

Algunos apuntes en torno a la prueba electrónica, a propósito del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo

Horacio Cruz Tejada*

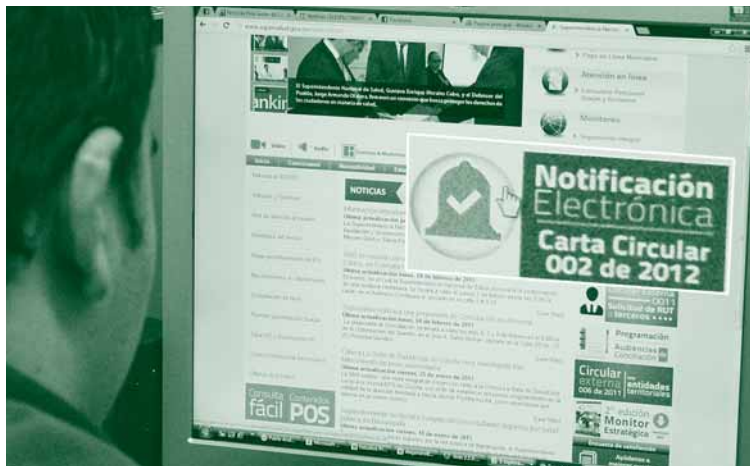
Palabras clave

Documento, documento electrónico, equivalencia funcional.

Resumen

Es incuestionable para nuestros días la importancia que han adquirido las llamadas nuevas tecnologías de la información. El tráfico jurídico actualmente se mueve a gran velocidad gracias a las herramientas que nos brindan los avances tecnológicos en los medios de comunicación. Si bien la sociedad avanza a pasos agigantados, el Derecho no puede quedarse atrás a la hora de regular las relaciones sociales y económicas.

En el entorno colombiano, algunos esfuerzos se han hecho por parte del legislador para estar acorde con los avances tecnológicos y con las necesidades de justicia que demanda la sociedad. Acudiendo a este llamado, se expidió la Ley de 527 de 1999¹, la cual se constituye



en un gran paso para que el Derecho entre en la era de las tecnologías.

En este escrito plantearemos el estado del arte respecto del documento electrónico, a partir de algunas referencias normativas que sobre la materia existen en Colombia y los principios que la gobiernan.

Introducción

Son muchas las dificultades que en la práctica forense se observan a la hora de hacer un juicio de valor probatorio sobre los documentos contenidos en soporte digital. Es mucho lo que falta para que tanto usuarios de la administración de justicia como las autoridades judiciales, entendamos cuál es el alcance y validez probatoria de los documentos electrónicos en un proceso judicial.

Además de la expedición de la Ley 527 de 1999, en la legislación colombiana se han hecho varios intentos por introducir los medios electrónicos en la actividad procesal. Para citar un ejemplo, la ley 794 de 2003 abre la posibilidad de notificar el auto admisorio de una demanda por vía electrónica, situación que es regulada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo de 2 de marzo de 2006.

Posteriormente, la Ley 1395 de 2010 trae a colación el tema; de igual manera, la Ley 1437 de 2011 se encarga de regular el uso de los medios electrónicos, tanto en el procedimiento administrativo, como en el proceso contencioso administrativo. Finalmente², el Código General

* Abogado. Máster Oficial en Derecho Privado Universidad Carlos III de Madrid. Director Consultorio Jurídico y Área de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes. h.cruz60@uniandes.edu.co

¹ Se trata de una de las primeras legislaciones que en Latinoamérica desarrolló el comercio electrónico, y toma como fundamento la ley modelo de comercio electrónico de Unidroit.

² Vale la pena precisar que desde hace aproximadamente quince años, bajo el sistema de "Gobierno en Línea" se han expedido diversas disposiciones para implementar el uso de las TIC en las actuaciones administrativas.

del Proceso intenta poner a tono la normatividad sobre el manejo de la prueba electrónica. Todo esto implica, desde luego, un cambio en la cultura procesal, apegada a lo escrito y tradicional, pues es claro que ante los cambios legislativos se generan resistencias.

Como se puede observar, el legislador ha hecho grandes esfuerzos por adecuarnos a los tiempos modernos; está en manos de quienes prestan el servicio de administrar justicia y de quienes nos servimos de ella, ponernos al tanto de los avances tecnológicos y aceptar su eficacia jurídica.

El documento electrónico frente al documento en soporte papel

1. Prueba documental

Si bien el estatuto procesal civil colombiano no trae una definición de documento³, la doctrina se ha ocupado de la misma en los siguientes términos: “cualquier cosa que sirve por sí misma para ilustrar o comprobar por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano”⁴.

Es así que todo objeto que permita evidenciar una situación presentada en un determinado momento o permita representar un hecho distinto a sí mismo, o la ocurrencia de una conducta del hombre, se cataloga como documento.

Se observa en la definición anterior un desapego a la teoría del escrito, en virtud de la cual el documento, para que pudiera entenderse como tal, debía estar en soporte escrito⁵, dejando de lado otras moda-

lidades de documento que se han creado a medida que evoluciona la sociedad.

Vale la pena precisar que en el listado que presenta el Código de Procedimiento Civil (art. 251) no se hace referencia de manera expresa a los documentos en soporte digital. Ello se debe a que para el momento en que fue expedida dicha normativa (Decreto 1400 de 1970) no se pensaba en que el tráfico jurídico se concibiera a través de medios electrónicos. No obstante, como se mencionó, se trata de una lista de carácter enunciativa o ejemplificativa, con lo cual se puede sostener que el legislador dejó abierta la posibilidad de encasillar otros objetos dentro de los documentos.

Recogiendo los argumentos esgrimidos en este acápite, podemos identificar las características que se predicen del documento en su concepción tradicional o clásica, a saber:

1. Es un objeto contenido en un soporte material.
2. Puede representar la existencia de alguna cosa o situación (carácter representativo).
3. Puede evidenciar la manifestación de voluntad de un sujeto de derecho (carácter declarativo).
4. Debe contener unos mínimos de seguridad que permitan garantizar su integridad y autenticidad.

respecto, Irene Nadal sostiene: “En cualquier caso, la principal característica del documento en cualquiera de sus funciones y cualquiera que sea su clase, público o privado, es su carácter escrito. Si la realidad de que se trate no se plasma en un texto escrito no podemos decir que estamos ante un documento”. Nadal Gómez, Irene. “El documento electrónico en el proceso civil (una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)”, en: Revista General de Derecho, año LVII # 678-679, marzo – abril 2001, p. 2506.

Al hablar de documento se requiere de la presencia de ciertos elementos que lo identifican, como son: el soporte material, la información o representación allí puesta de presente y lo que el documento quiere expresar.

2 Documento electrónico

De acuerdo con los planteamientos expuestos, al hablar de documento se requiere de la presencia de ciertos elementos que lo identifiquen, como son: el soporte material, la información o representación allí puesta de presente y lo que el documento quiere expresar⁶.

Ahora bien, para saber si un mensaje de datos o facsímil, por ejemplo, se pueden catalogar como documentos, es necesario determinar si tienen el elemento corporal. Al respecto, sostiene Riofrio que en efecto, los medios informáticos gozan de materia. Señala este autor que: “un análisis metafísico nos proyecta una primera conclusión: solo las ideas puras carecen de materia; los medios informáticos no son ideas, *ergo* los medios informáticos tienen materia. Es cierto que ese *CORPUS* no es igual de estable que el del papel; es cierto que las ideas, grafías o hechos contenidos en los medios informáticos pueden borrarse fácilmente, y copiarse en otros formatos de forma indefinida, es cierto, pero eso en absoluto significa una carencia de *CORPUS*. (...). Los archivos electrónicos no pueden estar sino soportados en medios físicos”⁷.

3 El artículo 251 del CPC plantea un listado ejemplificativo de lo que puede ser documento.

4 P. 503.

5 En efecto, hay quienes sostienen que para que pueda hablarse de documento, es necesario que esté contenido en un escrito. Al

6 Juan Carlos Riofrio indica que los elementos del documento son: corpus, conformado por el soporte material y la grafía; y el docet, que hace referencia a la intencionalidad y expresividad. Riofrio, Juan Carlos. La prueba electrónica, edit. Temis, Bogotá, 2004, p. 36.

7 Riofrio, Juan Carlos. Op. cit., p. 36.

> Por mensaje de datos "se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos

Si aceptamos, entonces, la concepción del documento como un objeto a través del cual se manifiesta una declaración de voluntad de un sujeto de derecho o se representa una idea del pensamiento, dicha manifestación o representación debe estar siempre contenida en un soporte tangible. No obstante, dicho soporte no necesariamente tiene que ser escrito, como tradicionalmente ha sido entendido.

Por otra parte, es importante destacar que con ocasión de la implementación de las nuevas tecnologías en el tráfico jurídico, los diferentes ordenamientos jurídicos se han visto en la necesidad de regular dicha realidad, lo cual conlleva a replantear el concepto de documento⁸.

Ahora bien, antes de abordar el estudio de la normativa que sobre documento electrónico se presenta en el contexto colombiano, haremos referencia a la ley modelo de comercio electrónico y los principios sobre los cuales se rige, habida cuenta que los ordenamientos internos de cada

país tienen como punto de partida esta regulación normativa.

3. Marco normativo del documento electrónico

3.1 Ley modelo de comercio electrónico

Fue aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996 de la CNUDMI⁹/UNCITRAL, y constituye una de las fuentes del Derecho uniforme del Comercio Electrónico¹⁰.

En efecto, esta ley consagra una serie de principios sobre los cuales se inspira el derecho del comercio o contratación electrónica y su ámbito de aplicación corresponde a "todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales"¹¹ (subrayado fuera de texto).

Asimismo, dentro de las definiciones que plantea, señala que por mensaje de datos "se entenderá la información generada, enviada, recibida o 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 (...) "¹².

Vale la pena mencionar que una de las cuestiones que motivó la elaboración de esta ley modelo fueron los inconvenientes que en el tráfico jurídico internacional se podían presentar con la utilización de los medios informáticos¹³. De hecho,

una de las recomendaciones planteadas por la CNUDMI al presentar la ley modelo, fue la de examinar los registros informáticos como prueba en los procesos judiciales, con el ánimo de superar los obstáculos que se pudieran presentar a la hora de hacer un juicio de valoración probatoria de ellos. En ese orden de ideas, esta ley constituye un punto de partida para la regulación de la contratación electrónica y la eficacia probatoria del documento electrónico en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

3.2 Principios sobre los que se funda la ley modelo de comercio electrónico

Los principios en los que se inspira no solo la ley modelo de la CNUDMI¹⁴, sino el derecho del comercio electrónico, son:

a. Internacionalidad

Consagrado en el artículo 3º de la ley. Por tratarse de una ley que debe servir como referencia para la regulación interna de cada Estado, es necesario tener presente que esta se funda en la idea de armonizar los criterios de interpretación de las normas sobre contratación electrónica. Dicho principio reúne otros en los que se funda la citada ley, como son: "(...) 1) Facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales; 2) validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del dere-

8 Rodríguez de las Heras indica cuatro parámetros sobre los cuales se debe replantear el concepto de documento, dados los nuevos paradigmas que presenta la era digital; son ellos: la concepción espacial del documento; la reestructuración reticular de los procesos; la posición central del acceso y la función reguladora de la arquitectura tecnológica. Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. "Espacios, Redes y Arquitectura tecnológica". En: Actas de las XVII Jornadas de Archivos Municipales de Madrid, "Los archivos municipales y la administración electrónica 1988-2008", Madrid: Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid-Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, 2008, pp. 49-65.

9 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

10 Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Pilar. Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 331.

11 Artículo 1º, ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

12 Artículo 2º ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

13 Al respecto, en los antecedentes de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electróni-

co, se expresa, en el aparte 126 lo siguiente: "(...). Se señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel (...)".

14 Illescas Ortiz, Rafael. Derecho de la contratación electrónica, segunda edición, Thomson Reuters, editorial Aranzadi, 2009, pp. 37 y ss.

cho aplicable en la materia; y 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales".

b. Inalterabilidad del derecho preexistente

En virtud de este principio se entiende que las normas que regulan las relaciones contractuales en el ámbito local e internacional, no se ve afectado por las reglas del comercio electrónico. Quiere ello decir que la manera como el derecho sustancial prevé, por ejemplo, el perfeccionamiento de los contratos, como es el caso de la consensualidad, no se puede ver alterada por la incorporación al ordenamiento jurídico de disposiciones sobre contratación electrónica, las cuales no generan un nuevo derecho de obligaciones y contratos, sino que se sirven del derecho preexistente.

c. Neutralidad tecnológica

Independientemente de la tecnología empleada, se debe garantizar la integridad de los mensajes de datos. Dicho en otras palabras, la ley no puede restringir la utilización de una tecnología en particular, pues esta puede perder vigencia y aplicabilidad con el paso del tiempo, razón por la cual deja en libertad al operador de emplear la tecnología que considere pertinente y adecuada para el caso en concreto.

d. Buena fe

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia. Se trata entonces de un postulado que no hace parte únicamente del derecho de la contratación electrónica sino que corresponde a un principio general del derecho, en el que se inspira el legislador a la hora de crear las leyes y se apoya el juez para tomar una decisión, en el evento de presentar vacíos o lagunas. Ahora bien, respecto de la contratación electrónica, constituye un principio inspirador de dicho derecho.

e. Libertad contractual

Este principio está estrechamente relacionado con el de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos. Parte del presupuesto según el cual en virtud del ejercicio de la autonomía privada de los particulares, los sujetos de derecho pueden adquirir derechos y obligaciones según las relaciones que convengan, teniendo presente, claro está, el respeto por el derecho objetivo, el orden público y las buenas costumbres. Para tal efecto, con la incorporación de las normas sobre contratación electrónica, dicha libertad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas no se ve alterada. Por el contrario, la voluntad de negociación de los sujetos de derecho puede servirse de la electrónica como medio para llevar a cabo tales relaciones sustanciales.

f. Equivalencia funcional

De acuerdo con los artículos 5 a 8 de la ley modelo de comercio electrónico, se evidencia una preocupación por superar los eventuales obstáculos que se pueden generar en el tráfico mercantil, tanto internacional como local, en el que se emplean medios tecnológicos modernos que superan el uso de documentos tradicionales. Por esta razón, los elementos que caracterizan el documento tradicional, como son la inteligibilidad, la autenticidad y la integridad del mismo, se ven también reflejados en documentos contenidos en soporte electrónico, gracias a la equivalencia funcional.

De igual manera, en virtud de este principio, se ha entendido que los documentos contenidos en soporte electrónico tendrán un valor probatorio similar de aquellos que se presentan en soporte tradicional, como es el papel.

El legislador colombiano cuando se ha ocupado de regular el empleo de los medios tecnológicos frente al Derecho, ha tenido presente este principio. En efecto, la Ley

527 de 1999 conocida como ley de comercio electrónico, lo consagra en diferentes disposiciones¹⁵.

Es importante destacar, tal como lo mencionamos en líneas anteriores, que si bien la Ley 527 de 1999 se encarga de regular lo concerniente a la contratación electrónica y empleo de los documentos electrónicos, se han expedido diversas normas que buscan compaginar el empleo de medios tecnológicos en las distintas actividades del Estado y los particulares. Con ocasión de dicho marco normativo se ha desarrollado también el principio de equivalencia funcional.

3.3 Ley 527 de 1999

Conforme los lineamientos trazados por la ley modelo de comercio electrónico, el legislador colombiano se dio a la tarea de incorporar en el ordenamiento jurídico interno una regulación del tema que permitiese poner al país a tono con los modernos medios de comunicación empleados en el tráfico jurídico mercantil¹⁶.

Así las cosas, consciente de esta realidad y ante la falta de un régimen nacional que avalara y regulara el intercambio electrónico de información, con el ánimo de eliminar la incertidumbre sobre la validez jurídica de los documentos electrónicos y su contenido, se expidió la Ley 527 de 1999. Si bien no es la primera norma en Colombia que hace referencia al derecho y la tecnología¹⁷, sí se trata de la primera legislación que se encarga de regular de manera integral el tema en un país latinoamericano.

¹⁵ En efecto, los artículos 5º, 6º 10 y 11, entre otros, sin mencionarlo de manera expresa, su redacción se ha inspirado en el principio de equivalencia funcional.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁷ Remolina Angarita, Nelson. "Conceptos fundamentales de la Ley 527 de 1999". En: El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Cano Martínez, Jeimy José. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010, p. 3.

Dicha ley brinda un fundamento jurídico a las transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos y precisa la fuerza probatoria que tienen los mensajes de datos, situándose junto con las modernas tendencias del derecho internacional privado.

No obstante, vale la pena precisar que si bien la mencionada ley ha sido conocida como “*de comercio electrónico*”, tiene un campo de acción mucho más amplio que no se restringe al comercio electrónico o a los asuntos de naturaleza mercantil; es así que dicha normativa se encarga de regular todo lo concerniente a los mensajes de datos en cuanto a su definición, reglamentación y valoración probatoria, así como a las firmas digitales y entidades de certificación.

De igual manera, es importante destacar que esta ley se funda en los principios de la contratación electrónica, en los cuales se inspira la ley modelo de comercio electrónico, a los que ya se hizo referencia. Al igual que la normativa expedida por la CNUDMI, la ley colombiana no pretende alterar los criterios de validez y de valoración probatoria respecto de los documentos contenidos en soporte tradicional como el escrito, sino que, por el contrario, las reglas jurídicas previstas para aquellos, sean extensivas a los documentos en soporte electrónico, óptico o similar, atendiendo al principio de equivalencia funcional.

Así las cosas, la Ley 527 otorga a los documentos electrónicos un trato igual que el brindado a la información contenida en soporte de papel, como bien lo señala el artículo 5° antes citado, adoptando entonces el criterio de equivalencia funcional, con el cual se les da validez jurídica a los nuevos medios tecnológicos de creación y transmisión de la información, siempre que estos se asimilen a los medios tradicionales, a tal punto de cumplir sus mismas funciones

y permitir la consecución de los mismos objetivos.

3.4 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

La Ley 1437 de 2011 incorpora el uso de los medios electrónicos tanto en sede administrativa como en el escenario jurisdiccional. Para tal efecto, se prevé la posibilidad de adelantar un procedimiento administrativo y judicial electrónico, para lo cual, las actuaciones administrativas y procesales se podrán surtir a través del denominado expediente electrónico (arts. 59 y 186 CPACA).

3.5 Otras regulaciones

Otras normas incorporadas al ordenamiento jurídico colombiano se han encargado de regular aspectos de derecho y tecnología. Resaltamos las siguientes¹⁸:

- a. **Ley 270 de 1996.** Es la ley estatutaria de la administración de justicia. Conforme lo indica el artículo 95, se pone la tecnología al servicio de la administración de justicia. En este propósito, se deduce de su texto la consagración del principio de equivalencia funcional.
- b. **Decreto 1487 de 1999.** Por medio de este decreto se autoriza la presentación de declaraciones tributarias y el pago de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), así como de las retenciones en la fuente, a través del sistema de declaración y pago electrónico establecido por la DIAN. Vale la pena destacar que este decreto fue expedido tres días antes (15 de agosto) de la Ley

527 de 1999 (18 de agosto) y ya plantea una disposición (art. 9°) que hace referencia al principio de equivalencia funcional y valor probatorio de las copias.

- c. **Decreto 2150 de 1999.** Fue expedido con el ánimo de suprimir y reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la Administración Pública. Es así que vale la pena destacar el contenido del artículo 26, —modificado por el artículo 8° del decreto 1122 de 1999¹⁹—, el cual abre la posibilidad a la Administración de emplear medios tecnológicos y documentos electrónicos para el cumplimiento de sus funciones.
- d. **Decreto 266 del 2000.** Si bien fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional²⁰, es importante destacar que fue expedido con el ánimo de suprimir y reformar trámites y procedimientos en la Administración Pública. Se destaca el contenido del artículo 4° de dicha normativa, el cual se refería al valor probatorio de los mensajes de datos, en términos similares a como lo hace el artículo 10 de la Ley 527 de 1999. Esta similitud dio lugar a que, en su momento, la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, al realizar el análisis de constitucionalidad de esta última disposición²¹, declarara también la exequibilidad del artículo 4° en mención,

¹⁹ Este decreto, expedido el 26 de junio de 1999, tenía también la finalidad de suprimir trámites, así como la de “facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe”.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1316 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000. M. P. Fabio Morán Díaz.

¹⁸ Este es un listado meramente enunciativo pues existe una gran cantidad de normas en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de las cuales se permite el empleo de medios electrónicos en diversas actividades.

por presentarse el fenómeno jurídico de unidad de materia.

- e. **Decreto 2170 de 2002.** Fue derogado por el Decreto 066 de 2008²². No obstante, se pone de presente, pues abrió la puerta para el empleo de medios electrónicos en la contratación estatal.

- f. **Decreto distrital 55 de 2002.** Abre la posibilidad de utilizar los medios electrónicos para la presentación de las declaraciones y pago de impuestos que son administrados por la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de la ciudad de Bogotá.

- g. **Decreto 1791 de 2007.** Siguiendo la línea ya trazada por el Decreto 1487 de 1999, se encarga de regular la presentación por medios electrónicos de declaraciones y pagos tributarios, previsto en el Estatuto Tributario (art. 579-2). De igual manera, consagra el principio de equivalencia funcional, en este caso respecto de la firma electrónica que debe emplearse para las declaraciones que se presenten de manera virtual, a través de los servicios electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

4. Firma electrónica

En la actualidad son muchos los actos que realizan los individuos en los que se requiere del acompañamiento de una firma para su validez. De manera ejemplificativa se pueden citar algunos casos como la

celebración de contratos, en donde la firma es señal de asentimiento, la emisión de títulos valores, la presentación de declaración de impuestos, entre otros²³. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define la firma como el nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, **para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido** (negrilla fuera de texto).

De acuerdo con el concepto señalado, la firma es aquel signo distintivo que le imprime cada sujeto a un documento que ha sido elaborado o aceptado por él. Así las cosas, la firma cumple una doble función:

1. Nos permite identificar el autor de un documento.
2. Genera una asunción de responsabilidad respecto del contenido del documento por parte del firmante del mismo, haciéndolo propio.

Lo anterior genera una consecuencia práctica en el plano probatorio, consistente en la presunción de autenticidad. Por ello, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil colombiano señala que la presunción de autenticidad se predica de *“los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, (...)”*. Así, la firma hace que el firmante asuma el contenido del documento que está firmando. Lo anterior no significa que el documento sin firma carezca de valor probatorio; sin embargo, deberá ser aceptado expresamente por la parte a quien se opone o por sus causahabientes,

conforme lo indica el artículo 269 del mismo estatuto procesal civil.

En ese orden de ideas, si la firma manuscrita o autógrafa permite identificar el autor y la aceptación del contenido de un documento presentado en soporte tradicional –llámese papel–, la firma electrónica cumple un propósito similar. En efecto, Diego Cruz señala que se trata de un concepto que nace en Estados Unidos de la mano casi que del comercio electrónico, con el ánimo de garantizar en los sistemas EDI la confidencialidad e integridad de los mensajes y la identidad de emisor y destinatario de la comunicación²⁴.

No obstante, ese sello personal y distintivo propio de la firma tradicional ya no se evidencia con las mismas características en la firma electrónica, pues esta se manifiesta en el mensaje de datos a través de una codificación con clave personalizada. Es aquí donde toma particular importancia el principio de equivalencia funcional, el cual es aplicable a la firma electrónica. Al respecto, el artículo 7° de la ley modelo sobre comercio electrónico señala:

Artículo 7. Firma

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
- b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de

22 Mediante este decreto se reglamenta las modalidades de selección y señala disposiciones generales en materia de publicidad y selección objetiva en los procesos de contratación pública.

23 Respecto de la firma electrónica, con mucha razón afirma Plazas Penadés que la firma “puede ser un medio de prueba útil para demostrar la existencia del consentimiento y la voluntad de adhesión de los sujetos respecto del contenido de documentos electrónicos”. Plazas Penadés, Javier. “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”. En: Revista de la contratación electrónica, Num. 26, abril 2002, p. 6.

24 Cruz Rivero, Diego. Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 21.

obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Además de la equivalencia funcional, en la disposición transcrita se observa la aplicación del principio de neutralidad tecnológica ya explicado, pues hace referencia al empleo de un método idóneo para identificar al autor del mensaje de datos, sin hacer especial referencia al tipo de tecnología que se debe utilizar.

Tales principios se ven reiterados en el artículo 6º de la ley modelo sobre firma electrónica (LMFE)²⁵, el cual indica que cuando se trata de un mensaje de datos y es necesario cumplir con el requisito de la firma, se puede emplear una firma electrónica.

Vale la pena precisar que de acuerdo con el mencionado precepto, si en virtud del principio de neutralidad tecnológica no se exige un medio específico para la identificación del emisor del documento electrónico o mensaje de datos, sí es necesario cumplir con unos requisitos de seguridad para blindar de eficacia jurídica a la firma electrónica. Así las cosas, la firma electrónica, además de permitir la identificación del autor del documento (autenticidad) y su adhesión al mismo, debe garantizar la confidencialidad, integridad y no repudio²⁶ del mensaje de datos.

De otro lado, es importante poner de presente que existen distintos tipos de firma electrónica, atendiendo el grado de seguridad que ofrece cada una. Ello tiene unas consecuencias muy importantes dentro de un proceso judicial, pues un mensaje de datos o documento electrónico fir-

mado electrónicamente, tendrá mayor o menor eficacia probatoria dependiendo del tipo de firma empleada. Así, en España, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, que derogó el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre, sobre firma electrónica (RDLFE) trae tres tipos de firma electrónica²⁷, a saber:

- a. Firma electrónica (básica). El nivel de seguridad que ofrece respecto de la inalterabilidad del documento y su autenticidad es mínimo. El artículo 3º num. 1 de la LFE la define así: "La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante".
- b. Firma electrónica avanzada. De acuerdo con el artículo 3.2 de la LFE, este tipo de firma permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere en la comunicación y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control²⁸.

- c. Firma electrónica reconocida²⁹. Se trata de la firma electrónica avanzada pero con un mayor nivel de seguridad respecto del autor del documento, su integridad y confidencialidad, en la medida en que está basada en un certificado reconocido por un prestador de servicios de certificación (PSC). El artículo 3º num. 3 de la LFE la define en los siguientes términos: "Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma". Dicho en otras palabras, un mensaje de datos firmado con este tipo de firma, permite garantizar la identidad del firmante, la integridad del documento y el no repudio del mismo, en la medida en que ha sido creada con un dispositivo seguro, cuya existencia y validez se garantizan con un certificado emanado de una entidad de certificación³⁰.

Debe señalarse que si bien existen distintos niveles de seguridad respecto de la firma electrónica, por el solo hecho de que un mensaje no esté firmado con firma electrónica avanzada y reconocida, no se puede sostener que carece de fuerza probatoria alguna;

25 Aprobada mediante Resolución 56/80 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001. Se estableció como un complemento de suma utilidad para la ley modelo sobre comercio electrónico.

26 Plazas Penadés, Javier. "La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001". Op. cit. P. 8.

27 Estas tres clases de firma electrónica están recogidas en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, la cual constituye el marco comunitario para la firma electrónica. Cfr. García Más, Francisco Javier. "La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3º de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre", en: Revista quincenal técnico jurídica de derecho privado, Edita la Ley, Madrid, p. 2064.

28 Parejo Navajas, Teresa. "Análisis de las figuras esenciales de régimen jurídico de la firma electrónica: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica". En: Revista de la Contratación Estatal, núm. 70-2006, p. 8.

29 En el ordenamiento jurídico colombiano la firma electrónica reconocida corresponde a la llamada firma digital, como ha sido denominada por la Ley 527 de 1999, la cual, es su artículo 2º literal c) define la firma digital de la siguiente manera: "Se entenderá como un 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".

30 Plazas Penadés, Javier. Op. cit., pp. 11-12. En el escenario colombiano se puede citar el caso de Certicámaras, entidad encargada de certificar la firma digital.

en todo caso, consideramos que el documento goza de presunción de autenticidad³¹, la cual deberá ser desvirtuada por los demás medios probatorios. Seguramente, respecto de un documento que carece de firma electrónica avanzada será más fácil desvirtuar la presunción tanto de su integridad como de su autenticidad, pero —se reitera— la carga de tachar su falsedad corresponde a la parte contraria.

Ahora bien, si afirmamos que el documento electrónico con firma electrónica —cualquiera que ella sea— goza de fuerza probatoria, ello no significa que aquel documento carente de firma electrónica no tenga eficacia probatoria alguna, como equivocadamente lo planteaba el numeral 5 del artículo 3° de la LFE³², el cual fue modificado por la Ley 56/2007³³.

En ese orden de ideas, todo documento electrónico, firmado o no con firma electrónica, debe ser valorado probatoriamente dentro de un proceso judicial o en sede administrativa, conforme el régimen de la prueba documental y las reglas de la sana crítica.

CONCLUSIONES

A pesar de existir diversos criterios acerca de la naturaleza jurídica de la prueba electrónica y de guardar relación con otros medios de prueba como la pericial o indiciaria, el documento electrónico se debe apreciar dentro de un proceso judicial bajo los lineamientos de la prueba documental. Por el hecho de que en el momento histórico en que fueron redactados los códigos procesales no se haya incluido de manera expresa el documento electrónico dentro de la categoría de prueba documental, no es óbice para darle un tratamiento distinto³⁴.

De acuerdo con el desarrollo normativo que se acaba de explicar y la noción de documento en soporte tradicional a la que ya se hizo referencia, se puede sostener que el documento electrónico se identifica con toda información que puede ser almacenada en un soporte inmaterial o que no es directamente perceptible por los sentidos, pues se requiere de la utilización de un software que se encargue de traducir los códigos binarios en que se presenta el documento electrónico y que están en el soporte digital³⁵. Explica Diego Cruz que “el soporte al que se encuentra incorporado el documento electrónico, así como su formato y lenguaje lógico, condicionan el necesario proceso de decodificación y recodificación a un sistema directamente perceptible por los sentidos”³⁶.

Asimismo, de la mano del documento electrónico se encuentra la firma electrónica, herramienta de suma importancia a la hora de determinar el grado de seguridad con el que cuenta un mensaje de datos, especialmente en lo que atañe con

su integridad y autenticidad. De igual manera, es importante destacar que, independientemente del tipo de firma electrónica que se emplee, el documento electrónico debe gozar de presunción de autenticidad y, por ende, debe ser valorado probatoriamente. Ahora bien, corresponderá a la parte contra quien se pretenda hacer valer, restarle eficacia jurídica y probatoria a través de los demás medios de prueba.

Referencias bibliográficas

- Cruz Rivero, Diego. *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Pilar. *Derecho Mercantil Internacional*. El Derecho Uniforme. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003.
- Illescas Ortiz, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Segunda edición. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, 2009.
- García Más, Francisco Javier. “La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3° de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre”. En Revista quincenal técnico jurídica de derecho privado, La Ley, Madrid.
- Nadal Gómez, Irene. “El documento electrónico en el proceso civil (una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)”. En Revista General de Derecho, año LVII # 678-679, marzo-abril 2001.
- Ortega Díaz, Juan Francisco. *Contratación, notarios y firma electrónica*. Ediciones Uniandes y Ed. Temis. Bogotá, 2010.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio, 17ª edición*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2009.
- Plazas Penadés, Javier. “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”. En: Revista de la contratación electrónica, num. 26, abril de 2002.
- Remolina Angarita, Nelson. “Conceptos fundamentales de la Ley 527 de 1999”. En El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Cano Martínez, Jeimy José. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010.
- Riofrio, Juan Carlos. *La prueba electrónica*. Edit. Temis. Bogotá, 2004.
- Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. “Espacios, Redes y Arquitectura Tecnológica”. En Actas de las XVII Jornadas de Archivos Municipales de Madrid, “Los archivos municipales y la administración electrónica 1988-2008”. Madrid: Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid-Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, 2008.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1316 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.
- 31 Posición contraria sostiene Plaza Penadés, quien si bien manifiesta que no se puede restar eficacia jurídica a un documento por el hecho de estar firmado electrónicamente, afirma que “deberán probarse los extremos relativos a la identidad, integridad, autenticación y no repudio”. Plaza Penadés, Javier. Op. cit., p. 11. Al respecto, consideramos que todo documento, esté o no firmado con firma electrónica avanzada, goza de presunción de autenticidad, razón por la cual será la parte contra quien se pretenda hacer valer dicha prueba documental a quien le corresponderá desvirtuar tal presunción.
- 32 Dicha disposición era del siguiente tenor: “(...) Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. (Subrayado fuera de texto).
- 33 Aunque la definición que trae esta ley respecto del documento electrónico incluye aquellos que carecen de firma electrónica, su redacción no es la más afortunada y sufre de algunas imprecisiones. Cfr. Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa. “Espacios, Redes y Arquitectura tecnológica. Los nuevos parámetros del documento en la era digital”. Op. cit. p. 17.
- 34 En el mismo sentido se manifiesta Ortega Díaz, Juan Francisco. Contratación, notarios y firma electrónica. Bogotá, ediciones Uniandes y Ed. Temis, 2010, p. 60.
- 35 Cruz Rivero, Diego. Op. cit. p. 94.
- 36 Cruz Rivero, Diego. Ibid. p. 94.