

ARTÍCULO PUBLICADO EN EL LIBRO:

**“METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA”**

*Propuestas Contemporáneas.*

ISBN: 978-987-591-778-1

*Compilador: Guillermo Lariguet.*

*Editorial Brujas – Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.*

*Universidad Nacional de Córdoba*

*Córdoba – Argentina*

*Año 2016*



 Editorial Brujas

**LA PRUEBA JUDICIAL, De la Materialidad en átomos a la Inmaterialidad en Bit´s.**

*Retos Metodológicos.*

<sup>1</sup>(Mg) GIOVANNI ANDRÉS BERNAL SALAMANCA

**I. Introducción**

*La sociedad de la información<sup>2</sup>, que arraiga cuestiones como el uso no menos frecuente y más bien creciente de las tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Tic´s) y de las Nuevas tecnologías de la Información y las comunicaciones, (Ntic´s), ha trasladado las relaciones inter-personales, familiares y sociales a espacios virtuales, inmateriales o digitales, si se quiere, sea voluntarias, ora obligadas.*

*Los ordenamientos jurídicos y sus instituciones de Derecho no escapan a la absorbente sociedad de la información, podríamos decir que incluso las involucra. El derecho de los procedimientos judiciales, -al igual que los no judiciales-, igualmente se incorporan a esta nueva sociedad, creciente y que reclama el entendimiento de la nueva forma de reclamar sus derechos con las acciones adversariales y no adversariales de las que dispone, en un entorno, por ahora desconocido, el digital.*

*De otra parte, consideramos que la búsqueda de la verdad real, material o verdadera, propia de los procedimientos judiciales ya dichos, - o que le debe ser propia-, solo se logra a partir de una actividad dinámica encaminada a la obtención y producción, asunción y valoración de la prueba, probativo que también se acuña en los entornos digitales y no solo en los físicos, razón que determina y justifica este estudio metodológico de cuestiones.*

*Así entonces nos proponemos establecer un método, si quiera aceptable, que nos permita conceptualizar, analizar y criticar la prueba judicial desde una nueva dimensión,*

---

<sup>1</sup> Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia, Conciliador en Derecho y Árbitro de la Cámara de Comercio de Duitama, Boyacá, Colombia. Asesor, Consultor y Litigante. Profesor Universitario de Pregrado y posgrado.

<sup>2</sup> Se conoce como la sociedad de la información a la conjunción de sujetos, tecnologías e información que integradas, permiten un nuevo escenario que a su vez desarrolla formas de relacionarse, sea con fines puramente personales, contractuales, religiosos, económicos, de consumo, entre otros. Esta sociedad está marcada, ya no por la tierra como en la feudal, menos por el comercio, las artes y los oficios como en la burguesa, sino por la propiedad sobre la información o al menos la posibilidad de acceder a ella.

*la inmaterial, propia del escenario digital, siendo relevantes en la ciencia jurídica del derecho probatorio, los siguientes planteamientos metodológicos y que deberán investigarse, tarea que desarrollaremos desde un cuestionamiento básico, el del ¿Cómo?*

*Un primer momento del estudio se centrará, en el (i) ¿Cómo edificar, con método, un concepto de prueba judicial inmaterial?, pasaremos a un segundo momento, el (ii) ¿Cómo construir un método epistemológico que permita producir y obtener e incorporar la prueba inmaterial al proceso judicial?, finalmente, (iii) ¿Cómo erigir criterios metodológicos que permitan la valoración de la prueba judicial Inmaterial?*

## **II. Los Retos Metodológicos; Un proceso de búsqueda de verdad a través de la Prueba Judicial Inmaterial o Digital.**

### *A. Proceso de Conceptualización de la Prueba Judicial Inmaterial o Digital.*

#### *- La Prueba. Acepciones.*

*La Prueba, desde sus dos acepciones, (1) la que denominamos básica<sup>3</sup>, escaparía al estudio propuesto, por lo menos no sería categórico tener que revisarla, otra en cambio, (2) la prueba en sentido jurídico<sup>4</sup>, si debe acogerse para la investigación, identificada este última, podría pensarse en pasar a un estudio armónico y congruente de la prueba inmaterial o digital, sumándole los demás campos que a renglones seguidos se sugieren y enuncian.*

*Resultaría apropiado, por demás lógico, tomar como punto de partida un contexto general que permita identificar el escenario donde se alojan las pruebas inmateriales o digitales, esto es, la Sociedad de la Información, pasando por cuestiones inescindibles y a su vez definitorias de la cuestión que se estudia, para llegar finalmente a una aproximación, aceptada, de la conceptualización de la prueba así denominada. Veamos.*

#### *- La Sociedad de la Información.*

*Fue objeto, y quizá lo sigue siendo, el estudio de los diversos modelos sociales, en ellos, se ha venido citando el mayor elemento identificador o caracterizador, así, la tierra en el feudalismo, los bienes o productos en el mercantilismo, hoy dan paso, con mayor protagonismo y sin una necesaria sustitución, a la información y el conocimiento, es por ello que quizá algunos dicen que venimos caminando desde una nueva sociedad, -donde ese elemento lo constituye la información-, hacia una novísima sociedad, la del conocimiento. Inescindible pareciera entonces, tener que estudiar, y a partir de ello estructurar, cada uno de estos modelos o formas de desarrollo del hombre en sociedad, con mayor atención para el estudio metodológico propuesto, las sociedades últimamente citadas, la sociedad de la información y la sociedad del conocimiento, dejaremos de lado, por ahora, este última. En aquella, se encuentran y armonizan perfectamente, sonidos,*

---

<sup>3</sup> La definición que nos trae el diccionario de la real academia de la lengua, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>.

<sup>4</sup> Bentham, 1825, p.19.

*palabras, imágenes, software<sup>5</sup>, hardware<sup>6</sup>, redes de comunicación<sup>7</sup>, -abiertas o cerradas-, sistemas o dispositivos de gestión de datos, gobernados estos y gestionadas aquellas, por el sujeto informático, el mismo hombre de la sociedad feudal o burguesa, ahora con nuevas herramientas y pensamientos que usa para alcanzar su plenitud en sociedad.*

*Caracterizan este modelo de sociedad y armonizan nuestro concepto de prueba en el contexto ya citado, un entorno integrador, -de esas imágenes, sonidos, sujetos, etc...-, una participación activa del sujeto, la soñada comunicación universal en tiempo real y permanente, conexiones interpersonales instantáneas, y con total relevancia, el manejo, gestión o tratamiento de la información que por allí transita, ajena a los átomos o la materialidad misma, y propia más bien de los bit's.*

*Es de nuestro gusto y agrado que, situados en el estudio de la Sociedad de la Información, se de una mirada a la movilidad de datos o cuestiones que en ella nacen, circulan y se extinguen, a más de los vehículos<sup>8</sup> y sujetos que permiten ese deambular.*

- *Cuestiones Definitorias, El Comercio Electrónico y sus Principios, Mensaje de Datos, Sistemas de Autenticación y Otros.*

*Como todo cauce tiene una fuente, toda norma tendrá un principio y todo ordenamiento se servirá de axiomas, por ello, y como quiera que son las Tic's y Ntic's, las que permiten la desmaterialización de la prueba judicial, será objeto de estudio la principalística que a ellas se endilga y que, a posteriori, permite que brote el derecho del Comercio Electrónico. Mirada obligada deberá hacerse a tales axiomas; La Buena Fe, La Neutralidad Tecnológica, Libertad Contractual, Respeto por el Derecho Sustancial Preexistente y Equivalencia Funcional, como los más importantes, este último aplicado por extensión al escrito, a la firma y al negocio o contrato. Coincidentemente consideramos como necesario, para la construcción del concepto de prueba inmaterial o digital, entronizar al estudio de cuestiones propias del modelo social basado en la información y el acceso que a ella se pueda tener, tarea del metodólogo estudioso.*

*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI)<sup>9</sup>, emitió, el día 12 de Junio del año 1996, la Ley Modelo de Comercio Electrónico<sup>10</sup>, (en lo*

---

<sup>5</sup> Para ello puede estudiarse el texto de Alexander Díaz García, "Derecho Informático", Editorial Leyer, publicado en Bogotá D.C., Colombia, en el año 2012, allí se desarrolla el concepto y se delimitan sus componentes.

<sup>6</sup> Para ello puede estudiarse el texto de Alexander Díaz García, "Derecho Informático", Editorial Leyer, publicado en Bogotá D.C., Colombia, en el año 2012, allí se desarrolla el concepto y se delimitan sus componentes.

<sup>7</sup> El estudio de la red abierta por excelencia, internet, se estudia en el libro del Doctor Daniel Peña Valenzuela, "aspectos legales de internet y del comercio electrónico", publicado por la editorial Edupre Editores, en Bogotá D.C., Colombia en el año 2001.

<sup>8</sup> Nos referimos a los llamados Sistemas de Información o sistemas de gestión de la información.

<sup>9</sup> Por sus siglas en inglés, UNCITRAL, (The United Nations Commission on International Trade Law).

<sup>10</sup> Disponible en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

*sucesivo ley modelo), norma con vocación internacional de adopción y aplicación en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo. Países del Universo entero han venido adoptando y adaptando esta norma a sus legislaciones locales u ordenamientos nacionales, Estados Unidos, Canadá, algunos países de Europa, Colombia en Latinoamérica, son un referente que evidencia el proceso de incorporación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico, norma supranacional que permite definir al comercio electrónico y crea, aunque no de forma uniforme, unicidad en el entendimiento de este nuevo modo de negociación comercial.*

*Para el gusto de quien escribe, solo puede entenderse la existencia de evidencias o pruebas en entornos digitales, -por lo mismo inmateriales-, a partir de las relaciones ínter-personales que puedan surgir en el e-commerce<sup>11</sup>, cuestión relevante para arribar al concepto pretendido por quien decida adentrarse en el estudio del tema propuesto en este escrito. Razón suficiente para estudiar desde la generalidad y universalidad el concepto más aceptable de comercio electrónico, escenario, como se dijo, en que nacen los acontecimientos que luego serán probados. No debe olvidarse que al derecho probatorio se le tiene como una ciencia reconstructiva, por ende, será tarea de la prueba judicial inmaterial la reconstrucción de realidades o acontecimientos ocurrido en su entorno, el digital o inmaterial.*

*A partir de la legislación vocacional citada, ley modelo, los países que han aceptado las experiencias de la CNUDMI, incorporadas en ella, y que la han tomado como su referente, igualmente aceptan la definición del mensaje de datos incorporada allí<sup>12</sup>, desde tal concepción es que hoy viene estructurándose la representatividad propia del documento y de lo que en él pueda declararse, como el primer medio de prueba que pasa de la materialidad a la inmaterialidad. Consideramos conveniente adicionar a la investigación, en este punto, el análisis de lo que mejor deba entenderse como información, generación, envío, recepción, almacenamiento o comunicación de la misma, medios electrónicos, medios ópticos, intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex o telefax, siendo elementos estructurales del mensaje de datos, información que representa o declara hechos o acuerdos y que luego, adquiere la denominación de prueba o evidencia.*

*Así entonces diríamos que son elementos que se engranan para la construcción del concepto de prueba inmaterial, -hasta ahora-, la prueba misma, -ahora llamada mensaje de datos-, el entorno donde nace, se replica, se almacena o se extingue, vale recordar la sociedad de la información, y el mecanismo que la permite.*

---

<sup>11</sup> Comercio Electrónico, allí por sus siglas en inglés.

<sup>12</sup> Ley Modelo, artículo 2º literal a.

*Uno de los grandes retos que deben superarse para la aceptación de la prueba judicial inmaterial o digital en el estadio procesal, será su (i) autenticidad, la certeza en la persona que lo ha suscrito, manuscrito o firmado, si bien la incorporación es un aspecto que será desarrollado más adelante en acápite diferente y especial, si queremos desde ya recomendar el estudio de los sistemas o mecanismos que permiten la autenticación de la prueba, verbi gratia, las firmas digitales, pues solo así podrá el investigador definir con precisión aspectos como la validez del medio de prueba y su utilidad en el proceso de que se trate. Igualmente, se antepone como requisito de eficacia del mensaje de datos como probanza, su (ii) originalidad, para ello invitamos al inquieto a examinar la ineditud que le debe ser propia, y de forma especial para esta clase de prueba inmaterial, el mecanismo de protección que permita endilgarle tal atributo, debido al tratamiento técnico informático que debe dársele en aras de respaldar la originalidad dicha. Corolario de lo expuesto, resulta la indagación en la (iii) integridad y el tratamiento que este concepto ha recibido para la información, -representativa o declarativa-, en forma de mensaje de datos. El verdadero convencimiento del fallador que se sirve de la prueba digital e inmaterial solo se logra, en nuestro sentir, cuando ella, per se, deja ver los atributos ya explicados, reunidos ellos, vincula a quien ha generado, enviado, almacenado o comunicado, -según el caso-, el mensaje de datos<sup>13</sup>. Autores estudiosos recomiendan<sup>14</sup> blindar el documento para evitar que los citados atributos se hagan ilusorios, sirve a tal propósito la utilización de un sistema de protección de la información así como un sistema de autenticación o firma digital, este último, aplicado bajo reglas aceptables, encarna tal bondad cuando se aplica al mensaje de datos.*

*Concluimos para este aparte y aspiramos sea notable para el lector de este método, que el engranaje de las acepciones de la prueba, la identificación y entendimiento del nuevo modelo de sociedad denominada de “Información”, y de algunos institutos definitorios adicionales y relevantes, permiten una aceptable edificación del concepto de Prueba Judicial Inmaterial o Digital. Hasta aquí tenemos, en nuestro entender, los principales, -no únicos- instrumentos para despejar el primer cuestionamiento, ¿Cómo construir el concepto?*

*B. El análisis metodológico que permite llegar a la Producción u Obtención de la Prueba Inmaterial.*

*No desconocemos que la producción u obtención de la prueba judicial, desde una concepción pragmática, no surge de forma espontánea, sino que, contrario sensu, le*

---

<sup>13</sup> A esta circunstancia se le conoce como el “No Repudio” del mensaje de datos por parte de quien está vinculado a este, quien no podrá desconocerlo.

<sup>14</sup> Rincón, 2015, p.70.

*preceden etapas como la averiguación, el aseguramiento, la proposición o presentación, -esta última ya en sede judicial-, y finalmente el decreto y la práctica, si se requiere claro está de alguna actividad procesal para esta etapa, pues de no ser así, solo procederá su decreto e incorporación. El anunciado proceso de Producción u Obtención resulta complejo cuando estas etapas tienen por propósito fundamental y giran en torno a la prueba judicial inmaterial o digital. Veamos algunos de esas complejidades que deberán estudiarse.*

*- La Averiguación.*

*Indagar por el medio de prueba que permita la demostración de los hechos relevantes en un proceso en particular, es decir aquella que resultaría pertinente, es quizá una de las primeras tareas del jurista, que además requiere de una especie de “depuración” de otros medios para los que la ley no ha atribuido idoneidad como medio demostrativo de ciertos hechos, deberá entonces en tal labor desecharse aquel medio averiguado que, si bien puede resultar pertinente, raya por inconducente. Ese quehacer del jurista, a juicio de quien escribe, se torpedea cuando quien informa acerca del medio o aún el jurista, desconocen el soporte en el que se encuentra, por ser digital o inmaterial.*

*Como respuesta a la anterior dificultad, debemos recomendar al analista científico del derecho desplegar toda su astucia, imaginación y creatividad para así poder averiguar dónde está el medio de prueba que no se ve en el entorno físico, pero que se sabe que existe<sup>15</sup>, quizá en uno digital. La efectivización de esta estrategia deberá servirse de conceptos como el de entorno digital, comunicaciones a través de correo electrónico o en línea, (e-mail u on line), servidor, informediario o intermediario, red social de comunicación, nombres de dominio, (SND, Sistemas de Nombre de Dominio), programas de intercambio de información (person to person), intercambio electrónico de datos, (EDI, por sus siglas en inglés), entre otros, conceptualización imprescindible para la búsqueda de los medios de prueba dentro de la Sociedad de la Información.*

*- El Aseguramiento.*

*No en pocas ocasiones el jurista advierte la existencia del medio de prueba y su presencia en el escenario no material, igualmente evidencia que este medio solo se aloja allí de manera temporal y que en cualquier instante dejará de estarlo, le angustia su aseguramiento pronto pero eficaz. Este tipo de incertidumbres obligan, - así lo aconsejamos-, al estudio de los sistemas de seguridad en la información y de los sistemas*

---

<sup>15</sup> A manera de ejemplo; se sabe que existió un intercambio de correos electrónicos entre los convenidos, pero no se recuerda desde que dirección electrónica se hicieron, o si la página web utilizada como medio de publicación de la oferta existe o no.

*de protección de la información digital o digitalizada que circula en el comercio electrónico o en cualquier otra relación que utiliza medios de comunicación no convencionales, pues como se ha dicho, es esta la información que constituye la prueba judicial que llevará al Juez Natural al convencimiento sobre la ocurrencia del hecho o la certeza o falsedad de la afirmación.*

*- La Proposición o Presentación.*

*Parece justificada la diferenciación que deba hacer el estudioso de la prueba judicial ex ante al estudio mismo de la prueba inmaterial o digital, si se tiene en cuenta que se (i) proponen aquellas pruebas, dentro del proceso litigioso, cuando ameritan un quehacer u actuar del juez, quien imprime de forma independiente o con la intervención de los sujetos procesales, fuerza dinámica que desencadena en la producción del medio<sup>16</sup>. Se (ii) presentarán, por su parte, las pruebas que en otro escenario se han producido u obtenido<sup>17</sup>, que requieren simplemente su incorporación al proceso judicial, y no existe un actuar del juez o las partes sobre ellas, al menos no ab initio<sup>18</sup>. Superado el examen anterior, podrá el investigador adentrarse al estudio problémico de ¿Cuáles pruebas digitales o inmateriales se proponen y cuáles se presentan?, de forma tal que encaje la dinámica descrita en la realidad de la inmaterialidad de las pruebas judiciales.*

*- Práctica.*

*Siendo esta última etapa concurrencial para las pruebas que han sido propuestas, invitamos al lector permitir la aplicación del principio de formalidad de la prueba en lo que le resulte conducente cuando ella se presenta como inmaterial. La Técnica para la práctica de pruebas judicial de tal índole, seguramente amerita un estudio detallado de las formas propias que le sean aplicables, -aunque lo sea de forma hipotética-, sobre la base de la informática, la robótica, la matemática y otras disciplinas afines que se muestran como necesarias para el objetivo marcado de obtención de la prueba.*

*Metodológicamente, hemos hecho un barrido del trasegar de la prueba, desde que se imagina, averigua, asegura, propone o presenta, decreta y práctica, hasta su obtención o producción, ¿qué sigue? miremos.*

---

<sup>16</sup> Verbi Gratia; Se propone al Juez la prueba testimonial, decrétele y practíquela, interrogándole y escuchándole en sus dichos, esta realidad muestra una actividad procesal encaminada a la obtención de la declaración del tercio o testigo.

<sup>17</sup> La prueba documental, que de entrada es presentada con la demanda o la contestación a ella por los sujetos procesales, no requiere intervención del juez más que para ordenar su incorporación al proceso, pues se trata de una prueba constituida.

<sup>18</sup> No puede desconocerse que si bien la prueba se presenta ya constituida, podrá ser objeto de contradicción o tacha, en tal caso si existirá actividad judicial, como condición para ordenar su incorporación.

### *C. Incorporación de la Prueba Judicial Inmaterial o Digital.*

*¿Cómo incorporar la prueba inmaterial al proceso judicial? Deberá categorizarse la prueba o si quiera nominarse al momento de ingresarla al escenario procesal, tarea del juez que no puede ser caprichosa, generalmente las legislaciones establecen las categorías o nombres, serán estos y aquellas las que determinen el posterior tratamiento que se les dé, sea por el Juez sea por las partes, por lo tanto se requiere un estudio de esas diversas categorías, -directas e indirectas-, y nombres, por citar algunos, la prueba documental, pericial, testimonial, de inspección, confesión, indiciaria, cada una con mecanismos de refutación o contradicción diferentes y con procedimientos disimiles también para refutar y controvertir, tacha, conainterrogatorio, infirmación, entre otros.*

*Si bien se debe procurar un estudio de los diversos medios de prueba que puedan resultar permeados por el uso de las Tecnologías de las Información, que los sustraiga del entorno físico y los lleve al digital, pensamos que con mayor rigurosidad debe examinarse la prueba documental y como se ha venido exponiendo, el mensaje de datos, forma de documento así incorporado en los ordenamientos procesales locales. Para el caso Colombiano, por ejemplo, la ley 1563 del año 2012, (Estatuto Procesal General), reza en su artículo 243 lo que sigue: "(...) son documentos los escritos, impresos, planos (...) mensajes de datos (...)" Siguiendo esta pauta de estudio, deberá entonces el curioso indagar sobre los instrumentos de contradicción, especialmente, el juicio que se le hace a la documental a título de falsedad ideológica o material o al desconocimiento que bien puede esgrimir la persona contra la cual se aduce, trasladando de manera obligatoria los instrumentos aludidos a una prueba que no reposa en la materia del átomo sino en la inmaterialidad del bit. Una dificultad aflora y conduce a una investigación que nos permita resolver la pregunta ¿la prueba documental, inmaterial, podrá ser enjuiciada por falsedad material? Elementos como la autenticidad, la originalidad y la integridad, citados supra, serán de ayuda en este método.*

*En el anterior orden de ideas, la técnica que supone la demostración de una falsedad ideológica o material, -si se permite-, del documento, se muestra como un tratamiento distinto y expedito, seguramente ayudado con el expertiz del perito informático forense, pues podríamos partir de una premisa, el documento digital, el mensaje de datos o el documento electrónico, pueden mostrarse como originales o copias, como auténticos o falsarios, íntegros o adulterados, y la determinación de unas y otras condiciones bien puede servirse de conceptos propios del documento representativo o declarativo postrado en átomos, como la originalidad, la autenticidad y la integridad, a ellos debe extenderse el estudio.*

*Concluimos que la forma más aceptable que permite la incorporación de la prueba inmaterial debe avanzar desde la (i) determinación de la categoría del medio de prueba, su (ii) nominación, su (iii) contradicción y la (iv) especial técnica para esta última etapa. Con ello, resulta válida y por demás justificada, la integración al proceso de la prueba.*

*D. Los criterios a tener en cuenta para la Valoración de la prueba Inmaterial.*

*Nos habíamos propuesto igualmente establecer los mejores métodos para resolver una inquietud que presenta dificultad para el jurista, ¿Cómo valorar correctamente la prueba inmaterial o digital?, abordémosle con orden y pasión.*

*Son básicamente dos los métodos aceptados por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos locales para la valoración de la prueba como acto de intimidad del fallador al momento de asignar un mérito favorable o desfavorable al medio de prueba y para el caso sub examine, a la prueba documental inmaterial, de un lado, (a) la libre convicción, y de otro (b) el sistema de tarifa legal, en ellos recomendamos hacer el siguiente estudio.*

*a. La Libre Apreciación (Convicción Íntima).*

*La Crítica Razonada.*

*Por crítica<sup>19</sup> se entiende un procedimiento de análisis y valoración, inherente al sistema de libre convicción del Juez al asignar el mérito de utilidad o inutilidad al medio de prueba que sea sometido a su juicio, según el grado de convicción que logre en su intelecto. No se aconseja un estudio en tal sentido suponiendo un pleno arbitrio de quien analiza y valora, pues si bien es un actuar determinado por la subjetividad, mal podría entenderse que no esté reglado ese acontecer crítico del fallador, como quiera que algunos otros cimientos deberá tener en cuenta al momento de edificar su crítica, ellos deberán ser analizados en pro de una mejor entendimiento de este sistema de valoración de la prueba, que se llevará a la prueba inmaterial como cúspide del estudio sugerido.*

*Razonar, como un acto de exposición de razones para explicar o demostrar algo<sup>20</sup>, implica entonces que se haga un estudio, forzoso para nosotros, de aquellas categorías que resultan necesarias para construir ese razonamiento exigido al Juez, no caprichoso como se anotó, solo con ellas puede el Sentenciador ascender a la crítica razonada de la prueba inmaterial. Abordémoslas.*

---

<sup>19</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, corresponde a “Analizar pormenorizadamente algo y valorarlo según los criterios propios de la materia de que se trate”.

<sup>20</sup> Definición tomada del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=VFwo7e1>.

## *El Papel de las Reglas de la Experiencia.*

*Partimos de una simple indagación previa, ¿cuál es el concepto de regla que deba aplicarse al actuar de juzgamiento de la prueba judicial?, será el primer interrogante a despejar, seguido de la conceptualización de experiencia. Con ello, puede entonces decirse que al Juez le está obligado aplicar sus reglas de experiencia para el momento del enjuiciamiento de la prueba, lo propio deberá hacer a la probanza inmaterial, sin equívocos y confusiones que hagan impreciso tal entendimiento. Indagaciones posteriores seguramente se vislumbran desde ya, ¿puede un juez sin una práctica prolongada que le permita conocimiento o habilidad, valorar y criticar razonadamente una prueba judicial? O con mayor incidencia en nuestro estudio, ¿cuál es la experiencia y cuales las reglas de aplicación, para la valoración de una prueba judicial inmaterial? Interrogantes que logran despejarse identificando el concepto de regla aplicable y analizando la experiencia desde la esfera del conocimiento de vida, judicial o no. Siguiendo la costumbre de los cuestionamientos, finalmente deberá resolverse, ¿Sobre qué áreas de la ciencia informática se requiere conocimiento y experiencia como presupuesto para la valoración de la prueba inmaterial?*

## *Las Ciencias que ayudan en la Valoración de la Prueba.*

*En opinión de quien escribe, la valoración de la prueba judicial debe ayudarse de otras entidades tales como la sociología, la sicología, la medicina, la arquitectura, la ingeniería, la física, la química, por solo citar algunas de las más frecuentes que nos ha mostrado la experiencia como juristas, y para nuestra investigación, en la informática y la electrónica, como quiera que la prueba inmaterial, y esperamos así se haya dejado claro, nace, transita o fenece en entornos digitales soportados en medios de generación, comunicación o almacenamiento eminentemente tecnológicos o electrónicos. Todas estas categorías se conjugan con la imaginación de quien valora, no podría pensarse en una adecuación de la prueba al caso en concreto sin dejar de imaginar o reconstruir en el imaginario lo que pasó o pudo haber pasado, por ello estas y otras ciencias deberán concurrir en el desarrollo metodológico de la cuestión propuesta en este aparte determinando su incidencia, directa o indirecta, en la prueba inmaterial.*

### *b. Sistema Tarifado (La Tarifa Legal).*

*Merece nuestra atención con igual importancia, proponer un análisis del sistema de tarifa legal, en él, “el legislador señala el valor de la prueba”<sup>21</sup>, y por ende tendrá -el*

---

<sup>21</sup> Parra, 2011, p.215.

*investigador-, que ubicarse en los estatutos emitidos por el legislador para indagar allí a propósito de los méritos que haya asignado al medio de prueba inmaterial. Si se trata de países que en sus ordenamiento hayan incorporado la Ley Modelo, seguramente el efecto y validez del mensaje de datos, allí aparece, puesto que generalmente han dispuesto en su derecho positivo lo dicho por este estatuto en su artículo 9º numeral 2º, reza así; “(...) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”. Así Colombia en su estatuto de Comercio Electrónico<sup>22</sup> incorpora este sistema tarifado de valoración de la prueba inmaterial, con un tinte particular consistente en que además permite la aplicación de la sana crítica y los demás criterios reconocidos legalmente para el propósito de valoración, siendo entonces camisa de fuerza adentrarse al análisis y estudio de esas vicisitudes, presentes o no en cada ordenamiento local, pero que sin lugar a dudas, avizoran un mayor entendimiento del sistema de tarifa. El análisis que se propone atiende a la identificación de los requisitos que deben concurrir al mensaje de datos –prueba inmaterial dentro de nuestro contexto- como presupuesto que permita su validez y eficacia, así lo ha establecido el legislador Colombiano, en caso contrario, deberá hacerse desde las reglas de sana crítica, claro está cuando el sistema tarifado se muestre ausente y los aludidos requisitos no asistan al medio de prueba inmaterial, sistema que se abordó en anterior e inmediato acápite.*

---

<sup>22</sup> Ley 527 de 1999, artículo 10.

### **III. Conclusiones.**

*Como algunas breves conclusiones que, si bien no cierran el estudio, si lo privilegian, dejamos esbozadas las siguientes;*

*El estudio, análisis y tratamiento de la prueba y su doctrina vigente, resultan de total aplicación en tratándose de la prueba inmaterial, sin embargo identificar las nuevas formas como se relaciona el hombre en sociedad, sirviéndose de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resulta necesario para el entendimiento de nuevas realidades que deberán ser objeto de prueba en estrados judiciales.*

*El estudio de la prueba judicial debe hacerse, también<sup>23</sup>, desde su actual realidad, aquella donde de forma cada vez más reiterada se muestra desmaterializada, pertinente resulta entonces abordarla en tal estadio, ayudado de las ciencias que le resultan afines y complementarias, la informática, la electrónica, entre las más importantes.*

*La ciencia reconstructiva llamada “Derecho Probatorio” se mantiene latente así concebida, solo que ahora reconstruye realidades inmateriales o propias de nuevos entornos, los digitales, inmateriales, donde la prueba, principalmente la documental que representa hechos o circunstancias o muestra declaraciones de voluntad, ha mutado de la materialidad de los átomos a la inmaterialidad de los bit´s.*

---

<sup>23</sup> No puede desconocerse el estudio desde la materialidad y las nuevas interpretaciones que allí se produzcan.

#### **IV. Bibliografía**

1. *Rincón, Erick, 2013. Derecho del Comercio Electrónico y de Internet, Edit. Legis, Bogotá D.C.*
2. *Bentham, Jeremías, 1825, Tratado de las Pruebas Judiciales, Tomo I, Paris.*
3. *Díaz, Alexander, 2012, Derecho Informático, Editorial Leyer, Bogota D.C.*
4. *Peña, Daniel, 2001, Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico, Editorial Edupre Editores, Bogotá D.C.*
5. *Parra, Jairo, 2011. Manual de Derecho Probatorio, 18ª edición, Edit. Librería Ediciones el Profesional Ltda. Bogotá D.C.*
6. *Congreso de la Republica de Colombia, Ley 527 del año 1999.*