

APLICACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO

Marcela María Yepes Gómez
Jesús Armando Pérez Benitorevollo
Mario Peinado



APLICACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO

MARCELA MARÍA YEPES GÓMEZ

JESÚS ARMANDO PÉREZ BENITOREVOLLO

MARIO PEINADO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO

Resumen

En la actualidad, las personas recurren al uso de plataformas o aplicaciones digitales para celebrar diversos actos y negocios jurídicos. La era tecnológica ha obligado a los operadores de justicia a crear nuevas regulaciones que respondan a las nuevas necesidades emergentes, por ejemplo, la vulneración de los derechos en una red social. De ahí surge la necesidad de estudiar el tratamiento probatorio de los mensajes de datos (chats, correos electrónicos, páginas de Internet, redes sociales, etc.) y comparar el contexto legal colombiano y los ordenamientos jurídicos estadounidense, argentino y español. El siguiente artículo tiene un enfoque cualitativo, de tipo descriptivo. Se halló que las legislaciones de Colombia, Estados Unidos, Argentina y España no cuentan con una noción clara de pruebas digitales o electrónicas y se rigen por la figura de mensajes de datos. En conclusión, se establece que aún existen vacíos normativos que dificultan el tratamiento procesal de las pruebas digitales o electrónicas.

Palabras clave: prueba electrónica, derecho procesal, principios generales del proceso, validez jurídica.

Los autores: Marcela María Yepes Gómez, estudiante de Derecho de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correo electrónico: mayepesg@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-2626-4728>

Jesús Armando Pérez Benitorevollo, estudiante de Derecho de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correo electrónico: Jeperezb1@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1985-0262>

Mario Peinado Peinado, estudiante de Derecho de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correo electrónico: mapeinado@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-6164-8770>

Recibido: 30 de julio de 2021; **evaluado:** 25 de agosto de 2021; **aceptado:** 30 de septiembre de 2021.

APPLICATION OF ELECTRONIC EVIDENCE IN THE COLOMBIAN REGULATORY SYSTEM

MARCELA MARÍA YEPES GÓMEZ

JESÚS ARMANDO PÉREZ BENITOREVOLLO

MARIO PEINADO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO

Abstract

Currently, people use digital platforms or applications to carry out different legal acts and businesses. The technological era has forced the operators of justice to create new regulations that respond to new emerging needs; for example, nowadays, people can use a screenshot to support in front of a judge that there was a violation of their rights in a social network. Hence the need to study—based on a literature review—the evidentiary treatment of data messages (chats, emails, internet pages, social networks, etc.) and compare the Colombian legal context with other legal systems such as those of the United States, Argentina, and Spain.

Therefore, the following article uses a qualitative research method with a descriptive approach, finding that the legislations of Colombia, the United States, Argentina, and Spain do not have a clear notion of digital evidence. On the contrary, these countries are governed by the figure of data message, which perhaps arises in the framework of digital signatures and documents. Conclusively, there are still regulatory gaps regarding this topic that hinder the procedural treatment of digital evidence.

Keywords: electronic evidence, procedural law, general principles of procedure, legal validity.

About the authors: Marcela María Yepes Gómez, Law student at the Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Email: mayepesg@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-2626-4728>

Jesús Armando Pérez Benitorevollo, Law student at the Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Email: Jeperezb1@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1985-0262>

Mario Peinado Peinado, Law student at the Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Email: mapeinado@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-6164-8770>

Received: July 30, 2021; **evaluated:** August 25, 2021; **accepted:** September 30, 2021.

APLICAÇÃO DA PROVA ELETRÔNICA NO ÂMBITO NORMATIVO COLOMBIANO

MARCELA MARÍA YEPES GÓMEZ

JESÚS ARMANDO PÉREZ BENITOREVOLLO

MARIO PEINADO

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA POLITÉCNICO GRANCOLOMBIANO

Resumo

Na atualidade, as pessoas recorrem ao uso de plataformas ou aplicativos digitais para realizar diversos atos e negócios jurídicos. A era tecnológica obriga os operadores da justiça a criar regulamentações que atendam as novas necessidades emergentes, por exemplo, a violação dos direitos numa rede social. A partir disso, surge a necessidade de estudar o tratamento probatório das mensagens de dados (chats, emails, webpages, redes sociais etc.) e comparar o contexto legal colombiano e os ordenamentos jurídicos estadunidense, argentino e espanhol. Este artigo tem uma abordagem qualitativa, de tipo descritivo. Nele se constatou que as legislações da Colômbia, dos Estados Unidos, da Argentina e da Espanha não contam com uma noção clara de provas digitais ou eletrônicas, e são regidas pela figura de mensagens de dados. Em conclusão, estabelece-se que ainda existem lacunas normativas que dificultam o tratamento processual das provas digitais ou eletrônicas.

Palavras-chave: prova eletrônica, direito processual, princípios gerais do processo, validade jurídica.

Os autores: Marcela María Yepes Gómez, estudante de Direito da Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correio eletrônico: mayepesg@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0003-2626-4728>

Jesús Armando Pérez Benitorevollo, estudante de Direito da Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correio eletrônico: Jeperezb1@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1985-0262>

Mario Peinado Peinado, estudante de Direito da Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. Correio eletrônico: mapeinado@poligran.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-6164-8770>

Recebido: 30 de Julho de 2021; **avaliado:** 25 de agosto de 2021; **aceito:** 30 de setembro de 2021.

Introducción

Los medios digitales han iniciado una revolución mundial, dado que cuentan con el potencial de transformar la sociedad.¹ La ciencia jurídica no ha sido ajena a ello, y como respuesta, los legisladores han optado por reglar los diversos actos y negocios jurídicos celebrados en las plataformas digitales y crear una regulación especial para el uso y la práctica de las pruebas digitales en los escenarios judiciales.

En Colombia, el Código de Procedimiento Civil le abre las puertas a la prueba digital como medio de prueba en los procesos judiciales. Sin embargo, la Ley 527 de 1999 define con más claridad el concepto de mensajes de datos² como medio probatorio. A dicha ley se suma el actual Código General del Proceso y el desarrollo jurisprudencial del tema. Por ejemplo, en la actualidad, los pantallazos de WhatsApp y de redes sociales, entre otros, sirven como prueba en el escenario judicial; por eso, el Código General del Proceso, en sus artículos 269 y 272, determina la forma como estos pueden ser controvertidos y la valoración que pueden tener por parte del juez, contemplada en el artículo 247.

Sin duda, estos cambios tecnológicos suscitan retos de actualización para los regímenes jurídico-procesales nacionales e internacionales.³ De ahí que el presente artículo tiene como propósito aproximarse a las pruebas electrónicas, su regulación, utilización, tratamiento y validez en los procesos judiciales, tanto en el contexto colombiano como en escenarios jurídicos extranjeros como el estadounidense, el argentino y el español.

Para alcanzar el fin propuesto, se emplea el enfoque cualitativo, y se recurre a la recolección de datos bibliográficos en revistas científicas, normatividad, doctrina y jurisprudencia, entre otros. En un primer momento se expondrán las posturas jurídicas, jurisprudenciales y teóricas existentes en Colombia frente al contexto jurídico estadounidense, argentino y español. En segundo lugar, se explicará el método de investigación empleado y, en tercer término, se expondrán los hallazgos obtenidos del análisis. Por último, se concluye que, si bien en Colombia existe una

¹ Klaus Schwab, *La cuarta revolución industrial* (Barcelona: Debate, 2016), 13.

² Se entiende por mensaje de dato toda aquella información o mensaje que nace en un medio óptico o digital y que es compartida con terceros por el mismo medio, como las redes sociales, chats, mensajes de texto SMS, correos electrónicos y páginas de Internet, entre otros. No obstante, esta noción abarca otras comunicaciones como el fax, el telegrama, etc.

³ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-662 de 8 de junio de 2000*, M. P. Fabio Morón Díaz.

normatividad referente a la utilización de los mensajes de datos como medios de prueba en los escenarios judiciales, esta aún no es clara, puesto que no determina las diferencias entre los diversos tipos de mensajes de datos, lo cual dificulta su tratamiento procesal.

1. Metodología

El presente trabajo se abordará desde el enfoque cualitativo, con el cual se busca reconocer la estructura dinámica del tema.⁴ Corresponde al tipo descriptivo, lo que supone que, con la identificación y el análisis de supuestos normativos, se explorará la temática desde un enfoque general hasta uno particular (método deductivo). Sampieri y otros autores⁵ han señalado que el enfoque cualitativo emplea la recopilación y el análisis de datos con el objeto de dar respuesta a una pregunta de investigación, así como originar nuevas incógnitas en el proceso de interpretación de resultados.⁶ De modo que se pretende construir nuevos conocimientos, conceptos e ideas.

Dado que en esta investigación se recurrirá a la técnica de investigación documental, basada en la recolección, clasificación, recuperación y distribución de información,⁷ se recolectarán datos de la ley, la jurisprudencia, la doctrina y revistas científicas, entre otras, para analizarla e interpretarla, con el fin de brindar contexto a la aplicación de la prueba electrónica en la legislación colombiana y los ordenamientos jurídicos estadounidense, argentino y español. Esto, por medio de la lectura cruzada y comparativa de los documentos para construir una síntesis.⁸

⁴ Salvador Pita Fernández y Sonia Pértegas Díaz, "Investigación cualitativa y cuantitativa", *CAD ATEN Primaria*, núm. 9 (2002): 76, https://www.fisterra.com/mbe/investiga/cuanti_cuali/cuanti_cuali.asp (acceso mayo 10, 2021).

⁵ Roberto Hernández Sampieri et al., *Metodología de la investigación*, 6a ed. (Ciudad de México: McGraw-Hill, 2014).

⁶ Hernández Sampieri et al., *Metodología*.

⁷ Lizeth Macklauth Delgado Amaya y Maryi Betzabeth Herreño Vargas, "Revisión documental: el estado actual de las investigaciones desarrolladas sobre discriminación hacia personas con discapacidad auditiva en países latinoamericanos de habla hispana entre los años 2009 al primer trimestre de 2018" (Tesis de pregrado, Universidad Minuto de Dios, 2018).

⁸ Alberto Quintana, "Metodología de investigación científica cualitativa" en *Psicología: tópicos de actualidad*, ed. Alberto Quintana y William Montgomery Urdy (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006).

2. Marco jurídico

2.1. Colombia

En el contexto jurídico colombiano aún no se ha establecido la noción de “prueba electrónica”, debido a que su tratamiento y valoración se ha hecho desde el concepto de mensajes de datos o documentos electrónicos, es decir, se habla de pruebas de mensajes de datos. El Código General del Proceso provee al derecho procesal probatorio del sistema de valoración de la sana crítica,⁹ entendida como el medio por el cual el juez valora la prueba a partir de las “reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia”.¹⁰

Aunque la valoración de los medios probatorios se fundamenta en este sistema, en la práctica, los jueces también optan por emplear el sistema de la tarifa legal o la prueba tasada,¹¹ que se abordará más adelante.

En el año 2020, la Corte Constitucional adoptó el concepto de prueba electrónica de Federico Bueno de Malta, que señala:

[...] se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un *hardware*, es decir la parte física de la prueba y visible [...] y por otro lado un elemento intangible que es representado por un *software*, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas.¹²

Entonces, se entiende la prueba electrónica como aquella evidencia que surgen de los medios digitales o electrónicos, por ejemplo, la captura de pantalla del chat de una red social, de WhatsApp o correos electrónicos, entre otros. No están contenidas en una hoja de papel, sino en un medio magnético o digital.

⁹ Francisco Javier Rivera Olarte y Lina Fernanda Rojas Quinayá, “Estudio interdisciplinario sobre los sistemas de valoración y estándares probatorios en el derecho procesal colombiano”, *Dixi* 21, núm. 30 (2019), <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01> (acceso mayo 11, 2021); República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005*, M. P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-202*.

¹¹ Rivera Olarte y Fernanda Rojas Quinayá, “Estudio interdisciplinario”, 21.

¹² República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-043 de 10 de febrero de 2020*, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.

El tratamiento de la prueba electrónica como medio de prueba está reglada por la Ley 527 de 1999 o Ley de comercio electrónico; el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012 (en adelante, CGP), y la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, por citar las más relevantes. A estas se suma el Decreto Legislativo 806 de 2020, promulgado por el Gobierno de Colombia en el marco de la emergencia sanitaria declarada por covid-19.

2.1.1. Ley 527 de 1999 o Ley de comercio electrónico

Con esta norma, el Legislador introduce al sistema jurídico colombiano la noción de mensaje de datos y le otorga fuerza probatoria. Allí se define el mensaje de datos como: “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.¹³

El concepto de mensaje de datos y de prueba electrónica son equiparables en la medida en que ambos se refieren a una evidencia albergada o generada por un sistema tecnológico o digital.

Esta Ley fija una serie de principios universales entre los que se destacan la neutralidad tecnológica¹⁴ y la equivalencia funcional.¹⁵ El primero nace de la definición de mensaje de datos y por eso es un principio universal, puesto que no está sujeto a una tecnología específica, sino que abarca a todas: las existentes y las venideras.¹⁶

El segundo principio se encuentra en los artículos 5 y 6 de la Ley 527 de 1999 y aluden a la función y al fin de la prueba documental física o material y a la manera como se podría equiparar con el concepto de mensajes de datos. De esta manera, les atribuye a estos últimos el mismo valor probatorio de la prueba documental física.

¹³ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 527 de 1999*, “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 43 673, 21 de agosto de 1999), art. 2.

¹⁴ Este principio está reglado en el artículo 2 del Decreto 2364 de 2012, sobre la firma electrónica.

¹⁵ Adriana López Martínez, “Desarrollo de la prueba por mensaje de datos y nuevas tecnologías”, video, 03:14, publicado por Instituto Colombiano de Derecho Procesal [ICDP], 7 de septiembre de 2017, <http://www.icdp.org.co/anterior/congreso/congreso2017/conferencistas/adrianaLopez.html>

¹⁶ López Martínez, “Desarrollo”, 20:28.

Dicha Ley también dispone que la prueba electrónica se podrá aportar en su forma “original” (art. 8), es decir, en formato digital, así como impresa o física (art. 10). Independientemente de su formato de presentación, tendrá la misma validez probatoria en el escenario judicial.

El artículo 11, en concordancia con el 9, señala que el valor probatorio de un mensaje de datos estará sujeto a la integridad, la confiabilidad y la rastreabilidad¹⁷ de la prueba electrónica; la certeza de la prueba reside en que, una vez aportada, se encuentra auténtica en el sitio u ordenador que la genera y en el medio en el que se allega (permanece incólume). Así, cuando el juez consulte su lugar de origen hallará el mismo que reside en su poder.

2.1.2. Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012

Acoge los mensajes de datos como medios de prueba documentales y así lo expresa: “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, *mensajes de datos*, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo [...]” (cursivas propias).¹⁸

Este Código, además de reconocer los mensajes de datos como pruebas documentales,¹⁹ señala que deberán ser valorados bajo las reglas generales de los documentos.²⁰ A su vez, sus artículos 245 y 247 indican que, en principio, las pruebas electrónicas deben ser aportadas en su medio original, es decir, en medio digital, pero también se podrán aportar impresas.

De la misma manera, en sus artículos 269, 272 y 273 dispone que los mensajes de datos se pueden controvertir por tacha de falsedad, desconocimiento de documentos y cotejo. Conforme a lo expuesto en el artículo 269, la tacha de falsedad procederá cuando los documentos estén firmados digitalmente. En ese sentido, según lo expone el artículo 273, se deberá demostrar la autenticidad o la falsedad de la

¹⁷ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 527 de 1999*, art. 11.

¹⁸ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1564 de 2012*, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 48 489, 12 de julio de 2012), art. 243.

¹⁹ Las pruebas documentales deben entenderse desde un sentido amplio, esto es, sin limitarlas a una noción netamente física o material, sino que también puede sustentarse a partir de un medio electrónico.

²⁰ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1564 de 2012*, art. 247.

firma. Por su lado, el artículo 272 expresa: “La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión”.²¹

2.1.3. Ley 906 de 2004

El Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, en atención al artículo 424, numeral 7 introdujo, al igual que el CGP, los mensajes de datos como pruebas documentales; por tanto, la valoración de la prueba se hace de igual forma que para los documentos físicos, esto es, que se presenten incólumes en su forma y su contenido, y que permitan al juez obtener conocimiento claro y preciso de los hechos alegados.

2.1.4. Decreto Legislativo 806 de 2020

Surgió en el marco de la emergencia sanitaria provocada por la pandemia de covid-19 y dio paso a la digitalización de la justicia, puesto que el Gobierno instó a la Rama Judicial a adoptar los medios tecnológicos en el escenario judicial, con el fin de continuar garantizando el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

En dieciséis artículos, se exhorta a los administradores de justicia y a los usuarios de los servicios judiciales a emplear las TIC²² para adelantar o gestionar los procesos judiciales existentes y emergentes. A partir de la promulgación de este mandato, las actuaciones judiciales como las audiencias, la presentación de demandas, las notificaciones, los medios de impugnación, la práctica de pruebas, las providencias judiciales, etc., se adelantan por mensajes de datos, en particular, por correo electrónico.²³

²¹ República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1564 de 2012*, art. 272. Aun cuando no estén firmados, según el artículo 244 del CGP, se presumen auténticos.

²² Las TIC corresponden al conjunto de herramientas informáticas (*hardware* y *software*) que permiten la producción, el procesamiento y el archivo de notas de voz, datos, videos, imágenes y textos. República de Colombia, Congreso de la República, *Ley 1341 de 2009*, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 47 426, 30 de julio de 2009), 6.

²³ Las audiencias se podrán llevar a cabo con el medio tecnológico que especifique el despacho y podrán ser virtuales o telefónicas. República de Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Legislativo 806 de 2020*, “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 51 335, 4 de junio de 2020), art. 7.

No obstante, la ejecución del decreto ha presentado falencias, sobre todo, en la práctica de pruebas, debido a que implementar la justicia digital en un escenario que no está preparado para hacer efectivo un plan de esta índole da vía libre a posibles vulneraciones al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, al principio de contradicción, a la legitimidad de la prueba, a la validez, a la carga probatoria²⁴ e, incluso, al derecho fundamental de acceso a la justicia.

Por ejemplo, frente a la práctica de pruebas testimoniales, el decreto no instituyó un protocolo taxativo ni generalizado y esto ha causado que se omitan las solemnidades propias de esta prueba o que se presenten dificultades de acceso que pueden resultar en la inasistencia de la parte a la audiencia o que, por fallas de conexión, el juez no escuche con claridad lo que quiere manifestar la persona que está rindiendo testimonio.²⁵ Este hecho afecta a la parte que solicitó determinada prueba.

2.1.5. Sentencia C-662 de 2000

La Corte Constitucional reconoció la validez jurídica de los mensajes de datos y su alcance probatorio y consideró que los mensajes de datos debían ser tratados de forma semejante a los documentos físicos, puesto que “comporta los mismos criterios de un documento físico”.²⁶

2.1.6. Sentencia C-604 de 2016

La Corte Constitucional dispuso que las pruebas electrónicas que se aporten impresas debían ser valoradas al tenor de las reglas generales de los documentos²⁷ y expresó:

La impresión de un mensaje de datos, en suma, es una mera copia de ese mensaje y, desde el punto de vista de su naturaleza, solo una evidencia documental en papel. Esta prueba documental deberá ser apreciada, como todos los demás elementos de convicción de esa naturaleza, conforme a las reglas de valoración probatoria correspondientes.²⁸

²⁴ “Problemática en la práctica de pruebas y su valoración en medios virtuales”, video de YouTube, 47:20, publicado por Instituto Colombiano de Derecho Procesal [ICDP], 24 de marzo de 2021, https://www.youtube.com/watch?v=Fc6W2fo650o&rt=663s&ab_channel=ICDP

²⁵ “Problemática en la práctica de pruebas y su valoración en medios virtuales”, video de YouTube.

²⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-662*.

²⁷ También puede verse República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁸ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-604 de 2 de noviembre de 2016*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2.1.7. Sentencia T-043 de 2020

La Corte Constitucional les otorgó valor probatorio a las capturas de pantalla extraídas de aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp.

2.1.8. Sentencia C-420 de 2020²⁹

La Corte Constitucional ejerció control de constitucionalidad al Decreto Legislativo 806 de 2020, mediante el cual el Gobierno exhorta a la Rama Judicial a adoptar las TIC en el escenario judicial. Ello en aras de dar celeridad y flexibilidad a los usuarios de la justicia en el marco de la pandemia del covid-19 que dio lugar a la emergencia sanitaria³⁰ y que obligó a confinar a los ciudadanos en sus hogares.

En esta oportunidad, la Corte recibió doce solicitudes para declarar exequible el Decreto en su integridad, ocho para declarar la inconstitucionalidad del Decreto en su integridad, diecisiete para declarar inconstitucionalidad parcial, una para declarar exequibilidad condicionada del Decreto en su integridad y dieciséis para declarar la exequibilidad condicionada de ciertos contenidos del Decreto Legislativo.³¹

Los solicitantes de inconstitucionalidad arguyeron que el texto suponía un menoscabo a preceptos fundamentales del proceso como la igualdad, el debido proceso, el derecho a la defensa y contradicción, la igualdad procesal, el principio de publicidad, las cargas procesales y demás.³² En respuesta, la Corte expresó que tales vulneraciones no existían, en la medida en que se permitía a las partes participar de los procesos judiciales tal como lo hacían antes del advenimiento de la pandemia, pues todos los ciudadanos podrían hacer efectivos sus derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, etc., solo que no tendrían que concurrir a los despachos judiciales físicos, sino que adelantarían las actuaciones por mensajes de datos.

²⁹ Cuenta con un salvamento parcial de voto por parte del magistrado Alberto Rojas Ríos y una aclaración de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera.

³⁰ El 6 de mayo de 2020, mediante Decreto 637, el Gobierno de Colombia declaró, por primera vez, el estado de emergencia económica, social y ecológica, para evitar los estragos del covid-19 en los ámbitos de salud, economía, etc.

³¹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-420 de 24 de septiembre de 2020*, M. P. Richard Ramírez Grisales.

³² República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-420*.

Sin embargo, ante el desconocimiento del accionante de “la dirección electrónica de los peritos, testigos o de cualquier tercero que deba ser citado al proceso, podrá indicarlo así en la demanda sin que ello implique su inadmisión”.³³

Respecto a las notificaciones (personal y por estado) y traslados, determina que el término de dos días (estipulado en el Decreto 806, art. 8) empezará a contarse cuando el accionante acuse al despacho que el destinatario recibió o tuvo acceso a la información proporcionada por mensajes de datos.

En síntesis, la Corporación estimó que el Decreto Legislativo 806 no contrariaba la Constitución Política de 1991; al contrario, materializaba los preceptos constitucionales de acceso a la administración de justicia, de igualdad, de publicidad, debido proceso, derecho a la defensa, etc.

2.2. Estados Unidos

En Estados Unidos, el régimen probatorio es regulado por las Federal Rules of Evidence (Reglas federales de evidencia).³⁴ Las pruebas electrónicas se rigen por los principios y las reglas generales³⁵ del resto de las pruebas, es decir, deben ser relevantes, auténticas y confiables.³⁶

El proceso de autenticación (authentication) se lleva a cabo con dos o más testigos que identifiquen las piezas probatorias y expliquen la manera como son útiles en la resolución del proceso. Quien pretenda demostrar la autenticidad de un determinado material probatorio debe demostrar ante el juez que el documento se ha conservado en su integridad, que no presenta ninguna alteración (chain of custody), que proviene de la fuente que lo alega y, por último, en el caso de

³³ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-420*.

³⁴ Juan Carlos Marín González y Guillermo García Sánchez, “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21 (2014): 76, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2652564 (acceso mayo 12, 2021).

³⁵ Marín y García explican que, en principio, todos los medios de prueba son susceptibles de ser admitidos como prueba. No obstante, se advierte que el daño sustancial al proceso (substantially outweigh) por parte de la evidencia no debe ser mayor que su valor probatorio. Marín González y García Sánchez, “Problemas”, 78.

Asimismo, estas pruebas están sujetas a la interpretación del juez.

³⁶ Fernando Morales Sánchez, “Validez de la prueba electrónica: un estudio sobre la firma digital y electrónica” (tesis de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2016), 6.

relaciones contractuales, se debe demostrar la intención de los contratantes de adherirse al contrato y el conocimiento de su contenido.³⁷

El Departamento de Justicia ha divulgado unos manuales que tienen como objeto informar a los agentes encargados de recolectar y conservar las pruebas digitales acerca de las técnicas para hacerlo. Entre ellos se resalta el *Manual sobre evaluación forense de información digital: una guía para oficiales (Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement)*.³⁸

2.3. Argentina

La naturaleza jurídica de la prueba electrónica en el sistema argentino se encuentra en la Ley de firma digital, Ley 25 506, sancionada el 14 de noviembre de 2001. El fundamento de la prueba digital está en el principio de libertad probatoria de los sistemas procesales civiles, penales y mercantiles, así como en la interpretación del juez, ya que es el encargado de admitir, valorar y ordenar las pruebas, lo que crea inconvenientes para la resolución del caso concreto.³⁹

Argentina tiene una estructura federal que comprende el Gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires y veintitrés estados denominados provincias, cada una de ellas con un Poder Ejecutivo, uno Legislativo y uno Judicial, al igual que el Gobierno nacional; sin embargo, la ley civil, la comercial y la penal son dispuestas para todo el país por el Congreso de la Nación y queda en cabeza de las provincias la potestad para expedir normas procesales en estas materias, en cuyos códigos (veinticuatro en total) se reglamentan los temas relacionados con las pruebas y su validez en los procesos judiciales. Así, solo algunos de estos Códigos Procesales admiten el uso de pruebas por medios electrónicos, como el de la ciudad de Buenos Aires y la provincia de Chabut, que cuentan con ordenamientos jurídicos recientes en materia procesal.

La provincia de Chabut permite el uso del expediente electrónico y la presentación de pruebas mediante evidencia digital.

³⁷ Marín González y García Sánchez, "Problemas", 81.

³⁸ Marín González y García Sánchez, "Problemas", 81

³⁹ Mercedes Rivolta, "Medios de prueba electrónicos: estado de avance en la legislación argentina", *Sistema argentino de información jurídica (SAIJ)*, 2007, http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc070049-rivolta-medios_prueba_electronicos_estado.htm#

El Código Procesal Penal de la provincia de Entre Ríos reconoce el uso de medios electrónicos para algunas pruebas, tales como imágenes, reconocimiento de voz y testimonios filmados, entre otros. Sin embargo, algunas de estas posibilidades no han sido puestas en funcionamiento.

En la provincia de Río Negro se cuenta con un Código Procesal Civil y Comercial recién expedido, en el cual se acepta el uso de las notificaciones electrónicas firmadas digitalmente, pero, no se menciona el tema probatorio por medios electrónicos o digitales.

Al no existir mucha claridad al respecto, en el ordenamiento jurídico argentino se recurre al principio de libertad probatoria: los medios electrónicos son admitidos en juicio de acuerdo con el criterio del juez, quien tiene la libertad de analizar y decidir sobre las pruebas presentadas y su validez dentro del proceso.

Este país no cuenta con guías o manuales de admisibilidad de evidencia digital o manejo de la prueba que permitan hacer un análisis objetivo de seguridad, autenticidad, integridad y confidencialidad de la prueba en el momento de su obtención y deja a criterio del juez su admisibilidad y valoración.

2.4. España

La prueba electrónica tiene fundamento jurídico en la Ley 1 del 7 enero de 2000, conocida como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El artículo 299, numerales 2 y 3, alude a que se admiten como medios de prueba, a petición de parte, todos aquellos elementos que se puedan reproducir en palabras, sonidos e imágenes, así como los medios o instrumentos que den lugar al almacenamiento o la reproducción de dichos elementos. A estos se agregan los datos, las cifras y las diversas operaciones matemáticas con fines contables que contribuyan en la resolución del caso.⁴⁰

El citado artículo establece que se admitirá como medio de prueba cualquier otro instrumento o mecanismo que sirva de sustento y dé certeza a los hechos relevantes, aun cuando no estén explícitamente previstos en la norma.⁴¹

⁴⁰ Reino de España, Corte General, *Ley 1 de 2000*, "Ley de Enjuiciamiento Civil" (Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, 8 de enero de 2000), art. 299.

⁴¹ Reino de España, Corte General, *Ley 1 de 2000*, art. 299.

De lo expresado se entiende que, aunque no se encuentra expresamente el término “prueba digital”, a partir de los términos allí expuestos, se puede interpretar que en los escenarios judiciales españoles todos aquellos elementos que se pueden percibir o reproducir por los sentidos, que se almacenan en medios magnéticos o que circulan en las redes sociales, así como las demás plataformas digitales, son utilizables como medios de prueba en los estrados judiciales.

Por su parte, Lluch y Junoy⁴² expresan que, aunque en el artículo 299 de la LEC no se halla el término “prueba electrónica”, su contenido da pie a la interpretación y se infiere que esta abarca la prueba o los documentos electrónicos.⁴³ No obstante, en el artículo 812 se puede apreciar el vocablo “electrónico” como medio de prueba de un proceso monitorio.

De la misma manera, la prueba electrónica tiene soporte en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica o Ley 59 del 19 de diciembre de 2003, que expone que los documentos ópticos tienen la misma validez probatoria que los documentos físicos.

Conclusiones

En las legislaciones estudiadas, las pruebas constituyen la consecución de la verdad; de ahí su importancia en los procesos judiciales. Por ello, los legisladores han optado por emplear las imágenes, los sonidos, los datos numéricos, las páginas de Internet y toda información que pueda ser almacenada en un medio digital como el Internet (y todo lo que ello abarca) y los medios magnéticos como pruebas en los procesos judiciales.

Desde la expedición de la Ley de comercio electrónico, que dio vía libre a la admisión de los mensajes de datos como medios de prueba en los escenarios judiciales, hasta el surgimiento del Código General del Proceso, se han presentado grandes avances jurisprudenciales y doctrinales respecto al tratamiento de los mensajes de datos como material probatorio.

Tal evolución ha llevado a considerar que los pantallazos tomados de redes de mensajería instantánea como WhatsApp son un mecanismo eficaz de prueba.

⁴² Daniela Ortiz Jiménez y Luisa Jácome Navarrete, “La prueba electrónica: una crítica a su valoración en la legislación colombiana”, *Revista de Derecho*, núm. 27 (2019), <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9257> (acceso mayo 13, 2021).

⁴³ Ortiz Jiménez y Jácome Navarrete, “La prueba electrónica”.

En la actualidad, los usuarios del servicio de justicia pueden emplear material digital —ya sean imágenes, notas de voz, páginas de Internet, videos, etc.— como medio de prueba en los procesos judiciales. No obstante, estos deben ser allegados en el mismo medio que dio origen a esta prueba, es decir, si se trata de una página de Internet, debe ser descargada y almacenada en un medio magnético como una memoria USB o un CD.

Por su parte, en el sistema judicial colombiano y en los de los países examinados en este documento, no hay una ley autónoma de prueba electrónica. Su existencia se fundamenta en leyes de comercio electrónico y firma digital, por lo que su fiabilidad está ligada a la existencia de una firma electrónica o de elementos biométricos que demandan la existencia de un sujeto y una fuente del mensaje de datos. En Colombia, desde la promulgación del CGP, en el año 2012, no es indispensable que el documento electrónico cuente con una firma electrónica, se presume su autenticidad.

De conformidad con lo anterior, se infiere que la falta de una ley autónoma que fije las pautas generales o las directrices específicas que deben seguir los administradores de justicia para admitir y valorar las pruebas digitales en los procesos judiciales ha dado lugar a que no exista una noción de “prueba digital” y por eso aún se habla de prueba de mensaje de datos.

Con la declaratoria de la pandemia del covid-19, la práctica de las pruebas ha presentado más falencias de lo habitual. Debido a esta situación, el Gobierno instó a la Rama Judicial a adoptar medios tecnológicos, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. Tal medida fue implementada por el Decreto Legislativo 806 de 2020, que dio paso a la justicia digital.

A simple vista, lo estipulado en el Decreto Legislativo 806 honra los preceptos constitucionales de acceso a la administración de justicia, debido proceso, principio de publicidad, de contradicción, etc., pero su implementación, en la realidad, podría incurrir en la vulneración de los preceptos constitucionales que sublima. Ello porque esta transición se hizo en la inexistencia de un plan de justicia digital y, por ende, tiene errores de infraestructura: aunque el Decreto señala que se les facilitará a los usuarios los medios necesarios para acceder a la justicia, no determina la manera de materializarlo.

En la práctica probatoria, en particular, de las pruebas testimoniales, no se determinó en el Decreto Legislativo la forma como se seguirían surtiendo estos actos: si se obedecían las solemnidades existentes o si, por el contrario, seguirían unas nuevas.⁴⁴ Por ejemplo, se ha visto que la preparación personal de los testigos se ha transformado en preparación ilícita, porque los defensores conducen la respuesta de su defendido.

Además, aún no se han diseñado medios que den fe de la fiabilidad y la validez de las pruebas presentes en el proceso. Ello puede, en últimas, atentar contra la seguridad y la ética del sistema probatorio, pues no hay que olvidar que la teoría del fruto del árbol envenenado expresa que las pruebas legales que emanen de una prueba ilícita no se pueden valorar, porque contaminarían todo el proceso judicial.⁴⁵

En relación con la aceptación (validez y eficacia) de las pruebas digitales en los sistemas jurídicos español, argentino y estadounidense, se advierte que estos siguen reglas similares a las de la legislación colombiana. Lo que respecta a las redes sociales (Facebook, MySpace, Instagram, Pinterest, LinkedIn, etc.) y los servicios de mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, Messenger, entre otros) es considerado potencial medio de prueba, puesto que, para reconocer la eficacia y el valor probatorio de las pruebas obtenidas de estas redes, se debe proporcionar:

- Autor o certificado del perfil de la red social.
- La garantía de la confidencialidad.
- Certificar la información dentro de la red social.
- Verificar la existencia del intercambio de información.
- Garantizar la autenticidad (que no existen alteraciones).⁴⁶

En síntesis, aunque existe un gran avance legal, jurisprudencial y doctrinal de la inclusión de los documentos, datos y archivos electrónicos como medios de prueba

⁴⁴ Instituto Colombiano de Derecho Procesal, ICDP. *Problemática en la práctica de pruebas y su valoración en medios virtuales: contenido ético en la incorporación probatoria*. ICDP, 24 de mayo de 2021, Archivo de video. https://www.youtube.com/watch?v=Fc6W2fo650o&rt=663s&ab_channel=ICDP

⁴⁵ Karina Cecilia Ibarra Suárez, Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti-miti. *Revista Verba Iuris*, Vol. 12, núm. 38 (2017): 127-141.

⁴⁶ En López Martínez, Desarrollo de la prueba por mensaje de datos y nuevas tecnologías, 807.

en los procesos judiciales, aún hay grandes retos por afrontar. Es necesario empezar por establecer en el cuerpo normativo la noción de pruebas digitales o electrónicas, su tratamiento y su validez en el escenario legal. En el mismo sentido, es menester que el Legislador disponga conceptos claros y precisos en relación con las redes sociales en la legislación colombiana, ya que la definición de mensajes de datos no es suficiente para determinar que se trata de una red social o una plataforma digital.

Referencias

- Delgado Amaya, Lizeth Macklauth y Maryi Betzabeth Herreño Vargas. “Revisión documental: El estado actual de las investigaciones desarrolladas sobre discriminación hacia personas con discapacidad auditiva en países latinoamericanos de habla hispana entre los años 2009 al primer trimestre de 2018”. Tesis de pregrado, Universidad Minuto de Dios, 2018.
- Hernández Sampieri, Roberto; Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. 6a ed. Ciudad de México: McGraw-Hill, 2014.
- Ibarra Suárez, Karina Cecilia. “Los efectos de la prueba ilícita en Colombia: Caso miti-miti”. *Verba Iuris* 12, núm. 38 (2017): 127-141, DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.38.1071>
- López Martínez, Adriana. “Desarrollo de la prueba por mensaje de datos y nuevas tecnologías”. Video. 20:28. Publicado por Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 7 de septiembre de 2017. <http://www.icdp.org.co/anterior/congreso/congreso2017/conferencistas/adrianaLopez.html>
- Marín González, Juan Carlos y Guillermo García Sánchez. “Problemas que enfrenta la prueba digital en los Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 21 (2014): 75-91, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2652564 (acceso mayo 12, 2021).
- Morales Sánchez, Fernando. “Validez de la prueba electrónica: un estudio sobre la firma digital y electrónica”. Trabajo de pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Ortiz Jiménez, Daniela y Luisa Jácome Navarrete. “La prueba electrónica: una crítica a su valoración en la legislación colombiana”. *Revista de Derecho*, núm. 27 (2019): 99-117, <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9257> (acceso mayo 13, 2021).
- “Problemática en la práctica de pruebas y su valoración en medios virtuales”. Video de YouTube. 01:58:50. Publicado por “ICDP”. 24 de marzo de 2021. https://www.youtube.com/watch?v=Fc6W2fo650o&t=663s&ab_channel=ICDP
- Quintana, Alberto. “Metodología de investigación científica cualitativa” en *Psicología: Tópicos de actualidad*, editado por Alberto Quintana y William Montgomery Urdy, 47-84. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2006.

- Reino de España, Corte General. *Ley 1 de 2000*, “Ley de Enjuiciamiento Civil”. Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 7, 8 de enero de 2000.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 1341 de 2009*. “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 47 426, 30 de julio de 2009.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 1564 de 2012*. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 48 489, 12 de julio de 2012.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Ley 527 de 1999*. “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 43 673, 21 de agosto de 1999.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-202 de 8 de marzo de 2005*. M. P. Jaime Araujo Rentería.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-420 de 24 de septiembre de 2020*. M. P. Richard Ramírez Grisales.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-604 de 2 de noviembre de 2016*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-662 de 8 de junio de 2000*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001*. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- República de Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-043 de 10 de febrero de 2020*. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- República de Colombia, Presidencia de la República. *Decreto Legislativo 806 de 2020*, “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 51 335, 4 de junio de 2020.
- Rivera Olarte, Francisco Javier y Lina Fernanda Rojas Quinayá. “Estudio interdisciplinario sobre los sistemas de valoración y estándares probatorios en el derecho procesal colombiano”. *Dixi 21*, núm. 30 (2019): 1-49, <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01> (acceso mayo 11, 2021).

- Rivolta, Mercedes. “Medios de prueba electrónicos: estado de avance en la legislación argentina”. *Sistema argentino de información jurídica (SAIJ)*. 2007. http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacc070049-rivolta-medios_prueba_electronicos_estado.htm#
- Salvador Pita Fernández y Sonia Pértegas Díaz. “Investigación cualitativa y cuantitativa”. *CADATEN Primaria*, núm. 9 (2002): 76-78, https://www.fisterra.com/mbe/investiga/cuanti_cuali/cuanti_cuali.asp (acceso mayo 10, 2021).
- Schwab, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Barcelona: Debate, 2016.