciones, dichos documentos no puedan ser modificados posterior al acuerdo por ninguna de las partes o en caso de modificación debe ser por las dos partes, pues el documento se encuentra protegido.

Con esto de la seguridad jurídica en ningún momento pretenden dar un valor mayor al documento electrónico de lo que tiene por valor el documento en papel, lo que busca es que este tipo de documento tenga una forma de dar seguridad a las partes, y darles un uso adecuado al mismo.

El segundo cargo al que se refieren dentro de esta sentencia hace referencia al hecho que la modificación que procede a hacerse al código de procedimiento en cuanto a la modificación en sus medios de prueba y su valor probatorio, debe realizarse por medio de una ley Estatutario y no por medio de una Ley ordinaria, pero la Corte Constitucional argumenta que los asuntos que deben ser tratados por el procedimiento para esta Ley, deben darse por medio de una interpretación restrictiva del artículo, pues “la carta autoriza al congreso para expedir códigos en todos los ramos de la legislación”¹⁷⁹.

La segunda sentencia hace referencia a si el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, que hace referencia a “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”¹⁸⁰, el actor considera se estaría violando el derecho a la libertad en tanto que, se podrían llegar a expedir ordenes de arresto y allanamiento por este medio, y al ser este un derecho fundamental en que se encuentra en juego debe realizarse su modificación por medio de Ley Estatutaria. El segundo problema que plantea el actor se refiere a que la Ley es únicamente comercial y no de manera general en todas las ramas del derecho.

En el momento de analizar este cargo la Corte Constitucional se pronuncia diciendo en un primer momento a que esta Ley no se restringe a un solo ángulo, es decir, que es aplicable únicamente al ámbito del derecho comercial, aun cuando su inspiración internacional tenga este ámbito. En Colombia, se pensó hacerse únicamente para la regulación de este tema, inicialmente, pero después de muchas discusiones quedó plasmado en el texto de la ley que será sobre el comercio electrónico en general, y no restringida, pues como se ah dicho es un tema que cada día va teniendo una mayor importancia, y que lo que se busca con esta ley es proporcionar una seguridad jurídica a las relaciones entre las personas de otra manera inexistente, tanto así que la

¹⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

¹⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-622 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz.

¹⁸⁰ LEY 527 DE 1999. Artículo 6.

Corte Constitucional afirma que “bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia”¹⁸¹

El segundo cargo al que se hace referencia es el referente a que el documento electrónico por medio del principio de los equivalentes funcionales pueden “brindar similares niveles de seguridad que el papel”¹⁸², todo esto porque el principio lo que se busca es equiparar el documento en papel con el documento electrónico.

En cuanto a la regulación del artículo 28 constitucional, la corte no considera que se necesite en ningún momento de ley estatutaria, porque en realidad no se está ampliando el derecho a la Libertad, lo que quiere expresarse por medio de la Ley 527 de 1999, especialmente en su artículo seis antes mencionado, lo que se busca es que los documentos electrónicos, tengan el mismo carácter que el documento escrito, incluso en casos donde sea necesario “proceder a un allanamiento”¹⁸³.

Con respecto al derecho a la Libertad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política, se quiere decir que ese es el tipo de notificación que se debe seguir, ni tampoco que el cumplimiento de este único requisito es causal para ello, puesto que una persona pueda ser privada de la libertad deben cumplirse otros requisitos. El que dice que tiene que ser escrito uno de varios requisitos que se deben cumplir para que se pueda dar la captura o el allanamiento.

Por último la Corte Constitucional vuelve a hacer referencia a que “el artículo 142 de la Constitución no es absoluto, pues no solo las leyes estatutarias pueden regular derechos fundamentales”¹⁸⁴ y es por ello que la ley anterior se puede aplicar como se ha reiterado incluso para casos de órdenes de captura y allanamientos.

Posteriormente en la sentencia C – 1147 de 2001 la Corte Constitucional hace un análisis a la ley 633 de 2000, que habla sobre ciertas disposiciones tributarias relacionadas con las páginas web y sitios de internet de origen colombiano.

Aquí se hace un análisis y se relacionan las dos leyes la 663 de 2000 y la 527 de 1999, pues las dos leyes, a pesar de tratar temas diferentes se relacionan en cuanto a un elemento común, como es el internet como lugar de origen de la realización de actividades, tanto así que la Corte Constitucional dice que se relacionan especialmente en el “perfeccionamiento de actos jurídicamente relevantes y la determinación del lugar de origen de dicha información”¹⁸⁵. Tal es la relación que se toma de acuerdo a la definición de mensaje de datos, y la

¹⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 831 de 2001. Mg. Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 831 de 2001. Mg. Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 831 de 2001. Mg. Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 226 de 1994. Mg. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1147 de 2001. Mg Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

regulación que se hace a este para que en un principio se pueda suponer que el origen del mensaje o información enviada de un sitio a otro, se tendrá como lugar de envío el lugar donde el portal de internet tenga su establecimiento, claro está, esto puede variar, y en ese caso llegarse a determinar que el lugar de origen del establecimiento y del mensaje no son los mismos.

La siguiente sentencia en estudio por parte de la Corte Constitucional realiza un estudio para determinar si en el momento de la expedición del Código Penal (ley 599 de 2000), en su artículo 294¹⁸⁶ no se tuvo en cuenta el documento electrónico en el momento de su expedición.

Ante este interrogante la Corte Constitucional se refiere al documento en general, y en especial, dice que la definición de documento se ha ampliado a medida que el mundo y la tecnología han ido cambiando y transformándose, es así que se dice que por documento no se puede entender únicamente el escrito.

Por esto la Corte Constitucional considera que el documento electrónico se encuentra dentro de la definición que plantea el código penal, especialmente cuando dentro de su artículo se hace referencia a "...persona ... conocida o conocible, por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso..."¹⁸⁷, pues el documento se puede encontrar dentro de cualquier medio informático, electrónico o telemático, como en una pared, una fotografía, o una servilleta. Es decir el documento se encuentra presente siempre que exista un acto de representación o una declaración de voluntad plasmada sobre un objeto, bien sea mueble o inmueble.

La Corte Constitucional por medio de una acción de tutela, realiza a raíz de una discrepancia entre la información que fue ingresada al sistema con la información que constaba en el expediente. En este caso se trata de dilucidar si la información que se encuentra dentro del computador es un elemento de información válido o no, y con cual se debían contabilizar los términos judiciales.

Es a partir de ello que la Corte, con fundamento en la Ley 527 de 1999 y el acuerdo PSAA06 – 3334 de 2006 en un primer momento la Corte Constitucional establece que "la información sobre los procesos que aparece registrada en los computadores de los juzgados tiene el carácter de mensaje de datos", según la definición que nos da la Ley 527 de 1999¹⁸⁸, por consiguiente se le otorga eficacia y validez probatoria, tal y como tienen todos los mensajes de datos.

¹⁸⁶ CODIGO PENAL. Ley 599 de 2000. Artículo 294: DOCUMENTO. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.

¹⁸⁷ CODIGO PENAL. Ley 599 de 2000. Artículo 294

¹⁸⁸ LEY 527 DE 1999. Artículo 2: Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

Cuando se crea el sistema lo que se buscaba era una disminución en la cantidad de usuarios que diariamente acudían a preguntar sobre sus procesos judiciales, dando a los funcionarios la posibilidad de dedicar ese tiempo a el estudio y trabajo en los diferentes casos, todo esto con el fin de hacer una forma de administración de justicia más rápido y efectiva, pero si esta información no tuviese un carácter de verdad, es decir no fuera considerada válida, no habría razón para que el usuario consultara por este medio y no hiendo al despacho correspondiente a preguntar por el trámite del proceso, y esto no estaría ahorrando tiempo sino que estaría ocupando más tiempo al funcionario encargado, porque debe dedicar tiempo a las usuarios, y tiempo en la actualización del sistema, tiempo que se estaría perdiendo, pues nadie se tomaría la molestia de revisar.

Se busca que el sistema que contenga la información básica que todo ciudadano necesita para saber en qué va su proceso, tenga un carácter de fiabilidad pues este debe, proceso es deber de los funcionarios judiciales a cargo del proceso quienes tienen la obligación de hacerlo.

También se considera que este sistema contribuye a la publicidad de las actuaciones judiciales, ya que por medio de él el ciudadano puede estar informado de todo lo que va sucediendo con su proceso, sin necesidad de estar movilizándose al juzgado a preguntar.

La Corte Constitucional considera que solo se podrá encontrar la confianza en estos sistemas por parte del ciudadano, cuando “sean considerados equivalentes funcionales de la información escrita en el expediente”¹⁸⁹, es decir, cuando tanto la información que se encuentra contenida dentro del computador, y la información presente en el expediente físico son equivalentes funcionales, es decir, que los dos tienen el mismo valor, y por consiguiente son iguales, su información es veraz y no ha sido alterada. Este punto de la alteración se subsana teniéndose en cuenta que solo el funcionario judicial tiene su clave de acceso al sistema, y que puede anotar únicamente aquello que tiene dentro de sus funciones.

Esto lo que busca es ir paso a paso, poniendo a la par el sistema judicial con los avances de la tecnología.

Todas las sentencias que son examinadas por la Corte Constitucional, sobre si violan o no derechos o parámetros, de la Constitución Política nos muestran que los diferentes medios de información, especialmente el documento electrónico lo que buscan es que se tenga en cuenta este medio dentro de la administración de justicia, y que se tenga en cuenta como un equivalente del documento escrito, para así abarcar un mayor espacio, y tener un mayor rango de acción, y no solo lo que se encuentra plasmado dentro de papel.

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 686 de 2007. Mg. Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

5.2 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON BASE EN EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia entidad que tiene como función constitucional “actuar como tribunal de casación”¹⁹⁰, en el año de 1999, recién se expidió la Ley 527 de 1999, hace un examen para la admisión de una demanda de casación que fue enviada vía fax, y se presentó el original un día después de vencido el termino probatorio.

Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia hace ver que el fax “es un nuevo instrumento legal, que se encuentra acorde con la modernidad, con el desarrollo tecnológico y conectado”¹⁹¹, puesto que el mundo va evolucionando y las personas y sus necesidades con él.

Dentro del análisis para la admisibilidad desde el punto de vista de la corte se hace un estudio para determinar si se considera válido desde el punto de vista de la ley, la presentación del mensaje que llega emitido vía fax, y de ser así si cumple con los requisitos de confiabilidad, integralidad, e integridad del mensaje este debe ser valorado y tenido como medio de prueba válido y eficaz tal y como se señala en la Ley 527 de 1999.

En un proceso que buscaba la declaración de la unión marital de hecho, dentro de las pruebas aportadas al proceso, se encontraban unos correos electrónicos, aportados por el demandado donde solicitaba se declarara que la unión marital no había existido, puesto que se encontraba viciada por una causa ilícita.

La Corte Suprema de Justicia entra a estudiar el caso y se da cuenta que, lo referente a la causa ilícita se descarta, puesto que los correos electrónicos aportados al proceso no cumplían con los requisitos exigidos por la ley. Esto se debía a que el documento carecía de uno de los elementos que la Ley 527 de 1999 le ha otorgado a este tipo de documento como es el de autenticidad, pues no se podía saber quien había firmado dicho documento, y la persona a la cual se le atribuía supuestamente dicho documento negó conocerla, dejando así el documento sin ningún autor que aceptara la autoría del mismo, y por consiguiente el documento no se puede considerar válido.

Toda vez que la Corte Suprema de Justicia considera que un documento electrónico para que pueda ser considerado dentro de los procesos debe cumplir el requisito de autenticidad puesto que tal y como ellos mismos dicen “la autenticidad es un requisito ineludible de su eficacia”¹⁹², y cuando un

¹⁹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 235, Numeral 1.

¹⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de Radicación No. 13015 de 1999. Mg. Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

¹⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1074 de 2010. Mg. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

documento es ineficaz, no puede ser considerado dentro de un juicio ni asignarle valoración probatoria alguna.

Para determinar la autenticidad de un documento electrónico, lo que se debe buscar es al autor de dicho documento pues, la prueba va a ser finalmente la declaración de voluntad que se encuentra allí escrita, y si dicha documentación, declaración o representación de la voluntad no se le puede atribuir a ningún autor, no se puede afirmar que eso sea cierto, pues sería una suposición de un hecho, es por eso que se busca que el autor sea determinado, ya sea porque la persona acepta ser el autor, porque existe una firma digital o por “cualquier otro mecanismo tecnológico que permitan identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido”¹⁹³.

Es por ello que para la corte la falta de autenticidad del documento es motivo suficiente para no valorar esa prueba, y fallar en contra del demandado, que fue quien las aportó al proceso.

El Tercer caso que ha llegado a examen de la Corte Suprema de Justicia se da por medio de la sala Laboral, quien tiene que determinar si existió un contrato de trabajo entre el recurrente en casación y las empresas demandadas, siendo estas Ecopetrol y La Previsora. Dentro de este caso el recurrente afirma que dentro de los correos electrónicos que él aporta al proceso se prueba la relación laboral que él tenía con las dos empresas.

Es así que la Corte Suprema de Justicia en cuanto al caso de Ecopetrol, examina los hechos y en un primer momento admite que “el documento electrónico tiene fuerza demostrativa y es equivalente al documento escrito”¹⁹⁴, es decir, que las pruebas aportadas por dicho medio son válidas en el ordenamiento legal colombiano para ser valoradas.

Pero la corte advierte que para que un documento pueda ser valorado en juicio, al igual que el caso anterior, debe cumplir los requisitos que la Ley 527 de 1999, otorga a dicho medio de prueba, siendo este “la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de este sobre su autoría del documento y su contenido”¹⁹⁵, pero en el caso de estudio, la prueba no fue aportada en cumplimiento de los requisitos de forma, y por consiguiente no puede ser valorada por la corte, y por consiguiente en el caso en comento, no pudo probarse la relación laboral del recurrente frente a Ecopetrol.

Dentro de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se ve un análisis y valoración a la prueba según los criterios que la Corte Constitucional, y se ve que la aplicación de dicha prueba a pesar, de no ser muy frecuente, sino mas bien bastante excepcional, si se le hace un análisis profundo para determinar

¹⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1074 de 2010. Mg. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 34559 de 2009. Mg Ponente: Eduardo López Villegas.

¹⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 34559 de 2009. Mg Ponente: Eduardo López Villegas.

su eficacia probatoria, en tanto que dicha prueba debe cumplir unos requisitos específicos que deben ser tomados en cuenta y valorados en la debida forma para que no se vayan a ver afectados derechos de otras personas. Es así que la corte a pesar de haber tenido en cuenta las características de este medio de prueba, y determinar su validez legal, no pudo entrar a considerarse se eficacia y hacer una valoración probatoria del mismo en tanto que, este se está aportando a los procesos sin los requisitos establecidos por la Ley.

5.3 PAUTAS JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO RESPECTO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.

El Consejo de Estado conoce sobre el documento electrónico en uso de sus facultades constitucionales de “Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo”¹⁹⁶ y como “cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración”¹⁹⁷ los siguientes casos.

En primer lugar llega un caso similar al que le toca tratar a la Corte Suprema de Justicia, referente al fax, como medio válido para la recepción de actuaciones judiciales. En este proceso el Consejo de Estado evalúa si el dicho documento si fue enviado dentro de los términos de ley correspondientes.

En este caso el análisis del Consejo de Estado no se centra en el valor de la prueba sino en si se están cumpliendo los términos procesales establecidos, es decir, que por medio de recibo del fax se puede demostrar que el documento cumplió con los requisitos procesales establecidos y por consiguiente debe entrar a establecer el juez a quien corresponde si la prueba es válida o no en sus alegaciones.

Por último en el año 2010, se presenta a consideración del Consejo de Estado el nuevo proyecto de notificación electrónica, para realizar una consulta sobre si cumple o no los requisitos de la Notificación personal y como se daría.

Para lo cual el Consejo de Estado por medio de sentencia con radicado número 11001-03-06-000-2010-00015-00(1989) de fecha dieciocho de marzo de dos mil diez, determina que el proyecto que se presenta a su consideración si cumple con los requisitos establecidos dentro de la Ley 527 de 1999, y los de los artículo 44 a 48 del Código Contencioso Administrativo.

Dentro de la evaluación que hace el Consejo de Estado se busca que no se violen los derechos de las personas o las leyes. Es así que dicho medio de notificación se debe dar cuando las personas previamente, hayan accedido a que se les notifique de manera electrónica, pero los términos comenzaran a correr al día siguiente y serán los mismos que si se realizara el trámite de la notificación personal¹⁹⁸.

¹⁹⁶ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 237, Numeral 1.

¹⁹⁷ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Artículo 237, Numeral 3.

¹⁹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00015-00(1989) de 2010.

Este medio de notificación electrónico debe cumplir el principio del equivalente funcional que se ha mencionado que debe cumplir todo documento electrónico y podría ayudar en el mejoramiento de la prestación del servicio de justicia.

Es por ello que el Consejo de Estado considera que este medio de notificación cumple con todos los requisitos legales necesarios para una eventual aplicación.

De acuerdo al análisis realizado por mas altos tribunales de la jurisdicción presentes en Colombia, hemos podido apreciar la manera en que de acuerdo a cada una de las funciones que dichos tribunales realizan, toda vez que en primer lugar el Tribunal Constitucional, ha determinado que la Ley 527 de 1999, es exequible y por consiguiente es ley de la república, de lo anterior se puede inferir que las pruebas presentadas por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, deben cumplir los requisitos establecidos, y de hacerlo deben ser valorados en juicio como cualquier otro medio de prueba.

Por consiguiente la corte suprema de justicia hace un análisis partiendo de los requisitos una vez establecidos por la corte constitucional y determinados en la ley, y determina que en las sentencias por el evaluadas el medio de prueba no ha podido ser valorado, en razón a que no cumple con los requisitos en cuanto a la individualidad, y confidencialidad que para dicho medio de prueba se necesita.

En cuanto al Consejo de Estado, ellos hacen un análisis importante sobre, todo en lo relacionado con un futuro proyecto de ley, y la validez que podría tener la realización de notificaciones judiciales, y si se encuentra en consonancia con la constitución y cumple los requisitos formales establecidos para la realización de dicha etapa procesal.

Por lo anterior podemos ver que las tres altas cortes han podido hacer una análisis y valoración del documento electrónico, dependiendo cada uno de las funciones que les corresponde, y podemos ver que este medio de prueba si puede ser aportado dentro de los procesos judiciales, y puede asignársele un valor y eficacia probatorios, igual al que tiene el documento escrito.

Es importante tener en cuenta que este medio de prueba por ser un medio de prueba novedoso, y poco utilizado por las partes dentro de los procesos, tiene a perder eficacia probatoria por que se le está dando un uso indebido al mismo, y al ser aportado no cumple los requisitos, que de no cumplirse en su totalidad, no puede ser considerado en juicio, dicha prueba. Este punto es más complicado por la novedad y no por los requisitos, pues es lo mismo que no se puede recibir una confesión bajo tortura, o un testimonio de persona que se encuentra bajo coacción.

6. ANALISIS MATERIAL

Una vez desarrollada la contextualización teórica, e identificadas las pautas normativas presentes en el conjunto de reglas jurídicas, sobre las cuales se encuentra fundamentado el concepto de documento electrónico, para que sea considerado como tal, y proceder a identificar los elementos que determinan la validez y eficacia dentro del sistema jurídico colombiano. Se debe realizar una búsqueda que determine la aplicación material de dicho medio de prueba como elemento normativo, para dar cabal cumplimiento a los objetivos propuestos y realizar un análisis de los elementos contextuales que se encontraron al desarrollar las actividades de campo.

Siendo así el desarrollo de dicho documento electrónico se basará en el estudio de la validez que dicho medio de prueba tiene, y los presupuestos prácticos para que se configure. En cuanto a la eficacia probatoria del documento electrónico, se dejará únicamente de manera teórica puesto que, en la ciudad de Bucaramanga no se pudieron encontrar elementos probatorios que le otorgaran eficacia material, a dicho medio probatorio, en el momento de la valoración por parte de los jueces, puesto que dicho medio de prueba aun no ha sido desarrollado efectivamente en la ciudad de Bucaramanga y obtenido conclusiones sobre ello.

6.1 DESCRIPCION DE LAS LABORES REALIZADAS EN EL RASTREO DE INFORMACIÓN

En primer lugar, se tomo el documento electrónico como tema de estudio e investigación, ya que la tecnología ha ido tomando mayor cabida en la vida y desarrollo de las actividades cotidianas de todas las personas, ya que así como vuelve la vida más fácil, en unos aspectos, también puede traer consecuencias perjudiciales para las personas.

El tema del documento electrónico es un tema que va a ir tomando cada día mayor importancia puesto que, con el desarrollo de la tecnología y de las diferentes formas de comunicación las personas van a tener que ir usándolo cada vez más, y por consiguiente va a ir adquiriendo mayor relevancia como medio de prueba, tanto para las personas como para los funcionarios que deben evaluarlas.

Dentro de la ciudad de Bucaramanga, la única referencia al tema que se pudo encontrar fue una tesis realizada en el año 2000 en la Universidad Industrial de Santander, a cargo del estudiante Isay Fuentes Galván, dicho trabajo se basó en el valor probatorio que fue concedido al documento electrónico en el momento de la expedición de la ley 527 de 1999 y las teorías existentes que se desprendían del mismo, esto es que el documento electrónico podía ser

considerado como medio de prueba válido y eficaz y podía ser presentado para que se haga valer en juicio.

A nivel local fue el único trabajo con cierto grado de relevancia que se encontró sobre el tema de estudio, y es por ello que se decidió realizar un estudio actualizado y con una base práctica con la que se busca determinar en la actualidad, diez años después de expedida la Ley 527 de 1999, que regula todo lo concerniente a comercio electrónico, los mensajes de datos, firma digital y sus entidades de certificación, que uso se está dando a dicha ley y como se ha estado manejando por las diferentes entidades judiciales en la ciudad de Bucaramanga, como son la fiscalía y los juzgados penales de conocimiento.

Como una necesidad de estar en continuo cambio, al igual que las relaciones entre las personas, y de la misma manera buscando que el sistema judicial no llegue a quedar obsoleto en el momento de llegar a determinar la validez o no de los negocios o actos sucedidos entre los particulares y de la regulación de las nuevas formas de relacionarse, se han dado unos pasos importantes por parte del Gobierno Nacional

En segundo lugar, se seleccionó como lugar de la búsqueda material de la información concerniente al documento electrónico como medio de prueba dentro de los procesos judiciales, los juzgados penales de la ciudad de Bucaramanga y la fiscalía general de la Nación. Se hizo esta selección en base a que en la primera visita que se realizó al palacio de justicia, y se preguntó por el uso de dicho medio de prueba, y de acuerdo a la opinión de varios funcionarios se pudo determinar que el mejor lugar para la realización de dicha búsqueda serían estos juzgados puesto que se encuentran trabajando actualmente, con un nuevo código penal, la ley 599 de 2000, y un nuevo código de procedimiento penal, ley 906 de 2004. Dicha reglamentación tiene muy poco tiempo de haber sido expedida.

El código penal, lleva 10 años de haber sido expedido y a partir del año 2009, por medio de la ley 1273 de 2009, se le adicionó un capítulo con todo lo referente a “la protección de la información y de los datos”¹⁹⁹, y el código de procedimiento penal, que nos habla sobre los medios de prueba que se pueden presentar dentro de los procesos que se van a llevar según el sistema oral, y que en su artículo 424²⁰⁰, hace una referencia explícita a que sean

¹⁹⁹ Ley 599 de 2000. Título VII Bis, De la protección de la información y de los datos.

²⁰⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004. Artículo 424: prueba documental. Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: 1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos.

2. Las grabaciones magnetofónicas.
3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones.
4. Grabaciones fonópticas o vídeos.
5. Películas cinematográficas.
6. Grabaciones computacionales.
7. Mensajes de datos.
8. El télex, telefax y similares.
9. Fotografías.
10. Radiografías.

considerados documentos validos como medio de prueba los mensajes de datos, entre otros.

A partir de esto, es que se determina que el mejor escenario y búsqueda de este tipo de pruebas para un análisis y comparación, se realizaría a través de los juzgados penales de conocimiento, y no en otras ramas del derecho como la civil o laboral, pero esto no quiere decir que las otras ramas no puedan o deban utilizar el documento electrónico como medio de prueba válido y eficaz, dentro de los procesos judiciales por ellos analizados.

Con posterioridad a la expedición de la ley 527 de 1999, el gobierno nacional expidió el decreto reglamentario 1747 de 2000, dicho decreto buscaba regular todo lo referente a la firma digital y las entidades de certificación de las mismas, esto en la búsqueda que las personas que hicieran uso de los medios electrónicos para la creación de negocios o actos, pudiesen tener una prueba y un documento válido sobre la existencia del mismo.

Con posterioridad a esta ley y su decreto reglamentario, el consejo superior de la judicatura como el órgano encargado de la administración de todo lo referente a la rama judicial emitió el acuerdo número PSAA06-3334 de Marzo 2 de 2006, por medio de la expedición de este acuerdo se buscaba regular el uso de los medios electrónicos en el momento de ejercer las funciones de administrar justicia.

Existe una legislación bastante importante en cuanto a la utilización de medios electrónicos dentro de la administración de justicia, en la búsqueda ultima que el sistema judicial, o sus funcionarios, que son quienes van a cumplir la función de administrar justicia, no se encuentren en desventaja con la tecnología que maneja el particular en el desarrollo de sus actividades cotidianas.

Es así que se ha dado en primer lugar el decreto 2150 de 1995, este decreto buscaba reducir los trámites y procedimientos innecesarios dentro de la administración de justicia, y es así que en su artículo veintiséis, determina que se debían habilitar sistemas de comunicación electrónicos con los particulares tratando que la información fuese más expedita y efectiva en la comunicación con las partes.

Posteriormente se emite la ley 270 de 1996, esta es la ley estatutaria de la administración de justicia, importante ley pues es por medio de la cual se rige todo el sistema judicial, en esta ley se hace referencia al uso que se debe dar a los medios informáticos, y es ella la primera ley que les otorga eficacia y validez a ese tipo de documentos, tal y como lo expresa en el artículo noventa y cinco

11. Ecografías.

12. Tomografías.

13. Electroencefalogramas.

14. Electrocardiogramas.

15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores.

parágrafo tercero que dice *“Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”*. Es así que se comienza a hablar de documento electrónico, válido y eficaz, para que sea presentado dentro de un juicio y sea considerado como medio de prueba.

Posteriormente y en concordancia con la ley 527 de 1999, se expide el acuerdo número PSAA06-3334 DE 2006. Este acuerdo se creó con el fin de reglamentar el uso de los medios electrónicos e informáticos en el momento de administrar justicia por los diferentes funcionarios judiciales.

Es a partir de esta legislación que el consejo superior de la judicatura se ve en la necesidad de capacitar, informar y proporcionar a sus funcionarios todos los medios electrónicos, informáticos y telemáticos necesarios para cabal desarrollo de sus funciones, especialmente aquellas de administrar justicia y buscar la verdad de los hechos.

Es así que el sistema judicial, y sus funcionarios deben estar a la par con la tecnología para que tal y como ocurre con el documento electrónico puedan llegar a evaluar toda la evidencia digital que se les presente y llegar a la verdad de los hechos, realizando un análisis objetivo de todos los elementos probatorios que se les presenten.

El uso de estos elementos electrónicos e informáticos podría disminuir los tiempos que se deben tener en la espera de las actuaciones, pues si la persona es notificada por e-mail, o la contestación a una demanda se puede enviar por medio de un fax, lo que se busca es simplificar los procedimientos procesales, y darle a las partes la certeza de la actuación realizada, pero en un menor tiempo y con un número menor en cuanto a los tiempos de espera.

A raíz de lo anterior y con base a las visitas y entrevistas realizadas con los diferentes funcionarios judiciales que se encuentran trabajando en los juzgados, y con el juez, se constató que el uso que está teniendo dicho medio de prueba dentro de los diferentes procesos judiciales, es bastante escaso, tanto por parte de los intervinientes en el proceso como por parte del funcionario judicial, pues, para poder valorar este tipo de pruebas y para su recolección se necesitan unos elementos físicos básicos, y de acuerdo a la tecnología del mismo material probatorio, para poder apreciarlo, y proceder a su valoración.

También se observa un poco de temor y reticencia a la hora de valorar estos medios de prueba, pues su misma falta de aplicación y la evolución que va teniendo la tecnología a pasos agigantados, no le conceden el espacio necesario al funcionario judicial, para poder aprender a valorar y manejar estos medios de prueba antes de ser pasados de moda.

La parte de la búsqueda que se realizó en la sede de la Fiscalía General de la Nación presente en la ciudad de Bucaramanga, donde se busco información por medio de los diferentes fiscales y las divisiones que tiene la fiscalía, en el manejo de el medio probatorio y el uso material que se está dando a estos en el momento tanto de la investigación como de la acusación.

Se eligió la fiscalía general de la Nación porque, sobre ella recae el “ejercicio de adelantar la acción penal”²⁰¹ y “realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento” por alguno de los medios que la ley y la constitución tienen dispuestos para tal fin. Y a su cargo recaen las “funciones de dirección y coordinación de la policía judicial”²⁰². Es por ello que la fiscalía como órgano encargado de la investigación y ejercicio de la acción penal, sería el principal, órgano dentro del cual se podría determinar con mayor facilidad, como se están recaudando este tipo de pruebas, y el uso que se les está dando.

Las divisiones de la fiscalía donde se centro la búsqueda de forma principal, fue en la división de delitos sexuales, en razón a que el uso de los canales de charla y redes sociales a las que tienen acceso cada día en mayor medida, los niños, jóvenes y adultos se han presentado ciertos casos donde esto se da con regularidad el uso de dichos medios buscando personas incautas que se presenten para diferentes tipos de juegos y actividades, fuera del rango legal establecido.

La segunda división dentro de la cual se realizó la investigación fue la encargada de el hurto y el las transferencias de activos no consentidas, tema que se ha ido dando tal y como lo expresan los funcionarios, con mayor frecuencia, en todo lo relacionado, con el robo de tarjetas de crédito, y transferencias de dinero por medio de sucursales virtuales.

El tercer punto sobre el que se hizo énfasis fue el C.T.I.²⁰³, como el área encargada de la recolección de las pruebas, sobre todo como información sobre cómo se recolectan las pruebas informáticas para ser anexadas a los procesos judiciales, con delitos que se cometen con estos medios.

Dentro de la segunda parte de la recolección práctica de esta información se acudió a los juzgados penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga.

Ya que dentro de dichos juzgados se usan medios de comunicación telemática y todo el proceso se realiza mediante audiencias, que son grabadas para que sirvan como constancia o medio de prueba posterior sobre lo que se dijo.

Se tienen en cuenta tanto la fiscalía como los juzgados de conocimiento, para poder hacer un seguimiento real a la prueba del documento electrónico, desde

²⁰¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 250.

²⁰² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 250.

el momento de su aprehensión hasta el momento en que se dicte un fallo y la valoración que se da de la misma por parte del juez.

Ya que el objetivo general del trabajo era determinar el uso material que tiene el documento electrónico y la eficacia y validez probatoria que le están concediendo los jueces para su realización.

Se realizaron una serie de visitas a los juzgados penales de conocimiento donde se buscaba recolectar una primera parte de la información que hacía referencia a si tenían conocimiento sobre lo que era el documento electrónico, que tipos de documentos electrónicos existían y como se podían aportar al proceso, información que dio una idea importante y demostró el conocimiento que tenían los funcionarios sobre estos temas. Para posteriormente mirar el uso y valoración que tenía dicha prueba dentro de la etapa tanto del juicio, como en el momento de emitir una sentencia por parte del juez.

En la segunda parte de las visitas que se realizaron dentro de los juzgados penales de conocimiento, se buscaron procesos que hubiesen sido fallados o que estuviesen en etapa de juicio oral, y determinar qué tipo de medios probatorios se han dado, si la prueba fue aceptada por parte del juez, y de existir sentencia como se valoró dicho medio de prueba dentro del proceso, que valor le otorgó el juez y la eficacia que dicha prueba tenía.

6.2 DESCRIPCION DE LA INFORMACION ENCONTRADA

En la búsqueda para determinar el uso material que se está dando al documento electrónico como medio de prueba dentro de los procesos judiciales, búsqueda realizada dentro de los juzgados penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, en aras a realizar un análisis de la validez y eficacia de ese medio de prueba. Para el cumplimiento de dicho objetivo se pensó buscar sentencias donde el juez en la valoración de las pruebas y la determinación de grado de verdad de las mismas hubiese analizado dichos medios de prueba y determinar el valor que estos están teniendo, para la búsqueda de ello. En aras del cumplimiento de dicho objetivo se realizaron una primera serie de entrevistas dentro de los juzgados penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, y buscando determinar el número de procesos que en los años 2008 a 2010, han tenido dicho medio de prueba.

De acuerdo a esta primera serie de entrevistas se encontró que dicho medio de prueba no estaba siendo desarrollado ni utilizado por ninguna de las partes que hacen parte de los procesos en la ciudad de Bucaramanga.

Se tomo en primer lugar para la realización de esta investigación el documento electrónico, puesto que la tecnología ha ido tomando cada vez más campo, y el uso de ella por parte de las personas es cada vez mayor y se hace más indispensable.

El documento electrónico, tenía muchas esferas sobre las cuáles se podía ver y tomar en cuenta para desarrollar la investigación, y es por ello, que se determino que el estudio de este elemento dentro de este trabajo, se basaría dentro del ámbito del derecho probatorio, buscando determinar, el valor que dicho elemento, tendría en el desarrollo en esta área del derecho, especialmente buscando determinar dos, elementos importantes para todo medio de prueba como son la validez y eficacia que dicho medio de prueba debe tener en el momento de su valoración por parte del juez, y determinar el grado de verdad que dicho elemento tuvo desde la perspectiva del juez y los requisitos legales, para su configuración.

Desde este momento se debe tener en cuenta que dicho medio de prueba de manera teórica debe cumplir ambos presupuestos y deben ser determinados de manera material, dentro del análisis que se haga a las sentencias para el desarrollo que deben tener dichos medios de prueba, como son la validez y eficacia, elementos que dentro de la valoración del juez se deben ver expresados, y el grado de verdad que le otorga a la prueba, posterior a su cumplimiento de todos los requisitos legales sobre ella otorgada.

Por lo anterior se debe comprender que en el momento de la realización de la búsqueda para la determinación de dichos medios de prueba, se tuvo problemas de orden material para la apropiación que se hizo de las sentencias dentro del área que se había propuesto el análisis, esto es dentro de los juzgados penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, entres los años 2008 a 2010, toda vez que en este tiempo no se han realizado procesos que desarrollen este medio de prueba, a pesar de que tal y como se expreso dentro de la parte conceptual de esta investigación, es un tema del que se viene hablando desde hace más de diez años, y que se ha hecho un esfuerzo por realizar una actualización tanto a los implementos de trabajo de los funcionarios judiciales, con relación al conocimiento y manejo que dichos medios de trabajo requieren para el correcto desarrollo de sus actividades en el ámbito del ejercicio de la función de administrar justicia que todos y cada uno de ellos tiene.

Tanto la validez como la eficacia que se debe tener en el momento de la valoración de las sentencias no se pudo determinar de manera material, en el lugar y tiempo que se delimito dentro del anteproyecto presentado, pues dentro de este espacio y tiempo, no se pudieron encontrar sentencias que trabajaran dicho medio de prueba.

Como resultados positivos de la búsqueda realizada, tanto en la fiscalía como en los juzgados, se encontraron tres procesos que se están desarrollando en estos momentos.

Del primer proceso encontrado, informó la fiscalía en una de las visitas, se trataba de un delito de “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años”²⁰⁴, de

²⁰⁴ CODIGO PENAL. Artículo 219ª.

este proceso señaló el ente acusador que se acababan de presentar como pruebas, las conversaciones que se tuvo entre el delincuente y una menor de 14 años, por medio de las redes sociales, mensajes de texto, y por medio del celular. No se proporcionó, más información puesto que el caso es de menor de 14 años, y se encontraba en reserva.

Los otros dos procesos se encontraron directamente en los juzgados, a partir de las entrevistas que se realizaron en dicho juzgado. El primer proceso que se llevó a cabo fue por el delito de “acceso abusivo a sistema informático y hurto por medios informáticos y semejantes”, este proceso, se encuentra en etapa de juicio oral, y los medios de prueba presentados a consideración dentro del juicio, se encuentran en un CD, y tienen toda la información de las transacciones, este tipo de información la aportó la fiscalía por medio de su personal del C.T.I, quienes ingresaron al sistema del banco, e hicieron un rastreo de las operaciones hechas, por el acusado. Estas pruebas serán valoradas por el juez sexto de conocimiento, en el momento procesal pertinente.

El segundo proceso del que se tuvo conocimiento en los juzgados penales de conocimiento, es el de “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menor de 14 años”, este proceso también se encuentra en etapa de juicio oral, pero al ser con menor de 14 años, se encontraba con reserva, y lo único que el funcionario pudo informar, es que se habían aportado como medios de pruebas los mensajes de texto del celular, y las redes sociales.

Dentro de las entrevistas realizadas al interior de los juzgados civiles del circuito, se encontró un proceso en que se en el momento de presentar la demanda y las copias al juzgado, solo se entregó una copia en medio físico, y el resto de copias para los traslados se realizaron por medio de CD'S, esta demanda fue rechazada, puesto que el juez consideró que las personas que estaban siendo demandadas, al ser de escasos recursos, podrían no tener la capacidad económica para adquirir un computador y poder analizar sobre aquello que están siendo demandados.

6.3 ANALISIS DE LA EFICACIA TEORICA VS LA EFICACIA MATERIAL

Tratando de determinar la eficacia probatoria que tiene el documento electrónico como medio de prueba dentro de los procesos que están siendo llevados a cabo por parte de los juzgados penales de conocimiento, y por la Fiscalía General de la Nación, se debe buscar determinar la eficacia probatoria que está siendo concedida a dicho elemento, una vez ha sido reconocida su validez legal, y ha sido presentado al proceso cumpliendo las formalidades de ley.

El profesor Devis Echandía al hacer referencia a la eficacia probatoria decía que esta se podía entrar a determinar cuándo la prueba era “admisibile,

conducente y legalmente practicada, que por su resultado sirve para darle al juez la convicción que necesita²⁰⁵, es decir, que a la prueba se procedía a determinarle un grado de convicción por parte del juez, en el momento de la valoración probatoria, y una vez habían sido cumplidos todos los requisitos legales necesarios, es decir, que la prueba no adolezca de ningún tipo de vicio que le pueda impedir su graduación, y así otorgar convicción al juez, y proceder, por parte a exponer las razones por las cuales dicha prueba se consideró tenía el valor probatorio que le había sido asignado, y el grado de convicción dentro del proceso.

Esto nos generó en el momento de la realización de la búsqueda material dificultades a la hora de determinar la eficacia dentro de los pocos procesos que se vieron en la ciudad de Bucaramanga, donde actualmente se tenían dentro del material probatorio, unas pruebas concernientes al documento electrónico puesto que las pruebas aun no han sido valoradas por parte del juez, solo se han aportado, o anunciado como parte del material probatorio, del cual se va a servir una de las partes para su exposición y prueba de la verdad del caso.

Al encontrarse las pruebas presentadas al proceso, y haber sido admitidas como tal, nos deja constancia que a dichos medios probatorios se va a entrar a realizarles una primera valoración por parte del juez para determinar si cumple los requisitos legales, en cuanto a la individualización y no modificación, de dicho documento por ninguna de las partes, ni de terceros, sobre lo que se debe decir en dicho mensaje.

Para el profesor Juan Carlos Riofrío la eficacia se da como “un atributo intrínseco de la fuente con vistas al proceso”²⁰⁶, esto es que las pruebas tienen en su haber un punto de eficacia, que viene con ellas, con vistas a el proceso, esto es que la prueba una vez ha sido presentada dentro de un proceso judicial, para que se considere como prueba de un hecho, ya debe considerarse que tiene por si sola cierto grado de eficacia, de lo contrario no se debería presentar al proceso, pues si no se considera que la prueba sea válida y que sirva para dar convicción al juez sobre el hecho objeto del proceso que razón podría llegar a tener la parte para presentarla.

La prueba debe tener cierto valor de eficacia, para que entre a ser considerada como prueba, claro esta este valor de eficacia, va de la mano, con que la prueba cumpla los requisitos de legales y de validez pre establecidos, para que se de dicha valoración.

Es por ello que las pruebas que han sido presentadas en los procesos que se encontraron dentro de los juzgados penales de conocimiento de Bucaramanga, como en los análisis de las sentencias, por parte de las altas cortes judiciales, sobre el documento electrónico se pudo determinar que la prueba electrónica,

²⁰⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1, p.323.

²⁰⁶ RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004.p.50.

si era válida para la prueba de un hecho y que se pueden aportar al proceso para la consideración del juez como los otros medios de prueba. Y en un primer análisis pueden ser consideradas válidas, y aceptadas por parte del juez para su posterior análisis y determinación de grado de validez por su parte. Pero, el documento electrónico como medio de prueba debe tener cada uno de los requisitos sobre los cuales se ha hecho referencia, en cuanto poder identificar, el autor y receptor del mismo, que no ha sufrido modificaciones, y que la voluntad ahí expresada está libre de cualquier coacción.

6.4 APORTES Y DEBILIDADES

Del trabajo realizado con la fiscalía general de la nación, como con los juzgados penales de conocimiento, se pudo aprender bastante, y se pudieron determinar varios puntos a favor y en contra del uso del documento de prueba como medio de prueba dentro de los procesos judiciales.

Como primer punto a tener en cuenta con la búsqueda y el acceso a la información, se vio que para los estudiantes no existe una limitación específica, se pudo ingresar tanto a la fiscalía, para hablar con los diferentes fiscales, como para hablar con la unidad del C.T.I., encargada de la recolección de la prueba electrónica. Se pudo constatar que el funcionario, esta siempre dispuesto a colaborar y a pasar sus conocimientos sobre los diferentes temas a todo aquel que se encuentre interesado en recibirlas. Claro está se dieron ciertas limitaciones en cuanto a la información de procesos que trataban con menores de edad, por la misma reserva legal que sobre ellos existía.

Las todas las personas con las que se hicieron las entrevistas estuvieron dispuestas a colaborar y brindar toda la ayuda que fuera necesaria, y sus conocimientos sobre el tema.

El problema que se encontró en el momento de hacer un rastreo de la información concerniente al tema de estudio fue que no existía mucha información por parte de los funcionarios sobre el manejo material que se le ha dado a dicha prueba, a pesar que si se tiene un conocimiento, en teoría de ella.

Dentro de la Fiscalía, en las entrevistas que se realizaron a los diferentes fiscales, se encontró que ese medio probatorio tiene muy poco uso, o un uso excepcional, como varios de ellos dieron a conocer porque no existen todos los medios técnicos necesarios para la recolección de dicha información, y por consiguiente no es posible recabar todas las pruebas necesarias para la configuración del delito, y poder ser presentado por su parte para que un juez la entre a valorar.

Tanto es así que la unidad dedicada a la transferencia no consentidas de activos, afirma, que para la búsqueda e individualización de los culpables es muy complicado puesto que la persona que comete el delito lo realiza por medio de café-internet, o en otras lugares y muchas veces termina es

perdiéndose el rastro de la persona, y queda sin poder individualizarse el culpable, y la persona que comete el delito queda como no identificada.

Se ha comenzado a usar este medio de prueba en lo referente a delitos sexuales, puesto que las redes sociales y los canales de charla así como sirven para que las personas se comuniquen, también sirven para inducir a muchas personas a cometer delitos, especialmente en casos con menores de edad, que se toman fotos, y hablan con desconocidos, y después se ven inmersos en situaciones comprometedoras de las que no encuentran manera de salir, puesto que en ocasiones dichas situaciones pueden llegar incluso a realizarles chantajes.

En la entrevista que se realizó a los funcionarios del C.T.I., se encontró que ellos si logran recolectar gran parte del material probatorio, pero tanto el fiscal como el funcionario judicial aún son temerosos en el uso de dicho medio probatorio, por la misma novedad y poco desarrollo que existe para con este medio de prueba.

También afirman que este tipo de pruebas necesitan ser recolectadas cumpliendo todos los requisitos de ley pues es muy complicado que se puedan usar de no cumplirlos, pues, este tipo de pruebas son maleables de no ser recolectadas en la forma que la ley ha determinado, puesto que se necesita que se pueda determinar que la prueba no ha sido modificada, alterada, y que se conoce quien es la persona que realizó dicho documento.

Los juzgados penales en la ciudad de Bucaramanga, han tenido pocos casos referentes a este tipo de documento, actualmente existen dos procesos en curso en los cuales se encuentra presente este medio probatorio, pero aún no ha sido valorado por el juez, puesto que se encuentran iniciando la etapa de juicio oral, tal y como se explicó anteriormente, lo que se pudo constatar con los funcionarios judiciales donde se están llevando este tipo de procesos judiciales es que, es un tipo de prueba que les genera cierto temor, y requiere ser tratada y valorada, con mucho cuidado, y en cumplimiento de los requisitos para ella establecidos tanto por la ley como por la jurisprudencia, para no encontrarse dando un uso indebido, o haciendo una valoración que no debe ser del medio de prueba objeto de estudio, para cada caso particular.

Como punto a mejorar en el uso de este medio de prueba se encuentra que hace falta mayor capacitación a los funcionarios, para que adquieran un mayor conocimiento en cuanto a las nuevas tecnologías que se están dando actualmente en el mundo y de la forma en que se pueden recolectar y valorar por parte de los funcionarios judiciales, puesto que el conocimiento del tema ayudaría en el momento de darles un mayor uso a estos medios de prueba.

CONCLUSIONES

De acuerdo al trabajo realizado, tanto en su conceptualización teórica, como en el uso práctico, o material que se le está dando al documento electrónico como medio de prueba dentro de los procesos que se están realizando, dentro de los juzgados penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, se puede concluir en primer lugar que la prueba es aquel elemento que se aporta a todo proceso judicial y busca investir al juez del conocimiento necesario, sobre los hechos materia de litigio, y que este pueda emitir una decisión razonada, sobre aquello que fue presentado a su consideración.

Que para que dicha prueba sea valorada se puede dar por medio de los diferentes criterios de valoración, establecidos en la ley, el juez puede realizar un análisis de los hechos, y las pruebas aportadas para su consideración y emitir una sentencia, con su decisión explicando los motivos y las razones que exponen la misma, buscando como fin ultimo la verdad de los hechos, y otorgarle razón a una de las partes.

Al hablar de documento se debe hacer referencia a este como medio de prueba con carácter declarativo o representativo de un hecho, busca que por medio de él se pueda constatar la existencia de un hecho o acto.

El documento es creado por medio de la actuación de una o más personas que buscan plasmar su voluntad en un objeto, para dejar constancia o prueba sobre la ocurrencia de un hecho o acto, y que trae como consecuencia el cumplimiento de una obligación, acuerdo, o la realización de un acontecimiento.

Cuando se hace referencia al documento electrónico, se dice que para la configuración de este medio de prueba se encontraron presentes elementos electrónicos, informáticos o telemáticos.

El documento electrónico puede ser de dos clases como documento informático, o como mensaje de datos, dependiendo de la forma en que se constituye y se debe aportar al proceso para que pueda ser leído, y posteriormente valorado por el juez

El documento electrónico, tiene valor probatorio, toda vez, que este ha sido reconocido por la legislación colombiana, una vez fue expedida la ley 527 de 1999, donde expresa que el documento electrónico deberá ser considerado como un medio de prueba valido y eficaz siempre y cuando cumpla las formalidades para el establecidas.

En el momento de entrar a valorar el documento electrónico como medio de prueba se deben determinar dos criterios como son la validez y la eficacia. Se toma como criterio para la determinación de la validez, el hecho de que nos

encontramos frente a un sistema jurídico que se encuentra regido por unas normas, y que toda norma que se derive de una superior es válida, y hace parte de este sistema de normas.

Se puede tomar la eficacia, como el resultado que se obtiene de acuerdo a la realización de una acción, por parte de una o más personas.

Es así que para la valoración del documento electrónico se puede decir que el uso del documento electrónico como medio de prueba para ser presentado dentro de un proceso judicial es válido, por encontrarse específicamente reglado por el sistema jurídico colombiano

El documento electrónico es eficaz y debe ser valorado por parte del juez siempre que cumpla con los requisitos de individualización que dicho medio de prueba requiere

El funcionario judicial y el juez, necesitan tener más capacitación y conocimiento en cuanto al tema del documento electrónico y las nuevas tecnologías de la información para que sean utilizadas de la mejor manera posible

Es un elemento que puede ser de gran ayuda y traer grandes beneficios, pero se debe saber manejar, y utilizar, para que pueda cumplir las funciones a él asignadas

CONCLUSIONES PERTINENCIA REGIONAL

Se encontró que en la ciudad de Bucaramanga el documento electrónico se tiene en cuenta como un medio de prueba válido por parte de los funcionarios judiciales puesto que se encuentra plasmado en la ley, pero el uso material del mismo es únicamente de manera excepcional.

La eficacia material, para el documento electrónico en la ciudad de Bucaramanga no se puede determinar a raíz que dicho elemento probatorio, no ha sido tomado en cuenta por las partes para presentarlo como prueba dentro de los procesos que ellos llevan a cabo frente a los jueces.

Dentro de los procesos penales llevados a cabo por los jueces penales de conocimiento de la ciudad de Bucaramanga, no se ha entrado a hacer un análisis de la eficacia material del documento electrónico porque no está siendo allegado por las partes al proceso.

Es así que el documento electrónico es un medio de prueba válido y eficaz, que se puede tomar como parte en los procesos llevados a cabo en la ciudad de Bucaramanga, pero que hasta la fecha no se le ha podido hacer un estudio más profundo en cuanto a su eficacia por la falta de presentación, por las partes presentes dentro de los procesos judiciales.

BIBLIOGRAFIA

Libros

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. 3ra. Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2008. Tomo VI.

BOHORQUEZ ORDUZ, Antonio. De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano. 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2004. Tomo 1.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1 y 2.

GUTIERREZ GOMEZ, María Clara. Consideraciones sobre el Tratamiento Jurídico del Comercio Electrónico. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005

JAUME BENASSAR, Andrés. La Validez del Documento Electrónico y su Eficacia en Sede Procesal: Incorpora las Reformas Legales para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial. 1 Edición, Valladolid. Editorial Lex Nova, 2010

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 2da. Edición, México. 1982

LESSONA Carlos, Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil. Madrid, Editorial Reus. 1928. P.8. citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 3ra Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A. 2002. Tomo 1.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano: Pruebas, 2 Edición, Bogotá. Editorial Duprée, 2008.

LOPEZ VILLEGAS, Eduardo. Derecho y Argumentación. 1ra Edición, Bogotá. Universidad de Manizales, ecoe Ediciones. 2001.

MEJIA QUINTANA, Oscar. Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho: Legitimidad, Validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. 1ra Edición, Bogotá. Ed. Temis. 2005

PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la prueba Judicial. Tercera Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Tomo 3, 2003.

PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo: Parte Especial. 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Librería del Profesional, 1995.

PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba Judicial: Análisis y Valoración. 1ra ed., Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

REMOLINA ANGARITA, Nelson. Desmaterialización, Documento electrónico y centrales de registro. Comercio Electrónico, GECTI (Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones e informática). Universidad de los Andes. 1ra edición, Bogotá. Editorial Legis, 2005.

RIOFRIO M-V, Juan Carlos. La Prueba Electrónica. 1 Edición, Bogotá. Editorial Temis, 2004.

ROMERO SOTO, Luis E. La Falsedad Documental. 4ta Edición, Bogotá. Editorial Temis S.A., 1993.

TIRADO HERNANDEZ, Jorge. Curso de Pruebas Judiciales: 1ra Edición, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2006. Tomo 1.

Legislación

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO.

CODIGO PENAL. Ley 599 de 2000

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 906 de 2004.

ESTATUTO DE NOTARIADO Y REGISTRO. Decreto 960 de 1970.

Resolución de la Asamblea General de 16 de Diciembre de 1996.

Ley 98 de 1993.

Decreto 633 de 1993

Ley 223 de 1995.

Decreto 2150 de 1995

Ley 270 de 1996.

Ley 527 de 1999

Ley 588 DE 2000

Decreto 266 de 2000

Decreto 2170 de 2002

Ley 795 de 2003

Ley 906 de 2004

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 662 de 2000. Mg. Ponente: Fabio Morón Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 831 de 2001. Mg. Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1147 de 2001. Mg Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-356 de 2003. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 202 de 2005. Mg. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 686 de 2007. Mg. Ponente: Jaime Córdoba Triviño

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia 26 de abril de 1961. Mg. Ponente Dr. Primitivo Vergara Cuervo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto de Radicación No. 13015 de 1999. Mg. Ponente: José Roberto Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 226 de 1994. Mg. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 34559 de 2009. Mg Ponente: Eduardo López Villegas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1074 de 2010. Mg. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

CONSEJO DE ESTADO. Radicado No. 11001-03-06-000-2010-00015-00(1989) de 2010.

Otras Fuentes

Derecho Romano. Enciclopedia Wikipedia. [en línea]. <http://es.wikipedia.org/wiki/>

Diccionario RAE 2.0.La Real Academia Española: Definición de Prueba, [en línea]. <http://drae2.es>

DE LEON BATISTA, Hernán. Revista Chilena de Derecho Informático. Artículo: Fuerza Probatoria de los Documentos electrónicos. Numero 4. [en línea]. 2004. http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D15836%2526SID%253D567%2526PRT%253D15830,00.html

HERRERA BRAVO, Rodolfo. El Documento Electrónico y la Firma Digital en el Sector Público Chileno. Ponencia Presentada en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, organizado por FIADI, en Perú; y en la III Conferencia sobre Derecho e Informática, realizada en Cuba, ambas en el año 2000 <http://rodolfoherrera.galeon.com/firmadigital.pdf>

OLMOS JASSO, María Teresa. Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos. 2006. <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:QKDqwRcjSDMJ:www.tfjfa.gob.m>

x/investigaciones/pdf/valorprobatoriodelosmedios electronicos.pdf+valor+probatorio+de+los+documentos+electronicos,+Mar%C3%ADa+Teresa+Olmos+Jasso &hl=es&pid=bl&srcid=ADGEESi_KC0wjP2HF6ioalHAzH_ZG6FaSZpVOk5aDV6h3X0Iql1XD4K8iZsbNcxAgSAS95Ijlf4a64wZ_IpEVB_zjNKiv3Y2_gsg0Dq2QdqBuGeirFSwL6JrLaTjT_IeR-Rox5AVI-I&sig=AHIEtbQJpJO1t2hA40gu0MTWHBU0FK-p8w

RINCON CARDENAS, Erick e IBAÑEZ PARRA, Oscar. Revista Civilizar No. 7. Artículo: El Acto Administrativo Electrónico y las tecnologías de la Información. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Acto_Administrativo_Electronico_Nuevas_Tecnologias_Informacion.htm

AETE, Eugenio Alberto. Artículo: Documento electrónico e instrumento público. Revista de Derecho Informático. 2000. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=511> citando a Miccoli Silvia. La sicurezza giuridica del commercio elettronico. (tesi di laurea). Universita degli studi di Pisa. 1994-95. Url: <http://www.notariato.it/forum/tes101.htm>.

VARGAS, Fernando. Artículo El Derecho Digital Uruguayo, Los Documentos Informáticos. [en línea] http://www.cuti.org.uy/documentos/documentos_informaticos.pdf citando a GIANNANTONIO, Ettore. El Valor Jurídico del Documento Electrónico: Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Informática. Volumen 1 DEPALMA, Buenos Aires, 1991.

NOBLIA, Aida. Revista de Derecho Informático, Alfa-Redi. Artículo: Perfeccionamiento de los contratos de derecho electrónico. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=936>

ARIAS FERRER, María Inés. La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica: Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008. *Frónesis*. [Online]. dic. 2008, vol.15, no.3 <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682008000300012&lng=es&nrm=iso>

ASOCIACION PROFESIONALES ASESORES DE EMPRESAS. <http://www.lasasesorias.com/es/publica/firmaelectronica/>

Definición. De [en línea] <http://definicion.de>

Guía para la Incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Criterio del Equivalente Funcional. [en línea].

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html