

objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de ‘probar un hecho electrónico’ (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a ‘probar electrónicamente un hecho’ (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de ‘probar electrónicamente un hecho electrónico’ (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores)”³⁰.

Por lo tanto, es diferente probar un hecho electrónico³¹ y probar electrónicamente un hecho. He aquí una diferencia vital en relación con los medios probatorios tradicionales o físicos, toda vez que estos, por regla general, no suponen la acreditación del medio como prueba, sino que el propósito de la prueba, se lograría únicamente con la prueba del hecho y no del medio.

8. Necesidad y carga de la prueba.

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran, de manera que así se pueda dirimir determinada controversia. Sobre la necesidad de la prueba, y en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P), bien señala el artículo 164 del C.G.P. que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”. Por eso en alguien debe recaer la carga de la demostración de los hechos con el aporte de las pruebas al proceso.

Nuestro sistema procesal está regido por el principio dispositivo para la impulsión del proceso, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o

30 Cfr. Abel Lluch, Xavier, Picó I Junoy, Joan. La prueba electrónica. Barcelona, Librería Bosch, 2011, pág. 26.

31 Caso en el cual el dictamen pericial será un medio de prueba idóneo para la parte que pretenda probar el hecho electrónico.

se opone a él está obligada a suministrar la prueba (artículo 167 C.G.P.). De todos modos, en el régimen procesal contencioso administrativo se conservan -como es la tendencia del derecho procesal moderno- elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder del juez para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia (artículos 179 numeral 10 y 213 de la Ley 1437 de 2011).

En la medida en que el medio de prueba electrónico se asemeja a la prueba física y tiene el mismo valor y reconocimiento, debe aplicársele las mismas reglas sobre carga probatoria prevista para las situaciones comunes. Quiere decir esto que la parte que pretenda demostrar un hecho a través de medios de prueba electrónicos deberá proceder a su aportación en el proceso, sin perjuicio de que el operador judicial también pueda decretar de oficio los medios electrónicos que sean adecuados para el esclarecimiento de los hechos materia de la controversia.

Sin embargo, en procura de la igualdad de las partes en el proceso, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso “...el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos...”.

Esta disposición consagra la denominada carga dinámica de la prueba, figura en virtud de la cual el juez traslada la carga de demostrar la verdad de lo alegado a la parte que esté en mejor posibilidad de aportar su prueba, sea por superioridad técnica, o dado sus conocimientos especiales, o porque se encuentra en su esfera jurídica la producción de la prueba y, por consiguiente, la otra en una situación de dificultad razonable para aportar la prueba. De acuerdo con el artículo 167 del C.G.P. “[l]a parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber