

EL MENSAJE DE DATOS: MECANISMO CONTEMPORÁNEO DE COMUNICACIÓN O MEDIO DE PRUEBA DOCUMENTAL A PARTIR DE LA LEY 527 DE 1999¹

DATA MESSAGES: CONTEMPORARY COMMUNICATION MECHANISM OR MEANS OF DOCUMENTARY EVIDENCE SINCE THE ACT 527 OF 1999

*Ana María Mesa Elneser**

Resumen

El presente escrito permite hacer un análisis desde los orígenes de la figura jurídica denominada mensaje de datos, derivada del tratado internacional de comercio electrónico, ratificada en Colombia por una ley de naturaleza mercantil con un ámbito de aplicación ampliado en el probatorio para articular la figura con el Código de procedimiento civil en la prueba documental regulada en el artículo 251 y subsiguiente.

Posteriormente, se plantea el uso masivo de los mensaje de datos como medio de comunicación cotidiana no solo de las empresas sino, también, de las personas en general, es decir, es el instrumento documental para soportar las transacciones electrónicas realizadas a diario y que, muchas de ellas, producen efectos jurídicos vinculantes materializados en actos y contratos, exigiéndose, en consecuencia, su reconocimiento en cuanto a la validez y eficacia jurídica. Es por ello que se delimitan los elementos que el mensaje de datos posee, en doble sentido, uno desde el campo tecnológico y otro desde el campo legal.

Finalmente, se plantea el reto actual a los mensajes de datos escritos, enviados, recibidos, almacenados y comunicados entre las partes como medio de comunicación de los actos y contratos que se producen y deben ser aportados como medio de prueba.

Palabras clave: Mensaje de datos; Prueba documental; Evidencia digital; Documento electrónico; Validez

¹ Producto derivado como resultado parcial del proyecto de investigación en curso denominado “Administración del correo electrónico institucional al servicio de las Instituciones de Educación Superior – IES – para efectos de constituirse medio probatorio documental de sus actuaciones. Área Metropolitana del Valle de Aburrá, años 2000-2010”.

* Docente investigadora adscrita al programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Abogada titulada de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Investigativa Universitaria. Aspirante a titulación de Magister en Derecho procesal contemporáneo. Medellín-Colombia. Email: ana.mesael@amigo.edu.co.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2012 - Fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2012.

Abstract

This writing allows to make an analysis from the origins of the legal figure called a data message, derivative of the e-commerce international treaty, ratified in Colombia by a law of mercantile nature with a scope of application extended to level probative to articulating the figure with the code of civil procedure in the documentary evidence regulated in Article 251, and subsequent.

Later arises the massive use of the data message as a means of everyday communication not only companies but also people in general, being the documentary instrument that for to support electronic transactions on a daily basis and many of them, are generating source of binding legal effect materialized in instruments and contracts, demanding, therefore its appreciation regarding the validity and legal effectiveness. That is why we will delimit the elements that the data message has, in double meaning, one from the field of technology and another from the legal field.

Finally raises the current challenge to data messages generated, sent, received, stored, and communicated between the parties as a means of communication of acts and contracts that are generated on a daily basis should be provided as evidence.

Key Words: Data message; Documental evidence; Digital evidence; Electronic document; Validity.

INTRODUCCIÓN

Antes de expedida la Ley 527 de 1999, en el mundo documental el papel físico no suplía las necesidades de soporte instrumental para las transacciones electrónicas entre usuarios de Internet y, menos, cuando ella era aplicada como herramienta para la materialización de actos y contratos con efectos jurídicos vinculantes, fueran éstos del campo civil o mercantil.

Con la expedición de la referida norma, se incluye en el ordenamiento jurídico la figura del *mensaje de datos*, cumpliendo la misma finalidad y funciones legales que un medio tradicional o físico que soporta la transferencia o de transmisión de información. Allí indica el legislador que este instrumento documental tiene los mismos efectos jurídicos que el tradicional al que reemplaza, para materializar las actuaciones en el mundo digital.

Este instrumento documental queda categorizado como medio para transferencia de información, convirtiéndose en un aspecto relevante de su existencia jurídica y aplicable en el mundo digital, surgiendo la necesidad de valorar su alcance probatorio en el mundo digital. Así se dio cabida dentro del ordenamiento jurídico al principio de origen doctrinal y con reconocimiento posterior por medio de tratado internacional denominado *Equivalente funcional*, el cual tiene como objetivo determinar que para efectos de los actos y contratos surgidos y aplicables con fundamento al ordenamiento jurídico colombiano, las actuaciones del mundo digital tienen los mismos efectos jurídicos vinculantes que las tradicionales del mundo del papel.

El sustento de la tesis que se presenta, parte de identificar la existencia y aplicación del principio en cuatro elementos que se expresan en la ley, y son: escrito, original, firma y archivo (almacenamiento). Esta argumentación deja entrever el doble enfoque que la figura del *mensaje de datos* posee como instrumento o medio documental electrónico que posibilita la materialización de actos y contratos, es decir, un enfoque es su reconocimiento como documento electrónico y otro es su valor probatorio.

GENERALIDAD EN EL CONTEXTO SOCIAL Y LEGAL

ANÁLISIS DESDE LA NORMA MARCO

Como lo analiza el doctrinante Erik Rincón Cárdenas, en su publicación electrónica sobre los apartes de la ley 527 de 1999 en cuanto a figuras jurídicas como la firma digital, el mensaje de datos y las entidades de certificación, entre otros, son aplicables para generar efectos jurídicos vinculantes entre el sujeto respecto de sus propósitos legales, sean o no contractuales, y su consentimiento en la transacción digital. Estas se detallan en las conclusiones expuestas por el autor citado:

La interpretación del artículo 1 debe respetar este propósito y no restringirse ilegítimamente. Esta posición fue adoptada expresamente por la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2001. Una última reflexión confirma estas conclusiones. Los artículos 6, 7, 8, y 12 son los artículos que desarrollan el criterio del equivalente funcional.

La ley consta de cuatro partes principales, que se pueden resumir como sigue: Primera Parte o Parte General: Definición de conceptos básicos usados en la ley, dentro de los que cabe destacar los de mensaje de datos, comercio electrónico, firma digital, y entidad de certificación. A continuación se establecen los principios básicos que rigen el uso de medios electrónicos, los cuales se pueden describir como sigue:

La ley se aplica de manera general a todo tipo de relaciones jurídicas, y no sólo a relaciones jurídicas comerciales. Por ejemplo, se aplica a las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, incluyendo los trámites administrativos ante autoridades públicas.

Se deja a la libertad contractual la posibilidad de establecer las reglas que rijan la comunicación de los mensajes de datos entre las partes. No obstante, se establecen reglas supletivas para determinar cuándo un mensaje de datos ha sido enviado o recibido, y cuál es su contenido.

Segunda Parte: Se reconoce la posibilidad de utilizar medios electrónicos en materia de transporte de mercancías.

Tercera Parte: En la tercera parte se le reconoce un valor jurídico especial a la firma digital, que es aquella que utiliza la Infraestructura de Llave Pública para su generación y que basa su confiabilidad en las certificaciones que expiden las Entidades de Certificación. Estas entidades tienen las siguientes particularidades: Deben tener la capacidad técnica y financiera para prestar los servicios de certificación digital. Sus administradores no pueden ser per-

sonas que hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Necesitan autorización previa para prestar los servicios de certificación digital que se relacionen con las firmas digitales.

Cuarta Parte: Establece que estas normas deben interpretarse sin perjuicio de las normas existentes en materia de protección al consumidor.

1.1. El equivalente funcional de escrito. El artículo 6 constituye el nivel probatorio más bajo dentro de la escala establecida en la ley 527: Artículo 6°. Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito. Un escrito puede cumplir con muchas funciones. Pero en lo que concierne a la prueba de un hecho, el legislador consideró que la función primordial que cumple un escrito es la de permitir el acceso de la información consignada en el mismo en forma posterior a la creación del mensaje. Los mensajes de datos, por tanto, deben cumplir con esa misma función para ser considerados escritos. Esta definición coincide con las distintas definiciones que se han dado a nivel internacional, como por ejemplo la definición que se incluye en los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Rincón, S.f.).

En la sociedad virtual se transfiere la información que las personas producen por medio de transacciones electrónicas y se desconoce, en la mayoría de las ocasiones, el valor probatorio que poseen, en consecuencia, se presume su desconocimiento en cuanto a ¿cuál, cómo y qué es el instrumento? Soporte electrónico que respalda los actos y contratos realizados por las personas y se producen la suscripción y cumplimiento de derechos y obligaciones con efectos jurídicos vinculantes.

El *mensaje de datos*² es el instrumento jurídico por excelencia que soporta las transacciones electrónicas con incidencia y efectos legales, es a su vez la legislación de carácter comercial a partir de la Ley 527 de 1999, o Ley de comercio electrónico en Colombia que acogió la figura, se implementó remisión normativa al Código procesal civil, artículo 251 y subsiguientes, donde se categoriza como prueba documental, el instru-

² Frente a este tema se debe tener en cuenta el artículo. 2°, inciso a, ley 527 de 1999. Ley de comercio electrónico.

mento legal denominado *Mensaje de datos*, sin que podamos dejar de lado la consagración dada en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004, en el numeral 7 indica como tipo de prueba documental esta figura jurídica, regulación que ratifica su aplicabilidad y utilidad no solo en el áreas especiales como el derecho comercial, sino a su vez en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Las millones de aplicaciones y dispositivos electrónicos que hacen uso de la tecnología informática son destinados diariamente para la generación, transferencia, almacenamiento y soporte de transacciones electrónicas, a su vez, son constitutivas de *mensaje de datos*, sin que sea premisa para afirmar qué, **sólo por el hecho de constituir este instrumento jurídico un aspecto válido ante el ordenamiento jurídico, es innegable su categorización como medio probatorio documental, teniendo en cuenta que la normatividad aplicable a esta figura manifiesta reiteradamente al destinatario de la norma, la protección de sus derechos en cuanto toda transacción electrónica, sólo por el hecho de encontrarse materializada en formato digital, no es premisa para negar su existencia.**

Por estas razones, es preciso resaltar la relevancia que tiene, para la validez y eficacia en el mundo legal el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma sobre el instrumento jurídico documental, con miras a ser validar su existencia y efectos legales que produzca.

La producción de información electrónica, por cualquier medio o herramientas –TIC-, produce un *mensaje de datos*, por ello se debe analizar si realmente los soportes obtenidos de las transacciones electrónicas están o no contenidas con todos los elementos tecnológicos y legales para su existencia y reconocimiento y, a su vez, si ha sido correctamente generado, enviado, recibido, almacenado y permite su accesibilidad posteriormente.

A partir de la Ley 527 de 1999, se originó el sustento legal al legislador de la jurisdicción penal, adoptar e incluir en el acápite de pruebas documentales, contemplado en el artículo 424 de la ley 906 de 2004, la figura del *Mensaje de datos* en el numeral 7, como prueba documental, sin la existencia expresa, como remisión normativa para ello, pues la existencia de la figura en la legislación comercial, facultando su uso y consagración

en cualquier campo jurisdiccional, como denota el ejercicio hermenéutico de las normas hasta aquí referenciadas. Finalmente, la jurisprudencia constitucional ratifica la exequibilidad de las normas acusadas en las sentencias C-662 de 2000 y la sentencia C-831 de 2001, esta última de forma especial sobre la figura jurídica del mensaje de datos, en la que se otorga plena vigencia constitucional y legal a la regulación normativa.

Es por ello relevante partir del cuestionamiento que enmarca el eje problemático aquí tratado desde el siguiente interrogante:

¿Cómo opera en el ordenamiento jurídico sustancial y procesal en las áreas civil, comercial y penal de Colombia la ambigüedad del mensaje de datos a partir de la ley 527 de 1999 y la ley 906 de 2004? En consecuencia ¿es clara y eficaz la regulación existente en el ordenamiento jurídico colombiano sustancial y procesal sobre la figura del *mensaje de datos*?

Con la denominación existente de *mensaje de datos* y su reconocimiento como figura jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, nace un problema que exige la interrelación de la hermenéutica jurídica y la analogía legal para dar aplicación a la norma que la consagra frente al hecho concreto, las transacciones electrónicas generadas, enviadas, recibidas, almacenadas y comunicadas por las personas como soporte de los actos y contratos, puesto que se crea la necesidad de plantearse qué claridades o no existen en el manejo de la figura jurídica denominada *Mensaje de datos*, que surge desde el tratado internacional de comercio electrónico³. De allí que sea oportuno preguntar si la denominación y tratamiento sobre el *mensaje de datos* que existe en la Ley de comercio electrónico 527 de 1999 y el decreto reglamentario 1747 de 2000, ambos modificados por el decreto Ley 19 de 2012, que modernizan el concepto y campo de acción en el campo sustancial y procesal a la figura jurídica tanto como instrumento de transacción y como medio probatorio.

Cuando se analiza el artículo décimo de la ley 527 de 1999, norma remisoría del *mensaje de datos* que proporciona la categorización de prueba documental existente en la legislación procesal civil, además del

³ Se debe tener en cuenta la ley modelo sobre comercio electrónico -Uncitral- Naciones Unidas. 1996, que regula este tema.

artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, en el numeral séptimo, que consagra de forma expresa, como estándar de prueba documental, al *mensaje de datos* sin que existan normas modificatorias, aclaratorias, complementarias, reglamentarios o reformatorias, sobre la figura jurídica. Se advierte en ambas normativas que la definición del estándar probatorio tiene origen en la legislación comercial y que no existe una disposición normativa para identificar la figura jurídica, especialmente en cuanto a los elementos tecnológicos informáticos y legales que lo componen para ser susceptible de convertirse en un verdadero instrumento jurídico capaz de dar autenticidad, originalidad, integralidad, confiabilidad y no repudio a la información contenida en él.

Hemos tratado ya los elementos que el mensaje de datos debe ostentar para ser reconocido como tal en el campo normativo colombiano. Por ello, se expresa a continuación, en el campo tecnológico informático, cuáles son aquellos elementos necesarios y, en el campo legal, cuáles deben ser evidenciados en el instrumento:

Elementos en el campo tecnológico informático:

Cuando se habla de mensaje de datos, es necesario hacer un análisis de los elementos tecnológicos que contiene para ser categorizado como tal y, entre los que encontramos, están: ser contentivo de información, generarse, recibirse y preservarse en medio digital, ser susceptible de almacenamiento electrónico, permitir el uso de mecanismos o dispositivos electrónicos para las herramientas aplicativos que se orientan al procesamiento de datos.

Finalmente, podría afirmarse que mensaje de datos es toda transacción electrónica que permita ser generada, enviada, recibida, comunicada y accedida posteriormente para su consulta.

Elementos en el campo legal:

Desde un punto de vista legal, los elementos normativos que trae la legislación comercial, y no son aplicados por otras disposiciones legales diferentes, son los consagrados en la ley 527 de 1999 de forma expresa,

y son: que el mensaje se encuentre escrito, firmado, original, íntegro, confiable, autenticidad, autoría y reconocimiento entre el iniciador y el destinatario y, finalmente, la existencia del no repudio.

Sólo con el cumplimiento de estos elementos se está frente a un medio electrónico, que no solo constituye tecnológicamente un mecanismo por el cual se transfiere información sino, también, frente a la existencia y eficacia de la norma, frente actos y contratos, tener efectos jurídicos vinculantes válidos.

Otro aspecto relevante y que se correlaciona con el eje temático, es la inclusión como mecanismo probatorio con reconocimiento legal para definir qué evidencias o herramientas tecnológicas o qué elementos tecnológicos son considerados mensajes de datos y que, a su vez, esos sean los medios tecnológicos para conservar la información que ha de servir como medio de prueba y, por tanto, categorizarlos. Estas características descritas ahondan la gravedad de la situación expuesta ante el vacío notorio en la norma. Por tanto, es menester listar cuáles son considerados *mensaje de datos* y medios probatorios documentales o que se validen como pruebas.

EVIDENCIA DIGITAL: MENSAJE DE DATOS

El reto al que se enfrenta el ordenamiento jurídico colombiano es la regulación clara, expresa, precisa y eficaz sobre el medio de prueba documental desde un aspecto conceptual y estructural sobre la obtención y recuperación de la información, su forma de presentación en juicio, los medios, protocolos y expertos científicos forenses digitales requeridos para que, a partir de su aplicación, otorgue validez jurídica a su existencia y reconocimiento como medio probatorio de los objetos o bienes digitales rastreables en la modalidad de *mensajes de datos*, en el momento de la obtención de una evidencia digital y en la aplicación de técnicas forenses informáticas para la plasmación de las transacciones electrónicas.

El mensaje de datos como medio probatorio documental, materializado por medio de evidencia digital, permite garantizar la existencia de una estructura de prueba válida, que cumpla con los principios probato-

rios, generalmente aceptados, como son, entre otros: libertad probatoria, legalidad de la prueba, originalidad e integridad de la prueba.

Este aspecto probatorio también se enmarca como eje problémico en el contexto de los mensajes de datos, debido a la escasa normatividad vigente aceptada en Colombia sobre la temática y se proyecta una necesidad urgente de evolución normativa en cuanto a su categorización como instrumento probatorio documental en principios probatorios.

Otra parte del problema es, ya no solo esa parte conceptual, esa clasificación y esa forma de obtener el mensaje de datos como medio probatorio y que, a su vez, sea presentado como evidencia digital, porque también corren la misma suerte los criterios de valoración del juez sobre la prueba documental, quien analiza, entre algunas decisiones, su nulidad, exclusión o la posible tacha de falsa por la parte afectada con la existencia de este elemento probatorio documental. Es por ello que una situación calificativa de un *mensaje de datos* como prueba falsa, nula o excluida, del ámbito probatorio de un proceso como prueba documental, se sustenta en la valoración del juez frente al instrumento en sí mismo respecto de los aspectos de fondo y forma, en cuanto al cumplimiento de los elementos formales y materiales, de los ámbitos tecnológicos y legales, que permitan al mensaje de datos, cumplir los fines de la evidencia digital en juicio como elemento material probatorio y posterior calificación de medio de prueba válido.

La valoración del juez, nivel de prueba, se consagra en los artículos once y doce de la Ley 527 de 1999, y son criterios generales para todo medio probatorio, pero con fundamento cognitivo específico sobre los elementos tecnológicos que exige este instrumento probatorio documental. La amenaza latente para la valoración objetiva de la prueba sigue siendo el desconocimiento del instrumento denominado Mensaje de datos y, en muchos casos, su materialización como evidencia digital, que denota un vacío normativo y dificulta la aplicación objetiva e imparcial del juez en el momento de aplicar la sana crítica y valorar la prueba desde el cumplimiento de principios probatorios.

CONCLUSIONES

La falta de regulación específica y el alcance de modalidades reconocidas por la legislación en materia de *mensaje de datos*, resaltan el conocimiento sobre la existencia de esta figura, con mayor relevancia como medio de transferencia electrónica que soporta la comunicación de las personas en la época contemporánea, máxime cuando la globalización exige agilidad y efectividad para transferir información entre usuarios del mundo digital.

Se deja en segundo plano el entendimiento de éste como medio de prueba documental, toda vez que es una figura jurídica en evolución en tanto su reglamentación es naciente, por ello su mayor significación se encuentra precisamente en la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal, que direccionada la aplicación de TIC por el contexto social, profesional, y empresarial, en el marco de un ambiente de seguridad jurídica probatoria en cuanto a las transacciones electrónicas efectuadas.

La existencia del mensaje de datos como instrumento documental en la legislación colombiana tiene validez y eficacia de la transferencia de la información en medio digital, para materializar los actos y contratos comunicados entre las partes, de ello se desprende la relevancia del valor probatorio que la estructura del mensaje posee dando origen al documento electrónico válido ante la ley, como consecuencia eliminando el problema presentado por el uso de medios electrónicos, carentes de categoría probatoria en el ordenamiento jurídico para cualquier tipo de transacción electrónica, suscripción, formación de acto o contrato, actuación, operación o similar.

Tanto el principio de *equivalencia funcional* como el de *neutralidad tecnológica*, son parte del sustento normativo dando frente a la aplicabilidad de la tecnología en particular para que, desde el punto de vista jurídico, la persona pueda generar, enviar, comunicar, almacenar y permitir el acceso posterior para consulta, desde un mecanismo que sus actos y contratos tengan un soporte legal para adquirir derechos y obligaciones, con efectos jurídicos vinculantes ante el ordenamiento jurídico colombiano, en todo caso cumpliendo con los elementos de fondo y de forma que todo men-

saje de datos debe ostentar como son: escrito, firmado, original, íntegro, auténtico, no repudio y confiable.

Cuando se trata de mensaje de datos que requiere el acceso posterior como elemento esencial, este instrumento se reviste de originalidad e integridad con dispositivos de seguridad informática que permiten el almacenamiento de la información en un medio electrónico para evitar que sea manipulado y que se ponga en entredicho el nivel de confiabilidad del *mensaje de datos*, por ende, la legalidad o no del mensaje en sí mismo y su valor probatorio.

REFERENCIAS

Barrios Osorio, O.R. (2006). *Derecho e informática: aspectos fundamentales*. Guatemala: Ediciones Mayte.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de la República, Ley 527 de 1999.

_____, Decreto 1400 de 1970.

_____, Decreto 2019 de 1970.

_____, Decreto 410 de 1971.

_____, Ley 794 de 2003.

_____, Ley 906 de 2004.

_____, Ley 962 de 2005.

_____, Ley 1149 de 2007.

_____, Ley 1437 de 2011.

Presidencia de la República, Decreto 1747 de 2000.

_____, Decreto 2170 de 2002.

_____, Decreto 960. Junio 20 de 1970.

_____, Decreto-Ley 19 de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26930 de 2000 de octubre 26.

Corte Constitucional Colombiana. Bogotá. Sentencia C-662.00 de junio 8 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

_____, Sentencia C – 831 del 8 de agosto de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006 de marzo 2.

Diccionario Alegsá. Recuperado de <http://www.alegsa.com.ar/Dic/comunidad%20virtual.php>.

Peña Ayazo, J.I. (2008). *La prueba judicial, análisis y valoración*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

Ramírez Gómez, J.F. (2008). *La prueba documental*. Bogotá: Señal Editora.

Rincón, E. (S.f.) *Marco jurídico de la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos en Colombia*. Recuperado de <http://web.certicamara.com/media/32226/equivalenciafuncionaldelosmensajesdedatos.pdf>

Riofrío, J.C. (2004). *La prueba electrónica*. Bogotá: Editorial Temis.