

**INFORMATICA FORENSE EN EL AMBITO DE LA SOCIEDAD DE LA
INFORMACIÓN A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO**

SANTIAGO NARVAEZ DE LOS RIOS

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO

BOGOTÁ 2014

**INFORMATICA FORENSE EN EL AMBITO DE LA SOCIEDAD DE LA
INFORMACIÓN A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO.**

SANTIAGO NARVAEZ DE LOS RIOS
**MONOGRAFÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO
PÚBLICO**

DIRECTOR

Dr. CARLOS ERNESTO LUCIO BONILLA
DOCENTE UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ 2014

Contenido

I.	Régimen probatorio en sede administrativa.....	Pg. 5
1.	Introducción.	pg. 5
1.1	La evidencia digital en la sociedad de la información.....	pg. 9
1.2	Del Estudio de la informática desde la órbita del derecho.....	pg. 15
II.	El fenómeno probatorio.....	pg. 19
1.	Perspectivas de análisis del fenómeno probatorio.....	pg. 21
III.	Principios que sustentan el fenómeno probatorio en sede administrativa...	pg. 23
1.	Principio de Contradicción de la prueba.....	pg. 24
2.	Principio de Unidad de la prueba.....	pg. 28
3.	Principio de la legalidad de la prueba.....	pg. 31
4.	Principio de Igualdad de la Prueba.....	pg. 34
5.	Principio de la inmediatez probatoria.....	pg. 37
6.	Principio de la carga dinámica de la prueba.....	pg. 39
7.	Principio de publicidad de la prueba.....	pg. 39
8.	Principio de Comunidad de la prueba.....	pg. 41
9.	Principio de libertad probatoria.....	pg. 43
10.	Principio de necesidad de la prueba.....	pg. 45
IV.	Objeto, tema y derecho a la prueba.....	pg. 55
1.	Objeto de prueba.....	pg. 55
2.	Tema de prueba.....	pg. 57
3.	Derecho a la prueba.....	pg. 60

V. Informática forense y prueba pericial, su importancia en la sociedad de la información.....	pg. 70
1. La justicia en la Sociedad de la Información.....	pg. 70
2. Realidad jurídica en Colombia.....	pg. 72
3. La prueba pericial informática y el perito.....	pg. 91
3.1.- Función.....	pg. 91
3.2. Perito Informático.....	pg. 91
3.3 Modalidades de Prueba pericial.....	pg. 95
a) Pericias de autenticidad.....	pg. 95
b) Pericias de contenido.....	pg. 95
c) Pericias sobre Internet.....	pg. 95
3.4 Tipos de Peritos.....	pg. 106
a) Perito de parte.....	pg. 106
b) Perito de Oficio.....	pg. 106
3.5 Perspectiva comparada de la prueba electrónica.....	pg. 107
VI. El deber ser de la e-administración y la informática forense en Colombia.....	pg. 108
VII. Conclusiones.	pg. 116
VII. Bibliografía.	pg. 118

LA PERICIAL INFORMÁTICA EN COLOMBIA

I. Régimen probatorio en sede administrativa.

1. Introducción.

La rapidez con la que se han propagado las TICs en el mundo, ha tomado por sorpresa a los países latinoamericanos, donde no han sido pocos los inconvenientes a la hora de adoptar las políticas correspondientes y de incorporarlas en sus respectivas legislaciones debido precisamente a que cuando estas se pretenden poner en práctica, ya se encuentran derogadas tácitamente por la velocidad con que está evolucionando el escenario de la tecnología y su imponente intervención en todas las esferas de la sociedad. Esta observación se sustenta jurídicamente desde una concepción jurídico-realista, a partir de la cual “el derecho sigue al ser de las cosas, al ser de la naturaleza libre del hombre rodeada de sus circunstancias particulares, y en definitiva, al ser de su devenir histórico”¹ (Recasens Siches, 1978, p. 157 y 158)

En el escenario del Derecho no se puede dejar pasar por un lado la realidad del auge de las nuevas tecnologías, pues debido a este fenómeno, muchas de las instituciones jurídicas de tradición han tenido que replantearse, esto por tratarse de un instrumento de regulación social, que necesariamente debe estar a la vanguardia y poder hacer frente a toda forma de manifestación de la voluntad generadora de efectos jurídicos por parte de los ciudadanos y de la

¹Según Recasens Siches (1978) el derecho en sentido autentico verdadero, posee tres dimensiones. En la primera el derecho aparece conectado con el mundo de los valores o de la razón, en la segunda el derecho constituye un sistema de normas positivas elaboradas por los hombres y dotadas de una específica validez que le otorga la comunidad política, es decir, el Estado. En la tercera dimensión el derecho figura como una determinada realidad social que produce unos especiales modos colectivos de conducta. Precisamente desde esta perspectiva es que el autor señala que el derecho sigue al ser. También con base en el postulado: *operatursequitur* ese (pp. 157-158).

administración en el ejercicio de sus funciones. Es decir, el derecho debe ser un instrumento eminentemente dinámico, capaz de evolucionar obedeciendo a las necesidades que día a día surgen y se imponen en nuestras sociedades, para lo cual es necesario contar con los instrumentos jurídicos necesarios y así evitar ser inferiores al reto impuesto por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

En ese orden es necesario determinar si el ordenamiento jurídico colombiano se ha desarrollado en el marco de las necesidades impuestas por la denominada “Sociedad de la Información”, donde las relaciones entre los ciudadanos, y estos con la administración pública, se caracterizan por la utilización de medios de comunicación en los que la información se transmite a través de mensajes de datos; y si dicha información goza de la validez jurídica necesaria para ser valorada como evidencia dentro de una controversia judicial o administrativa.

Lastimosamente el ritmo con el que se han desarrollado los medios de comunicación e interacción entre los diferentes sujetos de derecho, ha sido más rápido que la velocidad con la que se han adaptado las nuevas tecnologías al escenario jurídico, ocasionando un grado considerable de incertidumbre en aquellos casos en los que la conducta examinada en una controversia judicial o administrativa, gira en torno a la manipulación, transmisión o tratamiento de información por medios electrónicos, pues jurídicamente, y en términos probatorios todavía existe una tendencia, y en cierto grado, dependencia a la existencia de contratos, negocios, transacciones, o material probatorio que reposen en medio físico, y por lo tanto cierta renuencia al que se encuentre en soporte electrónico.

Lo anterior, considerando que la realidad jurídica del país, padece de un importante índice de ausencia de regulación ante la existencia de diversas situaciones atípicas, es decir, no contempladas como conductas susceptibles de ser valoradas a la luz del ordenamiento jurídico, debido precisamente a la intensidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Por lo tanto se constituye como prioridad, la inclusión en la normativa vigente de todas aquellas situaciones posibles, que no obstante sustentarse en la utilización de medios electrónicos o telemáticos, puedan constituirse en hechos que atentan contra el orden jurídico. Dentro de tales hechos se encuentran los más comunes; el acceso no autorizado a sistemas, actos administrativos electrónicos, publicidad y oponibilidad de los mismos, eliminación y ocultamiento de información en un sistema informático, violación de la reserva en documentos electrónicos, uso no autorizado de bases de datos y sustracción de información personal, violación de acuerdos de confidencialidad, infracción a la ley de propiedad intelectual, pornografía infantil a través de Internet, etc, que no obstante la ausencia de regulación, pueden ser generadoras de responsabilidad de naturaleza penal, disciplinaria, fiscal o administrativa.

Procurando que todos estos supuestos se incluyan en la legislación colombiana será mucho más útil y beneficioso el estudio y tratamiento doctrinal de la pericia informática, y se justificará así el análisis probatorio en los procesos judiciales y administrativos en los que prime el soporte electrónico sobre el físico.

Así, los estudiosos de la materia han catalogado la sociedad contemporánea como sociedad de la información, pues esta ha adquirido el status de bien jurídico con todas sus

implicaciones, es decir, con la debida protección jurídica cuando su integridad se ponga en peligro o cuando efectivamente se vea vulnerada; de tal suerte que ha sido necesaria la adopción de disciplinas auxiliares de la justicia como es el caso de la pericia informática cuya finalidad reposa en el análisis de aquellos asuntos en el ámbito judicial o extrajudicial, que por su nivel técnico y especializado necesitan de la intervención de un profesional idóneo que pueda dar respuesta a ciertos interrogantes y de esa manera contribuir a los funcionarios judiciales en la elaboración de juicios que correspondan con los mandatos legales y constitucionales.

Es que la “información ha cobrado tanta importancia, que hoy es considerada como uno de los más importantes activos de las empresas y/o entidades” (Peso del, Fernández, Ignoto, Lucero, Ramos, 2001, p.23), y en algunas el principal, que puede estar representado en bases de datos nominativos, programas de computador (Software), datos contables, información comercial, Knowhow etc.

Lastimosamente en Latinoamérica, particularmente en Colombia, la labor pericial informática no goza de la misma aceptación en el ámbito judicial y administrativo, como si sucede con otras áreas entre las que está la medicina, la ingeniería o la contaduría, esto a pesar de que en el área de la informática los peritos trabajan con métodos investigativos serios y eficaces; no obstante todavía existe mucha desconfianza a la hora de atribuirle el valor probatorio que se merece, principalmente en cuanto a certeza, autenticidad de los documentos electrónicos, y al respaldo jurídico que para los peritos informáticos, hoy es realmente incierto en Colombia, dada la ausencia de una estructura sistemática y unificada en las normas que regulen la materia, hecho que impide tener certeza respecto de cuál es el verdadero alcance de las facultades de un perito

informático cuando de analizar un determinado sistema de información o documento electrónico se trata.

Como ejemplo tenemos el reciente caso en el cual la Fiscalía General de la Nación de Colombia ha cuestionado el ejercicio de las funciones en cabeza de la Contraloría General de la República, por el aparente exceso en el uso de las facultades de policía judicial, dando lugar presuntamente a la interceptación de comunicaciones de diferentes servidores públicos y personajes de la vida nacional, acceso y utilización indebida de información sometida a reserva, mediante el uso de diferentes sistemas de información, bases de datos, análisis de plataformas tecnológicas etc.

El auge de relaciones generadoras de efectos jurídicos a través de nuevas tecnologías entre los ciudadanos, y de estos con la administración, y que cada vez hacen una mayor presencia en el ejercicio de la función administrativa, ponen sobre la mesa una temática de suma importancia para el proceso de integración entre las nuevas tecnologías y el derecho; se trata pues de el ejercicio de las facultades de policía judicial por parte de las autoridades administrativas cuyo alcance en los últimos años ha suscitado un importante debate jurídico que se deriva precisamente de la insuficiencia en marco regulatorio para el ejercicio de dichas facultades, donde sin duda es consustancial la presencia de peritos informáticos ante el considerable aumento de las conductas y situaciones administrativas sustentadas en la utilización de medios electrónicos.

De lo anterior se tiene que el fenómeno pericial ha asumido un papel protagónico en el ejercicio de la función administrativa, el cual va desde el apoyo al operador jurídico en el

ejercicio propiamente dicho de la función pública (prestación de servicios públicos, formulación y fijación de políticas, ejecución de las mismas), hasta su intervención en eventuales controversias jurídicas de carácter judicial o administrativo, donde las decisiones en derecho frente a asuntos sometidos a la valoración de conductas en las que haya intervenido el uso de TICs, deberán estar precedidas de un permanente acompañamiento de un profesional con el perfil técnico necesario para ser un verdadero complemento en el ejercicio de la administración pública o de justicia.

En aras de establecer si el ordenamiento jurídico colombiano responde a las necesidades propias de una sociedad cuyos miembros interactúan en un gran porcentaje mediante el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, he considerado la necesidad de adelantar la presente Monografía cuya estructura se presenta a continuación:

Dada la problemática expuesta en precedencia surge el siguiente interrogante:

¿Cuenta la administración pública con un ordenamiento jurídico con la entidad suficiente para hacerle frente a una sociedad en la que la mayoría de las relaciones jurídicas y controversias encuentran sustento en la utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y qué papel desempeña la informática forense ante dicha realidad social?

De cara a responder el interrogante formulado se han planteado como objetivo general, determinar si el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con las herramientas idóneas para hacer frente a las necesidades propias de una sociedad en la que la mayoría de las relaciones

entre los ciudadanos y las que se dan entre estos y la administración son desarrolladas a través de la transmisión de mensajes de datos, y cuál es la importancia que para dichos efectos requiere la presencia de la informática forense como instrumento de intermediación entre Derecho y TICs.

La consecución de dicho objetivo permitirá durante el transcurso de la labor investigativa hacer énfasis en los siguientes puntos:

- Identificar las perspectivas de análisis del fenómeno probatorio y sus principios desde la órbita de la sociedad de la información.
- Analizar el objeto, tema y derecho a la prueba en tratándose de evidencias en soporte digital.
- Determinar los principales rasgos característicos de la informática forense, la prueba pericial y su importancia en la denominada era digital.
- Analizar la Administración pública electrónica y su relación con la informática forense, haciendo énfasis en las facultades de policía judicial en cabeza de autoridades administrativas, dando de esa manera respuesta al interrogante que dio lugar al inicio de la presente investigación.
- Identificar las bases para un deber ser de la e-administración y la informática forense en Colombia.

Se trata de una meta con una dimensión propia para un trabajo de investigación de maestría que requerirá de un considerable esfuerzo académico en el recaudo de la información dada su escasez en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Los avances más

importantes sobre asuntos de esta naturaleza se presentan en la legislación y adopción de políticas públicas que al ponerse en práctica, han generado controversias jurídicas puestas a consideración de organismos judiciales y administrativos que de manera progresiva han venido sentando precedentes.

Se advierte al lector desde esta prematura etapa del trabajo de investigación que la metodología aplicable para dar respuesta a los interrogantes planteados, será de carácter dogmático descriptiva con un componente crítico y propositivo en sus conclusiones de tal suerte que se pueda cumplir con su finalidad de plantear problemáticas y alternativas de solución desde la academia, respecto de un fenómeno que hoy nos toca a todos, pero particularmente a los estudiosos del derecho público.

En ese orden, será de gran utilidad para el desarrollo de la presente investigación, acudir a fuentes foráneas, particularmente a legislaciones nacionales y supranacionales, así como a doctrina y jurisprudencia de sistemas jurídicos donde la administración pública electrónica ofrezca mayores experiencias acerca del tratamiento de la informática forense y su vínculo con la administración pública. Será necesario entonces, acudir a la Internet como fuente primaria de recolección de la información, a través de la consulta de diferentes bases de datos públicas y privadas, acceso a bibliotecas. Teniendo en cuenta la necesidad de revisar casos puntuales acaecidos en algún órgano de la administración pública que sea referente en el desarrollo de la función administrativa a través de medios electrónicos, se pondrá especial atención a lo que ha experimentado la Contraloría General de la República, entidad de control fiscal de carácter nacional, y de naturaleza eminentemente administrativa, que ha puesto las TICs al servicio de su

función misional de vigilar por el adecuado manejo de los recursos del Estado, cuya experiencia no puede dejarse de considerar en una monografía en la que se estudie el estado actual del proceso de integración entre derecho y TICs, a partir del rol que desempeña la informática forense.

En ese orden, se destaca la necesidad de presentar experiencias de órganos en la administración pública que en la actualidad estén siendo protagonistas en la implementación de nuevas tecnologías para el desarrollo de sus actividades misionales, tal como es el caso de la Contraloría General de la República, órgano de control que en el ejercicio de sus funciones de control sobre la trazabilidad en el manejo de los recursos del erario, ha optado por hacer uso de sistemas de información y Software para garantizar la celeridad, transparencia y debido proceso en el desarrollo de las investigaciones fiscales, cobrando tal conciencia sobre la importancia de la labor social que cumple, y de la realidad jurídica a la que se enfrenta en la denominada era digital, que actualmente y por virtud de la Ley 1474 de 2011, (Estatuto Anticorrupción), cuenta con un laboratorio de informática forense, cuyas experiencias serán de suma utilidad conocer para los efectos de la presente monografía.

Se hace igualmente necesario partir de lo general a lo particular, es decir; considerando que el objeto de estudio en términos generales es el proceso de adaptación del Derecho a las TICs, particularmente a partir del rol y **estado actual de la informática forense**, entendida como un estudio de la implementación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones desde la perspectiva del derecho, premisa desde la cual se partirá del análisis del fenómeno probatorio, para ir de manera progresiva acercándose a la peritación como institución

jurídica probatoria, sus principios valorados desde la óptica de implementación de las TICs en la administración pública; estudio de referentes de derecho comparado para identificar la realidad a la luz de experiencias destacadas sobre la materia; es necesario igualmente identificar las calidades, perfiles y presupuestos para desempeñar funciones de peritación informática, así como los escenarios dentro de la administración pública y de justicia donde a nivel procesal y extraprocesal pueden intervenir. Con posterioridad a la identificación de tales presupuestos, se expondrán las consideraciones sobre la situación actual en materia de e-administración a partir del rol que desempeña la informática forense como fenómeno integrador entre derecho y TICs, realidad desde la cual se incluirá un aspecto propositivo dirigido a formular una propuesta académica que busque el deber ser de la administración electrónica en Colombia.

1.1. La evidencia digital en la sociedad de la información.

En un mundo globalizado donde las personas realizan negocios jurídicos mediante el simple intercambio de mensajes de datos y en el cual la administración pública ofrece cada vez más posibilidades y vías de acceso a sus servicios a través de medios electrónicos, se hace necesario que los funcionarios de las entidades que conforman la administración, tengan los conocimientos informáticos, técnicos y jurídicos necesarios para ofrecer certeza sobre la integridad de la evidencia obtenida en entornos digitales.

La adecuada manipulación y valoración de la evidencia digital se estima como un reto incluso en los ordenamientos jurídicos más avanzados en las prácticas de seguridad informática, por lo que desde ya se hace indispensable identificar si el Sistema Jurídico colombiano cuenta

con las instituciones y herramientas jurídicas necesarias para hacer frente a una realidad basada en la utilización de nuevas tecnologías en todo tipo de relaciones generadoras de efectos jurídicos, enfocando el análisis de la presente investigación en el ámbito de la administración pública.

Existen áreas del conocimiento en las que el perfil profesional del juez o autoridad administrativa y demás funcionarios de sus despachos no son suficientes para valorar ciertas cuestiones en un determinado proceso judicial o administrativo. En ese orden, se hace necesario que personas expertas en aquellos temas ajenos al conocimiento del juez o autoridad rindan dictámenes que brinden al operador jurídico certeza sobre el tema de prueba en un litigio, controversia o actuación administrativa.

Es claro entonces que cuando en sentido general, en la actuación administrativa o judicial se requieren conocimientos especializados, es decir, de aquellos que escapan a las culturas de la gente, puede y debe recurrirse a quienes por sus estudios, experiencia, etcétera, los posean; esos conocimientos pueden ser técnicos, científicos o artísticos (Parra Quijano, 2004, p. 143).

De esa manera se entiende que el peritaje es un medio de prueba por el cual se le confiere a un experto la potestad de rendir un concepto en el tema de su conocimiento, con el fin de apoyar al operador jurídico en su tarea de obtener una concepción propia sobre unos hechos determinados que requieren de evidencia previo a la toma de una decisión dentro de una controversia judicial o administrativa. El dictamen pericial es, entonces: un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona

versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos.

A manera de ejemplo, en materia de procedimiento penal, la peritación es el acto procedimental en el que el técnico o especialista en un arte o ciencia (perito), previo examen de una persona, de una conducta o hecho, o cosa, emite un dictamen conteniendo su parecer y los razonamientos técnicos sobre la materia en la que ha pedido su intervención. (Como se cita en Bailon, 2002, p. 84)

En ese sentido, “se requiere que los peritos acrediten ser verdaderos expertos con el fin de que su dictamen o concepto revista verdadera importancia y autoridad. Así, se preferirá a quienes demuestren una reconocida solvencia profesional, ética y moral” (Rodríguez Jouvencel, 2002, p. 251), además de una formación idónea y una experiencia adecuada en el área del conocimiento sobre el cual versará el dictamen. No obstante, lo anterior no implica necesariamente que se deba acreditar un título profesional para obrar como perito, pues resulta obvio que alguien puede ser un experto en un determinado tema y no poseer un título profesional confirmando tal experticia, como en el caso de las personas que se hacen doctas en ciertos temas técnicos, artísticos o incluso científicos por la simple experiencia. Lo anterior resulta plausible en tanto el dictamen del perito no reemplaza al fallo del juez o la decisión administrativa, sino que, por el contrario se allega al proceso con la intención de ayudar al fallador, quien deberá valorarlo como a cualquier otro medio probatorio para lograr una decisión que se compadezca con los hechos acreditados en el caso sub júdice.

Será el juez o autoridad administrativa quien decidirá si el dictamen en cuestión le ofrece certeza sobre un determinado hecho y por ende estaría en sus manos el restarle importancia a un dictamen proveniente, a todas luces, de alguien inexperto en los temas sobre los que versa la pericia. En España, por ejemplo, se admite la posibilidad de que una persona entendida en un determinado tópico y no titulada oficialmente pueda obrar como perito. (Rodríguez Jouvencel, 2002, p. 142).

La experiencia en el derecho español tiene mayores antecedentes en el Derecho penal, pues desde 1995 el ordenamiento jurídico de este país cuenta con normatividad que se encarga de tipificar conductas basadas en la utilización de medios electrónicos.

Como ejemplo de lo descrito se tienen los siguientes referentes del Código Penal Español:

Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos:

- a) Artículo 197. Las conductas encaminadas al apoderamiento de mensajes de correo electrónico o acceso a documentos privados sin autorización de sus titulares.
- b) Artículo 264.2. La destrucción, alteración, inutilización o daño de datos, programas o documentos electrónicos ajenos, contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.
- c) Artículo 278.1. El apoderamiento por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos a fin de descubrir secretos empresariales.

Delitos informáticos:

a) Artículo 248.2. Estafa valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consiguiendo la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

b) Artículo 256. Utilización no consentida de un ordenador sin la autorización de su dueño, causándole un perjuicio económico superior a 300, 50euros.

Adicionalmente el ordenamiento jurídico español cuenta con otro tipo de normas que trascienden al derecho penal en las que se contemplan regulaciones en el marco de conductas en que la información como bien jurídico tutelado sea objeto de manipulación o tratamiento así:

Ley Orgánica 15 de 1999, Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Cuyo objeto es el de garantizar y proteger frente al tratamiento de datos personales, libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas, principalmente su honor, intimidad y privacidad personal y familiar. El órgano de control para este tipo de derechos es la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

Igualmente el Real Decreto Legislativo 1 de 1996, por el cual se aprobó la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre este tema.

Se destaca que el legislador español es supremamente riguroso en la tipificación de conductas relacionadas con obtención o violación de secretos, espionaje, divulgación de datos

privados, estafas electrónicas, y otros tipos cuya comisión es fácilmente realizable a través de la utilización de nuevas tecnologías.

Particularmente en cuanto a la actividad de los peritos, es claro que “estos examinarán conjuntamente las personas o cosas objeto del dictamen y realizarán personalmente los experimentos e investigaciones que consideren necesarios” (Parra Quijano, 2004, p. 633) para culminar con un informe en los términos del numeral 6 del artículo 237 de nuestro Código de Procedimiento Civil, que establece “El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.”

Como lo expresa el Maestro Jairo Parra Quijano, es fundamental que el juez observe si efectivamente existe un dictamen pericial, es decir, valorar si se cumplieron los requisitos del numeral 6 del artículo 237 del C.P.C; pues se estaría incurriendo en un error si elabora un concepto técnico sin observancia de los requisitos esenciales que permiten que un informe pueda ser denominado dictamen pericial.

Entendido lo anterior, es preciso hacer una síntesis de las principales características de la prueba pericial.

- Supone la concurrencia de un experto con título profesional legalmente expedido cuando fuere el caso. Esto es particularmente importante para nuestro trabajo por cuanto el juez podría restarle importancia a un dictamen rendido por una persona inexperta.

- El experto rinde un informe o una declaración de carácter técnico, científico o artístico.
- El dictamen rendido por el experto no reemplaza al fallo del juez, debe ser valorado y sopesado frente a las demás pruebas allegadas al proceso.
- Los peritos en Colombia están impedidos y son recusables como los jueces (artículos 140 y 141 de la Ley 1564 de 2012).

Particularmente y con el fin de enmarcarse en el tema central de estudio es necesario analizar una disciplina denominada derecho informático, con miras a determinar el escenario sobre el cual se desarrollará la presente monografía.

1.2. Del Estudio de la informática desde la órbita del derecho.

No cabe duda que hoy la informática juega un papel muy importante, debido a su estrecha relación con las telecomunicaciones. En ese orden surge una nueva disciplina que se encarga de regular las nuevas relaciones que han nacido con el auge de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Dicha disciplina, denominada derecho informático, surge cuando “el derecho no es la materia estudiada, sino el punto de vista desde el cual se estudia la informática” (Riofrío, 2002, p. 12). Desde esa perspectiva, el derecho informático es un área del derecho que regula y estudia las nuevas relaciones jurídicas que la informática y las TIC permiten en el mundo actual. Igualmente, el derecho informático se ha concebido como una disciplina encargada de estudiar y

regular las nuevas relaciones jurídicas que la informática y las TIC permiten en el mundo actual. De la misma forma, la experiencia ha enseñado que el derecho informático ha sido un mecanismo idóneo para incorporar a las instituciones de derecho las herramientas que se hacen necesarias por el creciente uso de los medios tecnológicos.

No ha sido escaso el debate sobre la posibilidad de afirmar que el Derecho Informático es una rama autónoma del derecho. Casi por unanimidad, la doctrina coincide en afirmar que no se trata de una rama autónoma del derecho en tanto su estudio resultaría imposible sin la enseñanza de la dogmática y los conceptos de otras áreas de este. El crimen a través de medios telemáticos, por ejemplo es un tema de estudio del derecho penal; lo mismo ocurre con los contratos electrónicos, cuyo tratamiento normalmente es materia de un curso de obligaciones y contratos.

No obstante el derecho informático sea concebido como un estudio de la informática desde la perspectiva del derecho, este debe ser estudiado considerando la Constitución, la Ley y los principios generales de derecho como si se tratara de una verdadera rama autónoma de esta área del conocimiento.

En ese orden, y considerando que un sinnúmero de relaciones generadoras de efectos jurídicos, se desarrollan a través de medios telemáticos, es indispensable contar en nuestro ordenamiento jurídico con profesionales (jueces – autoridades administrativas) que sean capaces de otorgar validez jurídica a la información contenida en mensajes de datos, potestad que implica necesariamente la fundamentación en un régimen legal que contemple íntegramente las

controversias que se pueden suscitar en relaciones basadas en esta clase de sistemas de información.

En la actualidad los documentos electrónicos hacen parte de la vida cotidiana. Las nuevas tecnologías han generado un auge exacerbado del correo electrónico y de los mensajes de datos como género, definidos por nuestra legislación en los siguientes términos: “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.” (Ley 527 de 1999, artículo 2, literal a).

No obstante nuestro ordenamiento jurídico no establece una definición legal de prueba electrónica y por ende resulta necesario acudir a la doctrina nacional e internacional en aras de encontrar y fijar una definición adecuada de prueba electrónica para efectos de este trabajo.

Ha sido tal el auge del correo electrónico “durante la última década que cada año se envían en todo el mundo más de 2.8 trillones de correos electrónicos y en la actualidad más del 90% de los documentos que se crean en cada organización son ya electrónicos, de los cuales menos del 30% llegan a imprimirse en papel” (Torre & Agud, 2007, p. 26).

Los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales como La Ley modelo de Uncitral contemplan la posibilidad del perfeccionamiento de contratos y negocios jurídicos mediante un simple intercambio de mensajes de datos.

En tal contexto, es preciso continuar en un proceso de readaptación del sistema jurídico probatorio colombiano ante una realidad basada en la aplicación de nuevas tecnologías en todos los escenarios y ámbitos de la vida en sociedad, de manera que el derecho como herramienta de regulación social, no se convierta en un instrumento obsoleto en su aplicación por parte de los operadores jurídicos, por el contrario, estos deben tener a su disposición aquellos elementos que le permitan ofrecer un juicio objetivo y ajustado al régimen vigente respecto de cualquier situación o relación jurídica basada en el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

No cabe duda que hoy por hoy, la totalidad de las relaciones civiles, comerciales, laborales, de prestación de servicios esenciales y no esenciales, de reconocimiento de derechos etc., tienen a su disposición la utilización de herramientas tecnológicas en busca de una mayor celeridad y eficacia para las mismas; a partir de lo cual el sistema jurídico colombiano debe contar con las herramientas necesarias para hacerle frente a ese nuevo panorama.

La presente Monografía se dirige a un escenario determinado, el de la administración pública, como aquel en el que las herramientas tecnológicas son cada vez más frecuentes en todo tipo de vínculos entre la administración y los ciudadanos, por lo que la pericia informática se constituye para el operador jurídico administrativo en instrumento de permanente y necesaria utilización en la gran mayoría de los casos, Vb.gr, contratación estatal, actos administrativos electrónicos, medios de publicidad (notificación) de los mismos, e-justicia, etc., donde no obstante contar con algunas disposiciones legales y reglamentarias que enmarcan el ejercicio de la administración en el marco de las nuevas tecnologías, la celeridad que les caracteriza se ve

obstaculizada en el momento en el que se generan controversias que demandan del operador jurídico un juicio de legalidad de una determinada relación en la que las pruebas en medios digitales o magnéticos son la constante.

La realidad de este fenómeno, sus causas, panorama actual en Colombia vs países pioneros, y aspectos propositivos, serán la materia de la presente monografía.

II. El fenómeno probatorio.

El término “prueba” goza de una amplia aplicación en el escenario del conocimiento, pues casi en todas las disciplinas se aplica este concepto, con una connotación más o menos similar. En principio se entendía como una manera de explicar una idea, Vb.gr una operación matemática; posteriormente a partir de la metodología inductiva se aplicó a los hechos, vinculándose entonces a la demostración de un hecho o fenómeno, a sus relaciones, a sus causas y efectos, o bien a la manipulación del mismo.

En ese orden, probar es convencer y generar convicción sobre la existencia de algo. Se trata de producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse, también, que probar es hacer algo evidente, o sea, lograr en la mente de otros una percepción igual a la que nosotros tenemos sobre un determinado hecho.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Prueba (2001) es “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o

falsedad de algo. Prueba de algo, partiendo de verdades universales y evidentes o Comprobación, por hechos ciertos o experimentos repetidos, de un principio o de una teoría.”

El fenómeno probatorio no es exclusivo de la ciencia del derecho. “La necesidad de construir el fundamento racional de conocimientos que pertenecen al campo de la experiencia empírica y no al de la lógica demostrativa resulta común a diversos sectores del conocimiento” (Verbic, 2008, p. 19).

En suma, el concepto estudiado se encuentra íntimamente relacionado con la contrastación o demostración. En materia de lógica formal se dice que “el razonamiento que prueba la validez de un juicio es lo que se denomina propiamente demostración”.² (Gorski&Tavants, 1974; Gortari De, 1972, p. 240). Por su parte, Bunge (1973) se refiere en términos de contrastación y expresa que es “someter a prueba algo mediante una técnica independiente, en vez de creer ciegamente sus resultados” (p. 849), quien precisamente para demostrar lo afirmado pone el siguiente ejemplo:

Cuando nos cuesta trabajo cortar la carne con el cuchillo no declaramos sin más que el bistec es duro, sin comprobar antes que el cuchillo corta aplicándolo a algo de dureza conocida, como una corteza de pan; también podemos usar una prueba de dureza que es independiente del cuchillo: por ejemplo, morder el bistec(Bunge, 1973, p. 849).

1. Perspectivas de análisis del fenómeno probatorio.

²En el mismo sentido Gorski&Tavants (1974). “No es la certidumbre subjetiva lo que confiere al pensamiento la fuerza irresistible de la convicción, sino el convencimiento fundamentado, demostrado” (p. 261).

Desde el punto de vista científico hay tres elementos a probar: el hecho, la prueba y verificación. Dichas disciplinas se ocupan de las bases epistemológicas y las metodologías de investigación que le permitan su desarrollo.

En ese sentido, Laudan (2007) dice: Nadie con un mínimo sentido de responsabilidad intelectual, se plantearía escribir sobre la filosofía de las matemáticas sin hablar extensamente de la naturaleza de la prueba matemática. Tampoco nadie escribiría sobre la filosofía de las ciencias empíricas evitando sistemáticamente abordar la naturaleza del experimento o de la corroboración de hipótesis (p. 16).

En ese orden, las ciencias, en general, ponen su atención sobre los hechos en su campo científico, las metodologías para examinar esos hechos, los instrumentos para verificar las tesis y las formas para ofrecerles validez a las mismas.

Desde el punto de vista procesal, el resultado de una prueba es una afirmación. Por ejemplo, si alguien afirma que su firma en un determinado documento fue falsificada, y lo demuestra con un dictamen grafológico, el resultado es una afirmación del juicio: Mi firma en el documento x fue falsificada. Ante la eventualidad que la contraparte diga: El perito no cuenta con el perfil de grafólogo, y por el contrario aporta un dictamen que señala que la firma si es auténtica, el resultado es una afirmación de su juicio.

Para Carnelutti (1944, p. 394), probar consiste en “verificar un juicio” mediante la demostración de su verdad o falsedad. Si los juicios afirman o niegan la existencia de un hecho,

al evidenciar su verdad o falsedad necesariamente se demuestra la existencia o inexistencia de aquél.

Desde una perspectiva semántica, “Prueba, como sustantivo de probar, es pues, el procedimiento dirigido a tal verificación”. (Carnelutti, 1944, p. 394)

En el escenario del derecho, la prueba se constituye en un instrumento necesario desde el mismo nacimiento del hombre, pues este debe registrarse, de manera que su partida o acta de nacimiento demuestre su ciudadanía. Si realizamos un negocio jurídico, las obligaciones de las partes deben quedar plasmadas en un documento, ya sea manuscrito o electrónico, pero finalmente documento. En la aplicación de la Ley, ya sea para reconocer un derecho o imponer alguna obligación, es necesario probar, sin que necesariamente medie una controversia.

Lo propio sucede cuando se está en presencia de un litigio, escenario en el cual es necesario probar, carga que ya no está en cabeza del Estado, sino que la prueba es aducida y controvertida por las partes, quienes entran a verificar sus hechos y convencer al Juez de sus juicios (pretensiones). Situación distinta se da en el ejercicio de la función administrativa, donde ante la necesidad de probar, la carga se radica en cabeza del Estado, el cual cuenta con toda la infraestructura física y el talento humano necesario para realizar un adecuado despliegue probatorio, el cual no solamente se ve en el escenario de una controversia, sino también en el cumplimiento de otro tipo de funciones administrativas.

La existencia del fenómeno probatorio en el ordenamiento jurídico, minimiza la posibilidad de que las controversias queden sometidas al libre albedrío del operador jurídico, con

lo cual se derrumbarían por su propio peso los postulados del Estado de Derecho. El debido proceso, el derecho de defensa, la seguridad jurídica, y las garantías procesales, serían prácticamente imposibles sin un sistema probatorio.

III. Principios que sustentan el fenómeno probatorio en sede administrativa.

Por vía de Constitución, la actuación de la Administración Pública envuelve, entre otros aspectos, el reconocimiento del debido proceso en todas sus manifestaciones, siendo el fenómeno probatorio una de ellas.

Lo anterior, considerando que toda manifestación de voluntad de la administración debe contar con los fundamentos jurídicos que la respalden, para que aquella se ajuste al Estado de Derecho; al principio de legalidad, y no sea producto de la mera liberalidad o capricho de la autoridad administrativa.

En tratándose de decisiones administrativas a partir de las cuales se crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, la administración requiere que previo a la toma de cualquier decisión de esa naturaleza, el directamente interesado tenga la posibilidad de solicitar, aportar, conocer en debida forma, objetar y complementar todo elemento que constituya soporte probatorio y de convicción de la decisión. Así mismo, tiene derecho a que dichos elementos sean legalmente allegados a la actuación, a que la autoridad que conozca del asunto tenga un conocimiento directo de los mismos, y que la decisión adoptada, a la luz de la interpretación de

los medios probatorios, esté al margen de cualquier interés particular que pueda alterar de manera ilegítima el sentido de la decisión.

Ante la anterior reflexión, emerge la necesidad de considerar el fenómeno probatorio, desde la perspectiva de sus principios, en el estudio de las actuaciones administrativas, máxime cuando la temática materia de análisis, corresponde a aquellas manifestaciones de la voluntad de la administración, y formas de exteriorización de la misma, realizadas a través de medios electrónicos y telemáticos, en los cuales, como se verá, es necesario identificar una serie de componentes que funcionalmente, sean equivalentes a los elementos de integridad, confidencialidad y no repudiación con que cuentan las decisiones administrativas incorporadas en un soporte físico (papel), de manera que su origen, autoría y contenido no sufra alteración alguna durante el proceso de emisión y publicidad de la decisión.

De esta manera, se hará referencia a los principios que por vía de Constitución y Ley, deben ser aplicados por el operador jurídico administrativo, en el ejercicio de sus funciones, haciendo especial énfasis en un proceso de adaptación en la aplicación de los mismos al uso de medios electrónicos.

1. Principio de contradicción de la prueba.

De origen constitucional, que se configura como una de las manifestaciones del debido proceso y derecho de defensa, señaladas en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, según el cual, “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un

abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra**” (...) Negrilla y subrayado fuera del texto.

La disposición señalada confiere validez a aquellas pruebas cuyo contenido sea puesto a consideración de los intervinientes, principalmente al sujeto procesal que se ve afectado con la misma, quien debe contar con el momento procesal suficiente para pronunciarse sobre ella.

Para Midón (2007), la contradicción de la prueba “implica que debe garantizarse a cada una de las partes la razonable oportunidad de conocer, discutir y oponerse a la prueba ofrecida por su contraria, de fiscalizar su producción, de solicitar su caducidad, o acusar su negligencia, incluyendo, lógicamente, el derecho a proponer y producir contraprueba”³(p. 55).

Se trata de un postulado según el cual la valoración probatoria en el seno de una controversia jurídica, debe estar precedida de la oportunidad para los sujetos procesales de controvertir las pruebas allegadas que les sean desfavorables, presupuesto sin el cual el soporte probatorio se vería afectado en su validez.

Entre tanto el principio de contradicción de la prueba ostenta diferentes matices, de acuerdo al sistema de valoración probatoria del que se trate, pues al estar en presencia del Sistema de Íntima Convicción, que “Consagra la libertad absoluta del juez para formar su

³Según Midón (2007) “Se trata de una manifestación de la garantía del debido proceso. Que no se agota en la pura bilateralidad entre pretensiones y defensas, sino que se extiende naturalmente a la prueba. Y así como no se concibe un proceso sin debate, tampoco puede admitirse que una parte produzca una prueba sin el riguroso control del adversario. El principio dominante es, pues, que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar” (p.55).

convencimiento; para adquirir su certeza de acuerdo con la impresión que un medio de prueba le produzca, sin que se requiera motivación” (Giacomette Ferrer, 2008, p. 222), la oportunidad procesal de oponerse a las pruebas, a la parte que aquellas le resulten contraria a sus pretensiones, sería inocua, pues el juez no se somete a ningún tipo de marco jurídico que establezca las bases para valorar el acervo probatorio; de manera que en este caso, solo basta con que la prueba sea allegada al plenario, para que el juez, con plena liberalidad, proceda a formar su convicción de los hechos.

Si nos encontramos en presencia del Sistema de Tarifa Legal, “donde el legislador era el encargado de otorgarle o señalarle un valor a la prueba, y el Juez estaba sujeto a reglas previas y abstractas” (Giacomette Ferrer, 2008, p. 222), sería predicable de igual manera la ineficacia en la aplicación del principio estudiado, pues la intervención de los sujetos procesales carecería de relevancia en el proceso de valoración de la evidencia, donde el legislador es el único que determina la manera y el alcance en el examen de una determinada prueba, a lo cual debe someterse el juez en el momento de tomar la decisión correspondiente.

Entre tanto, si el Sistema de Valoración Probatoria aplicable es el de Libre Apreciación o Sana Crítica, a partir del cual “se faculta al Juez para valorar de manera libre y razonada el acervo probatorio, donde el Juez llega a la conclusión de una manera personal sin que deba sujetarse a reglas abstractas preestablecidas” (Giacomette Ferrer, 2008, p. 223). Este se constituye en el sistema predominante en nuestro ordenamiento jurídico, donde es determinante la oportunidad por parte de los sujetos procesales, para objetar y controvertir las pruebas allegadas, a efectos de lograr una interpretación razonada y objetiva del acervo probatorio,

brindándole al operador jurídico una serie de principios que se deben considerar en el análisis de la evidencia, y no otorgándole a esta un valor determinado sin considerar los argumentos de la parte a quien la prueba perjudica.

Para DevisEchandía (2012), “la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto, el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes” (p. 115)

Por su parte para Cañón Ramírez (2009), “todo medio de prueba debe ser aportado al proceso con conocimiento, audiencia y participación de las partes, por lo que no puede existir prueba alguna sin la oportunidad de contradecirla con lo que se excluye la prueba secreta, sin el conocimiento de la parte contraria o bajo el simple conocimiento del juez.” (p. 78)

Tratándose de la función administrativa desarrollada a través de medios electrónicos, escenario donde la tecnología avanza a pasos agigantados, normalmente más rápido que la dinámica con que evoluciona el ordenamiento jurídico, debe garantizarse la aplicación del principio de contradicción de la prueba, en todo tipo de actuaciones, principalmente si se tiene en cuenta que el análisis de la evidencia en soporte digital, demanda generalmente del operador jurídico la designación de un acompañamiento de carácter técnico (Perito Informático), que le permita interpretar una prueba determinada conforme a la realidad material de los hechos, y desde la perspectiva de una ciencia, arte u oficio concreto, en este caso, la Informática. En tal sentido, la prueba pericial se constituye en el elemento de convicción principal para el operador

jurídico, frente al que el legislador ha dispuesto un momento procesal⁴ (Ley 1564 de 2012, art.228) para la intervención de la parte contraria, quien está en capacidad de “objetarla, o pedir su aclaración, modificación o complementación, previo a la valoración por parte del operador jurídico.” Así las cosas, se concluye que las controversias y decisiones administrativas, cuyo sentido se pueda ver afectado por el contenido de una prueba en soporte digital, deben ser oportunamente conocidas por los intervinientes en la actuación, de manera que estos puedan manifestar su oposición y así garantizar el cumplimiento de este principio.

2. Principio de la Unidad de la Prueba.

Según el cual, la evidencia obrante en el plenario, debe ser valorada en su conjunto, partiendo del análisis de cada una de las pruebas allegadas, pero no de manera independiente o fragmentada, sino en su conjunto, de tal manera que la conclusión a la que se llegue sea producto de una valoración integral del acervo, cuya vocación sea la de reflejar la realidad material de lo que se investiga.

⁴ “La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.

Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla, en la cual se interrogará al experto y se surtirán las etapas del proceso pendientes. El perito solo podrá excusarse una vez.

Las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia. Si el proceso fuera de única instancia, se fijará por una sola vez nueva fecha y hora para realizar el interrogatorio del perito” (Ley 1564 de 2012, Art. 228).

Por vía de doctrina se tiene que: (...) “la prueba debe ser valorada en su totalidad, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos. Así por múltiples razones:

En primer lugar, porque en la realidad y complejidad de los hechos sometidos a proceso, rara vez existe una prueba conclusiva y autónoma. En segundo lugar, porque la disgregación o consideración aislada de la prueba, no solo constituye un método invalido para aprehender la lógica de los hechos litigiosos pues genera el peligro de prescindir de prueba decisiva para la solución del caso sino que, además, dificulta la fiscalización del litigante sobre los procesos mentales del juez en trance de estimar el material probatorio colectado. Finalmente por que una interpretación que se limita a un análisis fragmentando de los diversos elementos de juicio, sin integrarlos ni armonizarlos en su conjunto, desvirtúa la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde asignar a los medios probatorios, al tiempo que desarma el edificio probatorio total, que no puede ser sino sistemático y orientado valorativamente(Midón, 2007, p. 60).

Actuar en contravía al principio referenciado, pondría en riesgo la seguridad jurídica del directamente interesado en la actuación, pues daría lugar a que la Autoridad decida conforme a la prueba que le sea más atractiva o la que le permita asumir una postura determinada en atención a un interés subjetivo en la causa.

En este caso, estamos igualmente en presencia de una manifestación del debido proceso para cualquier tipo de actuación judicial o administrativa, en el que los fallos o decisiones de la administración deben sustentarse en elementos de convicción ofrecidos por el análisis del acervo

probatorio en su conjunto, pues en caso contrario, es decir, ante la posibilidad de seleccionar las pruebas para asumir una determinada postura jurídica, se estaría coartando el principio de libertad probatoria, que igualmente tiene rango constitucional.

El principio de unidad de la prueba tiene su origen en la diversidad de los medios probatorios que en mayor o menor proporción pueden ser allegados a una causa determinada, siendo posible por ejemplo varias pruebas de la misma naturaleza (testimonios), o también una variedad de naturaleza distinta (documentos, periciales, indicios, testimonios), a partir de lo cual “el acervo probatorio debe ser asumido en su conjunto para que se esa misma forma sea valorado por el operador jurídico”. (DevisEchandía, 2012, p. 110).

La unidad probatoria ha sido igualmente considerada en el derecho canónico como “información para perpetua memoria”, y como tal inherente para el derecho de defensa, a su vez constitutivo del debido proceso, de cuya valoración (conforme a la sana crítica probatoria) depende la decisión del litigio. (Cañón Ramírez, 2009, p. 84).

En el escenario de las nuevas tecnologías aplicadas al ejercicio de la función administrativa, es predicable la valoración integral del acervo probatorio, siendo improcedente que la decisión correspondiente encuentre sustento solamente en los resultados de la prueba pericial, pues la decisión administrativa o sentencia quedaría prácticamente en manos del perito. Por el contrario, la pericia debe ser solo parte del cumulo de pruebas que permiten al operador jurídico, llegar a una convicción determinada sobre los hechos; sin duda se constituye en un elemento de sustancial importancia dado el carácter técnico de lo que es materia de prueba, lo

cual no es óbice para que la autoridad o juez, analicen y valoren cada una de las pruebas en su real contexto, cuyos resultados serán producto de un examen carente de valoraciones fragmentadas.

3. Principio de la legalidad de la prueba.

El fenómeno probatorio se encuentra igualmente abocado al cumplimiento de las garantías del debido proceso, pero no solamente en lo que respecta al conocimiento del acervo probatorio por parte de los sujetos procesales, y de la capacidad de aquellos para oponerse a las pruebas allegadas al plenario, sino también frente al procedimiento de incorporación y admisión de las mismas.

Sobre el principio de legalidad aplicado al sistema probatorio se tiene por vía de doctrina que para que la prueba se incorpore al proceso y para que por lo menos sea valorada dentro del proceso, debe cumplir con los requisitos legales, es decir, ha de estar debida no sólo a las ritualidades establecidas en la ley procedimental sino que además debe cumplir con algunos requisitos de derecho sustancial: no únicamente la mecánica procesal. La prueba ha de ser aducida, admitida o tramitada en el proceso con el cumplimiento de los requisitos legales. El cumplimiento de esos requisitos legales afecta no solamente la validez sino la eficiencia de la prueba. En el orden jurídico Colombiano, es tal la importancia de ese principio de la legalidad de la prueba, que está elevada a rango constitucional la sanción por incumplimiento de los requisitos legales: hemos citado en varias oportunidades el inciso final del artículo 29 de la

Constitución Nacional, norma ésta que señala de manera categórica lo siguiente: "Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso (López, 2011, párr. 4).

De acuerdo a lo expuesto se tiene que "la legalidad de la prueba es consustancial al reconocimiento del debido proceso durante el trámite de recolección, adopción y valoración del acervo probatorio", a partir de lo cual la doctrina ha considerado este principio desde la perspectiva del derecho que tienen los sujetos procesales a obtener la nulidad de la prueba, cuando esta se obtenga con violación al debido proceso u otro derecho fundamental (Ramírez Carvajal, 2013, p. 42).

Lo afirmado tiene vocación constitucional y legal, al señalar que, "toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho" (Ley 1564 de 2012, art. 29 y 164).

Desde otro punto de vista, la legalidad de la prueba "se desprende del principio de la dignidad humana para garantizar que el procesado no reciba un perjuicio, en la libre determinación de aportar pruebas que comprometan la integridad psicofísica" (Troker, 1974).

En tratándose del debido proceso en el fenómeno probatorio aplicable en el marco de una administración pública basada en el uso de nuevas tecnologías, puede darse que en la búsqueda de una prueba idónea, entre en pugna el derecho a probar con otro tipo derechos, inclusive de carácter fundamental. Es ahí, donde cobra relevancia la ponderación de los principios como una

estrategia adecuada para minimizar cualquier posibilidad de otorgar validez jurídica a una prueba cuya obtención no se dio por los medios legales (Comoglio, 1970, p. 625).

Sobre este particular, el Profesor Jairo Parra Quijano, para referirse a la legalidad de la prueba trae como referente un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, según el cual “La prueba ilícita es aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables” (Parra Quijano, 2011, p. 17).

Para Rosember Rivadeneira (2010), “la vulneración del principio de legalidad de la prueba puede tener su origen en la obtención o en la práctica de la misma” (p. 32). En el primer caso, la prueba es producto de la violación de las garantías fundamentales de las personas, Vb.gr, lograr que una persona asuma una obligación mediante el suministro de sustancias para perturbar su voluntad. En el segundo de los escenarios, la prueba se practica de manera clandestina o con violación del principio de contradicción al que ya nos referimos en precedencia.

En un mundo cuyas relaciones ciudadano – ciudadano, o administración – ciudadano, se caracterizan cada vez más por la utilización de nuevas tecnologías, se debe contar con un ordenamiento jurídico capaz de responder a las necesidades propias de un entorno virtual, donde las personas se obligan sin firmar manuscritamente ningún documento; donde la administración crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, decisión que genera efectos jurídicos, sin que necesariamente el ciudadano afectado o beneficiado tenga que notificarse personalmente

y reciba una copia física de la decisión; donde un sujeto puede atentar contra el patrimonio del Estado, transgredir sus deberes funcionales, e incurrir en conductas punibles, etc., desde un computador.

A partir de lo expuesto, el fenómeno probatorio debe igualmente ofrecer respuestas de seguridad, debido proceso, y garantías sustanciales en la recaudación, manipulación, manejo y valoración de las pruebas, siendo sin duda aplicable y hasta exigible el cumplimiento de los presupuestos necesarios para garantizar la licitud de la prueba.

4. Principio de Igualdad de la Prueba.

El cual se ha definido a partir del rol que desempeñan los sujetos procesales en la causa, siendo necesario que estos cuenten con las mismas oportunidades para solicitar y/o aportar pruebas al proceso; “idénticas posibilidades de ejercer contradicción de las aportadas o pedidas por la contraparte; e igual tratamiento por parte del operador jurídico en la valoración y consideración del acervo probatorio presentado por cada uno de los sujetos procesales” (Midón, 2007, p. 72).

Postura sobre la cual DevisEchandía (2012, p. 117) advierte que la igualdad de oportunidades entre los sujetos procesales no significa que se exija por igual a cada uno de ellos la prueba de los hechos que sean materia de debate, pues contrario a lo que pareciera, la posición de estos frente a cada hecho es lo que realmente determina e influye en la exigencia de acreditar probatoriamente la existencia de un determinado hecho o realidad.

Como ejemplo de lo anterior, se tiene que en principio es el demandante el llamado a demostrar los hechos sobre los que pretende obtener una determinada convicción en cabeza del operador jurídico, pues al activar la actividad del aparato judicial o administrativo, y no probar nada, muy seguramente su demanda no tendrá vocación de prosperar. Lo propio sucede en un escenario en donde el operador jurídico ya tiene en su poder las pretensiones y el sustento probatorio de las mismas, momento propicio para la intervención de la parte a quien pueda afectar una eventual decisión de quien tenga la competencia para ello; según lo cual se entiende que la aplicación práctica del principio de la igualdad de la prueba, como manifestación de la igualdad ante la Ley, está condicionado al rol desempeñado por los sujetos procesales en cada una de las etapas de la actuación, y no puede considerarse como el deber de probar cada uno de los hechos aducidos, de manera simultánea por parte de los intervinientes.

En este sentido, DevisEchandía (2012) expone:

“La igualdad de oportunidades en materia de pruebas, no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea por que los invoca a su favor, o porque de ellos se deduce lo que pide o por que el opuesto goza de presunción o de notoriedad, o porque es una negación indefinida”, (...) “De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar” (p. 118).

Desde la óptica del derecho penal, se contempla la aplicación de este principio como la manera de lograr que los hechos que se conocen en el proceso a través de los diferentes medios probatorios, “ingresen con el conocimiento oportuno del sindicado para que él pueda utilizar la contradicción y evitar así, que se formen preconcepciones con sustento en versiones parcializadas, muy difíciles de desmontar cuando se hace saber la imputación en forma tardía , cuando resulta imposible desvirtuar o modificar la atmosfera creada en ese ambiente estrecho” (Parra Quijano, 2011, p. 8).

Ya desde una perspectiva más sociológica, se explica que “la igualdad no es sinónimo de identidad matemática, dado que hay que reconocer la diversidad entre los seres humanos” (Bertel Oviedo, 2009, p. 119), a partir de lo cual, dentro del proceso debe mantenerse el equilibrio entre todos los intervinientes en la actuación procesal y que a todos se les debe dar la oportunidad de surtir aquel conocimiento de la prueba para que puedan, si lo desean ejercer todos los derechos.

En suma, se tiene que la aplicación de este principio, envuelve la necesidad de contar claramente con los términos y oportunidades para solicitar, aportar, decretar, practicar y valorar las pruebas en el seno de una actuación judicial y/o administrativa, asumiendo el rol correspondiente para cada uno de los sujetos procesales.

El componente técnico en materia de recaudo, manipulación y valoración de pruebas electrónicas, es una manifestación de la aplicación del principio de la igualdad de la prueba en su entorno practico, donde si bien existe una oportunidad común para probar, y un mismo racero

para valorar, los hechos demostrables mediante pruebas contenidas en mensajes de datos, y medios electrónicos o telemáticos, deben ser aportadas por quien este en capacidad de hacerlo, y no por quien carece de tales posibilidades, observándose por tanto, una manifestación de otro principio de similar importancia (carga dinámica de la prueba), que será analizado más adelante.

5. Principio de la inmediatez probatoria.

Parte de la necesidad de que el Operador Jurídico conozca de primera mano los hechos que motivan la controversia, y no a partir de otras personas o cosas, de lo cual depende en gran medida que una decisión está más o menos cercana a la realidad material de los hechos.

Según Midón (2007), “las mediaciones en todos los órdenes de la vida, causan progresivas deformaciones del conocimiento; pues las versiones se desfiguran pasando de boca en boca” (p. 84), por lo cual es preciso que el juez o autoridad, desarrolle su actividad en la mayor cercanía posible a los medios de prueba.

Desde el punto de vista de la eficacia probatoria, y en pro de la lealtad e igualdad “en el debate se requiere que sea el juez o autoridad quien la dirija directamente, resolviendo primero sobre su admisibilidad, e interviniendo posteriormente en su práctica” (DevisEchandia, 2012, p. 120). Se trata de un principio de derecho procesal, cuya aplicación práctica se evidencia en el fenómeno probatorio, que se evidencia primordialmente en los procedimientos orales donde las pruebas se practican y allegan en audiencia, y donde el operador jurídico carece de posibilidades de valorar el acervo probatorio a través de un tercero.

En lo que respecta a pruebas electrónicas, la intermediación debe interpretarse en su real contexto, considerando que el procedimiento de recaudo, manipulación, análisis y valoración de las pruebas contenidas en mensajes de datos, deben contar normalmente con el apoyo de un tercero con el perfil de perito informático o electrónico, quien a partir de unos protocolos preestablecidos ofrece un concepto técnico al operador jurídico, que por su parte está llamado a evaluar directamente, sin intermediarios y en conjunto con las demás evidencias, el contenido de dicho concepto.

Según Carnelutti (1951), “la prueba es tanto más segura, como más próxima a los sentidos del juez se halle el hecho a probar” (p. 55)

En ese orden, “de la intermediación resulta un canal de comunicación directa entre el juez y las partes” (Cañón Ramírez, 2009, p. 80), a partir del procedimiento de recaudo y valoración de las pruebas, donde el primero logra un mayor acercamiento a la fuente de conocimiento y convicción, dese lo cual se genera sin duda una decisión más justa y equitativa.

Visto desde el punto de vista práctico, se concluye que “la participación del operador jurídico en la producción de la prueba debe trascender de una simple percepción de hechos” (Parra Quijano, 2011, p. 68), a una actuación con total atención de manera que se pueda ir interrelacionando cada situación identificada en la labor probatoria. Lo anterior, sin perjuicio de las salvedades en materia de pruebas electrónicas en cuyo recaudo y valoración, se debe contar con el apoyo de un técnico en la respectiva materia cuyo concepto será objeto de análisis en términos de inmediatez por parte del juez o autoridad administrativa.

6. Principio de la carga dinámica de la prueba.

Corresponde a un requerimiento que la Ley hace a los sujetos procesales, con una connotación facultativa, establecida en interés del propio sujeto, cuya omisión, eventualmente, puede perjudicar a la parte que pretende probar un determinado hecho o acto, pero no necesariamente le sanciona desde el punto de vista procesal.

7. Principio de publicidad de la prueba.

Se trata de un principio que se debe estudiar desde dos (2) perspectivas; de un lado, la persona contra quien se aduce una prueba debe contar con la oportunidad procesal para conocerla de tal manera que pueda ejercer su derecho de contradicción, siendo esta una manifestación adicional del debido proceso. Lo anterior sin perjuicio de que la posibilidad de conocer el acervo probatorio en desarrollo del proceso judicial o administrativo corresponde exclusivamente a los sujetos procesales, dado que en la mayoría de los casos, las actuaciones son reservadas, principalmente durante el periodo probatorio, con el fin de evitar cualquier tipo de influencia exógena en la suerte del proceso.

Desde otro punto de vista, la publicidad corresponde a la necesidad de poner en conocimiento de la sociedad el sustento que da lugar a la toma de decisiones judiciales o administrativas, de manera que sea posible ejercer el control ciudadano, reiterando que dicho conocimiento es procedente cuando el proceso investigativo ha culminado.

Por vía de doctrina, el principio estudiado “significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde” (DevisEchandia, 2012, p. 117), según la cual “toda prueba, al margen mismo de su función de orden intelectual, que es generalmente el único en el cual se piensa, tiene una función social que consiste en hacer aceptar la tesis que la sostiene; probar es hacer aprobar; una proposición probada es una proposición admitida, aceptada, hecha en lo sucesivo, parte de las verdades oficiales” (Parra Quijano, 2011, p. 9)

En el escenario de las pruebas contenidas en soporte digital, la publicidad es un principio de sustancial importancia en su aplicación, tanto desde el proceso de recaudo, manipulación como valoración de la evidencia, pues en cualquiera de esas etapas es fácilmente posible alguna forma de adulteración de la prueba, que imprima un sentido a la decisión que no corresponde a la realidad material de los hechos, por lo que se requiere un permanente conocimiento por parte de los sujetos procesales de la actividad probatoria, y una vez culminada la causa, permitir a la sociedad tener conocimiento claro de las causas que dieron lugar a una determinada postura jurídica.

Dada la estrecha relación del principio de publicidad de la prueba con el de contradicción, es dable afirmar que, desde el escenario del proceso, esta no puede ser vista como una máxima que goce de autonomía e independencia, sino como un presupuesto previo para poder reconocer el derecho de contradicción, por lo que no es procedente estudiarlo de manera aislada, sino siempre como un requisito para poder ofrecer la posibilidad de oponerse a los medios de prueba allegados.

Lo propio sucede con la publicidad de la prueba como función social, cuya finalidad, se reitera, es poner en conocimiento de la sociedad los fundamentos de las decisiones y fallos de las autoridades públicas, de manera que sea posible ejercer el control ciudadano.

8. Principio de Comunidad de la prueba.

Aceptado como una máxima del derecho probatorio, según la cual, el resultado de la actividad probatoria en el marco de una actuación judicial o administrativa, se obtienen de manera independiente, y al margen de quien haya propuesto o aportado los medios de prueba.

Lo anterior teniendo en cuenta que en el desarrollo de la actuación es posible que el resultado de una prueba sea contrario a los intereses de quien la adujo, situación que debido a la aplicación del principio estudiado, impide que el sujeto procesal perjudicado, pueda renunciar⁵ o

⁵ Según DevisEchandía (2012), Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la Ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quien las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho.

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues solo si se considera patrimonio procesal del aportante o peticionario o para su solo beneficio podrá aceptarse que la retirara o dejara sin efectos. Cuando el proceso está dominado por el principio inquisitivo, como sucede en lo penal

desestimar la prueba que previamente solicitó o aportó, pues lo cierto es que la finalidad de la prueba es obtener la verdad material de los hechos, y no satisfacer la voluntad de quien la propone.

En términos de los estudiosos del derecho probatorio como al servicio de esa idea superior, la de optimizar la administración de justicia (que el preámbulo constitucional impone afianzar), y no en homenaje a las partes es que las formas procesales están instituidas, los resultados de los actos probatorios por las partes son para el proceso y no para el proponente. De manera que beneficiar o perjudican indistintamente a los litigantes, inclusive a aquel que los solicitó, ofreció o produjo (Midón, 2007, p. 84).

De acuerdo a la naturaleza y finalidad del principio estudiado, y en tratándose de una investigación que apunta a la valoración de las pruebas contenidas en medios electrónicos, en las que normalmente la valoración por parte del operador jurídico está precedida del apoyo técnico de un perito, se advierte que el concepto rendido por este, debe corresponder con la realidad observada y basada en los protocolos legales de la prueba pericial, y no en las intenciones de quien hubiere costado el servicio prestado por el perito.

En ese orden, se mantiene la imparcialidad y objetividad que el juez requiere en la práctica de las pruebas, a partir de las cuales se propende por una investigación enmarcada en los mismos principios.

o laboral, como sucede en muchos países, inclusive en lo civil, ninguna importancia tiene la renuencia de la parte a la prueba, aún antes de estar decretada, porque el juez puede ordenarla oficiosamente si la considera útil” (p. 111).

9. Principio de libertad probatoria.

De cara a garantizar que el operador jurídico cuente con los medios probatorios necesarios para llegar a una convicción sobre la realidad material de los hechos, es preciso que el debate sea flexible ante el amplio catálogo de pruebas admisibles por el ordenamiento jurídico, lo cual se constituye en una potestad en cabeza tanto de los sujetos procesales, como de la autoridad competente de tomar la decisión respectiva.

Para los sujetos procesales existe la posibilidad de aportar las pruebas que estén a su alcance, o de solicitar las que no lo estén, pero que serán determinantes para el esclarecimiento de los hechos. Para el juez o autoridad la facultad de decretar de oficio las que estime necesarias para el desarrollo de la investigación.

No obstante, como toda regla, esta tiene su excepción, pues la libertad en la escogencia de los medios de prueba está delimitada por criterios de pertinencia, conducencia, utilidad, idoneidad y necesidad de la prueba, que deben ser valorados por el operador jurídico previo a su incorporación a la causa.

En términos del Profesor Hernando DevisEchandía, el principio estudiado tiene dos enfoques: libertad de los medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la Ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en algunos códigos de procedimiento, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que

pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica (DevisEchandia, 2012, p. 124).

En tratándose de relaciones jurídicas basadas en la utilización de medios electrónicos tales como la e-contratación, e-administración o e-justicia, en las que se generen controversias sometidas a consideración de una autoridad competente, no cabe duda que la prueba pericial es un medio que no solo puede, sino que debe ser admitido por el juez a efectos de lograr una convicción de los hechos correspondiente con la realidad. Es decir, se trata de un medio de prueba que supera cualquier análisis en términos de conducencia, pertinencia, utilidad, idoneidad⁶ y necesidad de la prueba.

10. Principio de necesidad de la prueba.

Máxima según la cual, las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa o judicial deben estar sustentadas en evidencias legalmente allegas al proceso, es decir, el contenido de los fallos o decisiones de fondo, debe constituirse en una consecuencia lógica de la lectura del acervo probatorio obrante en la causa.

⁶Según DevisEchandia (2012), “este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos, y aparezcan claramente improcedente o inidóneos.” (...); “Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio” (p. 125).

Para Cañón Ramírez (2009), “sin la prueba de los hechos el derecho es inaplicable, o lo que es lo mismo; lo que no aparece en juicio es como si no existiera; no basta que el juez sepa, sino que es necesario que lo sepa con arreglo a los resultados del juicio; el juez debe ejecutar - según Ulpiano - lo que es justo y verdadero, de acuerdo con las pruebas legalmente recogidas ante él, con los modos y formas legales” (p. 82).

No puede existir por tanto decisión administrativa o judicial alguna que no cuente con un sustento probatorio legalmente allegado al proceso, el cual a la luz no solo del pensamiento del juez, sino de los sujetos procesales y de la sociedad en general, de lugar a una decisión en el sentido derivado del contenido de las pruebas.

Este principio se encuentra directamente ligado a aquel según el cual al juez le está prohibido sustentar sus decisiones en su propia experiencia⁷, la cual debe ser usada para realizar el despliegue probatorio necesario, de cara a fallar con base en elementos de juicio objetivamente valorados.

Desde el punto de vista procedimental, “cuando hay necesidad, no hay libertad, por tanto no existe ninguna libertad para que el funcionario decida con base en pruebas o circunstancias que no obren en el proceso. Esta necesidad tiene sustento en el derecho de contradicción, el cual

⁷“El conocimiento privado del juez puede ser definido como aquel conocimiento de hechos que interesan al proceso, adquiridos por medios no reportados a este y por tanto no controlados en él. (...) permitir tener en cuenta hechos no logrados por medios probatorios aportados al proceso, permitiría que se pudiera fiscalizar: De un lado para asegurar que el convencimiento del juzgador se basa en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones, ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula fiabilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento se han producido con respeto de las garantías constitucionales y legales” (Como se cita en Parra Quijano, 2011, p. 68).

sería violado si la decisión se tomara con base en pruebas no aportadas al proceso, o en ideaciones o en conocimientos privados del juez” (Parra Quijano, 2011, p. 68).

Las relaciones jurídicas en las que esté presente el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, requieren de manera inexorable del concurso de evidencias de esa naturaleza, las que por su parte deben reunir ciertas características o requisitos de los que depende su validez probatoria en el marco de una actuación judicial o administrativa, cuyos principales antecedentes tienen su origen la legislación francesa.

La Ley 2000-230 de 13 de marzo de 2000, reformativa del Código Civil Francés, hace un pronunciamiento de manera general sobre el documento electrónico como prueba, y lo equipara al escrito en papel, otorgándole la misma fuerza probatoria que el contenido en aquel, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1316-1, a saber:

“El escrito en forma electrónica está admitido como prueba con igual fuerza que el escrito en soporte papel, bajo reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de que emana, y que sea generado y conservado en condiciones que permitan garantizar su integridad”. (LOI no 2000-230, Art. 1316-1.)

La normatividad referida demanda: 1) La autenticidad (identificación de la persona de quien emana), 2) Que sea generado y conservado en condiciones que permitan garantizar su integridad (que no haya sido adulterado).

Postulados que fueron acogidos por el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, que en materia de validez probatoria de evidencia contenida en mensajes de datos⁸ establece: “Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta Ley, se tendrán en cuenta las Reglas de la Sana Crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

Sobre este particular, la legislación española es un buen referente en el marco de una investigación de esta naturaleza, a partir de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, en cuyo artículo 3 se dispone lo siguiente: “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en

⁸Consejo de Estado. Consejera Ponente: Maria Elena Giraldo Gómez. Radicación número 17.788. Actor Sociedad Visimed S.A. “Ejecutivo Contractual sobre el valor probatorio de las fotocopias remitidas o recibidas vía Fax, Ley 527 de 1999, por medio del cual se reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos del comercio electrónico y de las formas digitales, en lo que atañe con la información a los documentos transmitidos o recibidos por telefax en los artículos 2, 10 y 11, en concordancia con lo establecido en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que las certificaciones expedidas por la Jefe del Departamento Financiero de Caprecom Cali, por el Jefe de la División de Tesorería General y la Jefe de la División Administrativa y Financiera de la misma entidad, departamentos con sede en esta ciudad, son documentos públicos otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo (núm. 2 art 262 C. de P. C). Esas certificaciones allegadas al proceso dan fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos hizo el funcionario que las suscribió (art.264). No puede entonces ponerse en tela de juicio lo afirmado por los funcionarios en dichas certificaciones, por cuanto en primer término, el legislador les dio el mismo valor probatorio que le asigna el Código de Procedimiento a los documentos originales y, en segundo término, no se desvirtuó su presunción de autenticidad, dentro de los cinco días siguientes a que el Tribunal los tuvo como prueba. En conclusión, los documentos aportados y que corresponden a la denominación de mensaje de datos que les dio el legislador, dan fe de las afirmaciones allí consignadas por quienes los suscriben”.

cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y **en especial, las obligaciones de garantizar confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación de la información generada y la identidad de los firmantes**. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. (...) Negrilla y subrayado fuera del texto.

Teniendo en cuenta que la validez jurídica de las pruebas contenidas en medios electrónicos o telemáticos depende del grado de adecuación de las mismas a los parámetros de seguridad con que cuentan las evidencias en físico, el legislador colombiano en el año 1999, al expedir la Ley 527- por la cual regula el comercio electrónico y se reconoce valor jurídico a los mensajes de datos – introdujo el principio de equivalencia funcional el cual se constituye en el hilo conductor entre las nuevas tecnologías y el derecho.

Según este principio el operador jurídico está llamado a poner en igualdad de condiciones al documento contenido en mensaje de datos, respecto del manuscrito, posición que fue reafirmada por la Corte Constitucional en Sentencia C-662 de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la referida norma, corporación que concluye que desde la perspectiva de la finalidad de los documentos, es dable predicar la existencia de similar eficacia jurídica para la documentación contenida en mensajes de datos vs. la que se encuentra en medio físico.

Señala de igual manera la Corte, que la determinación de presupuestos para poner en un plano de igualdad desde el punto de vista funcional a este tipo de pruebas, debe desarrollarse bajo requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad. (Sentencia C-662 de 2000, No. 3.1)

Debido al impacto que han generado las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el mundo del derecho, y particularmente en materia probatoria, es preciso referenciar otro tipo de principios de similar importancia de cara a garantizar la seguridad jurídica de las decisiones adoptadas con base en acervos probatorios electrónicos, principios tales como la neutralidad tecnológica, buena fe, libertad contractual, no modificación y/o alteración del régimen general de contratos, transparencia y seguridad.

Sobre este particular, la exposición de motivos al proyecto de Ley No. 227 de 1998 señaló:

El Artículo 5° de la LeyNo. 227 de 1998 atribuye efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria a los mensajes de datos. El capítulo II de la Parte I – Parte General – (Artículos 6°, 7°, 8° y 9°) regula el escrito, la firma, el original y la integridad de un mensaje de datos. En general la legislación dispone que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, que se presente o conserve en su forma original, exija la presencia de una firma o prevea consecuencias por su ausencia, se entenderán satisfechos los requerimientos si se cumplen las siguientes condiciones, así: (i) en relación con el escrito, si la

información que el mensaje de datos contiene es accesible para su posterior consulta; (ii) en relación con la firma, si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y que permita indicar que el contenido cuenta con su aprobación y, que el método sea confiable y apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado; (iii) en relación con el original, si 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 alguna otra forma y, de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se debe presentar.

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que el legislador colombiano estableció una pluralidad de requisitos para que los documentos contenidos en soportes informáticos, permitan satisfacer las necesidades de operatividad de los mensajes de datos en el escenario del derecho, para que desarrollen similares funciones a las de la información sobre papel.

En principio, parecería que la intención del legislador colombiano a través de la expedición de la Ley 527 de 1999, fue la de regular la validez jurídica de las transacciones y el correspondiente fenómeno probatorio en el marco de las transacciones comerciales electrónicas; sin embargo, el alcance de esta norma es aún mayor, pues al haber reconocido valor probatorio a todo tipo de información que este contenida en un mensaje de datos, sin que sea relevante que este se haya dado o no, en el marco de una relación comercial, se amplió de manera ostensible el

rango de cobertura de la norma a todo tipo de relaciones públicas y privadas que estén reguladas por el derecho.

En ese sentido, el legislador, en su intención de estar a la vanguardia de la era tecnológica, se dispuso a adaptar el régimen jurídico existente en materia probatoria a la nueva realidad aparejada por los medios electrónicos, cuya consecución se dio precisamente a través del principio de “equivalencia funcional”, cuyo antecedente remoto es la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI (1996, p. 249), en cuya guía de incorporación al derecho interno establece que los Estados deben contar con un instrumento que permita el uso de los medios electrónicos en las transacciones jurídicas.

Dado que el nivel de igualdad probatoria entre documentos electrónicos y físicos exige un similar tratamiento en términos de requisitos para ser tenidos como evidencia, no sobra señalar que así como todo documento no es constitutivo de prueba por sí solo, no todo mensaje de datos puede ser valorado como evidencia, pues recuérdese que de conformidad con el Código General del Proceso (art. 243), son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, 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.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el

documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

En ese orden, el principio de equivalencia funcional no puede tomarse como una figura que se origina en el proceso de adaptación de las nuevas tecnologías al derecho, pues el carácter de declarativo o representativo de los documentos surge con anterioridad a dicho proceso.

La novedad en la aplicación del principio de equivalente funcional en materia de nuevas tecnologías y derecho radica ya no en la finalidad y representatividad del documento, sino en el valor probatorio de este en el marco de una actuación judicial o administrativa, punto de partida del cual se predica que ante el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades, el documento electrónico tendrá los mismos efectos jurídicos probatorios que el documento manuscrito.

En ese sentido, el artículo 11 de la ley 527 de 1999 establece los requisitos para que los mensajes de datos tenga similares efectos probatorios a los documentos en físico, en los siguientes términos:

Artículo 11. Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos.

Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere

esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas.

Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Así como el legislador estableció un marco bajo el cual los operadores jurídicos están llamados a reconocer valor probatorio a los documentos electrónicos, también es posible que en determinadas situaciones dicho reconocimiento sea negado. Es decir, cuando el documento no cuente con un mecanismo a través del cual se tenga certeza sobre su creador, o en el evento en que aquel sea alterado o manipulado, circunstancias que van desde la creación, pasando por el almacenamiento, manipulación y transmisión, donde no se garantice la integridad del mensaje, implicará que el documento carecerá de efectos jurídicos probatorios.

Así, se tiene que, para saber si un mensaje de datos presta valor probatorio, deberá seguirse el siguiente razonamiento: “(i) determinar las funciones probatorias que un determinado mensaje de datos cumplió respecto de determinados hechos, (ii) hallar un documento o medio de prueba que cumpla con estas mismas funciones, (iii) definir si el mensaje de datos cumple dichas funciones con la suficiente confiabilidad, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.” (Como se cita en Cárdenas, 2013, p 114)

En ese orden, los equivalentes funcionales son criterios de interpretación, es decir, artículos interpretativos, pues su función principal es permitir la interpretación de otros artículos de la normatividad, a saber, aquellos que imponen requisitos formales para ciertos actos o que exigen la prueba de los mismos, y por ello se trata de criterios de aplicación general, y no restringidos a los asuntos comerciales. No se requiere de normas particulares que establezcan equivalentes funcionales para cada una de las oportunidades en que se imponen estos requisitos formales; los artículos de la Ley 527 de 1999 se aplican de manera directa a estos casos. No se requeriría, por tanto, de que una norma permitiera, por ejemplo, el uso de medios electrónicos para que un notario creara una escritura pública, sino que la norma que afirma que la escritura pública debe constar por escrito debe interpretarse a la luz de la existencia de los equivalentes funcionales. (Cárdenas, 2013, p 115).

IV. Objeto, Tema y Derecho a la prueba.

1. Objeto de Prueba

El objeto de la prueba corresponde a todas aquellas circunstancias y/o afirmaciones que sean demostrables o verificables a través de algún medio probatorio; en términos generales es posible probar todo aquello que sea susceptible de ser percibido por los sentidos, en síntesis, es la materia sobre la cual se efectúa el despliegue probatorio por los operadores jurídicos.

La demostración de un determinado hecho en el seno de un debate jurídico está íntimamente relacionado desde una perspectiva procesal con la carga de la prueba, que le atribuye a los sujetos procesales, de acuerdo a su posición y capacidad de probar, la

responsabilidad de poner en manos del juez o autoridad administrativa, los elementos que constituyan el sustento de hecho y de derecho sobre el derecho que se está reclamado. Esta es la dinámica bajo la cual funciona el ejercicio de la potestad de dirimir controversias en cabeza del Estado, según la cual, quien demande el reconocimiento de un derecho debe lograr establecer un grado determinado de convicción en el operador jurídico, mediante pruebas legal y oportunamente allegadas a la causa.

En ese sentido, la actividad probatoria debe estar enmarcada en la demostración de los hechos, previa delimitación del objeto de prueba, postulado del cual se infiere la importancia de los criterios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, que permiten direccionar el fenómeno probatorio hacia la ubicación correcta, de cara a probar lo que realmente se quiere.

La definición del objeto de prueba tiene diferentes manifestaciones que van desde la demostración sobre la existencia y ubicación de objetos materiales, lugares, documentos, identificación de personas y su vínculo con la realización de conductas positivas o negativas, condiciones físicas y/o psicológicas de personas.

La existencia de cosas materiales puede presentarse materialmente o ser objeto de una reconstrucción por medio de recuerdos, el arma de fuego, el arma blanca, o la ruptura de una puerta.

La ubicación de lugares específicos con relación a las personas, acontecimientos o cosas, se piensa en el sitio del suceso como la casa la habitación u oficina, establecimiento, donde se dio la ocurrencia de un hecho relevante para el desarrollo de la investigación.

Los documentos son de gran utilidad probatoria porque en el mismo podemos encontrar la descripción de un acontecimiento realizado por un individuo, la manifestación de una voluntad o pensamiento, y la finalidad o el objetivo con el cual se realiza determinada actividad o conducta.

La identidad física de una persona se puede lograr mediante la observación por medio de un reconocimiento de personas o fotográfico practicado ante la autoridad. Igualmente es posible por medio de una ciencia forense tal como la odontología forense, la dactiloscopia, análisis de sangre en el laboratorio de criminalística, etc.

Por el contrario, existen circunstancias que no pueden, o no requieren ser objeto de prueba, tales como los hechos evidentes o notorios: que se caracterizan por que sus efectos generan una convicción inmediata en el operador jurídico sobre la certeza en la ocurrencia de un hecho. Se trata de aquellas cuestiones que son abiertamente conocidas por el hombre; la notoriedad hace innecesaria su prueba ya que no existe ningún tipo de duda en relación con su existencia. No sobra advertir que la notoriedad debe presentársele al juez en forma clara, salvo que la parte contra quién se opone pruebe lo contrario.

Entre las circunstancias que no son susceptibles de ser probados también se encuentran los hechos imposibles, cuya carencia de probabilidad de existencia impide ser objeto concreto de prueba; o también el derecho positivo que tras ser de aplicación y conocimiento obligatorio de todos los ciudadanos de un país determinado, no requiere ser probado.

En suma, el objeto de prueba incluye todas aquellas circunstancias que son susceptibles de ser probadas a través de alguno de los medios establecidos en la Ley, siendo relevante para ello la correcta aplicación de los principios de conducencia, pertinencia, utilidad de la prueba, y además el de necesidad de probar y sustentar las afirmaciones realizadas en juicio.

2. Tema de prueba.

Se trata de un concepto más específico, a partir del cual se define la materia o circunstancia que debe ser probada en un caso concreto; aquella convicción que se debe crear en la mente del juez o autoridad administrativa de cara a obtener una decisión favorable.

La ley impone a los sujetos procesales la carga de pronunciarse sobre los hechos afirmados por la parte contraria, cuyo resultado puede consistir en que se admitan las afirmaciones realizadas por la parte contraria, o también es posible que se desestime dicho pronunciamiento, fenómeno que es consustancial con el tema de prueba, pues a partir de la identificación de aquello que debe ser probado en un caso concreto, es que el despliegue probatorio toma una dirección dentro del marco de la conducencia, pertinencia y utilidad.

Así mismo, se tiene que la dinámica en la aplicación del ordenamiento jurídico a un caso concreto, obedece al presupuesto factico alegado por cada uno de los sujetos procesales, el cual requiere del sustento probatorio correspondiente, salvo que este se encuentre exento de ser probado.

Entre dichas excepciones encontramos los hechos afirmados por la parte y confirmados por la contraparte, presunciones legales, hechos indefinidos, negaciones y afirmaciones indefinidas, hechos notorios.

En suma, la eficacia del fenómeno probatorio en el marco de una actuación judicial o administrativa está condicionada a la correcta aplicación de los principios que la sustentan, así como a la delimitación y concreción frente a la prueba en términos de objeto y tema. Solo en esa medida, la actuación probatoria es procedente de cara a generar la convicción de lo que se quiere probar en el operador jurídico.

Lo anterior es de suma relevancia en tratándose de relaciones jurídicas basadas en el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, pues en primer lugar, el valor probatorio de aquellas evidencias esta precedido de la aplicación de los principios, que propenden por el reconocimiento del debido proceso desde el recaudo, pasando por la manipulación y hasta la valoración de la evidencia, es decir, principios aplicables a la prueba en todas sus manifestaciones. Así mismo, es preciso que en materia de evidencias en soporte electrónico, se tengan en cuenta los principios que particularmente rigen este tipo de acervos, pues en este caso la prueba debe reunir los presupuestos necesarios para garantizar su integridad,

inalterabilidad y no repudiación, los cuales son pre requisito a la hora de predicar la equivalencia funcional de las pruebas electrónicas a la que ya se ha hecho alusión.

Pero no basta con garantizar la equivalencia funcional de las pruebas electrónicas en el marco de una controversia, sino que además el fenómeno probatorio debe desarrollarse bajo los parámetros del objeto y tema de prueba. Pensemos que pasaría si la administración decide investigar disciplinariamente a un servidor público por presunta violación de la reserva al filtrar información institucional que se encuentra en un sistema de información de la entidad; para ello opta por decretar una prueba pericial consistente en revisar la totalidad de los archivos almacenados en el disco duro del computador personal del referido funcionario, sin tener en cuenta que a la base de datos de la cual se filtró información y a la que solo tienen acceso determinados funcionarios, no se puede acceder precisamente desde el computador personal del funcionario investigado.

En ese orden, es posible que la prueba sea legal y oportunamente allegada al proceso, con respeto de las garantías procesales y sustanciales; sin embargo, no se ubica dentro de los parámetros del objeto y tema de prueba, pues de lo que se trata es de probar a través de la fuente de acceso a la base de datos en cuestión, si el funcionario investigado pudo filtrar información con carácter reservado, dando lugar así a la violación de sus deberes funcionales.

Para la finalidad propuesta, el análisis del computador personal del funcionario resultaría inocuo, y no conduciría a la demostración de la hipótesis que dio lugar al inicio de una investigación.

Del ejemplo citado es dable concluir que la aplicación de los principios del fenómeno probatorio, y la adecuada identificación del objeto y tema de prueba, son presupuestos de obligatoria y necesaria consideración en tratándose de evidencias electrónicas a ser valoradas en el marco de una investigación judicial o administrativa.

3. El Derecho a la Prueba.

Una vez identificados los principios que sustentan el fenómeno probatorio, se delimitó el procedimiento de recaudo y valoración probatoria bajo los parámetros del objeto y tema de prueba, de tal forma que la evidencia sea un verdadero elemento de convicción en la mente del operador jurídico.

Teniendo en cuenta que el fenómeno probatorio se constituye en presupuesto de indispensable observancia en la toma de una decisión administrativa o judicial, lo cual está íntimamente relacionado con el acceso a la administración de justicia, es el momento de referirnos a la prueba como un derecho accesorio en cabeza de quien acude al Estado para reclamar el reconocimiento de un derecho, o pretende ejercer el derecho de defensa ante un eventual desconocimiento o restricción del mismo. Derecho accesorio, considerando que el principal es el de acceso a la justicia; el cual no sería efectivo si no se tuviera la posibilidad de probar los hechos que se ponen en consideración de la autoridad, para que de esa manera esta pueda decidir conforme a derecho.

Al referirse a la prueba como derecho, es preciso hacer el análisis desde las dos perspectivas tradicionales; la subjetiva y la objetiva⁹, la primera desde el ámbito de la potestad o cualidad de exigir como individuo el reconocimiento de un derecho; la segunda como catálogo de normas dentro de un ordenamiento jurídico particular, escenario desde el cual el derecho a la prueba se constituye como un parámetro de validez frente a las instituciones del ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico español el derecho a probar es de aplicación directa e inmediata (artículos 91.1 y 53.1 Constitución Española), de lo cual surgen las siguientes consecuencias: “1. La necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; 2. La necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba 3. La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria; y 4. La irrenunciabilidad del derecho” (Picó, 2003, p. 530). La vocación de constitucional del derecho a probar implica que su carácter restrictivo solo puede estar determinado por orden de autoridad competente, siempre bajo un análisis en términos de conducencia, pertinencia y utilidad probatoria¹⁰.

⁹La Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-406 de 1992, acoge la concepción de derechos fundamentales que hoy se tiene en Colombia, haciendo referencia a las dos perspectivas señaladas de la siguiente forma: “En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación”.

¹⁰Según Picó (2003) “al igual que sucede para el resto de derechos fundamentales, la limitación de la eficacia del derecho a la prueba debe realizarse mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada. De manera concluyente, la STC 236/2002, del 9 de diciembre, en su fundamento jurídico 4, establece que el citado derecho resulta vulnerado “en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (...) y, por consiguiente, la denegación de la prueba que se solicitaba solo puede hacerse de manera fundamentada, esto es explicando razonablemente el porqué de su rechazo” (p. 532).

En derecho colombiano el concepto de prueba como un derecho se remonta por vía de interpretación al artículo 26 de la Constitución de 1886, que contemplaba el derecho a ser juzgado “observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”, luego ya a partir de la Constitución de 1991, se tiene una visión más clara de dicho concepto, cuando en el artículo 29 se dispone:

“Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

De acuerdo al referente señalado, el concepto de prueba como derecho tiene vocación constitucional, siendo preciso además señalar que dentro de la estructura normativa de la Constitución, se ubica en el acápite de derechos fundamentales, como una manifestación o un componente del derecho al debido proceso.

Sobre este particular la

Constitucional Colombiana en Sentencia T-393 de 1994 ha señalado:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una

prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba (párr. 1).

La importancia del derecho a probar, y su ubicación en la jerarquía de derechos constitucionales, se ha visto sustentada en su inherencia a la persona, en la posibilidad de reclamar su reconocimiento a través de acción de tutela, y en que son derechos que no son susceptibles de ser suspendidos, ni siquiera durante estados de excepción.

En derecho español se habla de la constitucionalización del derecho a la prueba tras interpretarle como una garantía básica de aquellas que tienen la virtualidad de afectar derechos esenciales de los ciudadanos, digna de ser destacada frente a las demás garantías procesales. Así mismo se le ubica en la cúspide de los derechos de un sistema normativo, en la medida en que concurren en el los elementos subjetivo y objetivo que les atribuye la jurisprudencia constitucional española en la SSTC 5/81 de 13 de febrero, 21/81 de 15 de junio, 101/84 de 8 de noviembre, 245/91 de 16 de diciembre. Así mismo, se ubica en el grupo de las garantías constitucionales al estar regulado por el legislador constituyente para proteger los demás derechos y libertades, teniendo en cuenta que en el escenario de un proceso, la actividad probatoria da lugar a obtener el resultado esperado frente a los demás derechos y libertades. (Sánchez Carrión, 1997, p. 185)

El derecho a probar está contemplado en el artículo 24 de la Constitución Española, como una garantía procesal básica, elevada por la Constitución al rango

de derecho fundamental strictu sensu y de garantía constitucional de los demás derechos y libertades que consiste en el Derecho vinculante para los poderes del Estado que ostentan todos los ciudadanos para acceder a la fase probatoria, proponer y practicar en el curso de un proceso seguido con todas las garantías legales y de acuerdo con las reglas y principio aplicables en cada caso, aquellas pruebas y medios de prueba pertinentes de que intenten valerse para su defensa, sea para acreditar sus derechos o para oponer las excepciones necesarias frente a los ataques y agresiones de los poderes públicos o de particulares, así como el derecho a que los órganos judiciales de las diversas instancias admitan valoren razonadamente la prueba practicada para la resolución de los litigios (Sánchez Carrión, 1997, p. 191).

Desde la perspectiva española, el derecho a probar se manifiesta bajo tres vertientes específicas desde las cuales cobra importancia el referido derecho, a saber: El derecho a los medios de prueba pertinentes¹¹, el derecho a un proceso con todas las garantías legales¹² y la prohibición constitucional de la indefensión, con lo cual se tiene que no se trata de un derecho genéricamente hablando, sino que cuenta con sus definidas modalidades de materialización.

¹¹“El apartado 2 del artículo 24 CE menciona de forma concreta el que quizás constituye la modalidad más característica del derecho fundamental a la prueba, es decir, el derecho de todos a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” (Sánchez Carrión, 1997, p. 199, No. 6).

¹²“La tercera modalidad constitucional del derecho fundamental a la prueba aparece también recogida en el apartado 2 del artículo 24 CE, precepto en el que se regula el derecho a un «proceso con todas las garantías legales». Dicho de otro modo, el derecho fundamental a la prueba puede ser también vulnerado constitucionalmente a través de las violaciones de las garantías legales del proceso que afecten al ámbito probatorio” (Sánchez Carrión, 1997, p. 199, No. 6).

Para Ruiz Jaramillo (2007), la especialidad de este derecho radica en su contenido esencial¹³, el cual apunta a la actuación tendiente a generar una convicción en el juez con tal grado de suficiencia para demostrar los hechos facticos planteados en una controversia, o a sustentar el derecho que se reclama.

Desde el punto de vista del derecho a probar, también es dable señalar que este no es absoluto, por el contrario, encuentra sus límites en el debido proceso, en la medida en que su ejercicio está sujeto a los diferentes momentos procesales en que la evidencia puede ser allegada al plenario, así como también por el cumplimiento de la Ley en trámite de recaudo, manipulación, conservación y valoración¹⁴.

Vista la relevancia del derecho a probar desde la esfera constitucional, es preciso describir sus formas de manifestación en la práctica procesal, que van desde el derecho de admisión probatoria, pasando por el derecho a que se practiquen las pruebas admitidas y estas sean valoradas por el juez o autoridad administrativa.

El primer eslabón corresponde a la procedencia y necesidad de admitir toda prueba que se encuentre dentro del marco de los límites procesales y sustanciales de la prueba. En ese orden, se tiene que toda solicitud sobre la práctica e incorporación de evidencia debe contar con el

¹³“El contenido esencial de este derecho pone el acento en uno de sus aspectos más característicos y es la conexión entre la actividad procesal y el derecho material. Conexión que no es otra, que la verdad sobre los presupuestos fácticos del derecho material. La prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos. Las instituciones procesales y sus garantías son los condicionamientos de legitimidad constitucional de la determinación que hace el juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Las diversas garantías procesales y probatorias son instrumentos de validez constitucional de la decisión del juez sobre la verdad jurídica y la verdad fáctica” (Ruiz Jaramillo, 2007, p. 188).

¹⁴Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-171 de 2006, dice que “el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

respectivo pronunciamiento por parte de la autoridad competente, de manera que ante una eventual negativa, el sujeto procesal pueda ejercer su derecho y presentar los argumentos correspondientes frente a los que sustentaron la decisión de negar la prueba solicitada. De lo contrario, quien estaría desbordando los límites del fenómeno probatorio sería el juez o autoridad administrativa.

En segundo lugar, encontramos el derecho a que la prueba sea practicada, pero esta no debe agotarse en que su práctica se lleve a cabo al arbitrio del juez, pues esta etapa del fenómeno probatorio, debe estar igualmente precedida del cumplimiento de las ritualidades y principios señalados en la Ley, es decir, bajo la intermediación de la autoridad correspondiente, con la participación y conocimiento de los sujetos procesales, dentro de los términos y oportunidades preestablecidos en el ordenamiento jurídico, y bajo los más rigurosos cuidados de cara a preservar la integridad de la prueba practicada.

En tercer lugar, y por último, se concibe como manifestación práctica del derecho a la prueba, la necesidad de valorar aquellas que hayan sido admitidas y practicadas, pues de lo contrario, el procedimiento que lo antecede carecería de eficacia, siendo que a través de la valoración se culmina el proceso de creación y desarrollo del fenómeno probatorio, claro está, siempre que se trate de una valoración adecuada y cuyas conclusiones sean razonablemente motivadas por parte del operador jurídico.¹⁵

¹⁵“Debe entenderse como valoración adecuada de la prueba aquella que supere los estándares de racionalidad propios del sistema de libre valoración de la prueba y de sana crítica que obligan al juez a realizar una valoración y apreciación primero individual y luego conjunta de los medios de prueba, y que tome en consideración los criterios de valoración de la prueba establecidos legalmente” (...); frente a la motivación en la valoración, el autor señala: (...) “resulta necesario que el proceso inductivo y deductivo derivado del examen de la prueba y su correlación con la decisión judicial sean adecuadamente explicados en la resolución judicial.” (...) “Es necesario precisar que la obligación judicial de realizar una valoración motivada de la prueba no desaparece ni se reduce en

En el escenario internacional, “la justicia ha ofrecido un tratamiento generoso al fenómeno probatorio como derecho Vb. Gr. la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su reglamento aprobado en su XXXIV periodo ordinario de sesiones celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, y vigente desde el 1 de enero de 1997, destinó un capitulo exclusivo para desarrollar la temática correspondiente al derecho a la prueba”, iniciando desde su admisión, iniciativa probatoria de la Corte, gastos de la prueba, citación de testigos y peritos, juramento o declaración solemne de testigos y peritos, objeciones contra testigos, recusación de peritos, protección de peritos y testigos, incompetencia o falsa motivación, estructura que pretendía hacer una compilación sistemática de una materia tan importante para la administración de justicia, pero que se encontraba reglamentada de una manera dispersa y desorganizada (Abreu, s.f., p. 113).

En ese orden, la aplicación de la estructura normativa del fenómeno probatorio en la CIDH muestra resultados en su jurisprudencia, no solamente para asignarle la categoría de derecho como facultad de los sujetos procesales para sustentar sus pretensiones o controvertir lo manifestado por la parte contraria, sino para reafirmar la naturaleza especial de la competencia de la Corte y desarrollar los principios sustantivos del derecho internacional de los derechos humanos.

En este proceso la CIDH tuvo como su principal fuente la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, cuyo origen se remonta a la Corte Permanente Internacional de Justicia

casos de consenso entre el acusador y el imputado, en donde el derecho a la presunción de inocencia y la idea subyacente a aquel -de que la presunción de inocencia solo puede desvirtuarse a través de una mínima actividad probatoria de cargo-se encuentran en juego” (Reyna Alfaro, s.f.).

de 1920, de acuerdo con el Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas, escenario desde el cual se fijaron principios de tal envergadura como aquel según el cual “la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas” (Abreu Burelli, s.f., p. 114).

Nótese como la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, le imprime al fenómeno probatorio un contenido altamente relevante en términos de autonomía y trascendencia en cuanto al sistema procesal del derecho internacional, haciendo énfasis en la facultad del órgano instructor de orientar la actividad probatoria por encima de la potestad de los intervinientes de demandar el decreto de una prueba en particular. Lo cierto es que en materia de derecho internacional, todo hecho alegado debe ser probado, inclusive tratándose de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno, salvo que se trate de hechos notorios¹⁶.

Frente a las relaciones jurídicas basadas en el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, donde el ordenamiento jurídico se encuentra en un proceso de adaptación a las nuevas realidades sociales, es preciso que no solamente se contemple un abanico de eventuales situaciones susceptibles de ser reguladas por el Derecho, sino también de los

¹⁶Según (Abreu Burelli, s.f.)“Desde el punto de vista internacional, y de la Corte que es su órgano, las leyes internas (municipal law) son meramente hechos que expresan la voluntad de los estados y constituyen su actividad en forma similar a las decisiones legales o a las medidas administrativas. El derecho interno o derecho nacional es, entonces, considerado como un hecho que debe ser probado por quien lo alegue. Distinto el criterio respecto al ordenamiento internacional; este no requiere ser probado, en razón del principio iuranovit curia y, en el caso de las convenciones internacionales, generales o particulares, por disposición del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas” (p. 115).

medios idóneos para para generar la convicción necesaria en la mente del juez o autoridad administrativa.

En dicho proceso, deben ponerse a disposición del ciudadano todas las herramientas jurídicas que permitan probar una determinada realidad, pues solo en esa medida, se irá perdiendo el escepticismo a entablar relaciones jurídicas a través de medios electrónicos, los que si bien por un lado generan muchas bondades en términos de economía, inmediatez y celeridad, por el otro persiste la desconfianza de la ciudadanía en los acuerdos de voluntades, solicitudes, peticiones, declaraciones, etc, de las cuales no se pueda acreditar su realidad y fidelidad a través de un documento físico o materialmente palpable y susceptible de conservación bajo la esfera de protección del interesado.

La concepción de la prueba como derecho en la denominada era digital es indispensable a través de un procedimiento pedagógico mediante el cual la ciudadanía logre asumir una actitud de verdadera confianza en las relaciones jurídicas virtuales entre particulares y de estos con la administración, de manera que ante una eventual controversia, se garantice la disposición de los medios adecuados para acreditar la existencia de una determinada realidad.

V. Informática Forense y prueba pericial, su importancia en la sociedad de la información.

1. La justicia en la Sociedad de la Información.

Infortunadamente la velocidad con que se han desarrollado los medios de comunicación e interacción entre los diferentes sujetos de derecho, ha sido más rápida que el ritmo con el que se han adaptado las nuevas tecnologías al escenario jurídico, ocasionando un grado considerable de incertidumbre en aquellos casos en los que la conducta examinada en una controversia judicial o administrativa, gira en torno a la manipulación, transmisión o tratamiento de información por medios electrónicos, pues jurídicamente, y en términos probatorios todavía existe una tendencia, y en cierto grado, dependencia a la existencia de contratos, negocios, transacciones, o material probatorio que reposen en medio físico, y por lo tanto cierta renuencia al que se encuentre en soporte electrónico.

No obstante lo anterior, cada vez es más común encontrar normas de carácter legal o reglamentario (Vb.gr. Ley 527/99, Ley 1437/11, Ley 1474 de 2011, Decreto 019/12, Ley 1564/12 etc.), que ofrecen un mayor grado de legitimidad a las relaciones y vínculos jurídicos entre los particulares, y de estos con la administración, a través de medios electrónicos, a partir de lo cual, las controversias que se susciten en el desarrollo de aquellas, demandan que las autoridades encargadas de dirimir las, en primer lugar, reconozcan en su real dimensión el valor jurídico del acervo probatorio en soporte electrónico; y segundo, cuenten en desarrollo de la actuación judicial o administrativa, con un apoyo que desde una perspectiva técnica informática, contribuyan a la formación de un juicio en cabeza del juez o autoridad, acorde con la realidad material de la situación que se investiga.

Lo anterior, considerando que la realidad jurídica del país, padece de un importante índice de ausencia de regulación ante la existencia de diversas situaciones atípicas, es decir, no

contempladas como conductas susceptibles de ser valoradas a la luz del ordenamiento jurídico, debido precisamente a la intensidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Por lo tanto se constituye como prioridad, la inclusión en la normativa vigente de todas aquellas situaciones posibles, que no obstante sustentarse en la utilización de medios electrónicos o telemáticos, puedan constituirse en hechos que atentan contra el orden jurídico. Dentro de tales hechos se encuentran los más comunes; el acceso no autorizado a sistemas, actos administrativos electrónicos, publicidad y oponibilidad de los mismos, eliminación y ocultamiento de información en un sistema informático, violación de la reserva en documentos electrónicos, uso no autorizado de bases de datos y sustracción de información personal, violación de acuerdos de confidencialidad, infracción a la ley de propiedad intelectual, pornografía infantil a través de Internet, etc, que no obstante la ausencia de regulación, pueden ser generadoras de responsabilidad de naturaleza penal, disciplinaria, fiscal o administrativa.

Procurando que todos estos supuestos se incluyan en la legislación colombiana será mucho más útil y beneficioso el estudio y tratamiento doctrinal de la pericia informática, y se justificará así el análisis probatorio en los procesos judiciales y administrativos en los que prime el soporte electrónico sobre el físico.

2. Realidad jurídica en Colombia.

Con la relativamente reciente expedición de la Ley 1437 de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); Ley 1474 de

2011 por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública; Decreto 3485 de 2011 por el cual se reglamenta el Sistema Electrónico para la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones, entre otras normas de similar importancia para la temática estudiada, el legislador ha pretendido ofrecer al operador jurídico y al ciudadano la posibilidad de establecer vínculos legítimos y confiables entre la administración y el ciudadano para la prestación de servicios, solución de controversias, reconocimiento de derechos, imposición de sanciones etc, a través de medios mucho más expeditos y eficaces, bajo los parámetros y principios establecidos en el artículo 209 de la Carta.

De esa manera, hoy es posible por virtud de la Ley, que la administración se exprese a través de actos administrativos electrónicos, que los procedimientos en que se debate la existencia de responsabilidad disciplinaria, fiscal o administrativa, de servidores públicos o particulares, se lleve a cabo a través de este tipo de medios; que las adquisiciones (contratación) para el funcionamiento y prestación de los servicios por parte de las entidades u organismos del Estado, se realicen a través de internet, todo en pro de minimizar cada vez más la utilización del papel, y de ofrecerle a la actuación de la administración mayores niveles de eficacia, celeridad y efectividad, sin dejar atrás el reconocimiento de las garantías procesales y sustanciales propias de un Estado Social de Derecho.

No obstante lo anterior, y bajo el entendido que la realidad que nos rodea está basada en la utilización de medios electrónicos y telemáticos para todo tipo de vínculos y relaciones entre los particulares, y entre estos con la administración, a causa de lo cual se ha intensificado el

despliegue normativo por parte del Congreso de la República y el Gobierno Nacional, cuyos antecedentes se remontan a la expedición del Decreto 2150 de 1995, a partir del cual se abre la posibilidad para que las relaciones ciudadano administración se puedan desarrollar a través de medios electrónicos o telemáticos.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se reconoció valor jurídico y probatorio a todo tipo de información contenida en mensaje de datos a través del cumplimiento de unos requisitos concretos en cuanto a equivalencia funcional con los documentos manuscritos; reiteró la posibilidad de establecer vínculos jurídicos entre la administración y los ciudadanos a través de medios electrónicos.

En el año 2000 fue expedido el Decreto 1747 mediante el cual se regularon las entidades de certificación, la emisión de certificados por parte de dichas entidades y la utilización de firmas electrónicas y digitales bajo el entendido de que tales instrumentos pueden ser usados por la administración, a quien se le asignaron funciones de vigilancia y control de la utilización de ese tipo de herramientas informáticas a través de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Solamente hasta el año 2000, se vislumbran antecedentes concretos de un verdadero encuentro entre administración y nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, con la expedición de la Directiva Presidencial No. 2 del 28 de Agosto de 2000¹⁷, con la cual

¹⁷ Agenda de Conectividad, Estrategia de Gobierno en Línea. “Las Tecnologías de la Información ofrecen una oportunidad única para que los países en vía de desarrollo den un salto en su evolución económica, política, social y cultural, disminuyendo la brecha que los separa de los países desarrollados. Estas tecnologías, y en especial Internet, han trascendido los campos tecnológico y científico, constituyéndose hoy en día en herramientas que se encuentran al alcance y servicio de toda la comunidad en los ámbitos económico, educativo y de salud, entre otros.

Las Tecnologías de la Información son herramientas que permiten el desarrollo de una nueva economía, la construcción de un Estado más moderno y eficiente, la universalización del acceso a la información, y la adquisición

surge la puesta en práctica de la estrategia denominada “Gobierno en Línea”, que permitió poner un amplio catálogo de información en línea al servicio del ciudadano, ofrecer e-servicios y e-trámites para los que el ciudadano debía tradicionalmente acudir físicamente a las entidades u organismos, que por lo general se ubicaban en la capital del país; se dispuso ampliar el campo de cobertura del sistema de compras del Estado a todos los ciudadanos sin importar su ubicación dentro de la geografía nacional, y toda una serie de medidas basadas en la utilización de nuevas tecnologías, en búsqueda del cumplimiento de los fines del Estado, en el marco de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta.

Dada la importancia de las bases sentadas por la Directiva Presidencial referida, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley No. 266 de 2000, que promovía la utilización de las TICs en la administración pública, como un medio para desarrollar y poner en práctica los principios y postulados propios del derecho de la administración pública.¹⁸ Esta normativa se constituye como el primer antecedente en el ejercicio del derecho de petición a través de medios

y eficaz utilización del conocimiento, todos estos elementos fundamentales para el desarrollo de la sociedad moderna.

Con el fin de desarrollar este proceso, el Gobierno Nacional ha diseñado la Agenda de Conectividad, como una Política de Estado, que busca masificar el uso de las Tecnologías de la Información en Colombia y con ello aumentar la competitividad del sector productivo, modernizar las instituciones públicas y socializar el acceso a la información.”

¹⁸ El artículo 4° del Decreto 266 de 2000, establecía: Medios tecnológicos. Modifícase el artículo 26 del decreto 2150 de 1995, el cual quedará así: Artículo 26. Medios tecnológicos. Se autoriza a la Administración Pública el empleo de cualquier medio tecnológico o documento electrónico, que permita la realización de los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa, así como el establecimiento de condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en la materia tengan algunas entidades especializadas.

Toda persona podrá en su relación con la administración hacer uso de cualquier medio técnico o electrónico, para presentar peticiones, quejas o reclamaciones ante las autoridades. Las entidades harán públicos los medios de que dispongan para permitir esta utilización.

Los mensajes electrónicos de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria será la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección III Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

Parágrafo. En todo caso el uso de los medios tecnológicos y electrónicos deberá garantizar la identificación del emisor, del receptor, la transferencia del mensaje, su recepción y la integridad del mismo.

electrónicos, reiterando para el efecto el valor probatorio de los documentos contenidos en mensajes de datos, que ya se había reconocido desde la Ley 527 de 1999.

El Decreto Ley referenciado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 573 de 2000, el cual le otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar el Decreto 1122 de 1999.

Con posterioridad a este yerro por vicios de formalidad fue expedido el Decreto 2170 de 2002, por medio del cual se reglamentó la Ley 80 de 1993, entre otras disposiciones, estableciendo una serie de principios y postulados necesarios para desarrollar los procesos de contratación con el Estado a través de medios electrónicos y poner en práctica la transparencia contractual por medio de la publicación de los procesos contractuales en los portales Web de las entidades contratantes.

El Decreto 2170 de 2002, sufrió una serie de derogatorias y modificaciones, Vb.gr mediante el Decreto 2434 de 2006 que estableció las pautas para el tratamiento de la información contractual contenida en mensajes de datos; el Decreto 66 de 2008 que derogó en su totalidad el Decreto 2434 de 2006, que a su vez fue derogado por el Decreto 2474 de 2008.

Nótese que uno de los puntos de atención más importantes en el escenario de la administración pública, a efectos de integrarla con el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, es el de la contratación estatal, el cual tradicionalmente se ha constituido como uno de los principales focos de corrupción en el país, hecho del cual surge la

necesidad de ofrecerle una serie de herramientas que le impriman a dicho proceso la mayor transparencia y objetividad posibles, de cara a la selección de las propuestas más favorables al cumplimiento de los fines del Estado, y no que estas se vean alteradas por intereses lucrativos individuales.

En ese orden, el desarrollo del principio de publicidad de los actos contractuales en todas sus etapas, a través de medios electrónicos, ha sido uno de los pilares fundamentales en el proceso de adecuación de las nuevas tecnologías a los procedimientos administrativos del Estado, a tal punto que se trata de una realidad que ha venido evolucionando de manera progresiva, por ejemplo mediante la expedición del Decreto 734 de 2012, derogado por el Decreto 1510 de 2013, normas hoy en día ofrecen a los procesos contractuales no solamente un mecanismo expedito de publicidad, sino principalmente, la posibilidad de adelantar la totalidad de los procesos en sus etapas precontractual, contractual y poscontractual, mediante la utilización de nuevas tecnologías, hecho que se constituye en un importante avance no solamente en términos de transparencia, sino de ampliación del mercado ya que un mismo producto y/o servicio puede ser ofertado por diferentes sujetos sin importar cuál sea su ubicación dentro del país, o incluso en el exterior.

Otra de las manifestaciones más importantes en materia de integración entre nuevas tecnologías y administración pública es la posibilidad de expedir y divulgar los actos administrativos a través de medios electrónicos, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, que contempla la notificación electrónica de

las decisiones que sean susceptibles de notificación personal, claro está, cuando el sujeto interesado o su apoderado hubieren aceptado expresamente dicha modalidad de notificación.

Debido al impacto generado por la implementación de las TICs en los procedimientos judiciales y administrativos, particularmente en lo que corresponde al reconocimiento del debido proceso y derecho de defensa, el Ministerio de las TICs, elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuya respuesta se dio en los siguientes términos:

La solución diseñada por el Programa Gobierno en Línea se ajusta a las exigencias de la Ley 527 de 1999, de manera que en virtud de la equivalencia funcional, tiene el efecto legal de la notificación personal en los términos de los artículos 44 a 48 del C.C.A, bajo los presupuestos señalados en la parte motiva (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1989).

En materia tributaria, La Ley 788 de 2002, en su artículo 5 contempló la notificación de decisiones de trámite y fondo a través de medios electrónicos, disposiciones que fueron reiteradas con la expedición de la Ley 1111 de 2006,¹⁹ por medio de la cual se fijaron una serie de pautas necesarias para el uso de nuevas tecnologías en ese tipo de procedimientos.

¹⁹ Ley 1111 de 2006, "Artículo 46. Adiciónese el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 566-1. Notificación electrónica. Es la forma de notificación que se surte de manera electrónica a través de la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales pone en conocimiento de los administrados los actos administrativos producidos por ese mismo medio.

La notificación aquí prevista se realizará a la dirección electrónica o sitio electrónico que asigne la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes, que opten de manera preferente por esta forma de notificación, con las condiciones técnicas que establezca el reglamento.

Para todos los efectos legales, la notificación electrónica se entenderá surtida en el momento en que se produzca el acuse de recibo en la dirección o sitio electrónico asignado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Dicho acuse consiste en el registro electrónico de la fecha y hora en la que tenga lugar la recepción en la

La integración de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones con la administración pública no solamente se relaciona con la posibilidad de que aquellas sean usadas como medio de actuación por parte de los ciudadanos y las autoridades, sino que los canales de comunicación sean cada vez más rápidos, prescindiendo de aquellos tramites que poco contribuyen en la celeridad de los procedimientos.

En ese orden, es de gran trascendencia la expedición de la Ley 962 de 2005, por la cual el legislador propugnó por la racionalización de los procedimientos administrativos entre la administración y los ciudadanos, para cuya consecución se asignó un rol de vital importancia a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.²⁰

dirección o sitio electrónico. La hora de la notificación electrónica será la correspondiente a la hora oficial colombiana.

Para todos los efectos legales los términos se computarán a partir del día hábil siguiente a aquel en que quede notificado el acto de conformidad con la presente disposición.

Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por razones técnicas no pueda efectuar la notificación de las actuaciones a la dirección o sitio electrónico asignado al interesado, podrá realizarla a través de las demás formas de notificación previstas en este Estatuto, según el tipo de acto de que se trate.

Cuando el interesado en un término no mayor a tres (3) días hábiles contados desde la fecha del acuse de recibo electrónico, informe a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por medio electrónico, la imposibilidad de acceder al contenido del mensaje de datos por razones inherentes al mismo mensaje, la administración previa evaluación del hecho, procederá a efectuar la notificación a través de las demás formas de notificación previstas en este Estatuto, según el tipo de acto de que se trate. En estos casos, la notificación se entenderá surtida para efectos de los términos de la Administración, en la fecha del primer acuse de recibo electrónico y para el contribuyente, el término para responder o impugnar se contará desde la fecha en que se realice la notificación de manera efectiva.

El procedimiento previsto en este artículo será aplicable a la notificación de los actos administrativos que decidan recursos y a las actuaciones que en materia de Aduanas y de Control de Cambios deban notificarse por correo o personalmente.

El Gobierno Nacional señalará la fecha a partir de la cual será aplicable esta forma de notificación".

²⁰Ley 962 de 2005, "por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos". ARTÍCULO 1. (...) "4. Fortalecimiento tecnológico. Con el fin de articular la actuación de la Administración Pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados, se incentivará el uso de medios tecnológicos integros, para lo cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, orientará el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la Administración Pública".

De cara a la ejecución de la estrategia Gobierno en Línea, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1151 de 2008 por el cual se definieron los objetivos de la iniciativa, estableciendo para su implementación las fases de información, interacción, transacción, transformación y democracia en línea, sobre la base de los principios de gobierno centrado en el ciudadano, visión unificada del Estado, acceso equitativo y protección de la información del individuo, credibilidad y confianza en el gobierno en línea, como postulados rectores de la estrategia.

En concordancia con la política de utilización de nuevas tecnologías en los trámites administrativos, se expidió la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que aborda el esquema de administración electrónica desde dos grandes puntos de partida: a) En primer lugar desde los principios consagrados en la parte general del Código cuyo contenido propende por el uso de TICs en las relaciones entre la administración y los particulares. Señala el artículo 13 del nuevo Código: “En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsaran oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”. La celeridad en los procedimientos pretendida mediante la utilización de las TICs, no fue óbice para que el legislador hubiera no contemplado una cláusula general de sujeción a los principios de dignidad humana, debido proceso, publicidad, imparcialidad y transparencia, a los cuales deben acogerse la totalidad de los trámites de la administración, sin perjuicio de que estos se lleven a cabo a través de medios electrónicos. b) La utilización propiamente dicha de las TICs en los trámites ante la administración, el cual se denomina en el Código como “procedimiento administrativo electrónico”, va desde los procedimientos previos a

la manifestación de voluntad de la administración, pasando por la adopción de la decisión en sede administrativa a través de mecanismos electrónicos con sus respectivas formas de publicidad y notificación, y por último, la interposición y resolución de recursos a través de cualquier medio tecnológico.

La normatividad que introduce las actuaciones de la administración en el escenario práctico de las nuevas tecnologías tiene sus primeras manifestaciones en el artículo 5º numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, “Derecho de las personas de presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, (...) por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público”.

De conformidad con el artículo 7º las autoridades deben tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos y adoptar herramientas tecnológicas para el trámite y resolución de peticiones y permitir el uso de medios alternativos para quienes no cuenten con ese tipo de medios.

Por su parte el Artículo 54 establece que toda persona tiene el derecho a actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en las bases de datos que se establezca para tal fin. Si así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

De acuerdo al contenido del artículo 60 las autoridades deben contar con una dirección electrónica que hará las veces de su sede electrónica y podrá ser compartida con otras entidades u organismos para lo cual se deberá garantizar debidamente las “condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información, de acuerdo con los estándares que defina el gobierno nacional.”

En materia de deberes de las entidades estatales, el artículo 61 señala que de cara a garantizar el normal desarrollo de las actuaciones administrativas las autoridades deben llevar un estricto control y relación de los mensajes recibidos en sus sistemas de información, incluyendo fecha y hora de recepción; mantener la casilla del correo electrónico con capacidad suficiente y contar con las medidas adecuadas de protección de la información; enviar un mensaje acusando recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha de la misma y el número de radicado asignado.

La transición de la realidad jurídica hacia una e-administración no se agota con las disposiciones referidas en precedencia, pues adicionalmente el legislador incluyó la creación de diferentes escenarios virtuales que pueden reemplazar a cada una de las diferentes etapas de la actuación administrativa.

Como muestra de lo anterior, se tiene el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, según el cual “Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este código o la Ley”.

Por su parte, el artículo 53 consagra lo que se ha denominado la cláusula general de aplicabilidad del procedimiento administrativo electrónico en los siguientes términos:

Los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos. Para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos. En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicaran las disposiciones de la ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen.

El carácter remisorio de la Ley 1437 de 2011 hacia las disposiciones que regulan el comercio electrónico en Colombia se integra en puntos de vital importancia para el ejercicio de la administración pública, particularmente en aquellos que propenden por la seguridad y eficacia en la creación de relaciones o vínculos jurídicos generadores de obligaciones entre dos o más sujetos de derecho. Entre los aspectos que dan lugar al encuentro entre comercio electrónico y administración pública encontramos conceptos como el de mensaje de datos, firmas digitales, electrónicas, entidades de certificación, origen del mensaje de datos, acuse de recibo, principio de equivalencia funcional, presupuestos de integridad y conservación del mensaje, criterios de valoración probatoria, siendo este último punto el que permite una aproximación al análisis de la pericia informática como instrumento idóneo y necesario de valoración de las pruebas contenidas en soporte digital o electrónico.

Gracias a los nuevos escenarios en que por virtud de la Ley, se pueden desarrollar los principios de la administración pública, obteniendo no solamente celeridad en las actuaciones, sino también seguridad jurídica, es que el artículo 57 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, dispuso la posibilidad para la administración de manifestar su voluntad creadora de efectos jurídicos, a través de medios electrónicos, así:

“Art. 57.- Acto Administrativo electrónico. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos, siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la Ley”.

El legislador ofrece esa posibilidad, pero a su vez la somete al cumplimiento de los requisitos que garanticen la seguridad jurídica en las actuaciones adelantadas mediante tales medios, siendo preciso acudir nuevamente a las disposiciones de la Ley 527 de 1999.

Adicionalmente, se tiene que la actuación de la e-administración, no se agota con la expedición de actos administrativos; siendo hoy posible que las notificaciones se lleven a cabo a través del mismo canal, llegando inclusive hasta la interposición y desato de los recursos de Ley, es decir hasta que la actuación de la administración quede en firme, y por tanto llegue a su fin.²¹

²¹ Art. 56.- “Notificación Electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el capítulo V del presente título.”

(...) “La notificación quedara surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.”

Art. 77.- Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien los presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos”.

Nótese que el legislador ha sometido a la voluntad del ciudadano el acceder a los servicios de la administración a través de medios electrónicos, es decir, cuando el aparato administrativo del Estado se pone en funcionamiento por virtud de la necesidad del administrado de acceder a una información determinada, de encontrar respuesta a sus peticiones, o para reclamar el reconocimiento de un derecho, es aquel precisamente quien debe consentir el uso de un e-canal de comunicación con la administración, de manera que las decisiones adoptadas le sean comunicadas y/o notificadas a través de este tipo de medios.

Sin embargo, recuérdese que la administración electrónica no se agota en la posibilidad de usar medios electrónicos de divulgación de las decisiones adoptadas por la administración, pues en gran proporción, el concepto señalado se refiere al agotamiento de la totalidad de las actuaciones administrativas, desde los actos preparatorios o previos, pasando por las decisiones de la administración, hasta las notificaciones y recursos que contra aquellas procedan.

Lo anterior de cara a precisar que el sometimiento de la e-administración a la voluntad del ciudadano, solamente se predica respecto de los medios de publicidad de las decisiones administrativas, mas no de la utilización de procedimientos frente a lo cual las entidades y órganos del Estado están llamadas a hacer uso de ese tipo de medios que le impriman celeridad y eficacia a sus actuaciones, caso en el cual el ciudadano debe someterse al procedimiento establecido, siempre que este cuente con sustento legal, y ofrezca el reconocimiento de todas las garantías del debido proceso y derecho de defensa establecidas en la Constitución y la Ley.

Como un ejemplo representativo de las políticas de utilización de nuevas tecnologías en la administración pública, la Contraloría General de la República implementó mediante la Resolución 0277 de 18 de marzo de 2014, el Sistema de Aseguramiento Electrónico de Expedientes SAE para la custodia y trámite en todas sus etapas de los procesos de responsabilidad fiscal en curso y los que se lleguen a iniciar.

La arquitectura de esta política Tic, va desde la digitalización de la totalidad de los procesos de responsabilidad fiscal en curso, mediante el escaneo de todos los folios que componen cada uno de los procesos, y el correspondiente cargue al Sistema de Información SAE, a través de la utilización de firma electrónica, la cual se debe utilizar para cada actuación subida al sistema.

Una vez el proceso se encuentra cargado en su totalidad, las decisiones subsiguientes serán adoptadas electrónicamente, es decir, por medio de un procedimiento consistente en la proyección del acto administrativo por parte del funcionario sustanciador el cual posteriormente será revisado, ajustado y firmado electrónicamente por parte del competente para adoptar decisiones dentro del proceso, el cual debe ser convertido en formato PDF y cargado al Sistema SAE con la firma electrónica correspondiente (Resolución reglamentaria 0277 de 2014).

Una vez la providencia se encuentra firmada y cargada al Sistema, se procede a su notificación a los sujetos procesales, de conformidad con lo establecido en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, por las cuales se regula el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia.

No obstante que el procedimiento sea electrónico, se reitera que las notificaciones deben realizarse de la manera tradicional, salvo que el interesado disponga expresamente lo contrario.

Se destaca que si bien los procedimientos administrativos hoy en día pueden tomar una matiz electrónica por virtud de la Ley, el medio de conocimiento de las decisiones adoptadas en sede administrativa, sigue siendo el que el sujeto procesal disponga, lo cual le atribuye un carácter mixto a los procedimientos utilizados, que en la práctica puede ser generador de dificultades desde la esfera de la utilización de medios electrónicos en la administración pública.

Como se puede observar, la administración electrónica ya no se ubica solamente en los códigos o libros de doctrina jurídica, que se enseñan a los estudiantes de derecho como una posibilidad de mejoramiento de la administración pública desde una perspectiva futurista. Por el contrario, se trata de una realidad que hoy en día ya está siendo aplicada por los organismos y entidades del Estado. Es precisamente dicha transición de la teoría a la práctica, la que permite identificar lagunas y omisiones en la creación de la Ley, las que en caso de vulnerar los derechos de los sujetos procesales pueden dar lugar al decreto de nulidades en sede administrativa, o incluso por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Tras una descripción detallada de los antecedentes normativos que identifican el desarrollo de la administración electrónica en Colombia, es posible concluir que el legislador ha sido generoso a través de los años en ofrecer un amplio catálogo de disposiciones jurídicas que sustentan la utilización de nuevas tecnologías en el cumplimiento de funciones administrativas, no obstante el innegable desequilibrio en materia de infraestructura tecnológica entre las

entidades y organismos del nivel central de la administración, y las que se encuentran a nivel descentralizado o desconcentrado. Lo cierto es que mal podría concluirse que no existe referentes normativos sobre dicha temática.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible señalar que todavía queda un largo camino por recorrer, pues un proceso de integración entre nuevas tecnologías y derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, requiere de un componente normativo regulatorio que no solamente enmarque la etapa de adopción e implementación de las TICs en el ejercicio de la función administrativa, sino, y principalmente, haga frente a las consecuencias de dicha implementación en términos de vinculación de la ciudadanía, tratamiento y valoración de situaciones generadoras de efectos jurídicos por virtud del uso de medios electrónicos, controversias de carácter administrativo y/o judicial, procesos de aculturación en acceso a la e-administración; es decir, en términos porcentuales podría afirmarse que existe un 50% del camino recorrido.

El 50% restante obedece a un escenario en el que se vislumbra un proceso de transición entre lo tradicional y lo novedoso, donde prima el escepticismo, la desconfianza, que por su parte son generadoras de múltiples controversias jurídicas, principalmente invocando la vulneración de derechos fundamentales, y que ante la ausencia de sustento normativo que responda a dichas necesidades, y del correspondiente apoyo técnico para los operadores jurídicos en la toma de sus decisiones, se corre el grave riesgo de caer en el universo de la impunidad e ilegitimidad de las instituciones.

Es que ante la necesidad de dirimir controversias jurídicas suscitadas en la violación de derechos dentro de la ejecución de procedimientos administrativos electrónicos, el operador jurídico (autoridad administrativa – juez contencioso) requiere de una herramienta que le permita valorar objetivamente y conforme a derecho las pruebas que se encuentren en soporte electrónico.

Pero la presencia de auxiliares de la justicia con perfiles netamente técnicos en materia de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones no se agota en la generación de controversias suscitadas en el ejercicio de la potestad administrativa frente al ciudadano bajo los parámetros del debido proceso y derecho de defensa, sino que adicionalmente en el ejercicio mismo y finalidad de la actuación por parte de la administración es preciso y sin duda necesario este tipo de acompañamientos.

Ejemplo representativo de lo expuesto se presenta en los órganos de control, cuya autonomía e independencia de vocación constitucional les ha asignado la importante labor de salvaguardar y propender por el adecuado ejercicio de la función administrativa desde la órbita de los deberes funcionales de los servidores del Estado (Control Disciplinario); reconocimiento y garantía de los derechos humanos y derecho internacional humanitario (Ministerio Público); prevención y resarcimiento ante la indebida gestión en el manejo de los recursos del Estado (Control Fiscal), funciones estas en las que igualmente cobra altísima relevancia el manejo y acompañamiento de técnicos en pericia informática, considerando el progresivo aumento del ejercicio de la función administrativa a través de este tipo de medios.

Es que en gran proporción los servidores públicos dejan rastro de sus actuaciones y conductas en el ejercicio de sus deberes a través de medios electrónicos, pues desde el ingreso a su puesto de trabajo es objeto de registro mediante tarjetas inteligentes, chips, lectores de huella dactilar etc; así mismo, la gran mayoría de obligaciones laborales están relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, ya sea a través de manejo de computadores, bases de datos, sistemas de información, etc, que en un momento dado deben servir de insumo para la autoridad disciplinaria a la hora de valorar la conducta de un determinado servidor público en términos de eficiencia, eficacia y efectividad (Cumplimiento de deberes funcionales – acatamiento del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones del servidor público), para lo cual es indispensable el apoyo de los peritos informáticos.

Lo propio sucede en el ejercicio de la vigilancia para el buen manejo de los recursos y bienes del Estado, donde la presencia de los órganos de control debe ser evidente en escenarios de mayor impacto en términos de corrupción como la contratación estatal o procesos de ejecución presupuestal, en los que el uso de las TICs ya es una constante.

Dicho escenario al que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, en el que se echa de menos un despliegue normativo suficiente para atender las consecuencias del proceso de implementación de nuevas tecnologías a la administración pública, puede generar como ejemplo claramente perceptible, el del ejercicio de las facultades de policía judicial por parte de la administración pública, que particularmente, desde la órbita del control fiscal como función administrativa se procede a explicar a continuación:

La corrupción ha sido uno de los fenómenos más perjudiciales para el desarrollo de las sociedades contemporáneas, hecho que particularmente en Colombia condujo a que el legislador expidiera la Ley 1474 de 2011, denominada “Estatuto Anticorrupción”, por la cual se adoptaron una serie de medidas tendientes a fortalecer el sistema jurídico e institucional colombiano en la lucha contra el referido flagelo.

Una de las medidas contempladas por el legislador fue la de crear grupos especializados con funciones de policía judicial así:

Los organismos de Vigilancia y Control Fiscal crearán un grupo especial de reacción inmediata con las facultades de policía judicial previstas en la Ley 610 de 2000, el cual actuará dentro de cualquier proceso misional de estos organismos y con la debida diligencia y cuidado en la conservación y cadena de custodia de las pruebas que recauden en aplicación de las funciones de policía judicial en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza de las mismas (Ley 1474 de 2011, Art. 115).

De conformidad con el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal “Todas las entidades que ejerzan atribuciones de policía judicial, cumplirán sus funciones bajo la dirección y coordinación del Fiscal General y sus Delegados”, disposición que hoy se constituye en mecanismo de represión política por parte de las autoridades que están a la cabeza de estas entidades, sin que para ellas sea relevante que la coordinación de ese tipo de potestades debe

desarrollarse jurídica y técnicamente en favor de quienes en la práctica y día a día ejercen funciones de policía judicial, y no para dejar precedentes de poder.

Lo anterior cobra relevancia en el asunto materia de investigación si se tiene en cuenta que un alto porcentaje de los ámbitos en que debe hacer presencia la policía judicial representada por una pluralidad de autoridades judiciales y administrativas, está relacionado con el análisis, valoración y recaudo probatorios en e-sistemas de información, bases de datos financieras, comerciales y demás estructuras de información contenidas en medios digitales, frente a las cuales la autoridad administrativa requiere de un permanente apoyo de peritos informáticos, quienes por su parte, demandan un sistema jurídico que los respalde en el desarrollo de sus funciones y que no sea utilizado como mecanismo de demostración de poder.

En esta etapa de la investigación no cabe duda de la importancia del apoyo técnico informático en el correcto y eficaz desarrollo de la administración pública en la medida en que aquella debe servir para que el carácter técnico de las pruebas derivadas de la aplicación de un sistema de información, mensajes de datos, correos electrónicos, Software – Hardware, o cualquier tipo de evidencia contenida en soporte digital o electrónico, no sea un obstáculo para que el operador jurídico pueda adoptar una decisión en derecho.

En efecto, el instrumento al que nos referimos no puede ser otro que la pericia electrónica, cuya necesidad se ha planteado tradicionalmente en los mismos términos en que se vislumbraba la administración pública electrónica, es decir, como una alternativa innovadora y futurista, tal vez a ser aplicada por nuestros hijos o inclusive nietos. Pero lo cierto que es que

hoy, como acabamos de ver, ya existen entidades de todas las ramas del poder público que están poniendo en práctica procedimientos administrativos electrónicos, cuyas controversias derivadas de su aplicación ya se han sometido al criterio de autoridades administrativas y judiciales, de cara a definir el reconocimiento de los derechos desconocidos.

Esta será la materia del siguiente capítulo, en el que se analizará a la informática forense como una disciplina auxiliar de la e-administración, puntualizando en la situación real colombiana en materia de prueba pericial electrónica.

3. La prueba pericial informática y el perito.

3.1.Función.

Definimos a la Pericia Informática como “la aplicación de técnicas de investigación y análisis a fin de determinar la existencia de evidencia legal almacenada en sistemas de computación, medios informáticos o responder consultas específicas en materia informática. El proceso finaliza con el dictamen del perito, que responde a los puntos de pericia solicitados por el juez en un determinado caso” (M. Gómez, 2002, p. 1).

De igual manera se puede definir como aquella “que se ha venido utilizando tradicionalmente cuando para conocer hechos controvertidos, se hacía necesario disponer de unos conocimientos especializados que el juez no poseía. Por tal motivo la tipología de la prueba pericial es muy amplia, tanto como las diversas clases de ciencias, técnicas y artes existentes” (Sanchís Crespo, 2008, p. 30).

3.2.Perito Informático.

La persona que desempeña funciones como perito informático debe tener muy definida el área de su competencia, ya que igualmente a como sucede en las diferentes ciencias, al interior de la informática se encuentran muchas subáreas especializadas y por tanto el perito debe ser consiente si el asunto que se le pone en conocimiento está dentro o fuera de su órbita del saber. Pero además de la experiencia y profundos conocimientos que se requieren para desempeñarse como perito informático, es necesario tener en cuenta la “ductibilidad” e “interpretación”, entendidos como parámetros para lograr resultados con mayor eficacia y celeridad. La ductibilidad debe ser la capacidad de “tener una visión global y al mismo tiempo detallada de los distintos problemas o cuestiones a resolver para llegar a ese resultado” (Caffaro, 2008, p 187), pero para estos efectos no basta con tener sentido común o criterio, sino que es indispensable ser experto en el área que se pretende que sea objeto de valoración por parte del perito. Mientras que la interpretación se refiere a la facultad que tiene el perito para identificar los diferentes métodos existentes que permitan llegar a un determinado resultado, eligiendo finalmente el que permita tener un mayor grado de comprobación.

Sobre el particular existen importantes avances en la legislación argentina al señalar en su legislación por ej. En materia procesal civil y comercial que “si la profesión estuviese reglamentada, el perito deberá tener título habilitante en la ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada a que pertenezcan las cuestiones acerca de las cuales deba expedirse” (Caffaro, 2008, p. 123). De lo contrario, o cuando no hubiera en el lugar del proceso, perito con

título habilitante, podrá ser nombrada cualquier persona con conocimientos en la materia. De otro lado la legislación argentina señala que: “A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización” (Caffaro, 2008, p. 123). De la misma manera el sistema jurídico argentino prevé en su código procesal penal, artículo 258, la designación de oficio de un perito, salvo que las circunstancias hagan necesaria la designación de más de uno. Pero quien vaya a ser designado como perito necesariamente debe tener la calidad de perito oficial.

Un perito informático debe ser un profesional del peritaje informático, no un experto en una sola área de la informática. Es decir, un informático preparado, idóneo en varias disciplinas, y sobre todo, eficaz "perito en la materia". (Fournier, s.f.)

Por eso es importante hacer una distinción entre quien sea perito informático de quien sea un experto en informática, pues así como sucede en el campo de la medicina donde uno es el médico y otro es el perito forense, en la informática no obstante ambos deben tener amplios conocimientos en un área determinada, se distinguen en que mientras el experto informático centra sus funciones en darle solución a problemas de tipo operativo, el perito se encarga de identificar la causa y el porqué de dichos problemas por medio de un procedimiento lógico.

Es tal la importancia de las actividades desarrolladas por el perito informático que estas deben interpretarse como una verdadera forma de colaboración con la administración pública y la justicia a través de informes técnicos, tanto en su modalidad de acto de investigación, como en

su versión probatoria, que cada vez tiene una mayor presencia no solamente en materia judicial sino también administrativa. En este último escenario, por ser el objeto de nuestro estudio, se destaca que el Gobierno Nacional ha implementado políticas de suma importancia como Gobierno en Línea, Agenda de Conectividad, que propenden no solamente por una mayor ampliación en la cobertura de internet a todas las regiones del país, sino por la creación de diversas alternativas de comunicación entre la administración y los ciudadanos a través del uso de nuevas tecnologías que permitan elevar los índices de eficiencia, eficacia y efectividad de la función administrativa.

Sin embargo, y con base en el principio de independencia y autonomía, los operadores jurídicos encontrarán en los informes rendidos por los auxiliares de la justicia, en este caso el perito informático, un informe detallado sobre algún aspecto que por su nivel técnico, se haya requerido la intervención de un experto en la materia para aclarar aquellos puntos que el juez no tenga la capacidad de interpretar, y por lo tanto brindarle a quien sea competente para dirimir una controversia administrativa o judicial, aquellos elementos de juicio que le permitan cumplir cabalmente con todos los propósitos establecidos en virtud de su investidura, y con la mayor objetividad y equidad posible; pero de ninguna manera el informe pericial debe constituirse como una disposición vinculante para el operador jurídico, ya que precisamente la pericia informática dejaría de ser una rama auxiliar de la e-justicia o e-administración, y se convertiría en juez o autoridad propiamente dichos.

De tal manera que la rama que está siendo objeto de análisis debe ser interpretada exclusivamente como una herramienta de colaboración adicional no vinculante en el ejercicio de la administración.

Es importante resaltar que la pericia como rama auxiliar de la justicia y de la administración pública no se reduce solamente a la valoración de aspectos correspondientes a la informática, sino que también abarca una pluralidad de ámbitos como el de la contaduría, la ingeniería, la medicina, la caligrafía, la psicología o la odontología, en los que debido a su especialidad y tecnicidad, el juez necesita de profesionales que contribuyan en la recolección de material probatorio que le permitan desarrollar juicios objetivos y con plena aplicación del principio de inmediación. No obstante, en virtud de la finalidad del presente curso, es preciso hacer referencia únicamente a la pericia informática, pero teniendo clara la importancia de su rol en el campo de la justicia.

3.3.Modalidades de Prueba pericial.

Al introducirnos en la prueba pericial informática se puede plantear una clasificación en tres grandes escenarios en los que se desarrolla esta labor:

- a) Pericias de autenticidad.
- b) Pericias de contenido.
- c) Pericias sobre Internet.

“En cuanto a la **pericia de autenticidad** se requiere disponer del patrón material de comparación ya sea hardware o software que hará posible el análisis y determinación de autenticidad de los elementos en cuestión” (Caffaro, 2001, p. 148). Respecto a la **pericia de contenido** se presenta un análisis mucho más profundo ya que se deben tener en cuenta diversos aspectos como el almacenamiento de datos, el análisis y determinación de estructuras de diseño de sistemas, los medios de comunicación y transferencia de datos, métodos de entrada, acceso, procesamiento y salidas, etc., que como un todo requieren la participación interdisciplinaria de profesionales en la materia. Finalmente, frente a la **pericia de Internet** es preciso señalar que se ha constituido como un importante reto en el escenario del derecho, la investigación en la comisión de delitos a través de Internet, siendo precisa la búsqueda de los mejores y más modernos instrumentos (Software), para poder identificar y detectar aquellos casos en los que haciendo uso indebido del Internet, se da lugar a la comisión de delitos.

Al interior de tales escenarios se deben llevar a cabo procedimientos dirigidos principalmente al análisis de contenidos de medios magnéticos tales como diskette, CD, memorias USB, discos duros, en busca de alguna información específica o archivo determinado, a la búsqueda de archivos borrados manual o automáticamente, a la búsqueda de información oculta (Esteganografía), al rastreo de accesos a sitios de Internet, a la auditoría de actividades realizadas en un intervalo determinado con un computador, a la auditoría de programas instalados en un computador. (Presman, 2000)

Sin embargo hay que tener claro que no siempre que la informática intervenga en una controversia judicial o administrativa es porque se trate de la infracción a una norma jurídica o

vulneración de un bien jurídicamente tutelado, es decir, “existen varias alternativas en las que la informática desempeña un rol dentro de una investigación; cuando ella es utilizada como medio para incurrir en la infracción; cuando es el objeto propio de la infracción” (ej. compra de Software ilegal), cuando tiene un lugar en el conflicto de forma colateral, pero a veces determinante; y en el incumplimiento de contratos de programación y desarrollo. (Fournier, s.f.)

Respecto al producto de la labor desarrollada por el perito informático (dictamen pericial), es importante destacar que no es suficiente con una mera opinión sobre un asunto determinado por parte del perito, sino que además es indispensable que en el informe se incluyan los antecedentes y fundamentos técnico – científicos que permitieron llegar a esa conclusión.

De acuerdo al tipo de labor pericial es posible evidenciar un mayor o menor grado de dificultad para el perito, pues si se trata de determinar la autenticidad de marcas o aplicaciones de software, no reviste tanto problema en la medida en que se cuente con los patrones de comparación o indubitables que permitirán llegar a una conclusión con altos niveles de certeza.

Si la labor pericial consiste en someter a consideración del profesional el modo de funcionamiento de un dispositivo, o la recuperación de información borrada o adulterada en soportes magnéticos, la determinación de maniobras fraudulentas mediante el uso de aplicaciones informáticas, contabilidades paralelas, intrusiones no autorizadas a sistemas de redes o bases de datos a través de Internet, violación de la correspondencia electrónica, etc. Cuando la prueba pierde su materialidad y se consolida como un mero dato, la labor del perito se ve inmersa en mayores dificultades.

Afortunadamente, ya hoy en día es posible contar con bastantes aportes doctrinales en materia de pericia informática que hacen menos dificultoso el desarrollo de esta labor que como se ha dicho, en algunos casos reviste de mucha dificultad, sin embargo, todavía existe la carencia del aporte jurisprudencial, tan necesario como precedente y criterio auxiliar para operadores jurídicos en la labor de resolver controversias en derecho.

La legislación que más antecedentes doctrinales y legales tiene en Suramérica en materia de pericia informática es la argentina, donde sin embargo, el valor jurídico de los registros en soporte electrónicos ha sido mínimo, pues para que goce de aquel valor se requiere de la existencia de pruebas complementarias, y de estar sustentada en principios como la fidelidad, idoneidad, pertinencia e inalterabilidad según las reglas de la sana crítica, de tal manera que el documento electrónico se constituye como un principio de prueba. No obstante, el valor probatorio de los registros electrónicos aumenta cuando el objeto de análisis se encuentra respaldado por alguna disposición normativa como es el caso de la contabilidad empresarial, o de las asambleas o juntas de socios en sociedades a las que les sea permitido su registro en soporte electrónico.

Las trabas que infortunadamente todavía se evidencian en cuanto al valor jurídico para el material probatorio que repose en soporte electrónico se sustentan en la poca intensidad con la que los sistemas jurídicos se han adaptado a la evolución de las nuevas tecnologías, y más que la falta de mecanismos técnico – científicos para dar valor jurídico a esta clase de pruebas es la

mentalidad tradicionalista de que todo aquello que desborde la percepción directa por los sentidos carece de valor.

Se estima que bien ha sido catalogada la sociedad contemporánea como sociedad de la información, pues esta ha adquirido el status de bien jurídico con todas sus implicaciones, es decir, con la debida protección jurídica cuando su integridad se ponga en peligro o cuando efectivamente se vea vulnerada; de tal suerte que “ha sido necesaria la adopción de disciplinas auxiliares de la justicia como es el caso de la pericia informática cuya finalidad reposa en el análisis de aquellos asuntos en el ámbito judicial o administrativo, que por su nivel técnico y especializado necesitan de la intervención de un profesional idóneo que pueda dar respuesta a ciertos interrogantes y de esa manera contribuir a los funcionarios judiciales en la elaboración de juicios que corresponda con los mandatos legales y constitucionales” (Peso del et al., 2001, p. 213). Es que la información ha cobrado tanta importancia, que hoy es considerada como uno de los activos de la empresa, y en algunas el principal, que puede estar representado en bases de datos nominativos, programas de computador (Software), datos contables, información comercial, Knowhow etc.

Lastimosamente en Latinoamérica la labor pericial informática no goza de la misma aceptación en el ámbito del Derecho, como si sucede con otras áreas entre las que está la medicina, la ingeniería o la contaduría, esto a pesar de que en el área de la informática los peritos trabajan con métodos investigativos serios y eficaces; no obstante todavía existe mucha desconfianza a la hora de atribuirle el valor probatorio que se merece, principalmente en cuanto a certeza y autenticidad de los documentos electrónicos.

En el caso particular de Colombia, tanto en el escenario de la justicia como la administración, existen diferentes áreas en que se ha hecho necesaria la presencia de la pericia informática, Vb, gr. conductas de terrorismo, narcotráfico, por parte de diferentes grupos al margen de la Ley, requieren de expertos en sustraer información importante para las investigaciones penales adelantadas. Contratos de derecho privado celebrado electrónicamente desde diferentes rincones del país, de los cuales surgen diversos tipos de controversias a ser dirimidas por la autoridad judicial correspondiente.

Lo propio sucede en el campo de la administración pública, donde como se ha explicado en acápite anteriores, es cada vez más común el uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones administrativas, tales como derechos de petición, actuaciones sancionatorias, disciplinarias, fiscales, contratación estatal, acceso a la información, en las que se está vinculando de manera progresiva al ciudadano administrado, siendo este un proceso del cual no es posible negar la existencia de lagunas, irregularidades de tipo práctico, que requieren de una participación más activa de expertos informáticos que contribuyan a la toma de decisiones en derecho por parte de las autoridades correspondientes.

El artículo 226 del Código General del Proceso, casi en los mismos términos del anterior Código de Procedimiento Civil, define el concepto de prueba pericial de manera general, sin hacer referencia alguna al campo de la informática forense, así:

Artículo 226. Procedencia. La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

Sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial. Todo dictamen se rendirá por un perito.

No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 179 para la prueba de la ley y de la costumbre extranjera. Sin embargo, las partes podrán asesorarse de abogados, cuyos conceptos serán tenidos en cuenta por el juez como alegaciones de ellas.

De conformidad con el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, derogado por el Artículo 47 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso(Art. 47).

Con respecto a los peritos, el Código General del Proceso se limita a hacer el siguiente pronunciamiento respecto de su designación “Para la designación de los peritos, las partes y el juez acudirán a instituciones especializadas, públicas o privadas, o a profesionales de reconocida trayectoria e idoneidad. El director o representante legal de la respectiva institución designará la persona o personas que deben rendir el dictamen, quien, en caso de ser citado, deberá acudir a la audiencia” (Ley 1564 de 2012, Art. 48, numeral 2).

En el mismo sentido, el Artículo 189 de la Ley 1564 de 2012 señala: “Podrá pedirse como prueba extraprocesal la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, con o sin intervención de perito.”

En materia penal el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal establece:

“Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran recojan, analicen custodien la información que recuperen” (art. 236).

En el campo de la administración, particularmente en lo que corresponde a la responsabilidad fiscal, el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, dispone:

Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo.

El incumplimiento de ese deber por parte de las entidades públicas o particulares de rendir informes, dará lugar a la imposición de las sanciones indicadas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasaré entre cinco (5) y veinticinco (25) salarios mínimos mensuales legales vigentes.(Art. 117)

De acuerdo a los referentes normativos señalados no existe una definición legal concreta y específica de perito informático, pues el máximo acercamiento al tema se ubica en el Código de Procedimiento Penal, al referirse a “expertos en informática forense”, sin lograr mayor

abordaje del tema, no obstante su importancia para el ejercicio de la administración de justicia y de la función administrativa.

El Código de Procedimiento Penal, artículos 200 y siguientes, definen a la Policía Judicial como la función en cabeza de algunas entidades del Estado para coadyuvar en el campo de las investigaciones penales, particularmente en las áreas investigativa, técnica, científica y operativa, por iniciativa propia o por orden impartida por un fiscal, a través del recaudo de elementos materiales probatorios o evidencia física que conduzcan a determinar la comisión de delitos y establecer responsabilidades.

De conformidad con lo dispuesto en el Manual Único de Policía Judicial, el servidor de policía judicial debe estar debidamente capacitado para el desempeño de las funciones técnicas, investigativas y operativas; que aplique correctamente los procedimientos y sea respetuoso de los principios que rigen las actuaciones procesales y de los derechos y garantías del ser humano.

En este punto, es preciso nuevamente, y por efectos pedagógicos, destacar lo que ocurre en el campo del derecho penal, donde el grupo de peritos informáticos que trabajan en la Unidad de Delitos Informáticos del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), de la Fiscalía General de la Nación, son principalmente Ingenieros de Sistemas, algunos con posgrados en conocimientos de redes y auditoría con experiencia de entre 5 y 15 años en el apoyo en diligencias judiciales. Así mismo, han recibido entrenamiento en herramientas forenses (hardware y software) directamente por las casas productoras y a través de programas de asistencia con la Embajada de Estados Unidos. Cuentan además con formación en legislación, Códigos Penal y de

Procedimiento Civil, entre otras normas, conocimientos en cadena de custodia y de otros temas afines dictados por la Fiscalía General de la Nación. (Ramírez & Cano, 2010, p. 145).

Por si fuera poco, se tiene conocimiento que en el marco de la reestructuración de la Fiscalía, se creó la Institución Universitaria Conocimiento e Innovación para la justicia, donde se ofrecerán carreras profesionales, especializaciones y maestrías con énfasis en los nuevos modelos de investigación, de cara a lograr cada vez un mayor nivel de preparación de los funcionarios investigadores de ese ente instructor. (El Tiempo, 2014, 21 de abril).

Al respecto debe recordarse que la Fiscalía General de la Nación, no es el único organismo que cuenta con facultades de Policía Judicial en el desarrollo de sus investigaciones, pues de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia dicho organismo tiene entre sus funciones la de “Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional **y los demás organismos que señale la ley.**” (...) Negrilla y subrayado fuera del texto.

De lo cual se tiene que si bien la Fiscalía, a través de sus órganos de investigación criminal, no es el único órgano que ejerce funciones de policía judicial, si es el único organismo que cuenta con un soporte normativo estructurado que brinde la formación especializada y dirigida a sus propósitos frente a profesionales de tal importancia para el ejercicio del derecho en la era digital como son los peritos informáticos.

En ese orden, la importancia del avance y desarrollo de la prueba pericial electrónica en el campo del derecho penal, no puede hacernos olvidar que hoy en día las relaciones jurídicas basadas en el uso de nuevas tecnologías trascienden al campo de acción de aquella rama del derecho, siendo una realidad que hoy en día las conductas basadas en el uso de las TICs son materia de interés para el derecho disciplinario, sancionatorio, administrativo, civil, comercial etc, donde cada vez es más notorio el proceso de adaptación de las nuevas tecnologías al derecho.

Dicha realidad, demanda que la existencia de profesionales idóneos –específicamente en cada área del derecho - para apoyar técnicamente el desarrollo de investigaciones de diversa naturaleza, y estos no estén concentrados solamente en el derecho penal, pues en ese caso, se pondría en grave peligro la evolución de las políticas TICs en los demás escenarios del Derecho, lo cual estaría contrariando los objetivos y fines esenciales del Estado.

Por ser la materia de análisis en la presente Monografía, se reitera que en el escenario de la administración pública es indispensable contar con un soporte normativo, de infraestructura física y de recurso humano calificado de la misma envergadura de aquel con que cuenta la Fiscalía General de la Nación para el adecuado desempeño de sus funciones consitutucionales.

3.4. Tipos de Peritos.

Por vía de doctrina se tiene que existen dos tipos de peritos informáticos:

- a) **Perito de parte.** El Perito de Parte, siendo aquel “que se especializa en el área de las tecnologías de la información que, de acuerdo con el tema requerido, puede ser seleccionado para una labor de análisis de la cual ofrece un dictamen técnico científico. Generalmente se selecciona de listados de asociaciones, agremiaciones o colegios donde se cuenta con registros de profesionales en las diversas áreas informáticas o tecnológicas” (Cano & Pimentel, 2007, p. 9).
- b) **Perito de oficio.** El que además de los rasgos característicos del Perito de Parte, “requiere de una formación más exigente y detallada en procedimientos legales, legislación nacional e internacional, así como fundamentos de criminalística y psicología que le permitan un conocimiento profundo sobre los casos de análisis. Un perito de oficio es garante de la verdad de un proceso, pues su estatus de funcionario del Estado le exige estar en las condiciones y competencias requeridas para defender al inocente y contar con testimonios y pruebas transparentes”²²(Cano& Pimentel, 2007).

Se trata de consideraciones doctrinales que poco o nada han producido eco en las comisiones parlamentarias para darle la importancia que merece a una realidad en la que el perito informático debería contar con un perfil y unos roles determinados en la Ley, principalmente en escenarios (Vb.gr. Administración Pública) en los que el uso de las TICs ya es parte del día a día, pero que a la fecha aún no cuentan con un soporte jurídico necesario para ofrecer un perfil

²²Según Cano & Pimentel (2007) “La diferencia fundamental entre los peritos de parte y de oficio está en que los dos primeros son especialistas y expertos en sus áreas de conocimiento y tienen una profesión que procura el desarrollo de la ciencia y la tecnología; mientras que el perito de oficio, es parte integral del proceso legal, custodio de las pruebas y cadena de custodia, consciente de que su actuación le da al proceso la confiabilidad y formalidad, pues su formación en ciencias criminalísticas y forenses le ofrece mayores elementos de juicio para fortalecer las relaciones que verifiquen las pruebas que hagan brillar la verdad en el caso”.

adecuado y definido de quien vaya a prestar apoyo técnico en las diferentes etapas de la actuación administrativa.

3.5.Perspectiva comparada de la prueba electrónica.

Los países con antecedentes más importantes en la materia son España, Italia y Alemania; en el primero de ellos fue expedido el Real Decreto Ley 14 sobre la firma electrónica en 1999, por la cual se otorgó a la firma digital el mismo valor jurídico que a la manuscrita, norma que adicionalmente contemplo elementos de protección a la seguridad e integridad de las comunicaciones telemáticas en que se emplee la firma electrónica.

Posteriormente se expidió el Real Decreto Ley 1906 de 1999, por el cual se regula la contratación telefónica y electrónica, producto de la necesidad de desarrollar el artículo 5 de la Ley 7 de 1998 que en materia de condiciones generales de la contratación telefónica y electrónica señala que “será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. Este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor con justificación escrita de la contratación efectuada, donde constaran todos los términos de la misma”.

VI. El deber ser de la e-administración y la informática forense en Colombia.

Entre las políticas del Gobierno Nacional, se dio vida al Plan Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TICs, que desde el año 2008 propuso una mayor flexibilidad y oportunidad para el desarrollo de nuevos proyectos que permitan seguir avanzando en su principal objetivo, el cual es que en el año 2019 no haya un solo ciudadano en Colombia que no tenga la posibilidad de hacer uso de las TICs para lograr su inclusión social y mejorar su competitividad.

En ese sentido es cada vez más necesario que el país cuente con profesionales debidamente capacitados para hacerle frente a este reto en el que ya llevamos más de quince años, pero que hoy solamente nos muestra resultados positivos en el campo del Derecho Penal, dejando de lado escenarios tan importantes como la administración pública o el derecho privado, en los que es tanto o más necesaria la presencia de peritos informáticos. Lo anterior sin perjuicio de lo que ya se advirtió en precedencia, en el sentido de que la administración pública electrónica tiene dos grandes vertientes, de un lado el vínculo inicial entre derecho y TICs para darle vía libre al desarrollo de la administración pública por medios electrónicos (Ley 1437 de 2011); y por otro lado, la integración del sistema jurídico a las consecuencias derivadas de dicho proceso de integración a las nuevas tecnologías, componente que forma parte del aspecto propositivo de la presente Monografía, pues mal podría considerarse eficaz a un sistema jurídico que busque responder a las necesidades propias de la denominada era digital, cuando su estructura normativa es inferior a una realidad en la que cada situación susceptible de ser regulada por el Derecho, tiene un estrecho vínculo con la utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Por vía de doctrina se tiene que para contar con un gobierno electrónico se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: “mejorar la calidad y el acceso a los servicios, - reducir costos administrativos, - restablecer la confianza de los ciudadanos, - evitar el desperdicio, - efectuar reingeniería de procesos, - mejorar la infraestructura de tecnologías de información y comunicación, -entender la relación entre política y resultados, - decidir dónde gastar y cuándo, - rediseñar la entrega de servicios con calidad, transparencia y rendición de cuentas, - mejorar la capacidad de gobernar para atender los anhelos y expectativas de la sociedad, recuperando con ello la confianza en sus autoridades, - facilitar la implementación de la administración por objetivos, la creación de organizaciones más flexibles, el funcionamiento de estructuras menos piramidales y la creación de oficinas de gobierno más pequeñas y eficientes” (Ávila, s.f.).

Entre aquellos presupuestos está el mejoramiento de infraestructura tecnológica de información y comunicación del cual no se ha escapado el derecho de la administración pública, dado que el ordenamiento jurídico le ha ofrecido un amplio catálogo de normas que ponen el ejercicio de la función administrativa, por lo menos en teoría, a la vanguardia en la aplicación de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Lo que genera preocupación desde el ámbito académico, es que la puesta en práctica de la administración electrónica demanda la presencia de expertos en informática forense en cada área en la que derecho y TICs han logrado un punto de encuentro, de tal forma que la integración entre dichos fenómenos sociales no genere choques tan drásticos, sino por el contrario, un

proceso de adaptación progresiva en el que administración y ciudadanía puedan ir vinculándose con el reconocimiento de todas las garantías propias de un Estado de Derecho. Se trata de una labor de intermediación entre dos realidades con diferencias sustanciales para las cuales es absolutamente necesario contar con la presencia y permanente apoyo de peritos informáticos.

De acuerdo a un estudio sobre el estado del peritaje informático en América Latina muestra que un Perito Informático debe reunir primordialmente los siguientes requisitos:

Honestidad: querer trabajar en el área, malicia para detectar debilidades, formación profesional en informática, certificaciones en seguridad informática, alto conocimiento y experiencia en administración de procesos, formación académica.

Experiencia: no menor de diez años; conocimientos técnicos en análisis de sistemas funcionales y de contraloría; estudios profesionales en tecnologías de información y en legislación nacional e internacional; trabajo en equipo con abogados versados en tecnologías; profesionalismo e independencia; formación en análisis forenses en equipos electrónicos; estudios básicos en procedimientos civiles y penales.

Reconocimiento de imparcialidad y seriedad, formación en leyes nacionales e internacionales, así como en sistemas operacionales y manejo de evidencia digital.

Oportunidad y claridad en la preparación y comunicación de sus resultados
(Cano & Pimentel, 2007, p. 150).

En aras de verificar la existencia de tales requisitos, o por lo menos algunos de ellos en nuestro entorno, se realizó encuesta a la totalidad de funcionarios del Laboratorio de Informática Forense de la Contraloría General de la República, cuyos resultados²³ se presentan a continuación:

El laboratorio está conformado por 42 funcionarios de los cuales solamente 10 tienen el perfil de Ingenieros de Sistemas, sin conocimientos especializados en seguridad informática, auditoría, cadena de custodia, o legislación nacional y extranjera, pues el perfil que para dichos cargos exige el manual de funciones y competencias de la entidad es el de Ingenieros de Sistemas con dos (2) años de experiencia profesional, perfil que permite ofrecer el desempeño de tales empleos mediante concurso de méritos en un sistema específico de carrera administrativa.

Los treinta y dos (32) cargos restantes del Laboratorio de Informática Forense están ocupados por administradores de empresas, economistas, tecnólogos y personal asistencial.

De conformidad con lo establecido en la Resolución Reglamentaria No. 223 de 30/04/2013, son funciones del Laboratorio de Informática Forense de la Contraloría General de la República las siguientes:

²³Encuesta realizada a funcionarios del Laboratorio de Informática Forense de la Contraloría General de la República el 12 y 13 de febrero de 2014. Ficha Técnica: Título de Trabajo de Investigación, “INFORMATICA FORENSE EN EL AMBITO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO”; Encuestador, Santiago Ernesto Narváz de los Ríos; Fecha de realización de trabajo de campo 12 y 13 de febrero de 2014; Grupo Encuestado, Funcionarios del Laboratorio de Informática Forense de la Contraloría General de la República; Totalidad de encuestados, 42; Cobertura Geográfica, Nivel Central de la entidad; temas materia de la encuesta, perfil profesional y especializado de los miembros del Laboratorio de Informática Forense.

“Identificar la evidencia digital, analizar la evidencia digital, preservar de la evidencia digital, presentar los informes conforme a los análisis y resultados obtenidos de la evidencia digital, prestar los servicios de perito informático dentro de los procesos descritos en el artículo 3° de la Resolución Reglamentaria número 0202 del 30 de noviembre del 2012, las demás que le sean asignadas por el Jefe de la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, de acuerdo con la naturaleza de los cargos y las actividades del grupo.”

Considerando que los sujetos vigilados de la Contraloría General de la República son todas aquellas entidades y organismos del Estado y particulares que tengan bajo su esfera de protección el manejo, administración, recaudo y custodia de bienes o recursos del Estado, es evidente que ante una realidad basada en el cada vez más frecuente uso de nuevas tecnologías, el grupo de profesionales que conforman el Laboratorio de Informática Forense, para el desarrollo de las funciones asignadas en la Resolución 223 del 30/04/2013, no responde a las necesidades de la entidad ni cualitativa, ni cuantitativamente.

En el tema que hoy nos ocupa en la presente investigación, los funcionarios no cuentan con el perfil, ni mucho menos experiencia que un perito informático requiere. De ahí que se hayan dado frecuentemente escándalos y denuncias por presuntas extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de policía judicial por parte de funcionarios de la Contraloría General de la República. (Noticias RCN, 2014, mayo 9).

Lo anterior en tratándose de una entidad del orden nacional con un presupuesto anual de \$387.121.555.075 según fuentes oficiales (Contraloría General de la República; 2013) que podríamos decir de las entidades de menordimensión o las que se encuentran ubicadas en las diferentes regiones del país.

Es una realidad que genera un alto grado de preocupación, pues los problemas apenas empiezan a vislumbrarse; este es el momento en que todas las nulidades procesales, vacíos jurídicos, omisiones legislativas y lagunas derivadas de un proceso de transición entre la administración pública tradicional a una administración electrónica se comienzan a presentar.

Sin duda toda esa serie de irregularidades son puestas a consideración de las diferentes autoridades administrativas y judiciales, las que ante el reclamo por el desconocimiento de un determinado derecho deben tomar decisiones conforme al ordenamiento jurídico vigente. Es este el momento en que se echa de menos a los peritos informáticos, pues ¿cómo podría el operador jurídico decidir en derecho, respecto de un tema eminentemente técnico, sin contar con el apoyo necesario en esa respectiva área del conocimiento, o cuando si bien dispone de tal apoyo, este no reúne el perfil ni las calidades necesarias para realizar un efectivo trabajo?

De continuar por este camino tendremos un considerable incremento de congestión en los despachos judiciales, sumado al que ya tenemos, pues las actuaciones de la administración en su mayoría estarían caracterizadas por la falta de seguridad jurídica, siendo necesario ponerlas a consideración de los despachos judiciales, que por su parte se verían atados de manos para poder adoptar decisiones sobre temáticas que no conocen.

Ante tan preocupante panorama surge en calidad de componente propositivo del presente trabajo de investigación la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico colombiano de instrumentos legales que le reconozcan a la pericia informática la importancia que tiene una sociedad basada en la utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Tradicionalmente se ha concebido el uso de las TICs en el escenario de la administración pública como una visión futurista, a la que se le suma un alto grado de escepticismo por parte de los servidores públicos y particulares que generalmente se niegan a dar paso a esta realidad. Pero lo cierto que es las nuevas tecnologías ya tocaron nuestra puerta y sin pedir permiso entraron, se instalaron y ahora demandan nuestra atención para que les demos la importancia que se merecen en un mundo cada vez más competitivo.

Se destaca que organismos como la Fiscalía General de la Nación han sido conscientes de la trascendencia del tema que hoy nos ocupa, y en ese sentido propenden cada día por contar con peritos informáticos más calificados y sobre todo especializados en el área del conocimiento que los necesita.

En similar dirección deberían encaminarse las demás entidades del Estado, pues no basta con crear una cuenta de correo institucional, contar con un portal Web, o proferir actos administrativos electrónicos.

Es de suma importancia tener en cuenta las consecuencias que para el Estado Colombiano implica hacer frente a esta realidad, y en tal sentido, acompañar todo el proceso de profesionales especializados en pericia informática que cuenten con los conocimientos necesarios para advertir sobre posibles irregularidades, y que sean un verdadero apoyo para los jueces y autoridades administrativas.

El fortalecimiento no solamente debe ser de tipo legal, pues es necesario que las instituciones de educación superior ofrezcan programas acordes a estas necesidades, especializaciones o maestrías que permitan a un determinado profesional desempeñarse como auxiliar de la justicia, asesor judicial y de policía judicial, asesor de entidades públicas y privadas, investigador y docente de centros universitarios con programas en el campo de la investigación criminal desde la perspectiva de la informática.

Una estructura legislativa consciente de la importancia de los peritos informáticos en el desarrollo de la administración pública, acompañada de programas educativos acordes con las necesidades de la era digital, contribuirán de manera importante al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

VII. Conclusiones.

1. Existe una concepción generalizada sobre las consecuencias de la implementación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en todos los escenarios del conocimiento, realidad a la que el derecho de la administración pública no ha sido ajena, de tal suerte que se vislumbra la necesidad de adaptar los ordenamientos jurídicos nacionales a las necesidades propias de una sociedad basada en el permanente y cada vez más común uso de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en todo tipo de relaciones generadoras de efectos jurídicos. Este fenómeno da lugar a la presencia de una pluralidad de conductas que si bien pueden atentar contra el orden jurídico, no encuentran la respuesta desde la perspectiva del derecho para lograr encauzarlas dentro de los parámetros de la Ley.

Si bien es cierto el legislador colombiano ha desarrollado una serie de normas que vinculan la utilización de nuevas tecnologías en diferentes escenarios públicos y privados, dicha adopción se ha dado bajo la premisa de que se trata de una realidad palpable a futuro, mas no susceptible de ser aprovechada desde ya; circunstancia que resta confianza al momento de establecer una relación o vinculo por medios electrónicos, pues se percibe que el ordenamiento jurídico no tiene la capacidad de responder ante una controversia en la que se esté debatiendo el reconocimiento o la vulneración de derechos por conductas desplegadas a través de medios electrónicos o telemáticos. La excepción a esta regla podría ubicarse en el escenario del Derecho Penal, donde los órganos correspondientes han procurado una formación y dotación de infraestructura tecnológica suficientes para hacer frente a los

denominados cibercrimenes. Lamentablemente no todas las conductas en las que se ponga en juego el reconocimiento de derechos o la violación del orden jurídico, pueden ser valoradas a la luz del derecho penal, pues bien es sabido que existen otro tipo de responsabilidades de tipo patrimonial, de cumplimiento de deberes funcionales, administrativa, tributaria, etc., en que los organismos correspondientes de prevenir su ocurrencia o actuar ante su desconocimiento, deben estar preparados para este tipo de realidades.

Bajo tal premisa el análisis del fenómeno probatorio bajo las perspectivas tradicionales, el hecho, la prueba y la verificación, deben ser aplicables en el escenario de las nuevas tecnologías, de tal suerte que sea palpable un desarrollo integrado entre dichas realidades sociales. No debe existir una diferencia sustancial entre el análisis del fenómeno probatorio sobre medios de prueba tradicionales, al que se da frente a pruebas contenidas en soportes electrónicos.

2. La realidad jurídica del país, padece de un importante índice de ausencia de regulación ante la existencia de diversas situaciones atípicas, es decir, no contempladas como conductas susceptibles de ser valoradas a la luz del ordenamiento jurídico, debido precisamente a la intensidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. En ese orden, la técnica legislativa debe ofrecer respuestas más dinámicas frente a una constante y acelerada evolución de las relaciones generadoras de efectos jurídicos, donde el perito informático asume un rol determinante para la labor de apoyo en la aplicación del derecho por parte de los diferentes operadores jurídicos.

El resultado de la labor desarrollada por el perito informático debe partir del análisis del fenómeno probatorio en términos del objeto, tema y derecho a la prueba, sabiendo diferenciar claramente estos tres conceptos, pues solo de esa manera será posible ofrecer un componente normativo que se ajuste tanto a las necesidades de la administración pública como a las del ciudadano. El análisis del fenómeno probatorio desde las perspectivas tradicionales contribuye a una consolidación en el proceso de integración entre administración pública y las TICs.

3. La e-administración requiere de voluntad política no solamente para incluir la utilización de TICs en los códigos y normas, sino para dotar a las entidades y organismos que la conforman de infraestructura física y recurso humano calificado cualitativa y cuantitativamente para hacerle frente a las necesidades propias de la era digital. Es que si se dota a la administración de herramientas tecnológicas para garantizar mayor eficiencia, celeridad, cobertura, efectividad en el cumplimiento de sus funciones y prestación de servicios, o de otro lado, se brinda al ciudadano alternativas que le permiten un mayor y más fácil acercamiento con la administración pública o de justicia, o formas más efectivas de interactuar con sus semejantes en escenarios e-comerciales o e-civiles, no puede negarse que en bajo tales premisas es normal que se presenten diferencias de opinión y/o controversias para las que el Derecho como fenómeno social debe estar preparado, donde, se reitera, el operador jurídico requiere contar con el permanente apoyo de profesionales en pericia informática dispuestos a ofrecer el apoyo necesario para que las decisiones adoptadas sean realmente en derecho.

En ese orden, y habiendo analizado los principales componentes y características de la informática forense, y valorada en contexto frente a las necesidades propias de una sociedad basada en la cada vez más común utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, se concluye que indudablemente es necesario asignar un rol mucho más activo a la pericia electrónica en el desarrollo y evolución de la e-administración.

4. El ordenamiento jurídico colombiano se encuentra fortalecido en materia de prueba pericial informática, pero solo en el campo del derecho penal, sin considerar que el uso de las TICs se ha posicionado con igual grado de contundencia en toda la esfera de la administración pública, por lo cual puede concluirse que el avance en la materia se ubica a gran distancia de un ordenamiento jurídico que abarque en su integridad el fenómeno de la evolución tecnológica.

Considerando las ventajas en cuanto a formación e infraestructura con que cuenta la Fiscalía General de la Nación, en esta materia, se le asignó la potestad de coordinación de las facultades de policía judicial con que cuentan las demás autoridades públicas, hecho que ha permitido darle una matiz política a dichas facultades de coordinación y que en muchos casos se constituye en un obstáculo para el normal desarrollo de la función administrativa. En este punto se estima indispensable propender por una adecuada compilación y organización sistemática de normas jurídicas que regulen las facultades de policía judicial en la administración pública; pues de esa manera no solo existirá un marco regulatorio definido y concreto sobre ese particular que establezca límites a quienes hacen uso de ellas, sino que

además los auxiliares de la justicia (Peritos Informáticos), tendrán claridad sobre el ordenamiento jurídico que los respalda en el ejercicio de sus funciones.

Aquel es el deber ser de una administración pública electrónica que tiene dos grandes vertientes, de un lado el vínculo inicial entre derecho y TICs para darle vía libre al desarrollo de la administración pública por medios electrónicos (Ley 1437 de 2011), y sobre el cual no se tiene ningún reparo; pero por otro lado, se ubica la integración del sistema jurídico a las consecuencias derivadas de dicho proceso de integración a las nuevas tecnologías, aspecto que del cual se deriva el componente propositivo de la presente Monografía, pues mal podría considerarse eficaz a un sistema jurídico que busque responder a las necesidades propias de la denominada era digital, cuando su estructura normativa es inferior a una realidad en la que cada situación susceptible de ser regulada por el Derecho, tiene un estrecho vínculo con la utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones. Es este el escenario en el cual se echa de menos una labor más activa de la informática forense, es decir, cuando por efecto de la implementación de la e-administración se comienzan a generar controversias y diferencias conceptuales que le hacen necesario al operador jurídico contar con un apoyo especializado en la materia. Actualmente el ordenamiento jurídico colombiano carece un instrumento que brinde esa posibilidad durante todas las etapas del desarrollo de la función administrativa.

Lo anterior conduce adicionalmente a dar respuesta a la pregunta de investigación planteada y que dio origen a la realización de la presente Monografía, pues en esta etapa de la labor investigativa es dable predicar que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene la entidad suficiente para hacerle frente a una sociedad en la que la mayoría de las relaciones jurídicas y

controversias encuentran sustento en la utilización de nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, conclusión que parte de la existencia indiscutible de normatividad que ampara el uso de TICs en la administración pública, pero que deja en el limbo jurídico las consecuencias de dicha implementación, así como los efectos positivos y negativos que dicho proceso genere. Existe todavía un universo de situaciones que deben ser abordadas desde el punto de vista legislativo, para cuyo tratamiento es indispensable contar con el apoyo permanente de la informática forense, rama que cumple una función de intermediación entre las nuevas tecnologías y el derecho. Solo de esta manera será posible responder a los interrogantes, dudas, inquietudes, puntos oscuros que se suscitan en el uso de instrumentos alternativos a los tradicionales para ejercer la función administrativa.

5. La ausencia de peritos informáticos calificados en la administración pública impiden que el proceso de adecuación de las TICs al derecho se lleve a cabo con normalidad y en debida forma.

Contrario a lo que sucedía en el pasado, las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, son hoy la regla general en todo tipo de relaciones jurídicas entre particulares, y entre aquellos con la administración, mientras que la excepción es el uso de medios físicos para dejar plasmadas decisiones, manifestaciones de voluntad, obligaciones, cumplimiento de deberes, etc, circunstancia que requiere de una presencia mucho más significativa de peritos informáticos en el ejercicio de la administración pública.

Una estructura legislativa consciente de la importancia de los peritos informáticos en el desarrollo de la administración pública, acompañada de programas educativos acordes con las necesidades de la era digital, contribuirán de manera importante al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En este punto se reitera la importancia de generar convicción en la actividad legislativa y voluntad política sobre la importancia en el desarrollo de la administración pública que hoy tienen los peritos informáticos, quienes deben ocupar un espacio más significativo en el diseño de plantas de personal y manuales de funciones de las distintas entidades u organismos, así como contar con una infraestructura normativa unificada que defina el alcance de sus funciones (Límites) y les respalde en el ejercicio de las mismas.

Lista de Referencias

- Abreu Burelli, A. (s.f.). La Prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/8.pdf>
- Ávila, W. D. (s.f.). Aplicación de las `TIC` en la administración pública colombiana en línea (s.n.). Recuperado de: <http://www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/avila.pdf>
- BailonBaldovinos, R. (2002). Derecho procesal penal. México: Limusa
- Bertel Oviedo, A. (2009). Derecho probatorio: Partes general y especial. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Bunge, M. (3 ed.). (1973). La Investigación Científica. Barcelona: Ariel.
- Caffaro, M. A. (2001, marzo). Pericias Informáticas. Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI), (Núm. 32). Recuperado de la base de datos V/LEX: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pericias-informaticas-107875>
- Caffaro, M. Á. (2008). La pericia informática: Visión del perito oficial. Buenos Aires: Universidad de Belgrano
- Cano Martínez, J. J. & Pimentel Calderón, J. (2007, diciembre). Consideraciones sobre el estado del arte del peritaje informático y los estándares de manipulación de pruebas electrónicas en el mundo. Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, (3). Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Recuperado de: <http://www.leyex.info/magazines/123DeCoTec.pdf>
- Cañón Ramírez, P. (2009). Práctica de la prueba judicial. Bogotá: Ecoe Ediciones.

- Cárdenas, E. R. (2013). Tecnología y administración de justicia en Colombia: Instrumentos jurídicos habilitantes para la incorporación de TIC a la Administración de Justicia. Bogotá: Certicámara. Recuperado de: <http://colombiadigital.net/nuestras-publicaciones/politica-ti/item/6018-tecnologia-y-administracion-de-justicia-en-colombia.html>
- Carnelutti, F. (1944). Sistema de derecho procesal civil. Buenos Aires: Alcala, Zamora y Castillo.
- Carnelutti, F. (1951). Teoría general del derecho. Roma: Foro Italiano.
- CNUDMI (1996). Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. En Naciones Unidas (Ed.), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Anuario, Volumen XXVII. (pp. 249-252). Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1996-s/Yearbook_1996_s.pdf
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011. Arts. 5, 7, 13, 35, 53, 54, 56, 57, 60, 61, 77. Enero 18 de 2011. (Colombia). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Código de Procedimiento Civil [CPCV]. Decreto 1400 de 1970. Art. 8, 237, 251. Agosto 06 de 1970 (Colombia).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Art. 200, 209, 236. Agosto 31 de 2004 (Colombia).
- Código Disciplinario Único [CDU]. Ley 734 de 2002. Febrero 05 de 2002. Diario Oficial 44699 (Colombia) Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4589>
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. Arts. 29, 47, 48, 140, 141, 164, 189, 226, 228. Julio 12 de 2012 (Colombia).

Código Penal [CP]. Ley orgánica 10 de 1995. Arts. 197, 248.2, 256, 264.2, 278.1. Noviembre 23 de 1995 (España). Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 23.984. Art. 258. Septiembre 04 de 1991 (Argentina). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf

Comoglio, L. P. (1970). La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile. Pavia: Cedam: Università di Pavia

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1989 (M. P. Enrique José Arboleda Perdomo; 18 de marzo de 2010)

Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Radicación número: 17.788 (C.P. María Elena Giraldo Gómez; Julio 13 de 2000).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 29, 250. Julio 07 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia de 1886 [Const]. Art. 26. Agosto 05 de 1886 (Colombia).

Contraloría General de la República (2013). Presupuesto para la vigencia. 2013. Recuperado de: http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=22d76751-9459-461c-84fb-eda28c9d2c78&groupId=10136

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-662 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz; Junio 08 de 2000). Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5789>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171 de 2006 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández; Marzo 07 de 2006). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-171-06.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-393 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell; Septiembre 07 de 1994). Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=20933>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón; Junio 05 de 1992). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Decreto 066 de 2008. Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Enero 16 de 2008. Diario Oficial 46873. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=28244>

Decreto 1122 de 1999. Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe. Junio 26 de 1999. Diario Oficial 43622. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=9208>

Decreto 1151 de 2008. Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea de la República de Colombia, se reglamenta parcialmente la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones. Abril 14 de 2008. Diario Oficial 46960. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=29774>

Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013. Diario Oficial 48854. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=53776>

Decreto 1747 de 2000. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

Septiembre 11 de 2000. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4277>

Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública. Diciembre 05 de 1995.

Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1208>

Decreto 2170 de 2002. Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999. Septiembre 30 de 2002. Diario Oficial 44952. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

Decreto 2434 de 2006. Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones. Julio 18 de 2006. Diario Oficial 46334. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=20708>

Decreto 2474 de 2008. Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones. Julio 07 de 2008. Diario Oficial 47.043. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

Decreto 266 de 2000. Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos. Febrero 22 de 2000. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3281>

Decreto 3485 de 2011 [Ministerio de Defensa]. Por el cual se reglamenta el Sistema Electrónico para la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 22 de 2011.

Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44034>

Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Abril 13 de 2012. Diario Oficial 48400. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=46940>

DevisEchandía, H. (6 ed.). (2012). Teoría general de la prueba judicial, tomo I. Bogotá: Temis.

Directiva presidencial 02 de 2000. Las Tecnologías de la Información ofrecen una oportunidad única para que los países en vía de desarrollo den un salto en su evolución económica, política, social y cultural. Agosto 28 de 2000. Diario Oficial 44145 del 30 de agosto de 2000. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6399>

El Tiempo (2014, 21 de abril). U. de la Fiscalía ofrecerá carreras, especializaciones y maestrías. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13859015>

Fournier, A. (s.f.). Prueba pericial informática. (s.n.). Recuperado de: <http://www2.compendium.com.ar/juridico/peri2.html>

Giacomette Ferrer, A. (2008). Valoración de la prueba por el juez constitucional. En Hernández Villareal, Gabriel (Ed.), Temas vigentes en derecho procesal y probatorio. (pp. 216-238). Bogotá: Universidad del Rosario.

Gorski, D. P., & Tavants, P.V. (2 ed.). (1974). Lógica. México: Editorial Grijalbo.

Gortari De, E. (5 ed.). (1972). Lógica general. México: Grijalbo.

Laudan, L. (2007). Prólogo. En Ferrer Beltrán, J. (Ed.), La valoración racional de la prueba. (p. 16). Madrid: Marcial Pons.

Ley 1111 de 2006. Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Diciembre 27 de 2006. Diario

Oficial 46494. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=22580>

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Julio 12 de 2011. D. O. No. 48.128. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

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. Agosto 18 de 1999. DO. 43.673. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4276>

Ley 573 de 2000. Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución. Febrero 08 de 2000. Diario Oficial No. 43.885. Recuperado de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0573_2000.htm

Ley 59 de 2003. De firma electrónica. Diciembre 19 de 2003. BOE nº 304. (España). Recuperado de: <http://secretariageneral.ugr.es/pages/normativa/fichasestatal/mhjkj/>

Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Agosto 15 de 2000. Diario Oficial 44133. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=5725>

Ley 788 de 2002. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2002. Diario Oficial 45046. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7260>

Ley 962 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Julio 08. Diario Oficial 45963. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17004>

Ley Orgánica 15/1999. Protección de Datos de Carácter Personal. Diciembre 13 de 1999. Boe núm. 298, de 14/12/1999. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>

LOI no 2000-230. Portantadaptation du droit de la preuveauxtechnologies de l'information et relative à la signatureélectronique (1). Du 13 mars 2000. JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968. Recuperado de: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000399095&dateTexte=&categorieLien=id>

López, R. (2011, noviembre). Principio de legalidad. Recuperado de: <http://principiodelegalidad.blogspot.com/2011/11/principio-de-legalidad-de-la-prueba.html>

M. Gómez, L. S. (2002, enero). Marco normativo para el desarrollo de pericias informáticas. Revista Electrónica de Informática y Derecho (R.E.D.I.), (Núm. 42), Barcelona, España. Recuperado de: <http://sebastiangomez.sytes.net/papers/MNDPI.pdf>

Manual Único de Policía Judicial [Consejo Nacional de Policía Judicial]. Acta 053. Mayo 13 de 2005. (Colombia). Recuperado de: <http://www.slideshare.net/ipforenses/manual-policia>

Midón, M. S. (2007). Derecho probatorio: Parte General. Buenos Aires: Jurídicas Cuyo.

Noticias RCN (2014, mayo 9). Fiscalía realiza interrogatorios por supuestas 'chuzadas'. Recuperado de: <http://www.noticiasrcn.com/tags/chuzadas-contraloria>

Parra Quijano, J. (14 ed.). (2004). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Parra Quijano, J. (18 ed.). (2011). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Peso del, Navarro, E., Fernández Sánchez, C. M., Ignoto Azaustre, M. J., Lucero Manresa, J. L., & Ramos González, M. A. (2ª ed.). (2001). Peritajes informáticos. Madrid: Díaz de Santos.

Pico I Junoy, J. (2003). El Derecho Constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2554/31.pdf>

Presman, G. D. (2000). Estudio de informática forense. (s.n.). Recuperado de: <http://www.presman.com.ar/>

Proyecto de ley n° 227 de 1998. Por medio del cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico. Abril 21 de 1998. Recuperado de: [http://www.informatica-juridica.com/anexos/Proyecto Ley N%C2%BA 227 Abril 21 1998 Comercio Electronico.asp](http://www.informatica-juridica.com/anexos/Proyecto_Ley_N%C2%BA_227_Abril_21_1998_Comercio_Electronico.asp)

Prueba (2001). Real Academia Española. Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba>

Ramírez Caballero, A. M. & Cano Martínez, J. J. (2010, mayo). Contexto actual de la formación del Perito Informático. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes

Ramírez Carvajal, D. (2013). La prueba en el proceso una aventura intelectual. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Real Decreto Legislativo 1 de 1996. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales

vigentes sobre la materia. Abril 12 de 1996. BOE de 22 de Abril de 1996. Recuperado de:
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html

Real Decreto Ley 14 de 1999. Sobre firma electrónica. Septiembre 17 de 1999. BOE-A-1999-18915. Recuperado de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-18915>

Real Decreto Ley 1906 de 1999. Por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7 de 1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Diciembre 17 de 1999. BOE-A-1999-24914. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-24914>

Recasens Siches, L. (6 ed.).(1978). Tratado general de filosofía del derecho. México: Porrúa.

Resolución Reglamentaria 0277 de 2014. [Contraloría General de la República]. Por la cual se adopta el Sistema de Aseguramiento Electrónico de Expedientes -SAE- y se regulan aspectos relacionados con su utilización y funcionamiento. Marzo 18 de 2014. Recuperado de: http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/183289223/ResReg_N-0277%2818-04-2014%29.PDF/4649e6ba-14ba-4533-86d7-81ec53bd5ddb

Resolución Reglamentaria 223 de 2013. [Contraloría General de la República]. Por la cual se deroga el artículo 2o y se modifica el artículo 4o de la Resolución Reglamentaria número 0202 de noviembre 30 del 2012 y se adiciona la Resolución Reglamentaria número 130 de 27 de julio de 2011. Abril 30 de 2013. Recuperado de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_contraloria_0223_2013.htm

Reyna Alfaro, L. M. (s.f.). El derecho a probar. (s.n.). Recuperado de: http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc04.pdf

- Riofrío Martínez–Villalba, J. C. (2002, septiembre). La pretendida autonomía del derecho informático. *Alfa Redi: Derecho y nuevas tecnologías*, (núm. 50). Recuperado de: <http://alfa-redi.org/node/9230>
- Rivadeneira Bermúdez, R. (2 ed.). (2010). *Manual de derecho probatorio administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.
- Rodríguez Jouvencel, M. (2002). *Manual del perito médico: Fundamentos técnicos y jurídicos*. Madrid: Díaz de Santos.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 64 (No. 143), pp. 181-2006. Medellín: Universidad de Antioquia
Recuperado de: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/2552/2076>
- Sánchez Carrión, J. (1997). La vertiente jurídica constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Político*, (núm. 42), pp. 185-210.
- Sanchís Crespo, C. (2008). La pericia informática en el proceso penal. *Revista de la contratación electrónica*, (Núm. 91), pp. 29-54. Recuperado de la base de datos Dialnet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2665675>
- Torre, De la, J. & Agud Andreum, S. (2007, abril). Pruebas electrónicas: una nueva realidad. *E-Newsletter de Cybex*, (núm. 27). Recuperado de: http://www.unicri.it/news/files/2008-08-01_cybercrime_nsepvin-1.pdf
- Troker, N. (1974). *Processocivile e costituzione: Problemi di dirittotedesco e italiano*. Milano: Giuffrè.
- Verbic, F. (2008). *La prueba científica en el proceso judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.