

CAPÍTULO 3

ANTECEDENTES DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SITUACIÓN ACTUAL. UNA VISIÓN CRÍTICA.

Los medios electrónicos en Colombia no son un tema novedoso. De hecho, los avances normativos han sido aproximadamente desde el año 1995, a pesar de que hace más de 20 años se incorporó el tema al ordenamiento jurídico, su implementación se dio tardíamente

El nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) tiene un capítulo dedicado a la utilización de medios electrónicos dentro del Procedimiento Administrativo, cobrando así importancia en la doctrina y con el pasar del tiempo dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Esta norma adquiere un poco más de interés a través del artículo 62 numeral 2 de la ley 1437 de 2011, dentro del cual se positiviza la falla en el servicio. Es menester analizar en abstracto los medios electrónicos y su consagración normativa en Colombia, examinar los contenidos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre los mismos, y cuál fue el objetivo del legislador al emitir esta normatividad, así como plantear unas recomendaciones frente a su seguimiento y aplicación.

SECCIÓN A: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Los medios electrónicos en Colombia se consagraron por primera vez en 1995, con la emisión del Decreto 2150, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, dentro de su articulado, especialmente en el artículo 26 consagra lo siguiente:

*“**Artículo 26°.-** Utilización del sistema electrónicos de archivo y transmisión de datos. Las entidades de la Administración Pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica*

de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración.

En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares”¹.

Lo anterior, impone obligaciones de hacer y de no hacer a la Administración Pública. La Administración “*debe*” por mandato legal habilitar sistemas de transmisión electrónica para el envío de datos, y, por otro lado, la Administración “*debe abstenerse*” delimitar el uso de tecnologías de la información.

Poca o casi nula implementación tuvo este postulado normativo dentro del Proceso Administrativo, ello en parte se dio debido a que el artículo 25² del mismo decreto resaltaba la importancia del correo certificado, dentro de su contenido mencionaba que “*Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado*”³. Parece entonces que con ello se creó una antinomia jurídica en el tratamiento que pretendía otorgársele al tema, en razón de que se le dio prevalencia al correo certificado, dejándose de lado, la implementación de los medios tecnológicos e Incluso hoy y con la normativa del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre notificación electrónica, el correo certificado sigue predominando el uso del medio tradicional, convirtiéndose así como un “*fetiche*” de la administración.

1 República de Colombia, decreto 2150 del 05 de diciembre 1999 “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

2 Ibid.

3 Congreso de Colombia, Ley 1437 DE 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

Posteriormente, y dentro del trasegar histórico de los medios electrónicos, éstos tropiezan con la cultura jurídica colombiana, quien por tradición se ha apegado desde siempre a las formas antiguas del papel. En la Ley 270 de 1996⁴, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ), se esgrime, con gran título el artículo 95:

“ARTICULO 95: TECNOLOGIA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.”⁵

4 Congreso de Colombia, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

5 Ibid.

A través de este artículo, la Ley Estatutaria define qué entidad será la encargada de implementar lo pertinente al uso de la tecnología para la Administración de Justicia, respecto de las funciones otorgadas al Consejo Superior de la Judicatura, se realizará un análisis del Acto Legislativo 02 de 2015, y las posibles afectaciones que sufrió este ente judicial.

Así mismo dentro de esta normatividad, se previó únicamente la responsabilidad del Estado en tres casos: error jurisdiccional, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Los consagró de la siguiente manera:

“ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTICULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”⁶.

Respecto del error judicial, la ley dispone en su art. 67 que se deben cumplir unos requisitos, reiterados dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales son “i) que el error esté contenido en una providencia judicial, ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado haya interpuesto contra la

6 Ibid.

citada providencia los recursos procedentes”⁷. El error cometido puede ser jurídico o de facto, y emana de las providencias emitidas por quienes detentan la administración de Justicia.

El defectuoso funcionamiento de la justicia, se presenta en actuaciones u omisiones que no derivan de la expedición de providencias judiciales, sino que constituirán una falla. Todas las acciones u omisiones constitutivas de falla que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia.⁸

Respecto de la privación injusta de la libertad, esta se deriva o se construye a partir del resultado final del proceso penal⁹. Por ello, cuando una persona dentro del proceso penal se le impone una medida de aseguramiento en centro carcelario por detención preventiva, y el fallo es absolutorio por cualquier circunstancia, esa privación de la libertad en todo caso será injusta, y el Estado estará obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados al particular.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado a través de jurisprudencia emitida ya había previsto y distinguido la consagración de estos casos “*como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado*”¹⁰.

A pesar de que con esta ley se intentó lograr la modernización dentro del sistema judicial, instaurando modelos y medios tecnológicos en los despachos judiciales, ello no pudo ser llevado a cabo ni materializado

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sub-Sección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera Bogotá, 16 de julio de 2015, Radicación: 36634.

8 Ibid

9 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Privación injusta de la libertad: Entre el derecho penal y el derecho administrativo, 2013. Disponible en: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicacionesandje/Documents/privacion_injusta_libertad.pdf

10 Ibid.

en esa época, incluso en la actualidad, hay jurisdicciones que aún no han logrado dicha implementación. Luego, con la expedición de la 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”*¹¹. A pesar de que no tiene, propiamente dicho, un carácter de desarrollo en los medios electrónicos como herramienta de la Administración de justicia porque se enfoca más a la regulación del comercio electrónico, tal y como se puede observar en su exposición de motivos¹², cobra importancia para el estudio realizado, debido a que con esta normatividad se logran definir por primera vez, conceptos que necesariamente se tuvieron en cuenta en desarrollos normativos que reglamentan el tema de los medios electrónicos, como por ejemplo, la firma electrónica y la integridad de un mensaje de datos.¹³

Otro asunto novedoso que esta ley reglamenta, es que, por primera vez en Colombia, se establece la forma en la que se debe realizar la admisibilidad, valoración, y conservación de los documentos electrónicos que se alleguen a un proceso. Todo lo anterior, pensado en asuntos o procesos que tengan que ver con el comercio electrónico, creación de contratos por correo electrónico y demás transacciones, pero que sin duda inspiraron conversaciones posteriores.¹⁴

11 Congreso de Colombia, Ley 579 de 1999.

12 Para un amplio y mejor estudio podrá consultarse a través de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10595>

13 Ley 527 de 1999, artículo 9. *“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.”*

14 El Consejo de Estado, para la creación de la ley 1437 de 2011, discute, específicamente en su aparte sobre el artículo 62, el tema de las entidades de certificación y si su carácter es público o privado. Este tema de las entidades de certificación había sido previamente tratado por esta Ley de 1999. Lo anterior se puede evidenciar en el libro *“Memorias de la Ley 1437 de 2011”* Volumen III. Del Consejo de Estado., p. 268 y siguientes.

Nótese entonces, como este importante avance en temas digitales no se da desde un enfoque público sino privado de transacciones comerciales, las cuales parecen impulsar o servir de inspiración al derecho público a actualizarse en este aspecto, el Estado es posmoderno¹⁵ en contraste con las transacciones comerciales que empezaban a practicar los particulares. Estas normas aparecen cuando en las entidades del Estado, y en general, los despachos judiciales tenían como práctica generalizada la utilización de los servicios de las empresas de correo para el envío de correos certificados como, por ejemplo, para citar a audiencias, responder derechos de petición o telegramas de cualquier naturaleza.

Posteriormente, en el Documento Conpes 3248 de 2003, el Estado empieza a plantear soluciones a la problemática que se presentaba por la falta de eficiencia del mismo en la implementación de sistemas tecnológicos y resalta valores que son muy importantes como el deber del ciudadano responsable *“de ejercer el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas y de la gestión estatal, procurando la transparencia y la buena utilización de los recursos públicos.”*¹⁶ A través de este documento, se buscó hacer evidente la necesidad de establecer y adecuar dentro de las entidades el manejo de sistemas de información, la implementación del Gobierno Electrónico, de mecanismos electrónicos en los sistemas de contratación estatal y definir una estrategia anti trámites.

Estas problemáticas parecen haber sido tenidas en cuenta por el legislativo y plasmadas en normativas posteriores, como ocurrió en la Ley 962 de 2005 *“por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades*

15 JACQUEZ CHEVALLIER. L'État post-moderne”, Coll. “Droit et société”, L.G.D.J., 2004. Traducido al español por OSWALDO PÉREZ OROZCO, Universidad Externado de Colombia. , 2011.

16 Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3248 de 2003, “Renovación de la Administración Pública” Disponible en: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3499_documento.pdf

del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”¹⁷.

En dicha ley, se hacen modificaciones estructurales del comportamiento de la Administración en materia procesal y específicamente es en su artículo 6 en donde principalmente se plantean los medios electrónicos y su impacto en la administración:

“ARTÍCULO 6o. MEDIOS TECNOLÓGICOS. Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

La sustanciación de las actuaciones, así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública.

17 Congreso de Colombia, Ley 962 de 2005.

En los casos de peticiones relacionadas con el reconocimiento de una prestación económica en todo caso deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama.

La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

PARÁGRAFO 1o. Las entidades y organismos de la Administración Pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.

PARÁGRAFO 2o. En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

PARÁGRAFO 3o. Cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realice por medios electrónicos, las firmas autógrafas que los mismos requieran, podrán ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor, de conformidad con lo que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.”¹⁸

El análisis en conjunto del apartado traído a colación deja entrever la importancia que tuvo su consagración normativa, esta ley (Ley 962 de 2005) tuvo como principal objetivo: “*facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública*”¹⁹ mediante la eliminación de exigencias

18 Ibid. Artículo 6.

19 Ibid.

injustificadas o trámites innecesarios y buscó aplicarse no solo desde las actuaciones de la Administración, sino incluso hasta la racionalización de los usos físicos, por ejemplo, promoviendo el uso de la factura electrónica (artículo 26) o libros de comercio llevados de forma electrónica (artículo 28). Dicha ley también terminó (con algunas excepciones) con la solicitud por parte de la Administración de Registro Civiles con alguna fecha de expedición reciente y da valor al medio magnético del mismo (artículo 21). Conforme a lo anterior se puede afirmar que en general es una normativa que busca hacer mucho más fácil nuestro trasegar como ciudadanos a la hora de acudir al Estado. Frente al tema de los medios electrónicos, aunque incorpora temas novedosos, en nuestra opinión se quedó un poco corta. Dentro de los asuntos novedosos podemos resaltar:

1. Obligación de mostrar los correos electrónicos que tenga la Administración.
2. Los principios que deben regir estas actuaciones electrónicas, los cuales serán posteriormente recogidos por la ley 1437 de 2011.
3. Retoma el tema del certificado digital como forma de reemplazar el elemento arcaico de la firma autógrafa, dándole aplicación a los actos administrativos que por medio electrónico sean expedidos por la administración, dejando la posibilidad abierta para que este tema sea ampliamente regulado.

No obstante, la Ley 962 de 2005, al menos en su artículo 6, se quedó corta en la implementación de las obligaciones que exigía a la administración, debido a que fueron tratados con un carácter adicional a los medios tradicionales y no independientes de éstos. Puede decirse que le otorgó una obligación “*lapsa*” a la Administración para la utilización de los mismos. Sin embargo, al no ser de carácter imperativo, ello no funcionó debido a que las entidades estatales prefirieron seguir utilizando los medios que tradicionalmente usaba, manteniéndose en la zona de confort, apegada a estos métodos que le generaban confianza y seguridad jurídica y dejando de lado implementación de los medios electrónicos, lo cual se estableció

tardíamente, retrasando la inclusión de la tecnología en el funcionamiento del aparato estatal.

Consecutivamente, y en virtud de lo que en su momento²⁰ fueron los artículos 254 y siguientes de la Constitución Política, los cuales regulaban la función del Consejo Superior de la Judicatura, se generó el Acuerdo No. PSAA06-3334 DE 2006, emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que, de conformidad con artículo 95 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, ente encargado de crear y gestionar la implementación de nuevas tecnologías de la información en Colombia. En dicho documento, una entidad judicial por primera vez desarrolla más a fondo los temas que fueron definidos en otras normas, se les da un poco más de importancia a conceptos como: correo electrónico, sitio web, entidad de certificación, entre otros, que son reiterados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, en cumplimiento del mandato de la Ley Estatutaria, casi 10 años después.

El Acuerdo, tiene un ámbito de aplicación aún más amplio que el que merece nuestra atención dentro de la obra, pues no solo aplica estos conceptos para procedimientos administrativos o contencioso administrativos, sino que, según su artículo segundo, el cual delimita el ámbito de aplicación *“El presente acuerdo se aplicará en lo pertinente, a los procedimientos civil, contencioso administrativo, laboral, penal y disciplinario, respecto de los actos de comunicación procesal, susceptibles de realizarse a través de mensajes de datos y método de firma electrónica, así como en lo relacionado con los documentos contenidos en medios electrónicos y su presentación, en los términos de los respectivos códigos de procedimiento”*²¹. Dicha implementación debía llevarse a cabo dentro de todo el sistema judicial.

20 Ello se estudiará más detalladamente, cuando se analicen los artículos de la Constitución Política modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015.

21 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa Acuerdo No. PSAA06-3334 de 2006.

Frente al tema de la Responsabilidad del Estado por Falla en el Servicio de los Medios Electrónicos, es importante resaltar artículos como el quinto, el cual establece la equivalencia funcional de los documentos electrónicos frente a los documentos físicos, y el artículo 10 al 14 los cuales, cobran importancia por tratar el tema de la recepción de mensajes de datos por parte de la autoridad judicial, recepción de los mensajes de datos y momentos en los cuales se entiende recibido el mensaje. Nos permitimos su transcripción literal.

*“ARTÍCULO DÉCIMO – RECEPCIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL Y DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los actos de comunicación procesal y los mensajes de datos se **entenderán recibidos por el destinatario**, bien sea el usuario o la autoridad judicial, en el momento en que se genere en el sistema de información de la autoridad judicial el acuse de recibo junto con la radicación consecutiva propia de cada despacho. Para estos efectos, la Sala Administrativa implementará el correspondiente programa que genere de manera confiable el acuse de recibo.*

Exceptúense de esta norma, las notificaciones personales realizadas en las actuaciones y procesos disciplinarios, que conforme al artículo 102 de la Ley 734 de 2002 se efectúen a través del correo electrónico del investigado o su defensor, caso en el cual la notificación se entenderá surtida en la fecha del reporte de envío del correo electrónico, el cual deberá ser anexado al expediente.

*ARTÍCULO UNDÉCIMO - RECEPCIÓN DE MENSAJES POR PARTE DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES. Las autoridades judiciales **deberán observar las siguientes reglas** en la recepción de los mensajes de datos:*

- a) Si el originador del mensaje de datos remitido a la autoridad judicial, considera que la transmisión generó un error en*

el mensaje, deberá avisar inmediatamente a la autoridad judicial, sobre la ocurrencia de tal hecho.

- b) La autoridad judicial deberá llevar un **estricto control** y relación de los mensajes recibidos en su sistema de información. La no realización del control y relación, será causal de mala conducta por desconocimiento de los Acuerdos de esta Sala, en atención a que su observancia constituye un deber y su incumplimiento se encuentra erigido como falta disciplinaria en el Código Único Disciplinario*
- c) **Con miras a procurar que la casilla del correo electrónico no se llene**, la autoridad judicial o el administrador del sistema del correo electrónico, deberán procurar mantenerlo al mínimo de la capacidad y contar con las medidas adecuadas de protección de la información.*

ARTÍCULO DUODÉCIMO – PRUEBA DE LA RECEPCIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL EMITIDOS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. Para efectos de demostrar la recepción de los actos de comunicación procesal remitidos por la autoridad judicial, se señala:

- a) **Será prueba** de la recepción de mensaje de datos por la autoridad judicial de conocimiento, el acuse de recibo junto con la radicación consecutiva generada por el sistema de información de la autoridad judicial.*
- b) Frente a una diferencia entre el contenido del acuse de recibo aportado por el destinatario del mensaje, y los datos generados por el control interno del sistema de información de la autoridad judicial, prevalecerá éste último.*
- c) Para efectos del cumplimiento de los términos procesales, si el sistema de información de la autoridad judicial rechaza el mensaje, el originador deberá cumplir el acto de*

comunicación procesal con el documento físico y conforme a lo establecido en la ley procesal e informar a la autoridad judicial, de la situación dentro del siguiente día hábil en que haya ocurrido el rechazo citado.

- d) La autoridad judicial que reciba actos de comunicación procesal, mediante mensajes de datos conforme a las condiciones establecidas en el presente acuerdo, hará una impresión del mensaje de correo electrónico enviado y lo incorporará al expediente.*

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO – REMISIÓN DE ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL POR PARTE DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. Las autoridades judiciales sujetas al presente Acuerdo podrán remitir actos de comunicación procesal, a través del correo electrónico, siempre y cuando se encuentran avaladas por una entidad certificadora autorizada en los términos de la ley, para lo cual, en el ámbito de su competencia, el Consejo Superior de la Judicatura llevará a cabo las contrataciones que se requieran para tal fin.

La autoridad judicial remitirá los actos de comunicación procesal, a la dirección de correo electrónico suministrada por la parte o a la que aparezca inscrita en la Cámara de Comercio donde este registrado el destinatario del acto de comunicación procesal, o en la dirección aportada bajo juramento.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO – RECEPCIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos se entienden recibidos de la siguiente manera:

- a) Cuando el destinatario ha confirmado mediante acuse de recibo la recepción, o éste se ha generado automáticamente*
- b) Cuando el destinatario o su representante, realiza cualquier actuación que permita concluir que ha recibido el mensaje de datos.*

c) Cuando los actos de comunicación procesal emanados de la autoridad judicial, no han sido devueltos al sistema de información de la autoridad judicial, dentro de los tres (3) días calendario siguiente a su remisión.”

Este acuerdo y la normativa anteriormente reseñada constituyen, a nuestro parecer, un punto de avance en materia de aplicación de los medios electrónicos por parte de las autoridades judiciales. Si se compara su lenguaje, en contraste con la normativa anteriormente reseñada se encuentra que dicho acuerdo es el verdadero paso anterior al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sus normas sobre la utilización de medios electrónicos en el proceso.

La normatividad transcrita es de vital importancia, por primera vez una entidad judicial, encargada del desarrollo de estos medios y no de su reglamentación realiza presunciones probatorias y demarca pruebas de facto en el trámite procesal y transversal a todo el sistema judicial. El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y seguramente por la misma cercanía a las funciones jurisdiccionales de su Sala adyacente, la Sala Disciplinaria, impone también una aplicación mucho más progresista de la notificación por correo electrónico como forma de notificación personal en la expresión del ius puniendi del Derecho Disciplinario regulado por la Ley 734 de 2002, donde exigirá simplemente la copia del mensaje de datos donde conste el envío de la notificación por correo electrónico anexado al expediente; contrario a la regla general del inciso primero, que implica la utilización de un sistema de información que genere “*de manera confiable un acuso de recibo*” que en este punto la entidad judicial buscó una aplicación mucho más inmediata, menos formalista y más acorde con los tiempos modernos, valorando así los avances tecnológicos logrados por la humanidad, que tratar de implementar dichos avances de manera impetuosa en las otras altas cortes, las cuales tienen dinámicas procesales diferentes y más tradicionalistas, exegéticas y rigurosas como la jurisdicción ordinaria.

Consultando la página web de “Le Conseil D’état”, pudimos apreciar que en este país cuentan con una plataforma denominada “Télérecours”,

esta aplicación informática sirve para gestionar la “communication dématérialisée”, en donde los ciudadanos presentan peticiones, escritos ante la Jurisdicción Administrativa. Esta plataforma ofrece a las partes accesibilidad inmediata al contenido de todos los archivos, permitiendo la búsqueda, descarga y grabación e incluso la impresión de los documentos que las partes dentro de un proceso aportan, se asimila a lo que se conoce en Colombia como expediente electrónico.

El “Télérecours” permite a las partes tener una firma electrónica, de conformidad con requisitos del Código Civil Francés; aducen, que dentro de los documentos electrónicos que esta plataforma ahorra tiempo y dinero en los costos de envío, y a la vez, ofrece seguridad a través de una marca de tiempo, la cual permite verificar si los documentos son entregados a tiempo y si son revisados dentro de los términos legales.

SECCIÓN B: TRATAMIENTO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY 1437 DE 2011.

La ley 1437 de 2011 recoge todos estos avances, dentro de su capítulo 4, entre los artículos 53 y 63. El maestro y doctrinante Gustavo Quintero Navas²² expone los conceptos esenciales sobre el Proceso Judicial Electrónico, Documento electrónico y Expediente Judicial Electrónico. También estudia los temas de la prueba virtual, notificación electrónica y dentro de las se rescata “*la necesidad de actualizar el ordenamiento colombiano*” la cual “*(...) encuentra una respuesta en el recientemente aprobado Código de Procedimiento Administrativo (...)*” Sus conclusiones son evidencian las carencias, frente a temas como la firma electrónica y la garantía de autenticidad de los mensajes de datos.

Como lo afirma el profesor Quintero: la primera parte de la ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones que gobierna el procedimiento administrativo, esto es, el cauce de actuación de la administración pública

22 QUINTERO NAVAS, GUSTAVO. Contencioso administrativo y Medios Electrónicos: Un gran paso hacia la modernización del ejercicio de la justicia administrativa. Revista de Derecho sobre Comunicaciones y Nuevas tecnologías.

en el desempeño de funciones administrativas, esto es consecuencia de que el legislador colombiano siendo consiente de los principios rectores como debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, eficacia, economía y celeridad, haya optado por un cambio de la concepción misma de la administración pública en el marco del derecho al buen gobierno o a la buena administración, que conlleva la confianza de los ciudadanos en la labor administrativa²³.

Dentro de estos diez artículos, el legislador pretendió incluir la regulación y el tratamiento que tendrán los procedimientos y trámites administrativos que se adelantan, con el uso de los medios electrónicos, teniendo como base el principio de igualdad de acceso a la administración, y remite expresamente a la ley 527 de 1999.

En el artículo 54, se expresa que el medio para acceder a los medios electrónicos, deber registrarse la dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin, en cada entidad. La única condición que ha fijado el legislador es que el administrado manifieste su consentimiento y aceptación de ser notificado únicamente por este medio, de allí se desprendería correlativamente el deber de estar atento a la revisión del mismo, la única excepción que existe para que el registro electrónico no sea de carácter obligatorio es cuando se elevan peticiones de información y consulta.

Respecto del valor probatorio que la ley le ha otorgado a los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos, estos tendrán la misma validez y fuerza probatoria que las disposiciones civiles le confieren a los manuscritos, aquí será pertinente la remisión al Código General del Proceso, desde los artículos 243 y subsiguientes.

23 QUINTERO NAVAS, GUSTAVO. El derecho al buen gobierno en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, énfasis en las normas del procedimiento administrativo, en Nuevas tendencias del derecho administrativo, Helena Alvear García (coordinadora). Universidad de los Andes, Bogotá- Colombia., 2016.p. 131.

Este capítulo también pretende regular lo que es la notificación electrónica, un tema con un amplio debate debido a que dispone y permite la comunicación de actos de la administración a través de medios electrónicos, siempre y cuando el administrado haya aceptado este medio de notificación, y dispone: *“La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración”*²⁴. Es de anotar que la norma deja ciertos vacíos, toda vez que no existirá certeza sobre el acceso que el particular tendrá a los documentos, debido a que no todas las plataformas virtuales de correo electrónico cuentan con esta opción.

Además de lo anterior, regula lo que es un acto administrativo electrónico²⁵, allí las autoridades *“podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad”*²⁶ de acuerdo con la ley. Así mismo, dispone que cuando en el procedimiento administrativo se utilicen los medios electrónicos, deberá crearse un expediente y un archivo de la misma naturaleza, los cuales servirán exclusivamente para el almacenamiento de los documentos utilizados en las actuaciones administrativas, esto es algo novedoso, toda vez que desde la creación de las jurisdicciones, se ha acostumbrado a llevar todo a través de medios físicos y en carpetas que se encuentran dentro de la bodega de archivo de las entidades.

La normatividad, también obliga a las entidades disponer de una sede electrónica²⁷, la cual debe estar a disposición y en conocimiento de los administrados, esta sede es entendida como las direcciones de correo electrónico que representarán a las entidades, y autoriza que se realicen sesiones virtuales, para deliberar, votar y decidir en conferencia virtual temas de interés para la entidad y el Estado.

24 Ley 1437 de 2011 Op. Cit., artículo 56.

25 Ibid. artículo 59.

26 Ibid.

27 Ibid. artículo 62.

El Profesor Gustavo Quintero es un acérrimo defensor de los medios electrónicos y así lo enseña en sus cátedras universitarias, en donde expone ejemplos de cómo utiliza herramientas como Whatsapp para notificar a sus contrapartes, haciendo uso de la libertad probatoria que la ley 1437 de 2011, consagra en su artículo 40 y haciendo remisión al Código General del Proceso²⁸.

SECCIÓN C: MEDIOS ELECTRÓNICOS Y SU APLICACIÓN TOP-TO-DOWN: PROPUESTAS DE UN NUEVO ENFOQUE.

En la revisión de la bibliografía se encontró poco o nada sobre estudios empíricos que demuestren la real aplicación de los medios electrónicos en Colombia. Mucho menos en temas tan sencillos -pero tan vitales y de fácil aplicación- como la notificación electrónica en reemplazo de la tradicionalmente denominada notificación personal. Es sorprendente pensar que desde las Universidades y en reticencia con el cambio de la normatividad y del trasegar del mundo, se imponga a los destinatarios de la ley que se continúe preservando una notificación personal, en procesos tan sencillos como el disciplinario generado por una oficina de Control Interno de una entidad.

Debería ser del interés de los Consultorios Jurídicos en particular, de las Universidades en general, e incluso de las entidades estatales que se promueva la utilización de los medios electrónicos en los procesos administrativos que se adelanten. No podemos acostumbrar a los estudiantes a la utilización del arcaico correo certificado, pues lo anterior, sería recaer en una cultura jurídica que precisa un cambio de mentalidad y no atienden a las necesidades actuales que el mundo impone a la humanidad.

Lo anterior choca, cuando dichos procesos se llevan a cabo en entidades que no tienen mayor interés en dar aplicación a esta nueva normativa de medios electrónicos; pero ¿si desde la academia no se apoya el cambio

28 La norma remite al Código de Procedimiento Civil, sin embargo, se entiende que la remisión es directamente al Código General del Proceso, norma que derogó la normatividad anterior y se encarga de regular en la actualidad dichos asuntos.

de la cultura jurídica, qué esperanzas se puede tener en la expedición de normas, acuerdos y decretos expedidos por legisladores, jefes de entidad, o incluso de la implementación que se lleve a cabo por parte de los despachos judiciales los cuales no están en capacidad de fiscalizar dichas normas?.

Somos nosotros los operadores jurídicos, los profesores y los estudiantes quienes estamos en capacidad de exigir, con fundamento en la Ley, a los operadores jurídicos, la aplicación de una normatividad vigente en donde no se le dé primacía a los métodos tradicionales, sino que se apliquen y se acepten la utilización de las nuevas tecnologías. No obstante, existe cierta comodidad, confianza y seguridad en el método arcaico convirtiendo así estas disposiciones normativas en letra muerta. Dicha implementación trae consigo nuevos retos necesarios para que el sistema judicial pueda avanzar.

Lo anterior, sería un paso fundamental para evitar que, ante una permanencia en el pasado y una reticencia al cambio, el Consejo de Estado se sature de demandas de reparaciones directas que tengan como fin la indemnización administrativa por la no aplicación de los medios electrónicos. El artículo 62 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, puede dar pie para ello. Convertirse en un castigo a la Administración, ni siquiera por la defectuosa regencia de justicia, sino por la no implementación de los medios electrónicos frente a la negligencia de no enviar un correo electrónico a la dirección autorizada por una de las partes del proceso, y quedarse en la comodidad y confianza de seguir con la vieja costumbre de notificar, igual que en 1950.

La notificación electrónica, aún causa cierto grado de desconfianza, muestra de ello es la disposición adicionada por el Código General del Proceso, el cual dispone que *“las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, solo comenzaran a correr al*

vencimiento del termino común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación”²⁹.

Así mismo, sostiene el profesor Palacio Hincapié, que la norma incurre en una “*tautología procesal*” la cual explica en el sentido de que obliga a enviar copias y anexos de la demanda dentro de la notificación electrónica, y a pesar de ello permite que los demandados, puedan acercarse a la secretaria en un término bastante amplio con el fin de solicitar los mismos documentos “*ello no es más que la inseguridad del legislador al implantar un sistema de notificación que, por el contrario debiera dársele toda credibilidad*”³⁰.

SECCIÓN D: PARALELO ENTRE EL TRATAMIENTO TRADICIONAL Y EL QUE ACTUALMENTE SE LE OTORGA A LA NOTIFICACIÓN Y AL VALOR PROBATORIO.

Es importante identificar los avances y la forma de implementación de los medios electrónicos en el proceso y procedimiento administrativo desde la experiencia que trae el derecho privado nacional e internacional, esto, con el fin de correlacionar los conceptos y adaptarlos a la práctica administrativa.

Para este propósito tendremos en cuenta el tratamiento que se le ha dado a la documentación tradicional escrita y a la que se tramita actualmente por vía electrónica en diferentes campos del Derecho.

El profesor Christian Hess, establece en la Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, llevado a cabo en Lima, Perú,

29 PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. 2013. Bogotá., p. 726.

30 Ibid.

unas generalidades del procedimiento electrónico, que en palabras del profesor Hess modela a su contraparte tradicional³¹ escrita. De esta forma:

Tabla1: Comparación de los elementos del procedimiento electrónico con el escrito³²

	Procedimiento Tradicional	Procedimiento electrónico
Expediente	De papel	Electrónico
Documentos	De papel	Electrónico
Firma	Ológrafa	Digital

Fuente: elaboración propia.

De esta forma, se establece el primer factor esencial tanto en el procedimiento judicial o administrativo, este es el “*expediente electrónico*”, cuya noción es entendida como una colección secuencialmente ordenada, de las actuaciones de los intervinientes en el proceso³³. Cuyo objeto es organizar cada pieza que sirva de juicio para fundamentar la decisión administrativa o judicial. De esta forma este concepto sustancial es uno solo, y es enteramente válido para cualquier clase de procedimiento, sea tradicional o electrónico, la única diferencia es el tipo de soporte y los medios empleados para la manipulación del expediente electrónico.³⁴

31 HESS A, CHRISTIAN, Hacia el procedimiento electrónico administrativo y judicial. Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho e informática. Lima, Perú, enero de 2000.

32 De esta manera, así como el procedimiento ordinario se desarrolla en un expediente (de papel), compuesto por documentos (de papel) que llevan firma (ológrafa) de su autor, el procedimiento electrónico da pie a un expediente (electrónico), que contiene documentos (electrónicos), calzados con la firma (digital) de su autor.

33 HESS. Op. Cit., p. 2.

34 HESS Op. Cit., p. 2.

Tradicionalmente, han sido de papel los expedientes, administrativos y judiciales, lo cual ha llevado que los medios de prueba reinan admitidos, sean en papel. Sin embargo, los expedientes introducidos en papel según el profesor Hess, adolecen de varias y sustanciales desventajas:

1. Tienden a deteriorarse rápidamente, por la acción del tiempo, de los elementos o de diversos otros factores, destacando entre éstos su manipulación, ya que el papel se desgasta y no es posible de ninguna forma volver a recuperarlo
2. Debe manejarse físicamente, enviándolo de un lugar a otro, posiblemente incrementando así el proceso de su deterioro. Además del tiempo y el dinero necesario para su traslado.
3. Los expedientes soportados en papel, ocupan un gran volumen de espacio físico, su almacenaje y bodegaje incrementan el riesgo de destrucción por suciedad, humedad, incendios o por la presencia de animales.
4. La recuperación y búsqueda del *expediente* es difícil y dispendiosa.
5. La duplicación de los expedientes es costosa, y actualmente no está vigente con las problemáticas ambientales globales entorno al gasto de papel y tala de árboles.

Todo ello, desemboca en la necesidad de implementar el uso de los medios tecnológicos, con la exigencia de poder adaptarlos a todo lo que conlleva el procedimiento y el proceso en la práctica administrativa para su real eficacia.

El segundo elemento esencial en el procedimiento es el “*documento electrónico*”, el cual se entiende como un instrumento de “*papel*”, que sirve para probar algo. Las características esenciales del documento incluyen:

1. Material, es visible y perceptible a través de lo material
2. Representativo, contiene o figura en él un acontecimiento o un hecho³⁵
3. Debe ser anterior al litigio donde se vaya a utilizar como medio de prueba.

A su vez, el Profesor Peñaranda define el documento electrónico como: *“aquel instrumento que contiene un escrito-mensaje, destinado a durar en el tiempo, en el lenguaje convencional, sobre soporte, que podría ser cinta, disco. En otras palabras es aquel documento que provenga de cualquier medio de informática o que también sea formado o realizado por ésta”*³⁶.

Una vez más se corrobora, que el documento es el mismo sustancialmente, sea en papel o en vía electrónica. El documento electrónico tiene que reunir determinadas características atinentes a la seguridad, con el objetivo de brindar autenticación y certeza al contenido del documento, tales como:

1. El contenido y estructura del documento electrónico debe ser inalterable; su contenido no debe poder ser manipulado libremente una vez concluido, a menos que medie el consentimiento de todas las partes
2. Debe ser claramente legible, de manera directa o a través de una herramienta adecuada.
3. Su contenido debe permitir la identificación del lugar, nombres, dirección, fecha de redacción, de envío y de recepción.
4. Debe ser estable; debe poseer una vida útil igual o mejor que la de papel, en términos de su eventual.

35 Peñaranda Quintero, Héctor Ramón. “El documento electrónico o informático”, en Ponencias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informático, op. Cit., p. 403. Citado por Hess A, Ob Cit.

36 Ibid.

El tercer elemento es la “*firma digital*”³⁷, esta deberá decidirse si se pretende usar la firma electrónica para así, tomar las medidas necesarias para implementar la seguridad en el procedimiento arbitral y evitar cualquier tipo de fraude.³⁸

Siendo la firma el signo característico mediante el cual un sujeto declara su voluntad, no se configura como un elemento esencial. Ya que, si bien pueden existir responsables de un servicio de certificación de firma electrónica,³⁹ el artículo 6 de la Ley Modelo Uncitral sobre comercio Electrónico, establece que un mensaje de datos satisface el requisito de forma escrita “*si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta*”; posteriormente enuncia en su artículo 7 que “*cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines, para lo que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente*”⁴⁰. Por lo tanto, existen diversas formas de comprobar la declaración de voluntad imputada a una persona.

Por otra parte, en Colombia la violación de datos personales se encuentra tipificado en el artículo 269f de la ley 1273 de 2009 de la siguiente manera:

“El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda,

37 El profesor Nelson Remolina Angarita, arguye que ahora todas las organizaciones cuentan con otra alternativa de identificación electrónica, procede es observar en cada caso si es conveniente o no utilizarla.

38 FIGUEROA VALDÉS, JUAN EDUARDO El arbitraje online en el comercio internacional. Santiago, Chile. Mayo de 2004.

39 ZAPATER, ENRIQUE BACIGALUPO. Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-12(2002)

40 FIGUEROA. Op. Cit.

intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”⁴¹.

Es menester aclarar que la ley 1266 de 2008 definió dato personal como:

“(…) cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica”⁴².

Dicho apartado obliga a las entidades estatales a un trato especial en el manejo de los datos personales de sus empleados.

SECCIÓN E: LA MANIPULACIÓN Y VALORACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO ELECTRÓNICO.

Uno de los principales obstáculos que presenta el material probatorio electrónico, radica en la posible valoración deficiente que hace el juez en el momento de valorar la prueba electrónica, debido a que no existen criterios o requisitos que guíen la actividad valorativa de la evidencia digital, dejando tal acción al libre albedrío de la razón y de la sana crítica del operador judicial.⁴³

41 Congreso de Colombia, ley 1273 de 2009 artículo. 269f

42 Congreso de Colombia, ley 1266 de 2008

43 RUEDA PLAZAS ANDREA, Y J. CANO JEIMY. Valoración de la evidencia digital: Análisis y propuesta en el contexto de la administración de justicia en Colombia. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes. Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías ISSN1909-7786, septiembre de 2006.

En la valoración de todo documento electrónico, el juez deberá determinar tres aspectos fundamentales de la prueba: la calidad de la información, la fuente y el contenido⁴⁴.

Dentro de los principales países que se interesaron por regular este tema, se encuentra España, en donde se sancionó el Real Decreto Ley 14 sobre firma electrónica en el año de 1999 y se le otorgó el mismo valor jurídico de la firma manuscrita.⁴⁵ Por otra parte, Estados Unidos promulgó “*The Electronic Signature Act Florida*”, de mayo 1996, la cual también reconoce la equivalencia probatoria de la firma digital con la firma manual⁴⁶

En Estados Unidos ha tenido una gran acogida la aceptación de la evidencia digital como prueba válida dentro de los procesos judiciales⁴⁷, a esto se le suma la reciente promulgación de la “*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act del 2000*,” la cual establece ciertos principios que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar este material y de esta manera brindar seguridad jurídica, dentro de ellos se encuentran:

1. *“El desarrollo y uso de los registros electrónicos y la firma electrónica deberían ser regulados por los principios de neutralidad y autorregulación antes que la fijación que la fijación estatal de reglas.*
2. *Los principios de neutralidad y no discriminación entre proveedores de tecnología para el registro electrónico y la firma electrónica.*

44 NATAN NISIMBLAT. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano. Bogotá, Colombia. Universidad de los Andes. Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías, N° 4, junio de 2010. ISSN 1909-7786, p.28.

45 RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY, IDEM. Op. Cit.

46 “En esta ley se usa el término de *international notary* en lugar de *cybernotary*, utilizado en otras leyes de EE. UU” ERICK RINCÓN CÁRDENAS, Manual de derecho de comercio electrónico y de internet, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, centro Editorial Rosarista, 2006., p.62.

47 RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY, Idem op. Cit, p. 99.

3. *Las partes en una transacción pueden establecer requerimientos relativos al uso de la firma electrónica aceptables para esas partes.*
4. (...) *No puede negarse validez y efecto a los registros electrónicos y la firma electrónica otorgados en una forma aceptada por las partes, sobre la base de que no son escritos*”⁴⁸.

Latinoamérica no se ha quedado atrás, gracias al fenómeno del mimetismo⁴⁹ ya explicado con anterioridad en el capítulo uno, se han adoptado normatividades similares como en Perú, en el año 2000 sancionó la Ley de firmas y certificados No. 27269. Argentina, promulgó la Ley 25.506 sobre la firma digital. Chile, sancionó la Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de esta No. 19.789. Colombia, estas leyes tuvieron su fuente de creación en la Ley Modelo del Proyecto UNCITRAL sobre comercio electrónico, tal como se ha explicado en el presente texto.

La Corte Constitucional Colombiana se pronuncia frente a ésta, comentando:

“(...) la cual fue inspirada en la convicción de que al dotársele de fundamentación y respaldo jurídicos, se estimularía el uso de los mensajes de datos y del correo electrónico para el comercio, al hacerlos confiables y seguros, lo cual, de contera, redundaría en la expansión del comercio internacional, dadas las enormes ventajas comparativas que gracias a su rapidez, estos medios ofrecen en las relaciones de índole comercial entre comerciantes y usuarios de bienes y servicios”.⁵⁰

Surge el concepto del “*equivalente funcional*”, el cual consiste en suplir las exigencias formales como la firma, o requisitos en escrito, por

48 Electronic Signatures in Global and National Commerce Act del 2000

49 DE GAUDUSSON, Op. Cit, 1990.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

equivalentes electrónicos que cumplan con la misma función, los cuales son más eficaces para los fines del comercio electrónico⁵¹. A su vez, resuelve el problema de admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, ya que suple tal dificultad por la regla de la mejor prueba⁵².

En el caso colombiano, lo operadores cuentan con dos alternativas jurídicas de valoración de la prueba electrónica que, a pesar de ser idóneas y eficaces para esclarecer los hechos de un caso, tiene problemas de tiempo, costos, especialidad y uso de tecnología especial para la identificación y valoración de este tipo de prueba.

En primer lugar, los hechos pueden ser valorados por el operador jurídico a través de un peritazgo. En segundo lugar, el operador jurídico puede valorar las pruebas electrónicas como meros indicios, por cuanto el mensaje de datos que determina la existencia de un hecho dentro del proceso, no llega a cumplir con los requisitos mínimos de seguridad jurídica, ya que es claro que los medios informáticos no entrarían como prueba sumaria, ya que queda en manos del juez otorgarle la fuerza probatoria y el grado de convencimiento a los medios informáticos, bajo los criterios de la razón y de la sana crítica⁵³. Sin embargo, al ser pruebas electrónicas gozan de una eficacia natural por el simple hecho de ser documentos electrónicos⁵⁴, por tal razón, el operador jurídico no deberá restarle valoración probatoria a los mensajes de datos por el hecho de ser electrónicos, esto por cuanto se presentaría una ilegalidad⁵⁵.

Si se pretende que la evidencia digital sea válida, y en consecuencia valorada por la autoridad competente en sus sentencias o laudos, se deberá

51 RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY OP. CIT.

52 Ibid. añade “*dicha solución no opera en los países de corte continental o civil, en tanto su aplicación no ha sido aceptada por sus tribunales o cortes*”.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Conducta tipificada en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

hacer a cargo de un informático forense⁵⁶, teniendo en cuenta factores como “*conocimiento, confirmación y verificación de la información; aseguramiento del lugar de los hechos; observación análisis y valoración del lugar de los hechos; recolección embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba; envío de los elementos materia de prueba al almacén de evidencias o al laboratorio especializado; documentación del sistema de cadena de custodia; entrega de los elementos*”.⁵⁷

El informático forense deberá hacer un recuento de cada uno de los procedimientos utilizados, los datos de fechas y horas de los documentos del computador. Así mismo, deberá identificar a cada uno de los autores de los mensajes de datos y todos los hechos inmersos en el sistema computacional⁵⁸ haciendo uso de la cadena de custodia. Además, el perito o informático forense debe enunciar todas las propiedades del equipo incluida su identificación ya sea MAC o IP⁵⁹, inclusive deberá hacer un cotejo entre los ordenadores inmiscuidos, para determinar la coherencia y exactitud de las horas de envío y recibo. Conjuntamente se debe informar la versión, el autor, y estado de licencia del software⁶⁰ o hardware utilizado para la extracción de la información.

Es preciso anotar lo que considera pertinente el profesor Nelson Remolina Angarita en:

56 “*El informático forense funcionaría como un auxiliar de la justicia, encargado de vigilar y proteger la evidencia digital que se pretenda hacer valer dentro de un proceso determinado. Contar con dicho funcionario le daría mayor fuerza probatoria a la prueba electrónica, ya que el procedimiento le otorgará la confianza suficiente para admitir la prueba como evidencia dentro del acervo probatorio.*”
RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY, Op. Cit., P. 115-117.

57 Plan Nacional de Capacitación, t. II, Bogotá, Sistema Nacional de Defensoría Pública. 2008 p. 65-71.

58 RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY, Op. Cit., p. 117.

59 Una IP es un número que identifica un dispositivo en una red, Léase cambio de ipv4 a ipv6, encontrado: <https://www.nic.cr/es/article/mirando-hacia-el-futuro-el-cambio-de-ipv4-ipv6>.

60 RUEDA PLAZAS ANDREA, J. CANO JEIMY, Op. Cit., p. 117.

“...evaluar la posibilidad de creación de una entidad de certificación pública que ofrezca gratuitamente sus servicios. Si ello favorece al ciudadano y se le dan herramientas para que acuda masivamente a utilizar todos los servicios del gobierno electrónico.”⁶¹

Seguidamente Remolina Angarita anota frente a estrategias de políticas públicas para la identificación electrónica ciudadana:

“En primer lugar, el Estado debería proveer de manera gratuita un sistema de identificación electrónica a cada ciudadano, como sucede en España.

En segundo lugar, el Estado podría convertirse en una entidad de certificación abierta, diferente a lo que pasa con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales siendo una entidad cerrada, es decir solo para esta entidad y los ciudadanos. Es decir, un único medio de identificación electrónica del ciudadano frente a todas las ramas del Estado y los particulares, siendo gratuito, confiable, seguro y de fácil acceso para el ciudadano.

En tercer lugar, se debe ofrecer al ciudadano al menos dos alternativas para identificarse. El Estado o quien se encargue de suministrar las alternativas de identificación electrónica debe suscribir acuerdo EDI⁶² con el ciudadano, mediante el cual las partes convienen lo siguiente:

61 REMOLINA ANGARITA, NELSON. Neutralidad tecnológica y alternativas de identificación electrónica ciudadana en el contexto del “gobierno en línea”. En Nuevas tendencias del derecho administrativo, Helena Alviar García (coordinadora). Universidad de los Andes, Bogotá, 2016., p.253.

62 En Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, (94/820/CE).

- *Los mecanismos de identificación electrónica mediante los cuales se establecerá la identidad de cada una de las partes.*
- *El no repudio ni desconocimiento de las comunicaciones o documentos que se generan con la alternativa de identificación ciudadana acordada.*
- *La manera de garantizar la integridad de los mensajes de datos.*
- *Los mecanismos para asegurar la confidencialidad de las comunicaciones y de los mensajes de datos.*
- *La forma de establecer la disponibilidad de los mensajes de datos y la trazabilidad de estos.*

Quien suministre los mecanismos de identificación electrónica será responsable de garantizar y de probar que las alternativas ofrecidas al ciudadano aseguran: identidad plena en el contexto electrónico, el no repudio, integridad de los mensajes de datos, confidencialidad, disponibilidad y trazabilidad de los documentos electrónicos.”⁶³

Como logramos demostrar en párrafos anteriores, el uso de los medios electrónicos en el campo jurídico y estatal es una “novedad”, y aún tiene retos por cumplir respecto de su implementación y del valor probatorio que se les debe dar a los mismos; por esta razón, es pertinente analizar lo que sucedería si al utilizar la tecnología en el marco del procedimiento administrativo ésta en algún momento llegará a fallar y ocasionara algún perjuicio, ello será tratado en el siguiente capítulo de la investigación.

63 REMOLINA ANGARITA, NELSON. Op. Cit., p. 257.