

«...no es inconcebible que las computadoras puedan ejercer una influencia mediata en el desarrollo del derecho...»

FIEDLER, Herbert (1962)\*

## *Documentos electrónicos como pruebas claves en litigios empresariales*

*César Felipe Rodríguez Parra\*\**

### RESUMEN

---

Los documentos electrónicos tienen un amplio uso en el comercio mundial y contienen actualmente la memoria de las empresas, cobrando trascendental importancia en las etapas probatorias de los litigios. Esta circunstancia, unida a los desarrollos jurídicos, impide que su plena eficacia probatoria continúe en entredicho, lo que ha constituido un obstáculo injustificado a los negocios.

Tanto los departamentos legales de las compañías como sus asesores externos deben estar preparados en todos los aspectos para la búsqueda de pruebas electrónicas con el fin de tener éxito en los procesos judiciales que enfrenten, para lo cual se deben superar los mitos asociados con el tema y desarrollar prácticas que hagan cada vez más efectiva ésta labor.

Palabras clave: Documento electrónico - Mensaje de datos - Derecho Probatorio Evidencia Digital.

### ABSTRACT

---

The electronic documents are widely used in the world commerce and currently contain the corporate history, for this reason they are very important in the discovery stage of every lawsuit. This circumstance and the legal development do not permit to deny the discoverable status of the electronic documents that constitutes an excessive obstacle to the business.

Inside and Outside Counsel must be prepared to face the electronic discovery in order to achieve success in litigation and it is necessary to avoid the related myths and to develop best practices to have a more effective work.

Keywords: Electronic document - Electronic discovery - Digital discovery Digital evidence

---

\* FIEDLER, Herbert (1962). Las computadoras electrónicas y la aplicación del derecho, en: *Derecho, Lógica, Matemática*. Editado por biblioteca de ética, Filosofía del Derecho y Política, Tercera Edición, México D.F., México, 1997.

\*\* César Felipe Rodríguez Parra, abogado egresado de la Universidad de los Andes, especializado en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes y en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como abogado Asociado de Impuestos y Servicios legales - KPMG (cfrodriguez@kpmg.com) .

## Introducción

Los documentos y su validez a lo largo del tiempo son un claro ejemplo del temor a lo novedoso y a los cambios. Cuando se inventó la escritura se dijo que iba a terminar con la congénita facultad de recordación y memoria de la humanidad. Cuando apareció la fotografía los impresionistas la cuestionaron porque consideraban que era sólo mediante la pintura que se podía reflejar la realidad. Cuando apareció la fotocopia se presentaron discusiones intensas a propósito de aceptar o no su validez probatoria<sup>1</sup>.

No se puede negar lo que existe y a los abogados no les está permitido crear obstáculos para que un cambio se cristalice, muchos menos si este cambio constituye una mejora, innegable en el caso de los documentos electrónicos que cuentan con ventajas que los documentos tradicionales no tienen. Los documentos electrónicos ofrecen velocidad, seguridad y certeza superiores a los relacionados con los documentos en soporte físico y se compadecen con la actual conciencia por el medio ambiente. Adicionalmente, los costos de transacción asociados con su creación, transferencia y almacenamiento son menores que los derivados de la gestión de documentos en soporte tradicional.

Este artículo comentará el extenso uso de los documentos electrónicos e ilustrará su plena eficacia probatoria, señalando sus características y ventajas frente al papel, para luego tratar la trascendental importancia que tienen en las etapas probatorias, analizando algunas prácticas y estrategias para lograr éxito en su aporte en procesos judiciales y administrativos.

## Eficacia Probatoria de los Documentos Electrónicos

### 1. Reconocimiento de los documentos electrónicos.

Los documentos surgieron de la necesidad de otorgar permanencia a lo imaginado, pensado o percibido por el hombre, dado que la memoria humana es frágil y sólo perdura cuando se incorpora en un documento. Esta importancia se magnifica en el ámbito legal, al ser el documento un instrumento donde se expresa y perpetúa en el tiempo la voluntad de las partes o la realización de un hecho.

---

<sup>1</sup> RENGIFO, Ernesto (2000). «Comercio Electrónico, Documento Electrónico y Seguridad Jurídica». En: Memorias, Comercio Electrónico. Universidad Externado de Colombia. p. 9.

En la legislación colombiana el documento ha sido definido como «(...)los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares»<sup>2</sup>, definición creada en un momento histórico en que los únicos soportes eran físicos, pero que con los avances tecnológicos presenta una crisis. En otras palabras, los documentos ya no son sólo una infinita combinación de átomos sino que también existen documentos conformados por BITS, lo que se ha denominado documento electrónico o, en los términos de la Ley 527 de 1999, mensaje de datos, por el cual se entiende: «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»<sup>3</sup>.

Sin embargo, debe aclararse que la definición clásica de documento del Código de Procedimiento Civil colombiano no elimina la posibilidad de la existencia de documentos incorporados en medios diferentes a los físicos, pues, como se deduce de la definición citada, es documento todo bien mueble que tenga carácter representativo o declarativo, como lo es evidentemente un mensaje de datos. En consecuencia, el documento electrónico no es un nuevo tipo o forma de documento, es simplemente un documento contenido en un medio distinto al tradicional y cuyo contenido sólo puede ser entendido por el hombre por medio de una máquina traductora que por lo general es el computador<sup>4</sup>.

## 2. Características de los documentos electrónicos y diferencia con los documentos en soporte tradicional.

A continuación se expondrán las principales características de los documentos electrónicos y se establecerá un paralelo con los documentos contenidos en medios tradicionales como el papel, trazándose un línea divisoria entre ellos. Es de gran importancia entender las particularidades de los documentos electrónicos y la

2 COLOMBIA, CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Artículo 25 I.

3 COLOMBIA, Artículo 2. Literal a. 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». En: *Diario Oficial. Año CXXXV. N. 43673. 21*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1999.

4 HERRERA BRAVO, Rodolfo (2000). «El Documento Electrónico: Algunas Vías de Aplicación en el Derecho Probatorio Chileno». (sólo disponible en versión electrónica). Consultado en Agosto 18, 2004, en: <http://www.qmw.ac.uk/~tl6345/chile.htm>.

comparación con los documentos en soporte tradicional permite comprenderlas fácilmente, puesto que todos los documentos sin importar el soporte en el que consten tienen el mismo fin, el cual es dar permanencia a los hechos.

## 2.1. Accesibilidad y control.

Localizar un documento electrónico es más fácil que un documento en soporte tradicional dada la posibilidad de realizar búsquedas sobre el texto completo gracias a las herramientas de los sistemas de computación que los crean. Por su parte, el almacenamiento de los documentos sobre papel depende del criterio de archivo de las personas que dan la orden de guardarlos o las que ejecutan la instrucción<sup>5</sup>. Las compañías especializadas en archivo de documentos tradicionales sólo se preocupan por el elemento que contiene la información, es decir, la caja o la carpeta, la cual tiene cierto nombre y código que es la clave para recuperar la información, pero no se interesan por su contenido que es lo realmente valioso.

Un ejemplo aclara el punto: se ordena el archivo de una caja llamada Oleoducto del Camino. La construcción de este oleoducto se realizó por Supetrol. Luego de 5 años, cuando todas las personas de la compañía involucrada que conocieron el caso se encuentran pensionadas, se presenta una demanda por parte de los contratistas de Supetrol, en especial, uno llamado Ferretería San Miguel. Al momento de hacer la búsqueda de los papeles que permitan dar una contestación a la demanda interpuesta, ¿cuántas probabilidades existen de que el administrador del archivo logre entregar la caja “Oleoducto del Camino” dentro de los documentos que eventualmente tengan que ver con este caso, teniendo en cuenta que el criterio de búsqueda será Ferretería San Miguel o en el mejor de los casos Supetrol?. Algo muy distinto ocurriría si los documentos hubieran sido almacenados en medios electrónicos, lo que permitiría una búsqueda sobre el texto completo de los documentos archivados que tuviera en cuenta el contenido de los documentos y no simplemente su nombre.

Por otra parte, la creación y almacenamiento de documentos electrónicos no tienen un control definido y estandarizado como el que existe para los documentos en soporte tradicional y las políticas de retención y destrucción de documentos electrónicos aún no se han desarrollado del todo a pesar de las iniciativas que han empezado a implementarse<sup>6</sup>. Ésta carencia de control elimina la certeza sobre el número de documentos electrónicos que existen en los sistemas de información de una compañía, teniendo como resultado el hallazgo de pruebas para las que nunca se estuvo preparado<sup>7</sup>.

5 ISOM, David K, (2003). «Electronic Discovery: New Power, New Risks». En: *Utah Bar Journal*. November 2003 (16 *Utah Bar J.* 8).

6 Ver: *infra*.

7 ISOM, David K, *ob. cit.*

## 2.2. Contenido adicional.

Es un hecho que una persona que escribe una carta, sobre todo relacionada con un negocio, cuida su redacción, respetando los lineamientos formales y dejando que los sentimientos y ánimos, en algún momento exaltados, se relajen para no asumir responsabilidades adicionales. Es una práctica común que el personal de ventas se asesore del departamento legal en la redacción de las comunicaciones emitidas bajo el membrete corporativo con destino a terceras personas, pues si hay tiempo para esperar a que el correo parta, no es problema esperar unas horas y enviar una comunicación consistente y sin riesgos adicionales.

Esto definitivamente no ocurre con los documentos electrónicos, básicamente con el correo electrónico, donde el lenguaje se acerca mucho al lenguaje verbal donde no es importante cumplir con las formalidades y donde los sentimientos se expresan sin disimulo<sup>8</sup>, constituyendo una característica muy importante al momento de utilizarse como prueba en un juicio. Un correo electrónico escrito bajo el furor de una discusión o un mensaje dejado en el buzón de voz de un empleado muestra el enfado o la preocupación propia de una situación comprometedora, lo que es valioso en un juicio<sup>9</sup>.

Así mismo, los documentos electrónicos en su medio original contienen en si mismos información adicional a la que se refleja en su impresión. Ésta información es guardada por el computador en su memoria como parte del documento, la cual es de vital importancia en la apreciación del documento presentado. Datos como el directorio donde es almacenado, la lista de distribución del mismo, acusos de recibo, fechas de creación, modificación y los usuarios que participaron en ellas, estarían excluidos del análisis, si lo único que se tiene en cuenta es la impresión de un documento<sup>10</sup>.

## 2.3. Inalterabilidad y autenticidad.

Los documentos electrónicos permiten fácilmente su eliminación, modificación o sobreescritura, lo que trae consigo una serie de retos éticos, legales y tecnológicos, puesto que gran parte de la información relevante en el esclarecimiento de la verdad puede ser destruida rutinaria o inocentemente en el transcurso normal de los

8 ROBINS, Mark D. (2003). «Evidence at the Electronic Frontier: Introducing E-Mail at Trial in Commercial Litigation». En: *Rutgers Computer and Technology Law Journal*. 2003 (29 Rutgers Computer & Tech. L.J. 219).

9 ISOM, David K, *ob. cit.*

10 GIVENS, J. Shane (2003). «The Admissibility Of Electronic Evidence At Trial Courtroom Admissibility Standards. Cumberland Law Review». En: *Cumberland Law Review*. 2003/2004 (34 Cumb. L. Rev. 95).

negocios o por una orden mal intencionada que pretende ocultar información<sup>11</sup>. Sin embargo, los documentos electrónicos pueden ser rastreados de una manera más efectiva que los documentos tradicionales que fueron eliminados. Por ejemplo, un correo electrónico antes de llegar a su destinatario final ha pasado por una tercera máquina que lo redirige, lo que permite encontrarlo en esa máquina en caso de haber sido eliminado deliberadamente<sup>12</sup>.

Esto mismo sucede con los documentos electrónicos diferentes al correo electrónico, ya que borrar un documento electrónico es distinto a incinerar un papel. Los sistemas de información asignan un espacio en el disco duro para cada archivo, incluso para aquellos borrados, que en caso de ser de menor tamaño que el espacio asignado para sobrescribirlo, permite que fragmentos importantes o incluso todo el documento sea recuperado por expertos en computación forense<sup>13</sup>.

En cuanto a las posibilidades de detección de manipulación, éstas son mayores para los mensajes de datos. Las técnicas que permiten analizar la adulteración de documentos con soporte tradicional son complejas y tienen márgenes de error amplios. No es fácil determinar que un contrato fue falsificado y la necesidad de un experto grafólogo para concluir que una firma no ha sido escrita por el supuesto autor es incuestionable. Por su parte, los programas de computador cuentan con la posibilidad de certificar si un documento ha sido modificado desde la fecha de su creación o transmisión a terceras personas, adicionalmente, permite el rastreo de los cambios realizados y el usuario que los hizo, lo que definitivamente es una ventaja sobre los documentos en soporte tradicional que son monolíticos y no muestran nada más allá que el simple contenido histórico y definitivo<sup>14</sup>.

Por otro lado, no se debe olvidar que existen formatos y métodos para que un mensaje de datos sea inalterable o para detectar cuándo ha ocurrido alguna modificación a su contenido. Estos métodos pueden ser bastante sofisticados como la técnica de encriptación del firmado digital o más sencillos, pero no por ello menos efectivos, como el almacenamiento en discos compactos no reescribibles (CD 3) o en formatos de sólo lectura<sup>15</sup>.

## 2.4. Durabilidad y costos de retención.

A pesar de que el papel ha sido por largo tiempo el soporte más adecuado para incorporar documentos, también es una realidad que se deteriora y su conservación

11 ISOM, David K, *ob. cit.*

12 GIVENS, J. Shane, *ob. cit.*

13 *Ibidem.*

14 VALDÉS, Julio (2003). *Derecho Informático*. Editado por McGrawHill. México D.F., México. Tercera Edición. p. 248.

15 *Ibidem.*

es problemática por la capacidad de absorción de partículas de polvo. Por lo tanto, el requisito de la durabilidad se cumple con mayor certeza en los documentos con soporte electrónico, pues la destrucción de los archivos electrónicos es más difícil y a pesar de que se presente, es más simple mantener copias de seguridad en caso de emergencia, tarea compleja cuando se trata de documentos tradicionales dado el costo de almacenamiento y el espacio requerido para las copias<sup>16</sup>. A pesar de que los soportes electrónicos no son eternos, cada día se desarrollan nuevas técnicas de conservación, para en un futuro contar con métodos aún más duraderos que el microfilm y con seguridad más versátiles.

Por otra parte, el costo de mantener un documento electrónico es mucho menor que el almacenamiento de documentos en soportes como el papel. Un archivo tradicional tiene asociados altos costos como el espacio físico, dispositivos de seguridad, alarmas contra incendio y locaciones con condiciones especiales de humedad, sin hablar del personal necesario para su administración. Este es un punto que cobra gran importancia a medida que el espacio se limita y que la producción de registros aumenta con la velocidad y volumen de las transacciones, siendo una razón suficiente para que muchas compañías hayan adoptado políticas de destrucción rutinaria de documentos antiguos que consideran sin valor, lo que puede ser reemplazado por la desmaterialización de documentos y la generación de documentos electrónicos sin copia en papel.

### 3. Popularidad e importancia probatoria de los documentos electrónicos.

El correo electrónico y otras formas de comunicación catapultaron el uso de información electrónica de una manera inusitada, dejando de ser temas teóricos para convertirse en temas cotidianos y comunes para todas las personas. Así mismo, transformaron la comunicación empresarial y personal creando temas legales y éticos nuevos y retadores. Se ha establecido que el trabajador promedio en Estados Unidos envía entre 60 y 200 correos electrónicos diarios y compañías con más de 100 años de existencia han producido un volumen de documentos electrónicos que supera la cantidad de documentos en soporte tradicional producidos en toda su historia. El número de usuarios de las empresas ha aumentado gracias a los medios modernos de comunicación y a que en gran medida el correo electrónico ha reemplazado las conversaciones telefónicas<sup>17</sup>, siendo en la actualidad el segundo medio de comunicación más popular después de la voz<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> JONES J. Mark, MARTIN, John D. (2004). «Electronic Discovery - Developing Solutions To New And Complex Challenges». En: *South Carolina Lawyer*. Mayo. (15 S. Carolina Lawyer 14).

<sup>18</sup> ISOM, David K, *ob. cit.*

A pesar de que otras formas de documentos electrónicos no han recibido igual atención que el correo electrónico, han experimentado un aumento similar y se espera que en los siguientes 10 años el número total de documentos electrónicos en el mundo se duplique cada hora<sup>19</sup>, situación que no es exclusiva de Europa Occidental o de Norte América, sino una realidad en países como Colombia donde los sistemas contables ya no son libros físicos sino programas de computador que emiten directamente los reportes contables que se entregan a los peritos o al juez en los procesos judiciales. Sistemas empresariales como SAP<sup>20</sup> y el correo electrónico son mucho más comunes y sin duda más versátiles que los tradicionales libros de comercio (balances, libro mayor, libro diario) y que los memorandos o cartas entre departamentos de la compañía e incluso con clientes, compañías competidoras o proveedores, haciendo más difícil pensar en entornos donde no se utilizan medios electrónicos que lugares donde sí<sup>21</sup>.

A medida que la dependencia hacia los computadores crece, el aumento de la información que antes hubiera sido memorizada en papel ahora se almacena y transfiere en medios electrónicos, creándose un tipo de oficina virtual donde el soporte en papel de los documentos ha venido desapareciendo. Esto permite afirmar que prácticamente todos los litigios involucran en sus etapas probatorias la recolección y el análisis de datos electrónicos, puesto que gran parte de los hechos que terminan en la mira de un proceso judicial ahora son almacenados, descritos, admitidos, discutidos o negados en algún medio electrónico<sup>22</sup>. Por lo tanto, rechazar la admisibilidad de los documentos electrónicos en la práctica procesal sería impedir el acceso a la justicia a aquellos que con mayor naturalidad y frecuencia producen y almacenan sus datos en registros electrónicos, generando graves problemas cuando tengan la necesidad de probar sus actuaciones, puesto que sus registros carecerían de validez lo que tendría como efecto inseguridad e injusticia, sin hablar de los mayores costos para las transacciones y los obstáculos a la agilidad en los negocios que esto representaría. Si se ignora la existencia de la significativa cantidad de información que hay en medios electrónicos, no se cumpliría a cabalidad el fin del proceso que es la búsqueda de la verdad, ya que los documentos electrónicos pueden ser más relevantes que los tradicionales al contener información adicional (*metadata*) que indica aspectos como quién originó el documento, si fue el resultado de la modificación de un borrador anterior, quién recibió copias o copias

19 *Ibidem*.

20 SAP (*Systems, Applications, Products in Data Processing*) es al mismo tiempo el nombre de una empresa y el de un sistema informático. Este sistema comprende varios módulos completamente integrados y abarca prácticamente todos los aspectos de la administración empresarial. SAP considera el negocio como un todo y ofrece un sistema único que soporta todas las áreas en una escala global.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

ocultas del documento, las revisiones realizadas o los cambios sufridos, siendo todos ellos datos muy importantes para la obtención de la verdad dentro de un procedimiento judicial<sup>23</sup>.

#### 4. Principio de la libertad probatoria.

El principio que rige el derecho probatorio en Colombia es la libertad de selección de medios de prueba y se encuentra consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que tiene como excepción la exigencia de formalidades probatorias. El principio de libertad probatoria es propio del sistema de la libre apreciación científica y racional, donde las pruebas se valoran siguiendo las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, la ciencia y del sentido común o experiencia<sup>24</sup>, constituyendo un excelente sistema de valoración, ya que el juez adquiere toda la dimensión de conocimiento cuando tiene un respaldo intelectual que le permite dictar sentencia de acuerdo a lo probado en el proceso<sup>25</sup>.

Esta posición desarrolla fielmente los postulados y valores de la Constitución Política colombiana, al asegurar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal<sup>26</sup> y al incorporar la equidad y los principios generales del derecho a las decisiones judiciales<sup>27</sup>. Con la adopción de los principios de la libertad probatoria, de la apreciación o valoración según la sana crítica, tanto el juez como las partes tienen a su disposición una amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material<sup>28</sup> y se supera el sistema de la tarifa legal que ataba al juez a un marco preestablecido por el legislador sin ninguna posibilidad de realizar una valoración crítica lo que implicaba la prevalencia de las apariencias formales.

#### 5. Equivalente funcional

El problema que ha generado la legislación procesal a propósito de la aceptación de los mensajes de datos se deriva del hecho de que aquella fue desarrollada a

23 ANDERSON, Tony (2004). «Electronic Discovery Roundtable: Part I». En: *Dolan Media Newswires, Wisconsin Law Journal*. Mayo.

24 MEDINATORRES, Carlos Bernardo (2004). *Pruebas en el Derecho Comercial*. Editado por Legis. Bogotá D.C., Colombia. Tercera Edición. p. 307.

25 PARRA QUIJANO, Jairo (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Editado por Librería del Profesional. Bogotá, D.C., Colombia. Décimo Cuarta Edición. p. 15.

26 COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Artículo 228.

27 *Ibidem.*, Artículo 230.

28 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2001. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia C-243/2001). Copia tomada directamente de la Corporación.

partir de la existencia de documentos en soporte tradicional y de la ignorancia de soportes electrónicos comunes en la actualidad. Con ocasión del uso de la tecnología ha sido necesario acudir a analogías a fin de evitar que la validez de los documentos electrónicos se supedite a su reproducción a un medio físico. Para solucionar éstas dificultades se ha reconocido a los documentos electrónicos los mismos efectos legales otorgados a conceptos como escrito, firma y original, estableciéndose una analogía para adecuarlos a un contexto tecnológico denominada equivalente funcional y basada en un análisis de los objetivos y funciones del documento en soporte tradicional con el fin de determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones en un entorno electrónico<sup>29</sup>.

La adopción del equivalente funcional conlleva a evitar la exigencia de seguridades más estrictas a los usuarios del comercio electrónico que las aplicables a la documentación sobre papel mediante un criterio flexible que tiene en cuenta los niveles de graduación de las exigencias aplicables a la documentación consignada en papel y que presta atención a la jerarquía actual de los requisitos de forma que sirven para dotar a los documentos tradicionales del grado de durabilidad, inalterabilidad y accesibilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida<sup>30</sup>.

El equivalente funcional es la manera de reconocer otras formas de documentos como el paralelo legal de formas preexistentes de documento. Se trata de una herramienta provisional pero de gran importancia en la transición del mundo de los actos físicos a los electrónicos, mientras es aceptado como algo cotidiano y natural<sup>31</sup>. Este criterio trae grandes beneficios al permitir una fácil y rápida implementación de las normas sin importar el nivel tecnológico y otorga un marco de referencia claro y simple para los consumidores. Por ejemplo, si la legislación es clara en afirmar que una oferta y aceptación escrita constituye un contrato, al aplicar el equivalente funcional la gente sabrá que un correo electrónico logrará el mismo resultado<sup>32</sup>.

29 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. (sentencia Número C-662/2000). Copia tomada directamente de la Corporación.

30 COMISIÓN DE LA NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Asamblea General. Resolución 51/162 del 16 de diciembre de 1996. Aprobatoria de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

31 MURRAY, Andrew D. (2004). «*La Regulación de los Contratos Electrónicos: Una Comparación Entre la Posición Europea y La Norteamericana*». En: Revista Foro de Derecho Mercantil. Editada por Legis (No. 2. 2004).

32 *Ibidem*.

## 6. Eficacia probatoria de los documentos electrónicos.

Los desarrollos legales y jurisprudenciales han llevado a consolidar la validez probatoria de los documentos electrónicos en el contexto de los procesos judiciales. Ahora bien, el método para llegar a dicho reconocimiento varía de acuerdo con la cultura jurídica predominante en cada país. A continuación se comentará la situación en Colombia y Estados Unidos.

### 6.1. Eficacia Probatoria en Colombia

El hecho de que un mensaje de datos sea un documento reconocido por la legislación colombiana y que tenga una relevancia trascendental en la práctica procesal dada su extensa utilización no significa *per se* que tenga valor probatorio. Sin embargo, no es difícil demostrar que un documento electrónico tiene fuerza probatoria, ya que la Ley 527 de 1999 lo declara en su artículo 10. Por su parte, el artículo 14 de la citada Ley se ocupa de aclarar la validez de un contrato derivado de una oferta y aceptación surtidas por medios electrónicos, pero ninguna de las normas citadas es clara como para demostrar el valor probatorio de un archivo que contenga un contrato digitalizado que constaba inicialmente en papel con las firmas de las partes.

Ahora bien, ¿a qué se podrá referir el siguiente aparte del artículo 10 de la ley 527 de 1999?: «*En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos (...) en razón de no haber sido presentado en su forma original*». Esta disposición se refiere al concepto de la desmaterialización de los documentos, es decir, la conversión de los documentos en soporte físico a documentos con soporte electrónico<sup>33</sup>, dado que los mensajes de datos no son simplemente el correo electrónico, sino toda aquella información que es almacenada en medios electrónicos u ópticos, ya que si un mensaje de datos no es la forma «*original*» de un documento, no puede significar otra cosa que fue convertido de físico a electrónico, procedimiento con el cual no perdió su validez probatoria.

Como complemento a lo anterior, el artículo 8 de la Ley 527 de 1999 dispone que cuando un documento deba ser presentado o conservado en su forma original éste requisito se entiende cumplido mediante un mensaje de datos cuando: «*a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en*

33 REMOLINA, Nelson (2002). Desmaterialización, Documento Electrónico y Centrales de Registro. En: *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Editado por Legis, 2002. p. 23.

*alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar”.* A continuación se analizará si un documento digitalizado cumple con los requisitos enunciados:

### 6.1.1 Garantía confiable de conservación de la integridad de la información.

El método de almacenamiento es trascendental para cumplir con este requisito. Si lo que se guarda es una copia exacta del documento, como una fotografía de lo que alguna vez estuvo en el soporte inicial, ésta debe ser considerada como una garantía suficiente. La información copiada en este medio electrónico reproducirá fielmente el contenido de su original, con la diferencia que ahora será mucho más fácil de almacenar y se logrará a un menor costo. Si a esto se suma que el archivo creado con la imagen del documento que alguna vez estuvo en soporte tradicional se almacena en un formato que no pueda ser modificado (por ejemplo, un formato .PDF) o en un soporte que no admita alteraciones como un disco compacto no reescribible (CD), la garantía es aún más confiable. Por su puesto que existe la posibilidad de alterar el contenido utilizando ingeniería inversa, pero será menor que la relacionada con los documentos tradicionales y a medida que la conciencia de la seguridad informática aumente y que las técnicas de seguridad mejoren se reducirán las probabilidades de manipulación y las garantías de conservación serán mayores.

### 6.1.2 Exhibición de la información a quien lo solicite.

Este requisito también se logra, puesto que basta con tener instalado el software apropiado para exhibirlo en el momento necesario a la persona que lo solicite, incluso sin la necesidad de que el funcionario o autoridad interesada se desplace hasta el lugar donde se encuentre al ser posible su transmisión por correo electrónico, con las consecuentes ventajas de disminución en costos y la reducción en tiempo de revisión. Como se dijo arriba, es más fácil encontrar archivos de computador con las herramientas de los sistemas informáticos, que buscar un documento en papel dentro de un inmenso archivo que en realidad es una bodega con infinidad de carpetas, cajas y listados no siempre sistematizados y que tienen criterios de archivo muy diferentes a los que tienen pensados las autoridades o los jueces.

Teniendo en cuenta que los requisitos establecidos por el artículo 8 de la ley 527 de 1999 se cumplen por parte de un documento digitalizado, es decir, por un archivo de computador que contenga la información de un documento que inicialmente constaba en un soporte tradicional, se puede concluir que aquel documento tiene el mismo valor probatorio que el que reproduce.

## 6.2. Eficacia Probatoria en Estados Unidos.

Los estrictos requerimientos de autenticación en el pasado causaron problemas en la admisión de la evidencia electrónica en las Cortes norteamericanas. Inicialmente se crearon requisitos exigentes para considerar los documentos electrónicos como evidencia útil en un proceso. Por ejemplo, la Suprema Corte de Mississippi exigía que el equipo de computación fuera reconocido como un equipo estándar; que el ingreso de la información al sistema de computación se hiciera en razón al curso normal de los negocios y con una proximidad de tiempo razonable a la realización de los hechos, y; que se presentara un testimonio convincente de las fuentes de la información, método y tiempo de preparación<sup>34</sup>.

A su turno la Suprema Corte de New Jersey consideró como requisitos de admisibilidad de los documentos electrónicos los siguientes: la competencia de los operadores de los sistemas de información; el tipo de computador usado y su aceptación como un equipo estándar y eficiente; la efectividad de los procesos para el ingreso y salida de la información, incluyendo controles, pruebas y chequeos de precisión y confiabilidad; la descripción de las operaciones mecánicas del aparato utilizado, y; el significado e identidad de los datos en si mismos<sup>35</sup>.

Estos requisitos, citados a manera de referencia, han sido reconsiderados por Cortes modernas quienes utilizan criterios liberales y flexibles al momento de considerar la autenticidad de la evidencia electrónica. Por ejemplo, en un caso donde se pretendía hacer valer la información relacionada con facturas de teléfono almacenadas electrónicamente, la Corte estableció que el empleado de la compañía de teléfonos explicó de manera correcta la forma en que la factura había sido compilada y almacenada y que el hecho de olvidar hablar de las condiciones de operación del sistema que almacenaba la información (criterio utilizado en el pasado) no era una situación que disminuyera la confiabilidad del documento, lo que la llevó a concluir que la evidencia digital no es intrínsecamente algo en que se deba desconfiar<sup>36</sup>.

Con base en decisiones como la referida, en los Estados Unidos se ha llegado a no discutir sobre la autenticación de los documentos electrónicos para proceder a su valoración plena en los litigios, teniendo en cuenta su amplia aceptación en la vida tradicional de los negocios, pues en una relación comercial normal en la cual no se han presentado inconvenientes, los medios electrónicos son un canal muy

34 ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE MISSISSIPPI, caso King contra ex rel Murdock Acceptance Corp., 222 So. 2d 393 (Miss. 1969). En: GIVENS, J. Shane, *ob. cit.*

35 ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE NEW JERSEY, caso Monarch Federal Savings & Loan Association Contra Genser, 383 A. 2d 475 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1977). En: GIVENS, J. Shane, *ob. cit.*

36 ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELACIONES. QUINTO CIRCUITO, caso United States contra Vela 673 F.2d 86 (5th Cir. 1982). En: GIVENS, J. Shane, *ob. cit.*

eficaz para compartir información, hacer pedidos y asumir nuevas obligaciones, lo que no puede ser desconocido al momento de un juicio y todo intercambio electrónico de información debe ser tenido en cuenta como prueba válida<sup>37</sup>.

## 7. Firma en los documentos.

Mientras Internet continúa reemplazando la forma tradicional de comunicación comercial y ha ayudado a incrementar el comercio electrónico, el uso de los contratos escritos y firmados en papel para perpetuar los negocios continúa prácticamente constante<sup>38</sup>. Para darle vía libre a la implementación de los negocios en línea se han buscado formas de reemplazar la firma tradicional por el uso de medios electrónicos con la misma validez de la primera, teniendo en cuenta que la finalidad de la firma es asegurar la intencionalidad, personalidad e inimitabilidad de una declaración, es decir, demostrar que alguien quiso enviar una comunicación con todas las consecuencias que esto tenga, imprimiendo un signo tan personal que tenga la posibilidad de identificar al destinatario, al ser imposible que otra persona lo copie.

La firma digital es una de las soluciones que se ha creado para el problema y que, de acuerdo con el literal c. del artículo 2 de la ley 527 de 1999, consiste en un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que utilizando un procedimiento matemático permite determinar que el mensaje no ha sido modificado y que proviene de una persona determinada, proceso en el que cobran relevancia las entidades de certificación que son entes públicos o privados que emiten certificados en relación con claves criptográficas de todas las personas como resultado de la verificación que efectúan sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de dichas claves y la integridad de un mensaje de datos, y; ofrecen los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos<sup>39</sup>. Sin embargo y contrario a lo que se podría pensar, la firma digital no es la única opción de firma para los documentos electrónicos, pues existen otras opciones que cuentan con la misma eficacia de la firma comentada<sup>40</sup>:

37 GIVENS, J. Shane, *ob. cit.*

38 BICK, Jonathan (2004). «Viable e-Signature Options». En: *E-Commerce Law & Strategy*. Junio (Vol. 21; No. 2). p. 3.

39 COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. (sentencia Número C-662/2000). Copia tomada directamente de la Corporación.

40 BICK, Jonathan, *ob. cit.*

## 7.1. Otras posibilidades de firmas para documentos electrónicos.

Una opción utilizada por algunas compañías consiste en la combinación de sistemas tradicionales y electrónicos, donde se utiliza la firma tradicional y los medios electrónicos a la vez. En esta alternativa, en primera instancia, las partes acuerdan por escrito y en medio físico la utilización de herramientas electrónicas para la aprobación y aceptación de cualquier condición o término dentro de determinado negocio. Posteriormente, todas las comunicaciones entre las partes se envían utilizando medios electrónicos.

Otra alternativa de firma es la Biotecnología o Biometría, en la que se adjunta una imagen electrónica de la huella digital o una representación de la retina a las comunicaciones que se envíen por medios electrónicos. Si es bien utilizada, es decir, si los usuarios cumplen los procedimientos y se evita la manipulación de la información, ésta opción ofrece un alto nivel de seguridad, puesto que utiliza marcas que son únicas de cada persona, pero por el momento es costosa e inconveniente pues los dispositivos electrónicos necesarios no cuentan con la difusión suficiente.

El uso de información restringida también es una posibilidad de firma de documentos electrónicos y consiste en utilizar información a la cual sólo tenga acceso alguna de las partes, por ejemplo: claves de tarjetas de crédito o contraseñas que permitan la autenticación de las comunicaciones. Para lograr esto, es necesario instalar un sistema sofisticado de comunicación entre las partes y sólo da valor agregado cuando la relación es continua.

En la actualidad existen sistemas como éste entre los bancos y algunos de sus clientes más importantes. En Colombia el sistema se denomina SIETE (Sistema Integral Electrónico de Tesorería de Empresas), mediante el cual cada cliente puede visualizar en la pantalla de su computador información relacionada con sus cuentas, como el NIT o cédula de la persona que ha efectuado pagos, nombre de la oficina recaudadora, ciudad donde se efectuó el pago, valores recibidos, así como dar autorizaciones de operaciones al banco.

## 7.2. Uso de las tecnologías estándar.

Ahora bien, existe otra alternativa que puede considerarse como la más revolucionaria pero en realidad es la más efectiva y acorde con la intención de contribuir con la agilidad en los negocios, puesto que consiste en una simple representación del nombre. En la práctica, la tecnología permite un rastreo de la autenticidad de la fuente del mensaje y ofrece seguridad sobre la identidad de la persona que firma el mensaje<sup>41</sup>. En gran parte de los documentos electrónicos que no cuentan con la

41 BICK, Jonathan (2004). «Putting Your E-Signature On The Dotted Line, Businesses Are Looking To Replace Traditional Signatures With Lawful Electronic Signatures». En: *Legal Times*; Junio. p. 18.

aplicación de las alternativas de firma comentadas, los fines de la misma se cumplen sin inconvenientes. Es común que para ingresar a una cuenta de correo electrónico es necesaria por lo menos una contraseña, lo que lo hace único y personal y está plenamente identificada la procedencia del mismo. Entonces, se puede afirmar que enviar un correo electrónico no requiere de una firma en el sentido estricto, ni de una firma digital o electrónica, porque se presume que proviene del originador, que deseó hacerlo y que es difícil que otra persona lo hubiera hecho sin su consentimiento, cumpliéndose adicionalmente lo establecido en el artículo 17 de la ley 527 de 1999.

Es cierto que las claves de ingreso pueden ser suplantadas ya que los protocolos utilizados en Internet no son los más seguros del mercado, pero también es cierto que ésta es una situación que cada día mejora. Por lo tanto, los juristas, así como el público en general, deben entender que la firma digital o cualquier otra herramienta sofisticada son elementos adicionales de seguridad que pueden o no imprimirse a los documentos electrónicos, de igual forma que el reconocimiento de firma y contenido ante notario, y no un requisito *sine qua non* para darle eficacia probatoria plena. Adoptar una interpretación contraria sería igual a requerir la firma de un documento en papel con una tinta especial y exclusiva, para declarar que un documento no se ha adulterado o falsificado, teniendo como consecuencia la creación de obstáculos injustificados al comercio, argumentando que es una seguridad necesaria, pues no tendría en cuenta las características inherentes a los sistemas de comunicación y olvidando que los riesgos de manipulación o falsificación de los documentos tradicionales son altos y que existen herramientas procesales para alegarlas como la tacha de documentos.

## Búsqueda y Aporte de Pruebas Electrónicas

### 1. Los mitos de la búsqueda de pruebas electrónicas.

Es importante para los abogados saber solicitar la práctica de pruebas en medios electrónicos porque cada vez más datos relevantes se encuentran en sistemas de información bajo el control de la parte apoderada, de la contraparte o incluso de terceros que tuvieron relación con el objeto del litigio, dado que más del 90% de los documentos escritos son preparados por computadores<sup>42</sup> y sólo el 1% de las comunicación escritas utilizan el papel como soporte<sup>43</sup>. Es por esto que los litigantes deben superar los mitos comentados a continuación y que han hecho carrera en el ejercicio profesional<sup>44</sup>:

42 ANDERSON, Tony, *ob. cit.*

43 ISOM, David K, *ob. cit.*

44 NOLTE, David (2003). «The Semiannual Guide To Expert Witnesses. The Myths Of Electronic Discovery». En: *Los Angeles Lawyer*, Noviembre. (26 Los Angeles Lawyer 48).

### **1.1. La búsqueda de pruebas electrónicas sólo funciona en casos grandes.**

En el pasado los computadores eran elementos de lujo y su uso estaba restringido a grandes compañías y entidades gubernamentales, ahora casi cualquier persona tiene un computador en su oficina y otro en su casa. Por otro lado y aunque la capacidad de raciocinio de los seres humanos difícilmente será igualada por las máquinas, también es un hecho que un computador puede buscar y ordenar en minutos cantidades enormes de información que un humano tardaría días. Estos elementos unidos tienen como conclusión que la búsqueda de pruebas electrónicas siempre dará resultados favorables y ayudará a encontrar datos relevantes en un tiempo corto.

### **1.2. La información necesaria puede encontrarse con la búsqueda tradicional de pruebas.**

La búsqueda de pruebas en papel sólo evidencia lo que fue enviado al archivo, mientras que la búsqueda electrónica muestra también lo que existía o lo que nunca fue impreso. Haciendo un rastreo en las copias de seguridad que se hacen de los sistemas en las compañías se pueden encontrar correos electrónicos internos con contenidos comprometedores o versiones anteriores de los documentos que pueden dar luces de la ocurrencia de hechos relevantes, como por ejemplo: la intención que hubo detrás de cierto negocio o acuerdo, asunto que puede ser revelador en la investigación de un caso sobre prácticas comerciales restrictivas a la competencia donde la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana busque evidencia de la intención o no de restringir el mercado entre dos competidores.

Adicionalmente, muchos de los modelos de negocio actuales tienden a utilizar menos el papel y por esa razón los registros de las operaciones no estarán incorporados en ese soporte. Si se insiste en solicitar copias en papel de esos registros es posible que no se obtenga la información que se esperaba y que ésta no ayude tanto como si la búsqueda se hubiera hecho en su formato original. Para ver la aplicación de estas consideraciones no es necesario remitirse exclusivamente a negocios 100% en línea, cada vez más populares, sino analizar negocios tradicionales que basan una nueva línea de mercadeo en Internet y en las compañías que han adoptado medios electrónicos como registro de sus operaciones.

### **1.3. La contraparte nunca entregará la información.**

Es normal pensar que si la información clave de un caso, es decir, aquella que puede hacer daño a cierta compañía en la resolución del litigio, se encuentra en

poder de esa compañía, ésta intentará por todos los medios borrarla o encubrirla, lo que sumado a la aparente facilidad de destrucción que tienen los documentos electrónicos harían pensar que esa información nunca podrá llegar a conocimiento del juez, pues sólo bastará presionar la tecla “delete” para evitar que cumpla su cometido revelador. Sin embargo, la información en medios electrónicos siempre será más fácil de encontrar, incluso cuando se intenta esconder. Los datos electrónicos son catalogados en sistemas formales que son accesibles por muchas personas dentro de la misma compañía u organización, lo que sumado a las sistemáticas copias de seguridad, tiene como resultado que en una misma empresa se podrán encontrar múltiples copias de la información que se está buscando, siendo virtualmente imposible eliminarlas todas, lo que en últimas constituiría un delito de acuerdo al artículo 293 del Código Penal colombiano.

Todo esto sin olvidar que el principio de la lealtad procesal, también llamado principio de la moralidad, le impone a los actores de un proceso judicial observar la buena fe con el objeto de llegar al descubrimiento de la verdad. A pesar de que este principio involucra aspectos éticos del ejercicio de la profesión de abogado y juez, ha sido reconocido como informador del procedimiento civil colombiano. Por ello, normas como el numeral 3º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, hablan del deber del juez de impedir actos contrarios a la lealtad, probidad y buena fe en el proceso y el Decreto 196 de 1971 sanciona las faltas a la lealtad que deben evitar los abogados que intervienen<sup>45</sup>.

#### **1.4. Lo que se busca puede ser suministrado por el departamento de sistemas del cliente.**

Desechar la posibilidad de contratar firmas externas especializadas en la búsqueda de información electrónica puede ser un error. Gran parte de la evidencia electrónica no se encuentra en archivos comunes que aparecen con la herramienta “buscar” del explorador, sino en logs, registros, archivos temporales y archivos sin clasificar. La información contenida en estos formatos creados por el mismo sistema sólo puede ser recuperada, sin correr el riesgo de contaminarla, por profesionales especializados en este tipo de trabajo. Es por esto que si el caso lo justifica debe destinarse un rubro del presupuesto del mismo en la contratación de una compañía especializada en sistemas, lo que de seguro traerá grandes beneficios en la etapa probatoria de cada litigio.

45 LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (1995). *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Parte General*. Editado por EDITORIAL ABC. Bogotá, D.C., Colombia. Sexta Edición. p. 64.

## 2. Necesidad de estar preparado.

En la actualidad las compañías se están viendo abocadas a la búsqueda de pruebas electrónicas cuando están inmersas en un litigio o es inminente su inicio. Esto tiene graves consecuencias, ya que, por un lado, hace muy costosa y complicada la labor y lleva por lo general a resultados pobres, y; por el otro, aumenta el riesgo de entregar información confidencial o reservada que después de ser aportada en un juicio, por la aplicación del principio de la comunidad de la prueba, puede ser usada en contra y se convierte en una información de público conocimiento<sup>46</sup>. El costo del error que representa el develamiento injustificado de información es enorme y por esto las compañías deben estar preparadas, en donde el departamento legal interno, los asesores externos y los litigantes deben conformar un equipo homogéneo que trabaje en conjunto con los expertos en sistemas de información y la alta gerencia<sup>47</sup>.

En una encuesta realizada en septiembre de 2003 por Cohasset Associates Inc, AIIM Internacional, The Enterprise Content Management Association y The Association for Information Management Professionals, con una muestra de más de 2.200 compañías, todas ellas con sistemas profesionales de manejo de información en soporte tradicional, se produjeron conclusiones impactantes<sup>48</sup>.

El 47% de las compañías afirmaron que los documentos electrónicos no están incluidos en las políticas de retención de documentos y el 59% de ellas no cuentan con una política de retención sobre correo electrónico. El 46% de las empresas encuestadas no tienen sistemas de retención de registros relevantes para procesos judiciales pendientes o para investigaciones administrativas, aumentando el riesgo de sanciones por falencias en la conservación obligatoria de información. Las políticas de retención sobre documentos electrónicos están siendo manejadas en un 71% por los departamentos de sistemas de las compañías sin la asesoría del departamento legal y el 67% de las personas involucradas en el manejo de documentos electrónicos no entiende que existe un ciclo vital en el que después de creado un documento puede ser destruido siempre y cuando el negocio no lo necesite más y las obligaciones legales o procesales han cesado. El 62% de los censados han tenido problemas con la implementación de sus sistemas de manejo de documentos electrónicos y el 33% dijo no estar confiado, mientras el 29% estar poco confiado en que sus registros electrónicos sean confiables y precisos.

46 SMITH, Heather (2004). «Companies Corral Electronic Evidence Before They Need It». En: *The Recorder*. Junio. (Vol. 128; No. 121). p. 3.

47 SMITH, Heather (2004). «Planning Early To Archive Digital Documents; Companies Like Affymetrix And Raytheon Try To Corral Electronic Evidence Before It Zaps Them In Court». En: *National Law Journal*. Marzo. (Vol. 26; No. 29).

48 TILLMAN, Bob (2004). «Electronic Records Management: The Legal Problem That Lurks Behind the Scenes». En: *E-Commerce Law & Strategy*. Julio. (Vol. 21; No. 3).

No obstante los datos reseñados, existen compañías con tamaños considerables que han iniciado un proceso por medio del cual aspiran lograr orden en todos sus registros electrónicos. Exxon Mobil Corp. es una compañía que a pesar de su enorme magnitud y variadas operaciones representa una muestra de ésta tendencia dando pasos innovadores para el control en el archivo y recolección de documentos<sup>49</sup>. Exxon Mobil Corp. en vista de la cantidad de litigios que enfrenta está trabajando en la estandarización de las políticas de archivo y copias de seguridad de su información electrónica a través de todos los departamentos de la compañía, pero no ha logrado difundir ésta directriz a sus filiales en el extranjero.

A pesar de que el costo de almacenamiento y búsqueda de documentos electrónicos es apenas una fracción del relacionado con los documentos en soporte tradicional, esto no implica que sea nulo, pues están asociados aspectos adicionales como el mantenimiento de servidores y software que permiten su lectura, por lo que en algunas ocasiones se ordena la eliminación de información de su sistema de redes para evitar un colapso, dado que la capacidad instalada es limitada, aumentando la creación de copias de seguridad satélites sin control ni esquematización alguna.

En vista de la enorme cantidad de registros electrónicos, el mercado ha iniciado el desarrollo de nuevas tecnologías que permiten almacenar y analizar de una manera más eficiente y económica los registros electrónicos. Por ejemplo: Renew Data Corp. está implementando un programa de computador que puede buscar más de 10 terabytes por segundo, al evitar el análisis de documentos duplicados, el cual es uno de los factores que dificulta la búsqueda precisa de la información<sup>50</sup>, permitiendo reciclar las cintas de copias de seguridad más rápidamente, reduciendo los costos de almacenamiento, haciendo más eficiente su búsqueda para un litigio o investigación gubernamental y evitando la destrucción indiscriminada de registros eventualmente vitales en un caso<sup>51</sup>.

### 3. Mejores prácticas en la búsqueda de pruebas electrónicas.

Es preciso saber cuál es el camino que deben tomar las compañías para estar preparadas cuando acuden a la búsqueda de pruebas electrónicas y ante ésta imperativa

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> SABATINI, Stephanie (2004). «The Dilemma of Duplicates». En: *Law Technology News*. (versión electrónica). Consultado en Agosto 30, 2004, en [http://www.law.com/special/supplement/e\\_discovery/dilemma\\_of\\_duplicates.shtml](http://www.law.com/special/supplement/e_discovery/dilemma_of_duplicates.shtml)

<sup>51</sup> SMITH, Heather (2004). «Keeping E-Discovery Under Control; How Some Companies Are Putting Their Electronic Houses In Order Before They Get Hit With Lawsuits». En: *Legal Times*. Abril. p. 24.

necesidad se han decantado algunas mejores prácticas, que tienen en cuenta el papel de cada uno de los actores involucrados<sup>52</sup>.

### 3.1. Departamento legal interno

□ Desarrollar e implementar una política de retención de documentos electrónicos, asegurando que los empleados de la compañía entiendan su propósito e importancia. Ésta política debe tener en cuenta el tipo de compañía, los formatos que se usan con mayor frecuencia y la clase de información que almacenan para darle un manejo adecuado dentro de un litigio.

□ Convencer a los empleados que la preparación para los litigios hace parte de la rutina diaria de trabajo e incrementar la conciencia de que todos los documentos que se producen en la empresa pueden ser utilizados en un juicio, ya sea a favor o en contra de los intereses de la misma. Los empleados deben conocer la importancia de una sistemática y organizada conservación de documentos, que permita su recuperación por personas diferentes a las que la produjeron.

La diversidad de documentos y los múltiples nombres de los mismos, hacen aún más difícil la tarea de búsqueda de los mismos. Las convenciones de nombramiento de archivos son algo inexistente y prácticamente la única persona que puede identificar un archivo por su nombre es su creador, lo que es casi como intentar encontrar un libro en una librería sin la ayuda de un índice. Es aquí donde una directriz de la alta gerencia, asesorada por el departamento legal y de sistemas se hace indispensable con el fin de tener un estándar en la creación de documentos, siempre con miras a facilitar la búsqueda de documentos electrónicos que permitan sostener una posición jurídica en un proceso judicial<sup>53</sup>.

□ Establecer relaciones constantes con el departamento de sistemas de la compañía para proveer una guía en la retención y destrucción de documentos electrónicos y su aplicación en todos los sistemas de información de la empresa. Igualmente, se debe sugerir al departamento de sistemas que informe al departamento legal sobre problemas comunes de los documentos electrónicos como son la retención innecesaria de datos por tiempo excesivo o el incumplimiento de la obligación legal de retención de documentos, como información financiera, contable o tributaria.

□ Organizar y liderar los esfuerzos de almacenamiento de datos, así como establecer sistemas que simplifiquen su posterior recuperación y presentación coherente ante autoridades judiciales o administrativas, pues como se ha dicho, la

52 LLEWELLYN, Virginia (2004). «Electronic Discovery Best Practices». En: *Richmond Journal of Law & Technology*. Primavera. (10 Rich.J.L. & Tech. 51).

53 JONES J. Mark, *ob. cit*

desorganización es uno de los principales inconvenientes al momento de hacer una búsqueda en los sistemas de información de la compañía.

❑ Discutir con el departamento de sistemas sobre las implicaciones en la elección de software y de esta manera conocer la forma en que se almacenan los datos, en qué formato, si es accesible o no fácilmente y si se puede recuperar información de sistemas que han sido reemplazados. Es una práctica usual en las compañías la adopción de sistemas contables computarizados que reemplazan aquellos que han caído en obsolescencia y que en algunos casos los dos sistemas no son compatibles, haciendo complicada mas no imposible la consulta de información generada bajo la operación del sistema substituido. Es por esto que el departamento legal debe tener un papel activo y decisivo en el diseño de los sistemas que permitan el acceso a la información histórica, con el objeto de no enfrentar problemas en caso de requerirse, sobre todo en procesos en los que el término de prescripción es amplio.

❑ Preservar la evidencia necesaria diseñando un plan específico para la supervisión de destrucción usual de documentos y reciclaje de cintas que contienen copias de seguridad. La destrucción de documentos electrónicos no puede ser un asunto que esté fuera del control del departamento legal, pues una de sus funciones es asegurar que la información relevante sea conservada. De la misma forma en que la política de retención y destrucción de documentos en soporte tradicional es consultada con el departamento legal, quien da su recomendación antes de ponerse en marcha, la retención de documentos electrónicos debe ser analizada por los abogados internos.

❑ Identificar a los funcionarios clave del departamento de sistemas útiles en litigios y entrenarlos para que expliquen al juez cómo funciona el sistema de información de la compañía, mientras los jueces consideran como algo cotidiano la existencia de documentos electrónicos. De nada sirve que los documentos electrónicos tengan ventajas sobre los tradicionales, si no es posible convencer al juez sobre la manera adecuada y segura en que son producidos y almacenados. Es por esto que el eventual testimonio de un empleado del departamento de sistemas es fundamental para explicar al juez los detalles de la operación de los sistemas de la compañía y así evitar riesgos por tachas de falsedad o sospecha contra las pruebas allegadas a un juicio.

❑ Identificar la mejor forma de distribución de instrucciones sobre la preservación de evidencia a todos los empleados y asegurar su cumplimiento. Todo lo decidido y acordado entre el departamento legal, el departamento de sistemas y la alta gerencia, debe ser comunicado por un medio eficaz a todos los empleados, al igual que el establecimiento de mecanismos de control y seguimiento de la observancia de las directrices. El éxito de cualquier medida tomada está en su estricta aplicación por todos los funcionarios de la compañía, que como objetivo final lo deben interiorizar como una rutina de trabajo, de la misma manera en que lo han

hecho con los procedimientos de almacenamiento y codificación de los documentos en soporte tradicional que envían al archivo físico.

### 3.2. Asesores legales externos.

- ❑ Entender el sistema de información de su cliente en asuntos como la información almacenada, forma de almacenamiento y los procedimientos utilizados para recuperar la información requerida. Esto le permitirá establecer parámetros para entregar la información precisa y adecuada de acuerdo a la estrategia trazada al inicio del proceso. Si el asesor externo tiene claro cómo opera su cliente, sabrá dónde buscar la información que requiere para darle sustento a sus posiciones jurídicas y por consiguiente podrá convencer al juez del punto que pretende demostrar.
- ❑ Interferir lo menos posible en los negocios de su cliente y aportar con ideas en la reducción del tiempo utilizado por cada empleado de la compañía en la búsqueda de documentos. Una adecuada preparación previa para la búsqueda de pruebas electrónicas evita molestas, desgastantes y sobre todo riesgosas medidas como las inspecciones judiciales a los sistemas de información en las instalaciones del cliente, en donde la parte contraria podría encontrar más información de la que espera, con la consecuente debilitación de la posición de la compañía.
- ❑ Explicar el alcance de la obligación legal de preservar la información electrónica y la obligación de buscarla en todos los sistemas de información en los que se pueda encontrar, antes y después de recibido un requerimiento procesal o administrativo, ya que un funcionario que tiene claro el objetivo y razón de ser de una labor trabaja más enfocado y da mejores resultados que uno al cual simplemente se le impuso una tarea que no puede conectar con un fin específico, quien termina por hacer el trabajo sin motivación alguna. Esta exposición debe ser iniciativa propia del asesor externo y no ser la respuesta reactiva a un cuestionamiento expreso de su cliente, pues se espera que el abogado externo sea un socio en el proceso de recuperación de la información y un constante asesor en este tipo de labores.
- ❑ Tener una relación estrecha con el departamento de sistemas del cliente e informar cuáles son los tipos de documentos más frecuentes que solicitan en procesos o en investigaciones administrativas y preparar en conjunto un inventario de la información relevante en caso de litigio.

## 4. Cómo se debe actuar en un proceso donde se requiera evidencia digital.

La definición de los pasos a seguir cuando un proceso judicial requiere de la búsqueda de pruebas en medios electrónicos es básica para obtener resultados

satisfactorios y convincentes para el funcionario que tiene la responsabilidad de fallar un problema jurídico. A continuación se expondrán los pasos que se consideran más importantes en esta etapa:

#### 4.1. Examinar los formatos de la potencial información.

La información que se necesita puede estar en múltiples formatos y dejar de lado alguno de ellos puede significar la pérdida de información importante. El correo electrónico, versiones preliminares de documentos, el uso de Internet, listas de distribución, información sobre contactos y calendarios, pueden ser de gran utilidad en el esclarecimiento de la verdad o en la demostración de un hecho importante para la resolución del caso. La forma y la localización de los datos relevantes en un proceso es variada y revisando cuidadosamente se pueden encontrar pistas que permitan hacer una búsqueda acertada<sup>54</sup>.

Para decidir dónde se debe buscar es necesario tener en cuenta tanto los aparatos utilizados para almacenar la información como la información almacenada. Los computadores son el lugar por donde se debe empezar y si la parte es una compañía, entonces sus redes también deberán ser revisadas, al igual que dispositivos portátiles como asistentes personales (*PDA's*), que contienen gran cantidad de información reveladora sobre horarios, reuniones e incluso borradores de documentos<sup>55</sup>. Adicionalmente, se debe tener conocimiento de que hay gran variedad de dispositivos de almacenamiento de documentos electrónicos, entre los que se cuentan los soportes magnéticos que almacenan la información digitalmente (disco duro y discos móviles como disquetes y *Zip Drives*); soportes ópticos de lectura láser como discos compactos (*CD's*), y; dispositivos electrónicos portátiles, como las tarjetas de memoria (*memory cards*)<sup>56</sup>:

El tipo de información también debe considerarse para saber en qué formato se debe buscar cada tipo de información. Por ejemplo: documentos en MS Excel, cuando se busca información financiera, documentos en MS Word cuando se quiere conocer contratos o sus versiones preliminares y el correo electrónico cuando se buscan comunicaciones cruzadas con funcionarios internos, clientes, proveedores o competidores.

#### 4.2. Organizar un trabajo preliminar.

Al igual que una búsqueda tradicional de pruebas, la planeación preliminar es fundamental para conseguir el éxito, ya que teniendo claros los objetivos es más

<sup>54</sup> WAMPLER, Andrew T. (2004). «Cover Story: Digital Discovery: Electronic Options Make The Search For Evidence A New Adventure». En: *Tennessee Bar Journal*. Febrero. (40 Tenn. B.J. 14).

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> VALDÉS, Julio. *ob. cit.* p. 251.

fácil liderar una búsqueda acertada y fructífera. Antes del primer análisis de la información se debe comunicar a los custodios de los registros la obligación de preservarla, incluso a la contraparte, en las respectivas oportunidades procesales para evitar la destrucción injustificada e ilegítima de evidencia. Así mismo, la creación de un cronograma de trabajo y la identificación de las personas clave en la obtención de los documentos electrónicos son determinantes para tener una etapa probatoria productiva y coherente con la posición legal y estrategia adoptadas<sup>57</sup>.

### 4.3. Contratar expertos forenses.

Después de tener claras las fuentes de información electrónica, el trabajo de computación forense puede ser necesario. Por lo general, el mayor provecho de los documentos electrónicos como el metadata sólo puede ser obtenido por expertos y, por otra parte, puede llegar a ser destruida por una persona inexperta, incluso por el departamento de sistemas del cliente<sup>58</sup>. Tal como se ha descrito en este artículo, los documentos electrónicos cuentan con mucha más información que la que puede ser representada en la impresión del documento y ésta información relevante puede no encontrarse con facilidad, dada la poca estandarización y la enorme dispersión de los registros electrónicos a largo de los sistemas de información de una empresa, por lo cual la colaboración de un proveedor especializado en este tipo de labores siempre debe ser considerada por los asesores externos y por el departamento legal.

### 4.4. Convenir el formato de entrega.

Es necesario convenir el formato en que se va a entregar la información al juzgado, para que sea fácil su organización y consulta por parte del juez y de las partes. Se debe definir, por ejemplo, si se va a entregar en un formato de imagen como .PDF o .TIFF; o en un formato original como MS Word o MS Excel<sup>59</sup>. En este estado es clave tener en cuenta que es más conveniente para la parte apoderada y de qué manera se evita incurrir en costos adicionales, no solo en la conversión de los documentos, sino en su posterior consulta dentro del litigio.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> WAMPLER, Andrew T., *ob. cit*.

<sup>59</sup> KAUFMAN, Beth L., BLACK, David (2004). «Electronic Discovery in Mass Tort Multidistrict Litigations». En: *Product Liability Law & Strategy*. Febrero. (Vol. 22; No. 8). p. 1.

## Conclusión.

Dado el enorme uso y reconocida aceptación de los documentos electrónicos en el comercio mundial, y en vista que no es un asunto que sólo atañe a países con desarrollos tecnológicos elevados, las pruebas en medios electrónicos cobran vital importancia en las etapas probatorias de los procesos judiciales y administrativos.

Los niveles de seguridad de éstos nuevos instrumentos contribuyen a su aceptación y han demostrado que son superiores a los relacionados con los documentos tradicionales, aunque todavía hay mucho por hacer desde el punto de vista tecnológico y organizacional. Así mismo, el desarrollo legislativo en Colombia y jurisprudencial en países como Estados Unidos, dan vía libre a la eficacia probatoria de los mensajes de datos, incluso para aquellos que no cuentan con sistemas sofisticados de autenticación como la firma digital.

Esta situación crea nuevos retos para los departamentos legales de las compañías y para sus asesores externos, quienes deben estar preparados para la búsqueda electrónica de pruebas que es en la actualidad una realidad inminente y que de continuar la tendencia actual reemplazarán en gran parte la búsqueda tradicional de pruebas basada en documentos en soporte físico.

## Bibliografía

ANDERSON, Tony (2004). «Electronic Discovery Roundtable: Part I». En: *Dolan Media Newswires, Wisconsin Law Journal*. Mayo.

BICK, Jonathan (2004). «Putting Your E-Signature On The Dotted Line, Businesses Are Looking To Replace Traditional Signatures With Lawful Electronic Signatures». En: *Legal Times*. Junio.

BICK, Jonathan (2004). «Viable e-Signature Options». En: *E-Commerce Law & Strategy*. Junio (Vol. 21; No. 2).

COLOMBIA, 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». En: *Diario Oficial. Año CXXXV. N. 43673. 21*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1999.

COLOMBIA, CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 27 de febrero de 2001. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia C-243/2001). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. (sentencia Número C-662/2000). Copia tomada directamente de la Corporación.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. (sentencia Número C-662/2000). Copia tomada directamente de la Corporación.

COMISIÓN DE LA NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Asamblea General. Resolución 51/162 del 16 de diciembre de 1996. Aprobatoria de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

ESTADOS UNIDOS. CORTE DE APELACIONES. QUINTO CIRCUITO, caso United States contra Vela 673 F.2d 86 (5th Cir. 1982).

ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE NEW JERSEY, caso King contra ex rel Murdock Acceptance Corp., 222 So. 2d 393 (Miss. 1969).

ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA DE NEW JERSEY, caso Monarch Federal Savings & Loan Association Contra Genser, 383 A. 2d 475 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1977).

14. GIVENS, J. Shane (2003). «*The Admissibility Of Electronic Evidence At Trial Courtroom Admissibility Standards. Cumberland Law Review*». En: Cumberland Law Review. 2003/2004 (34 Cumb. L. Rev. 95).

HERRERA BRAVO, Rodolfo (2000). “El Documento Electrónico: Algunas Vías de Aplicación en el Derecho Probatorio Chileno”. (sólo disponible en versión electrónica). Consultado en Agosto 18, 2004, en: <http://www.qmw.ac.uk/~tl6345/chile.htm>.

ISOM, David K, (2003). «*Electronic Discovery: New Power, New Risks*». En: *Utah Bar Journal*. November 2003 (16 Utah Bar J. 8).

JONES J. Mark, MARTIN, John D. (2004). «*Electronic Discovery - Developing Solutions To New And Complex Challenges*». En: *South Carolina Lawyer*. Mayo. (15 S. Carolina Lawyer 14).

KAUFMAN, Beth L., BLACK, David (2004). «Electronic Discovery in Mass Tort Multidistrict Litigations». En: *Product Liability Law & Strategy*. Febrero. (Vol. 22; No. 8).

KRUSE, Chris (2004). «The Era of Mega-Case Litigation». En: *Legal Tech Newsletter*. Abril. (Vol. 22; No. 1).

LLEWELLYN, Virginia (2004). «Electronic Discovery Best Practices». En: *Richmond Journal of Law & Technology*. Primavera. (10 Rich. J.L. & Tech. 51).

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio (1995). *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Parte General*. Editado por EDITORIAL ABC. Bogotá, D.C., Colombia. Sexta Edición.

MEDINA TORRES, Carlos Bernardo (2004). *Pruebas en el Derecho Comercial*. Editado por Legis. Bogotá D.C., Colombia. Tercera Edición. p. 307.

MURRAY, Andrew D. (2004). «La Regulación de los Contratos Electrónicos: Una Comparación Entre la Posición Europea y La Norteamericana». En: *Revista Foro de Derecho Mercantil*. Editada por Legis (No. 2. 2004).

NOLTE, David (2003). «The Semiannual Guide To Expert Witnesses. The Myths Of Electronic Discovery». En: *Los Angeles Lawyer*, Noviembre. (26 Los Angeles Lawyer 48).

PARRA QUIJANO, Jairo (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Editado por Librería del Profesional. Bogotá, D.C., Colombia. Décimo Cuarta Edición.

REMOLINA, Nelson (2002). Desmaterialización, Documento Electrónico y Centrales de Registro. En: *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Editado por Legis.

RENGIFO, Ernesto (2000). «Comercio Electrónico, Documento Electrónico y Seguridad Jurídica». En: *Memorias, Comercio Electrónico*. Universidad Externado de Colombia.

ROBINS, Mark D. (2003). «Evidence at the Electronic Frontier: Introducing E-Mail at Trial in Commercial Litigation». En: *Rutgers Computer and Technology Law Journal*. 2003 (29 Rutgers Computer & Tech. L.J. 219).

SABATINI, Stephanie (2004). «The Dilemma of Duplicates». En: *Law Technology News*. (versión electrónica). Consultado en Agosto 30, 2004, en <http://>

[/www.law.com/special/supplement/e\\_discovery/dilemma\\_of\\_duplicates.shtml](http://www.law.com/special/supplement/e_discovery/dilemma_of_duplicates.shtml)

SMITH, Heather (2004). «Companies Corral Electronic Evidence Before They Need It». En: *The Recorder*. Junio. (Vol. 128; No. 121).

SMITH, Heather (2004). «Keeping E-Discovery Under Control; How Some Companies Are Putting Their Electronic Houses In Order Before They Get Hit With Lawsuits». En: *Legal Times*. Abril.

SMITH, Heather (2004). «Planning Early To Archive Digital Documents; Companies Like Affymetrix And Raytheon Try To Corral Electronic Evidence Before It Zaps Them In Court». En: *National Law Journal*. Marzo. (Vol. 26; No. 29).

TILLMAN, Bob (2004). «Electronic Records Management: The Legal Problem That Lurks Behind the Scenes». En: *E-Commerce Law & Strategy*. Julio. (Vol. 21; No. 3).

VALDÉS, Julio Téllez (2003). *Derecho Informático*. Editado por McGrawHill. México D.F., México. Tercera Edición.

WAMPLER, Andrew T. (2004). «Cover Story: Digital Discovery: Electronic Options Make The Search For Evidence A New Adventure». En: *Tennessee Bar Journal*. Febrero. (40 Tenn. B.J. 14).