



## Regulación y valoración de la prueba digital, en el procedimiento administrativo disciplinario en el Sector Educación-Perú, 2022 y 2023

Maria Estela Tomaylla Arostegui<sup>1\*</sup>

<sup>1</sup> Escuela de Posgrado. Universidad César Vallejo. Perú.

\*Autor para correspondencia: Maria Estela Tomaylla Arostegui, mtomayllaa@ucvvirtual.edu.pe

(Recibido: 23-01-2024. Publicado: 25-03-2024.)

DOI: 10.59427/rcli/2024/v24cs.1647-1656

### Resumen

*En la presente pesquisa tuvo como objetivo indagar desde lo teórico, normativo y jurisprudencial sobre la prueba digital en el Perú, sus efectos jurídicos, validez y aplicación en los procedimientos administrativos disciplinarios en los años 2022 y 2023. Se utilizó el método cualitativo de tipo exploratorio, con técnicas de entrevistas a profundidad aplicado en 10 abogados que laboran en secretaría técnica de la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios y Secretarios Técnicos de Procedimientos Administrativos de servidores civiles. Se concluye que la prueba digital, si bien se encuentran dentro del acápite de podrán ser objeto de los medios de prueba necesarios del artículo artículo 177 del T.U.O de la Ley N° 27444; sin embargo, por su alta complejidad y volatilidad requiere de un procedimiento incorporado en la referida ley, para que sea aplicado en procedimiento administrativo disciplinario en sus diferentes fases: obtención, incorporación y valoración; a fin de que dé respuesta a las deficiencias señaladas por los entrevistados. Asimismo, para que tenga validez requiere ser corroborada con otras pruebas periféricas y únicamente cuando medie contradicción se debe disponer se practique la prueba pericial, en virtud del derecho de contradicción. En consecuencia, el efecto jurídico que generara tales actuaciones es la igualdad de armas para probar los hechos que afirman.*

**Palabras claves:** Prueba digital, obtención, incorporación, valoración, procedimiento administrativo disciplinario, prueba pericial.

### Abstract

*The objective of this research was to investigate, from a theoretical, regulatory and jurisprudential perspective, digital evidence in Peru, its legal effects, validity and application in disciplinary administrative procedures in the years 2022 and 2023. The qualitative method of type was used. exploratory, with in-depth interview techniques applied to 10 lawyers who work in the Technical Secretary of the Permanent Commission of Disciplinary Administrative Processes and Technical Secretaries of Administrative Procedures of civil servants. It is concluded that digital evidence, although it is within the section of may be subject to the necessary means of proof of article 177 of the T.U.O of Law No. 27444; however, due to its high complexity and volatility, it requires a procedure incorporated into the aforementioned law, so that it can be applied in the disciplinary administrative procedure in its different phases: obtaining, incorporation and assessment; in order to respond to the deficiencies pointed out by the interviewees. Likewise, for it to be valid it must be corroborated with other peripheral evidence and only when there is a contradiction should expert evidence be carried out, by virtue of the right of contradiction. Consequently, the legal effect that such actions will generate is equality of arms to prove the facts they affirm.*

**Keywords:** Digital evidence, obtaining, incorporation, assessment, disciplinary administrative procedure, expert evidence.

## 1. Introducción

En el ámbito global, desde la introducción de las Tecnologías de la Información en nuestra vida diaria con la creación de internet, han surgido nuevos fenómenos legales en diversas áreas del derecho, y el Perú no escapa a esta realidad. En este sentido, este fenómeno en constante crecimiento demanda investigaciones específicas en el ámbito de las pruebas, especialmente en lo que respecta a la denominada evidencia digital o electrónica en el proceso administrativo disciplinario en el Perú, con el fin de garantizar el respeto a los derechos fundamentales y evitar su vulneración. Según lo expresado por Arrabal (2020), la evidencia tecnológica se ha conceptualizado doctrinalmente como cualquier archivo informático que contiene metadatos, es decir, información "oculta" sobre su contenido almacenada en forma de ceros y unos, que necesita ser transformada para ser legible. En una línea similar, Bueno de Mata (2019) describe la prueba tecnológica como un medio electrónico que permite corroborar hechos relevantes para el proceso, ya sean de naturaleza física o electrónica. No obstante, destaca que, para su eficacia, se requieren dos elementos esenciales: un componente técnico, referido tanto a hardware como a un canal electrónico cuando se presenta a través de un sistema de gestión procesal informatizado, y un componente lógico o software de naturaleza intangible.

A nivel internacional, en el proceso laboral, el correo electrónico, el uso de redes sociales y la utilización de cámaras de videovigilancia se han convertido en medios de prueba significativos. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación, junto con la evolución de Internet, han dado lugar a la aparición de estos nuevos medios de comunicación. Estos se configuran como instrumentos probatorios que permiten al empleador demostrar, en el marco del proceso laboral, la imposición de sanciones disciplinarias ante posibles incumplimientos contractuales por parte del trabajador, especialmente derivados del uso indebido de cuentas corporativas de correo electrónico. (Valle, F. (2021); (2022); (2023). Según los resultados de una investigación llevada a cabo por Aldeas Infantiles SOS Perú, se registraron 277 casos de acoso cibernético dirigido a menores en edad escolar de enero a julio de 2023, cifra que supera los 142 casos reportados en el año 2022. En el ámbito educativo, se han registrado denuncias dirigidas a docentes, personal administrativo y auxiliares de educación en el Sistema de Seguimiento de Casos de Violencia (SiSeVe) del Ministerio de Educación, tanto en los años 2022 como 2023. Estas denuncias involucran a individuos que, a través de plataformas como WhatsApp, Facebook, SMS y correo electrónico, han participado en comportamientos de hostigamiento sexual hacia las estudiantes. Además, en el caso de los servidores administrativos, con el inicio del trabajo remoto inducido por la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de Covid-19, establecido mediante el Decreto de Urgencia N° 025-2020, tanto en el sector público como privado, se han implementado plataformas tecnológicas para almacenar datos relacionados con el trabajo remoto de los empleados y recibir documentación de los usuarios. A través de estas plataformas, se están llevando a cabo procesos disciplinarios en respuesta a situaciones de incumplimiento de plazos, presentación de documentación falsa y declaraciones juradas fraudulentas.

Dado lo expuesto, se observa que continuamente surgen y seguirán surgiendo nuevas fuentes de prueba digital debido a que vivimos en una era de integración de la comunicación y la información. En ese sentido el problema general de esta investigación se plantea de la siguiente manera: ¿Existe una regulación específica de la prueba digital en el Perú que imponga la obligación de seguir las reglas generales para presentar y evaluar pruebas en el procedimiento administrativo disciplinario?. El objetivo general de la investigación se centra en explorar, desde una perspectiva teórica, normativa y jurisprudencial, la prueba digital en el contexto peruano. Se busca comprender sus efectos jurídicos, validez y aplicación específicamente en los procedimientos administrativos disciplinarios durante los años 2022 y 2023. Además, se han formulado los siguientes objetivos específicos: a) Describir los criterios de valoración de la prueba digital de acuerdo con lo establecido en el Perú mediante el T.U.O de la Ley N° 27444. b) Establecer la validez y la fuerza obligatoria de los documentos electrónicos y mensajes de datos en el marco de un proceso administrativo disciplinario. c) Resaltar pronunciamientos relevantes en el ámbito normativo y jurisprudencial relacionados con los efectos jurídicos, validez y aplicación de la prueba digital en el Perú. d) Analizar la aplicación, en términos de validez y efectos jurídicos, de la prueba digital en las resoluciones que resuelven los recursos de apelación en procedimientos administrativos disciplinarios llevados a cabo por el Tribunal de Servicio Civil del Perú durante el período comprendido entre los años 2022 y 2023.

## 2. Bases teóricas de la investigación

La base teórica que respalda este estudio, de acuerdo con la revisión exhaustiva realizada por Armenta, T. (2018), al examinar de cerca la doctrina y jurisprudencia vinculada con las fuentes de evidencia digital en el contexto penal, revela la necesidad apremiante de alinear la legislación con las garantías constitucionales y europeas. Asimismo, es cada vez más común que las partes participantes en un procedimiento aporten como evidencia comunicaciones efectuadas mediante plataformas tecnológicas. Por ende, resulta esencial realizar un examen sobre la admisibilidad de esta prueba. En esta perspectiva, se sugiere la intervención pericial como un recurso para garantizar su confiabilidad (Roco, C. 2022); (Ledesma M. (2016)).

En el ámbito nacional, nos encontramos con el Decreto Legislativo N° 1412, que aprueba la ley de gobierno digital y fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 13 de septiembre de 2018. En su artículo 7, específicamente en el numeral 7.1, establece: “Normar las actividades de gobernanza, gestión e implementación en materia de tecnologías digitales, identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos”. Posteriormente, su reglamento es aprobado mediante el Decreto Supremo N° 029-2021-PCM, normativa que proporciona directrices sobre las condiciones, requisitos y uso de las tecnologías y medios electrónicos en los procedimientos administrativos. Dentro de esta normativa, en el numeral 44.1 del artículo 44, se establece que “Cuando se garantiza la integridad de los metadatos, estos sirven como evidencia ante cualquier solicitud de información de parte de los operadores de justicia, tribunales o autoridades en sus procesos de supervisión, fiscalización e investigación”. A partir de esta disposición, se infiere que estas pruebas en el ámbito administrativo son consideradas como evidencia y, como tal, para que tengan validez legal, deben ser respaldadas con pruebas adicionales o por otros medios probatorios regulados en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Dicho esto, resulta necesario clarificar el concepto de prueba en el contexto del procedimiento administrativo disciplinario. La doctrina, considerando la diversidad de significados del sustantivo “prueba” dentro del proceso, la denomina como fuente de prueba o medio de prueba (Gimeno Sendra y otros, 1999). En otras palabras, la prueba se refiere a la actividad de instrucción cuyo propósito es demostrar la veracidad de los hechos, y una vez presentados, estos actúan como fundamentos para la resolución final, ya sea para sancionar o absolver al trabajador (Leguina Villa y Sánchez Morón, 1993, p. 235); Parra, D. (2019). Según el derecho comparado, específicamente en la legislación de Estados Unidos, se establece que para que la prueba digital sea admitida en un tribunal, debe cumplir con los criterios de pertinencia y adecuación, además de contar con un valor probatorio lo suficientemente sólido como para superar cualquier duda. Sin embargo, la prueba digital puede enfrentar desafíos particulares, como la posibilidad de duplicación o alteración. Para garantizar que la relevancia de la prueba no se vea comprometida, se deben cumplir ciertos requisitos establecidos por las reglas federales de evidencia o superar los estándares establecidos por los tests de Daubert o Frye, a fin de que sea considerada válida desde el punto de vista judicial (Rico, 2007, p. 600).

De manera similar, en Colombia, el artículo 9 de la Ley 527 de 1999 establece que la información incluida en un mensaje de datos se considerará íntegra si ha permanecido completa e inalterada, o si ha experimentado algún endoso o cambio inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. Además, el artículo 10 de la misma ley confiere admisibilidad y fuerza obligatoria a los mensajes de datos como medios de prueba. Esta disposición, dentro del contexto de los países latinoamericanos, podría considerarse pionera al establecer de manera explícita el valor probatorio de estos mensajes sin requerir la certificación de una entidad o la corroboración mediante otra prueba adicional. Ahora, es imprescindible llevar a cabo una comparación entre el procedimiento administrativo en España y en Perú, especialmente en lo que respecta a la actividad probatoria. En ambos países, se requiere que la prueba se centre en hechos relevantes, lo que permite, por el contrario, el rechazo de pruebas que sean “manifiestamente improcedentes o innecesarias” (según el artículo 80.3 de la Ley de Procedimiento Contencioso-Administrativo en España y el Artículo 14.1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General en Perú); (Ochoa J. 2006, pág.3). En el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, en su Artículo 177 referente a los medios de prueba, se establece que “Los hechos alegados o relevantes para resolver un procedimiento pueden ser respaldados por todos los medios de prueba necesarios, a menos que estén expresamente prohibidos. Específicamente, en el procedimiento administrativo se pueden: 1. Obtener antecedentes y documentos. 2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier índole. 3. Brindar audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recibir de ellos declaraciones por escrito. 4. Revisar documentos y actas. 5. Realizar inspecciones visuales”. Por lo tanto, la prueba digital se incluye en la categoría destacada, lo que indica que constituyen un medio válido de prueba conforme a la legislación peruana, ya que la normativa mencionada en materia de pruebas es amplia y flexible.

Al respecto de la materia en investigación, tenemos las siguientes teorías:

- Teoría autónoma: Aquellos que respaldan esta teoría argumentan que la naturaleza de la evidencia electrónica es autónoma con respecto a la evidencia documental y, de hecho, también en relación con los medios de prueba convencionales.

-Teoría análogica: Esta perspectiva argumenta que la prueba documental y la evidencia electrónica son análogas o correspondientes, aunque gradualmente el soporte electrónico está en camino de reemplazar al tradicional papel, manteniendo, no obstante, una posición predominante para este último. Bajo esta teoría, se admite la identificación de la prueba electrónica con la prueba documental, siendo necesario aplicar a la evidencia electrónica las normas procesales de la prueba documental.

-Teoría equivalente funcional: Según esta teoría, tanto el documento en formato electrónico como en formato papel poseerá la misma eficacia jurídica, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Estos requisitos incluyen la posibilidad de leerlo mediante métodos de software y hardware, que el contenido sea idéntico en ambos formatos, que sea posible conservarlo y recuperarlo, que pueda ser interpretado en el lenguaje habitual, que sea identificable por las partes al presentarlo, y que se pueda establecer claramente quién es el autor debido a su autenticidad

y confiabilidad. En la actualidad, esta teoría cuenta con respaldo evidente, ya que la mayoría de los países, especialmente a raíz del estado de emergencia generada por el Covid 19 en marzo del año 2020, han incluido en sus leyes la utilización de diversas plataformas tecnológicas para llevar a cabo sus procedimientos y brindar servicios a los usuarios. Se han implementado expedientes administrativos digitales que son compatibles con varias entidades del sector público, lo que refleja la política gubernamental de gobierno digital.

En el contexto de un procedimiento administrativo disciplinario, el Tribunal de Servicio Civil, a través de la Resolución N° 001111-2023-SERVIR/TSC-Segunda Sala, opta por rechazar la apelación, declarándola sin fundamento. El apelante fundamenta su recurso en la presentación de un informe pericial, alegando que el registro de contactos del teléfono no había sido verificado como original y que la persona que realizó la captura de pantalla no tenía el número registrado, lo que impedía asegurar su autenticidad. Asimismo, argumentó que las capturas de pantalla de aplicación presentadas durante el proceso podrían haber sido editadas con programas de diseño, por lo que era necesario autenticarlas mediante un software forense. El tribunal argumentó que las capturas de pantalla de las conversaciones por WhatsApp constituían elementos que respaldaban de manera tangencial lo expresado por una de las agraviadas en su declaración. Asimismo, nos encontramos con la Apelación 7-2023 en la Corte Suprema de Perú, relacionada con la validez probatoria de los "pantallazos" en el caso de Kenji Fujimori. El tribunal establece claramente que la evidencia electrónica debe cumplir con tres elementos: (1) referirse a cualquier tipo de información, (2) ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos, y (3) tener la capacidad de acreditar hechos en un proceso legal en cualquier jurisdicción. Para incorporar esta prueba al proceso, se requiere la presentación del original del documento electrónico como uno de los requisitos. Por lo tanto, se vuelve esencial contar con una pericia informática para demostrar la autenticidad e integridad del contenido de la información incluida, asegurando de manera inequívoca su origen y la ausencia de alteraciones o manipulaciones. La prueba electrónica se introduce en el proceso como evidencia documental, y su admisibilidad está sujeta a la autenticidad, exactitud o integridad, y certeza de dicha evidencia.

### 3. Metodología

La investigación en curso adopta una perspectiva cualitativa de carácter básico, con el propósito de llevar a cabo un análisis exhaustivo sobre la prueba digital, su regulación y valoración en el marco del procedimiento administrativo disciplinario. La característica distintiva de este enfoque cualitativo reside en su flexibilidad y constancia, lo que posibilita una comprensión profunda, interpretación, sistematización y ajuste del estudio mediante la aplicación de diversas técnicas e instrumentos. Según Hernández y Mendoza (2018), la investigación cualitativa se centra en analizar el fenómeno, explorándolo desde la perspectiva de los investigadores en su entorno real y contextualizado (p. 390). En concordancia con Campi, Santos y De Lucas (2017), en la planificación del diseño de investigación se enfatiza la importancia de dar prioridad a la metodología cualitativa, integrando la teoría y complementándola con casos prácticos debido a la complejidad del tema.

#### 3.1. Tipo de estudio y diseño de investigación

Debido a su esencia, la investigación se realizará utilizando un enfoque cualitativo basado en la metodología propuesta por Strauss y Corbin (1990). Este método de investigación tiene como finalidad generar descubrimientos que no podrían ser alcanzados mediante procedimientos estadísticos. La solidez del análisis recae en su enfoque interpretativo, buscando descubrir conceptos y relaciones con el propósito de establecer un marco teórico explicativo.

En cuanto a su naturaleza, se presenta de manera descriptiva, ya que su objetivo consiste en determinar las propiedades, características y rasgos significativos de procesos, perfiles personales, comunidades, objetos u otros parámetros sujetos a análisis, según lo señalado por Hernández Sampieri (2018).

#### 3.2. Participantes

Los sujetos de estudio son un total de 10 personalidades: Abogados que laboran en Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para docentes, y Secretaría Técnica de Procedimiento Administrativo Disciplinario.

## 4. Resultados

Los resultados fueron colocados en tablas de análisis con los datos aportados por los entrevistados y se obtuvieron la siguiente interpretación:

**En procedimientos administrativos disciplinarios, se presentan agraviados o investigados en lo que se deban tener en cuenta pruebas provenientes de medios electrónicos o informáticos y de qué tipos**

La mayoría de los entrevistados afirman que las pruebas digitales desempeñan un papel periférico crucial al proporcionar certeza sobre los hechos investigados. Estos medios de pruebas son relevantes para la investigación. Especialmente ocurren en presunta falta de incumplimiento de plazos de atención de expedientes derivados por sistema, donde se requiere contrastar y saber si estos fueron derivados en la fecha que aparece en el sistema o si habido alguna alteración. Asimismo, señalan que las faltas administrativas de hostigamiento sexual son bastante comunes.

Los tipos de medios de prueba digitales incluyen correos electrónicos, capturas de conversaciones de la aplicación de Facebook, Messenger, de mensajería instantánea de WhatsApp, Informe Técnico del Sistema SINAD o E-SINAD (MINISTERIO DE EDUCACIÓN), videos, audios de celular, registros de llamadas, información digital como imágenes fotográficas, grabaciones a través de teléfono celular, entre otros.

#### **Valor probatorio de medios de prueba digital dentro de los procedimientos administrativos disciplinarios, aquellas obtenidas mediante mensajes de voz y datos y documentos vía electrónica, esto es WathsAap, SMS, correo electrónico**

La interpretación de los comentarios de la mayoría de los entrevistados sugiere que, en los procedimientos administrativos que llevan a cabo, se consideran las pruebas electrónicas, para realizar una correcta subsunción del hecho imputado, esto se hace con el objetivo de brindar certeza al servidor (a) investigado(a), notificándoles sobre estas pruebas para que tengan la oportunidad de desarrollar su teoría del caso y, en caso necesario, cuestionarla aportando otras pruebas. Sin embargo, se destaca la importancia de contrastar estas pruebas electrónicas con la declaración del proveedor de la misma, en cumplimiento de los principios de impulso de oficio y verdad material. Esto se hace con el fin de otorgar mayor credibilidad a las pruebas y asegurar la debida acreditación de la falta. A pesar de la relevancia de las pruebas digitales, un entrevistado plantea la posibilidad de que sean editables, lo que podría afectar su confiabilidad.

#### **Sobre los costos de los informes periciales de los medios de prueba digitales**

La interpretación de la declaración de la mayoría de los entrevistados indica que, en los procedimientos administrativos disciplinarios, la administración no dispone de presupuesto para llevar a cabo pericias. En lugar de ello, pueden solicitar informes técnicos a las áreas para verificar su autenticidad de las pruebas digitales. En cuanto a las pericias se espera que sean presentadas por la parte interesada. En la práctica actual, los costos de las pericias son asumidos por quienes los ofrecen a pesar de que la Entidad tiene la carga de la prueba. Por ende, si es la entidad quien debe probar un hecho con una prueba pericial, es evidente que debería contar con apoyo logístico y/o pagar el informe pericial.

#### **Debido reconocimiento y efectos jurídicos de los documentos electrónicos y mensajes de datos con suficiente validez o fuerza obligatoria dentro de un procedimiento administrativo disciplinario**

La interpretación de la mayoría de los entrevistados, revelan que no todos los casos reciben un adecuado reconocimiento en lo que respecta a la aplicación y efecto jurídico de un documento electrónico en procedimientos administrativos. En sus perspectivas, no siempre es necesario recurrir a una pericia ya que existe el principio de presunción de veracidad. Este principio sugiere que la validez de un documento electrónico se acepta sin la necesidad de una pericia, a menos que surjan oposiciones o dudas sobre la prueba presentada.

Por ejemplo, cuando el titular de un dispositivo electrónico muestra la comunicación ante la autoridad, se considera válida, especialmente si la otra parte también tiene acceso a la misma cuenta, solo en los casos de oposición de la parte afectada se podría recurrir a una pericia para contrarrestar la validez de la prueba garantizando así el derecho a la contradicción. En este contexto, se destaca la importancia de la corroboración periférica a través de entrevistas a las partes afectadas, considerando la verosimilitud, coherencia, consistencia y espontaneidad, según los precedentes obligatorios. Estas entrevistas refuerzan la denuncia y proporcionan certeza al hecho imputado. Sin embargo, uno de los entrevistados opina que, aunque son indicios, no son absolutos, ya que los medios electrónicos pueden ser editables. En consecuencia, se sugiere someter dichas pruebas a un control de suficiencia, que incluya la declaración del proveedor de la prueba y testimonios de testigos presenciales y/o referenciales del hecho.

#### **De acuerdo con los argumentos normativos y precedente jurisprudencial existente en otras materias del derecho y vigente sobre la prueba digital en Perú, podría ser aplicado supletoriamente en la vía administrativa en los procedimientos administrativos disciplinarios contra servidores y funcionarios públicos**

La interpretación de las opiniones de la mayoría de los entrevistados sugiere que, en el Perú, a pesar de la existencia de una gran cantidad de información digital disponible, se limita su utilización, centrándose principalmente, en la información generada por el uso de dispositivos electrónicos comunes, como teléfonos, con registros de llamadas, mensajes, imágenes, plataformas digitales. Esta información se utiliza frecuentemente como prueba en casos de delitos y faltas administrativas contra servidores y funcionarios públicos, ya que contiene comunicaciones que evidencian hechos relevantes en el ámbito administrativo disciplinario o respaldan afirmaciones de las partes involucradas.

En el ámbito administrativo, se hace uso de normas legales de manera supletoria, así también de jurisprudencia existente en materia penal considerando principios como la sana crítica, obtención de pruebas y debido procedimiento y el jus puniendi estatal que tiene cierta similitud con el ámbito disciplinario. Se sigue el proceso de trasladar la información a la otra parte para que ejerza su derecho y realice las acciones u oposiciones correspondientes. Sin embargo, se destaca que las pruebas digitales no son suficientes por sí solas, ya que los investigados pueden impugnarlas en sus descargos, argumentando desconocimiento de la conversación o el video presentado. Por tanto, es necesario contrastar estas pruebas digitales con otros medios, como la declaración del agraviado, pruebas periciales del Ministerio Público, videos, fotos o conversaciones por WhatsApp, que respalden las alegaciones presentadas.

Se menciona que la jurisprudencia, especialmente las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil, es una fuente importante para el Procedimiento Administrativo Disciplinario por lo que, en casos de hostigamiento sexual o actos de connotación sexual o sexista, se utiliza la información digital respaldada por otras pruebas periféricas como declaraciones de agraviados, testimonios y pruebas psicológicas.

### **Índice de aplicación y efecto de la prueba digital en los procedimientos administrativos disciplinarios entre los años 2022 a 2023, en los recursos de apelación resueltos por el Tribunal de Servicio Civil**

La interpretación de las declaraciones de la mayoría de los entrevistados destaca que, durante los años 2022 y 2023, los medios probatorios digitales han sido evaluados principalmente en casos de hostigamiento sexual. Se mencionan ejemplos específicos, como registros de llamadas y conversaciones a través de WhatsApp y/o Facebook. En el ámbito de la Unidad de Gestión Educativa Local N° 01, de un total de 15 sanciones apeladas, solo una fue revocada. La revocación se basó en el argumento de que no se había demostrado que el número de teléfono pertenecía al docente procesado. Sin embargo, se destaca que en el expediente administrativo sí se había acreditado que el número registrado correspondía al imputado, mediante el servicio de telefonía.

Además, se señala que el Tribunal del Servicio Civil, al analizar recursos administrativos de apelación, exige recurrir a elementos adicionales más allá de las declaraciones de las víctimas. En particular, en casos que involucran a menores de edad, se privilegia el interés superior del niño. El Tribunal busca certeza de los hechos imputados y aplica el principio de duda razonable, centrado en la presunción de inocencia. Se destaca la importancia de elementos objetivos, como conversaciones a través de la aplicación WhatsApp, para rebatir la duda razonable y respaldar casos de hostigamiento sexual. En los casos específicos de hostigamiento sexual, el Tribunal del Servicio Civil ha confirmado sanciones de destitución contra docentes, utilizando capturas de pantalla de las redes de mensajería como medio de prueba. Sin embargo, se enfatiza la necesidad de corroborar estas capturas de pantalla por parte de la denunciante para otorgar objetividad y respaldar de manera sólida el hecho imputado.

### **El aporte del contenido de un e-mail en forma de prueba al procedimiento administrativo disciplinario**

La interpretación de las declaraciones de los entrevistados indica que la regla general para la introducción de una prueba, especialmente en el contexto de documentos digitales, sigue un proceso específico. Primero, la persona que recibió el documento debe explicar las circunstancias en las que lo obtuvo y mostrarlo. Si el titular es quien aporta la prueba, se le solicita que la muestre directamente desde su red social o dispositivo móvil, dejando constancia de este proceso mediante acta por el abogado que sirve de apoyo a Secretaría Técnica. El contenido de la prueba se considera un elemento periférico objetivo que respalda la denuncia y proporciona verosimilitud a las afirmaciones hechas por el denunciante. Este contenido se utiliza para sustentar las alegaciones durante el procedimiento administrativo disciplinario, demostrando la responsabilidad del imputado.

Por otro lado, algunos de los entrevistados plantean que la incorporación de pruebas digitales debe realizarse a través de actas de visualización, impresiones y corroboración por testigos. En este enfoque, se destaca la importancia de individualizar el correo electrónico, indicando el remitente y el destinatario, así como la fecha y la hora de envío. Además, se subraya la necesidad de corroborar esta información con otros medios probatorios periféricos para fortalecer su validez y objetividad. En resumen, ambas perspectivas resaltan la importancia de seguir procedimientos rigurosos para la introducción de pruebas digitales, ya sea mostrándolas directamente desde el dispositivo o mediante actas de visualización y corroboración. La individualización y la verificación de la autenticidad son elementos clave en ambos enfoques.

### **Forma de incorporar al procedimiento administrativo disciplinarios los mensajes por wath shap, sms**

La interpretación de las declaraciones de la mayoría de los entrevistados destaca que la incorporación de pruebas digitales, como mensajes de WhatsApp, se lleva a cabo al momento en que la persona las ofrece. Posteriormente, se realiza una evaluación utilizando el principio de la sana crítica. En este proceso, se enfatiza la importancia de realizar acciones para acreditar la titularidad de una de las conversaciones y se sigue el debido procedimiento, dando traslado al procesado para que ejerza su derecho a la contradicción. Se subraya la diferencia entre la incorporación y la valoración de la prueba, indicando que esta última debe ser respaldada por otros medios

probatorios periféricos. En conjunto, mediante la aplicación de la sana crítica, se evalúan y determinan los resultados al momento de emitir el acto administrativo que pone fin al procedimiento disciplinario.

Bajo la misma línea argumentativa, se destaca que los mensajes de WhatsApp se consideran elementos periféricos objetivos que proporcionan certeza sobre un hecho imputado. Por ejemplo, mensajes de contenido sexual a través de WhatsApp pueden corroborar una denuncia de hostigamiento sexual, aportando detalles como el número de celular, la conversación y la evaluación del posible hostigamiento. En cambio, dos de los entrevistados proponen un enfoque que incluya actas de visualización, impresiones y corroboración por testigos. Se sugiere imprimir todas las capturas de pantalla de las redes de mensajería instantánea y consignar un acta que certifique la recepción de estos medios de prueba.

### **Custodia de las pruebas digitales en los procedimientos administrativos disciplinarios**

Según los testimonios de la mayoría de los entrevistados señalan que actualmente no existe un procedimiento específico para la custodia de pruebas, ya sean digitales o no, ni tampoco un marco normativo que lo regule. En lugar de ello, se destaca que la única indicación existente es la necesidad de mantener la reserva de la investigación. Aunque el expediente administrativo alberga de manera general las actuaciones y pruebas, no hay una custodia específica para las pruebas digitales. Estas pruebas se incorporan al expediente con un respectivo lacrado (CD, USB) y una correcta foleatura. Además, se deja constancia del archivo digital en un acta o constancia.

Las pruebas digitales, en el procedimiento administrativo disciplinario, cuando son aportadas se adjuntan al expediente, de ser video o audios, mediante un CD con el contenido respectivo, y de ser conversaciones por Facebook o WhatsApp, son imprimibles las cuales se adjuntan también al expediente, pues ambas pruebas digitales servirán como elementos de convicción. En resumen, la custodia de pruebas digitales en el ámbito administrativo se lleva a cabo mediante su inserción en el expediente con medidas como el lacrado y foleatura adecuados, pero no existe un procedimiento específico o marco normativo que regule este proceso. Estas pruebas son tratadas con la misma importancia que las pruebas físicas y se adjuntan al expediente para su consideración en el procedimiento disciplinario.

### **Las pruebas digitales deben ser reguladas jurídicamente para ser considerada como medios probatorios en los procedimientos administrativos disciplinarios**

De la interpretación de los testimonios de la mayoría de los entrevistados coinciden en la importancia de insertar cualquier medio de prueba, ya sea para absolver o sancionar, dentro de un procedimiento administrativo. Esto se considera esencial para brindar seguridad jurídica a las partes involucradas. Argumentan que los medios de prueba, al tener como finalidad demostrar un hecho o afirmación, deben ser admitidos en el procedimiento. Además, destacan la necesidad de corroborar estas pruebas con otras, ya que la presentación de una sola captura de conversación vía WhatsApp, por ejemplo, podría ser desvirtuada. La corroboración con otras pruebas, como declaraciones de testigos, aumenta la verosimilitud y robustece la evidencia presentada en el procedimiento administrativo disciplinario.

Asimismo, bajo el principio de verdad material, todo elemento de convicción que genere un grado de certeza pueda coadyuvar a determinar o no una presunta responsabilidad. De otro lado, consideran que debe de haber una modificatoria en el art. 177° del TUO de la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, aprobado por D.S N° 004-2019-JUS, incorporando la prueba digital para fines sancionadores. Bajo el principio de verdad material, los entrevistados sugieren que cualquier elemento de convicción que genere un grado de certeza puede contribuir a determinar o descartar una presunta responsabilidad. En resumen, los entrevistados enfatizan la necesidad de incorporar pruebas digitales en los procedimientos administrativos, subrayando la importancia de la corroboración y sugiriendo posibles modificaciones normativas para fortalecer la inclusión de pruebas digitales en el proceso sancionador. Sin embargo, existe diversidad de opiniones sobre la fiabilidad de las pruebas digitales, con preocupaciones sobre su posible manipulación.

### **Considera que nuestro sistema normativo en la vía administrativa debe admitir la prueba digital con las mismas prerrogativas que los documentos escritos**

De la interpretación de los testimonios de la mayoría de los entrevistados, consideran que sí, porque es un elemento periférico que logra probar un hecho afirmado o logra probar que un hecho afirmado no se realizó, recordando que ninguna prueba aislada determina algo, todas son evaluadas en conjunto con otros medios probatorios, pero a fin de darle veracidad y autenticidad como hemos señalado, dichas pruebas digitales, deben ser corroboradas con otros medios –entrevistas, testigos, pruebas periciales recabadas por el Ministerio Público- a fin de darle certeza de que dicho hecho o denuncia se efectuó a fin de evitar posteriormente, que, ante un inicio de procedimiento administrativo disciplinario, estas; sean desvirtuadas. Asimismo, bajo el principio de buena fe procedimental y presunción de licitud, se determinan que los medios de prueba tienen mayor relevancia por ende un mayor valor al momento de determinar la imposición de la sanción administrativa.

En contraste, uno de los entrevistados opina que no se debería admitir la prueba digital en procedimientos administrativos, argumentando que no están reguladas normativamente. En resumen, existe un consenso entre algunos entrevistados sobre la admisibilidad de la prueba digital en procedimientos administrativos, enfatizando la importancia de su corroboración con otros medios para asegurar su veracidad. Sin embargo, hay opiniones divergentes, y uno de los entrevistados sostiene que no deberían admitirse debido a la falta de regulación normativa.

### **Las pruebas digitales deben ser reguladas jurídicamente para ser considerada como medios probatorios en los procedimientos administrativos disciplinarios**

De la interpretación de los testimonios de la mayoría de los entrevistados sostienen que sí se debería admitir la prueba digital en el derecho administrativo peruano. Argumentan que existen reglas básicas de prueba en este ámbito, como el derecho a la prueba, la carga de la prueba, los medios de prueba (donde comúnmente ingresan las pruebas digitales), y la valoración de la prueba. En este contexto, se destaca la importancia de aplicar el principio de verdad material, que implica que el órgano administrativo debe ajustar su actuación a la verdad objetiva, independientemente de la voluntad de las partes. También resaltan que, tanto las pruebas documentales como las digitales, son consideradas pruebas indiciarias y deben concatenarse con otras pruebas indiciarias para determinar o concluir un hecho.

A pesar de la utilización actual de normas generales y jurisprudencia que ya género en materia penal y administrativamente de la jurisprudencia internacional, para validar las pruebas digitales en procedimientos administrativos disciplinarios, los entrevistados subrayan la necesidad de una regulación más específica. Esto incluiría aspectos como el almacenamiento de las pruebas en el procedimiento administrativo disciplinario, así como la implementación del expediente electrónico en todas las entidades estatales, considerando la incorporación de videos, audios y conversaciones de aplicaciones como WhatsApp o Facebook, expedientes electrónicos.

En este contexto, se destaca la presencia generalizada de cámaras de video y dispositivos móviles con capacidad de grabación en la sociedad, lo que refuerza la necesidad de regular estas pruebas para garantizar su certeza y credibilidad en los procedimientos administrativos. Los entrevistados enfatizan la importancia de que los legisladores establezcan normativas específicas para las pruebas digitales, ya que consideran que existen vacíos en la jurisprudencia y en las decisiones del Tribunal del Servicio Civil en este ámbito. Sin embargo, podría aplicarse normativa supletoria como el Código Procesal Civil al procedimiento administrativo disciplinario, así también podría requerirse una modificación en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 para abordar de manera novedosa el tema de la digitalización de los procedimientos administrativos.

## **5. Discusión**

Las divergencias encontradas a partir de los fundamentos señalados por los fundamentos señalados por los entrevistados, en prima facie, es que alguno considera que las pruebas digitales no son pruebas plenas y que son fáciles de su manipulación. Al respecto, es necesario resaltar la Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala Penal), núm. 2047/2015 de fecha 19 de mayo de 2015, mediante el cual ha establecido un hito de suma trascendencia respecto al punto si es posible recopilar pruebas de un delito en servicios como WHATSAPP, SNAPCHAT O FACEBOOK.

En la referida sentencia estableció los requisitos necesarios para dotar de validez a los nuevos medios de prueba que plantea la era digital. En esta sentencia parte de que la agraviada de un delito de abuso sexual presento como prueba documental la transcripción de unos mensajes de la red social Tuenti. La defensa impugnaba por consideraba que su autenticidad resultaba dudosa. La transcripción supone una documentación la autenticidad de la prueba personal (la propia conversación), lo que no le resta autenticidad ni puede considerarse un error en su apreciación. Durante del procedimiento de autenticidad fueron las fotografías que del teléfono móvil la Guardia Civil adjunto, asimismo la menor entrego las claves personales de dicha red social, y requirió que en el caso que fuera de utilidad requerir a TUENTI al objeto de confirmar y corroborar los mensajes objeto del asunto.

En consecuencia, esta jurisprudencia internacional sirve de fundamento para poner en práctica y dar la seguridad jurídica respecto a la autenticidad de las pruebas obtenidas de fuentes digitales en cualquier parte del mundo. Sin embargo, para darle garantía legal o seguridad jurídica requiere ser regulado su obtención, incorporación y valoración, en sus normas de procedimiento administrativo disciplinario de cada país. Asimismo, la otra discusión encontrada por alguno de los entrevistados se advierte respecto que quien debe asumir los costos de la pericia debe ser quien ofrezca como prueba y otra postura señalan que debe ser el Estado.

De acuerdo al Artículo 173 del TUO de la Ley N° 27444.- Carga de la prueba 173.1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley. 173.2. Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones. Al respecto se advierte que nuestra legislación se rige por el principio de oficialidad de la prueba, es decir, que rige la obligación para la administración de impulsar de oficio la actividad probatoria sin que medie petición expresa del interesado.

Al respecto, Ochoa, J. (2006), señala que la legislación peruana casi sigue a la española en materia de gastos de las actuaciones probatorias (Art. 178° LPAG al recoger la fórmula “gastos que no deban soportar racionalmente la entidad, en cuyo caso si se trata de pruebas propuestas por los interesados se les puede exigir su importe. Otro punto en cuestionamiento por alguno de los entrevistados, consideran que estas pruebas no están reguladas en la legislación peruana para su aplicación en el procedimiento administrativo disciplinario, por tanto, solo se deben considerar como pruebas indiciarias. Sin embargo, en su mayoría señalan que, si son pruebas documentales electrónicas, que corresponde ser valorados en conjunto con otras pruebas ofrecidas e incorporadas al procedimiento administrativo disciplinario.

La legislación peruana no aborda de manera específica en la LPAG, pero el Artículo 177.- Medios de Prueba establece que “Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios”. En consecuencia, la prueba digital está incluida en este marco, lo que indica que constituye un medio probatorio válido según la legislación peruana; sin embargo, no existe una regulación clara sobre cómo solicitar información a los servicios considerados como Servicios de la Sociedad de la Información, como WhatsApp, Facebook y el correo electrónico. Esto se debe a la falta de normativas que guíen la obtención, incorporación y evaluación de dicha información en el procedimiento administrativo disciplinario, lo que podría dificultar la posibilidad de solicitar datos.

Es importante señalar que el proceso de solicitud a los administradores de WhatsApp, Facebook y otros servicios podría llevar demasiado tiempo en la práctica, lo que podría resultar en la prescripción de los procedimientos administrativos disciplinarios y la impunidad de las presuntas faltas. En este sentido, sería más eficiente someter las pruebas a un análisis pericial realizado por expertos en las redes sociales mencionadas, solo en casos en los que haya oposición por alguna de las partes, de acuerdo con el derecho de contradicción establecido en la legislación administrativa.

## 6. Conclusiones

La prueba digital, aunque está incluida en la categoría de “podrán ser objeto de los medios de prueba necesarios” según el artículo 177 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, debido a su alta complejidad y volatilidad, requiere un procedimiento específico incorporado en dicha ley. Este procedimiento debería aplicarse en las diferentes fases del procedimiento administrativo disciplinario peruano, abordando aspectos como la obtención, incorporación y valoración de la prueba, con el objetivo de abordar las deficiencias mencionadas por los entrevistados. Además, para que la prueba digital sea válida, debe ser respaldada por otras pruebas periféricas y solo se debe recurrir a la prueba pericial en caso de oposición, en virtud del derecho de contradicción. En consecuencia, las acciones emprendidas generarán un efecto jurídico que busca garantizar la igualdad de armas para probar los hechos afirmados. En el ámbito de la jurisprudencia internacional sobre contencioso administrativo, se hace referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional, Recurso 26/2020, emitida el 23 de diciembre de 2021, con la referencia ECLI:ES:AN:2021:5644 en España. Esta sentencia fundamenta su posición citando la STS 3330/2019, que establece: “.En tales circunstancias, será necesario contar con una prueba pericial que pueda determinar la auténtica procedencia de esa comunicación, identificar a los participantes y, en última instancia, verificar la integridad de su contenido”. Este fundamento jurisprudencial fundamenta la validez y el procedimiento de incorporación en un procedimiento administrativo. A nivel nacional, hasta la fecha actual, no se ha establecido jurisprudencia en el ámbito del contencioso administrativo. En este contexto, se sugiere de manera complementaria considerar la jurisprudencia generada por la Corte Suprema en el ámbito penal. Esta jurisprudencia destaca que la prueba electrónica ingresa al proceso como una prueba documental, cuya aceptación está sujeta a los siguientes criterios: a) autenticidad, que implica la coincidencia del aparente autor con el autor real, específicamente se requiere el dispositivo en el que se crea o elabora; b) exactitud o integridad, que implica la concordancia entre la copia, testimonio o certificación y el original; y c) certeza, que requiere que el contenido del documento se corresponda con la realidad. En gran medida, el Tribunal de Servicio Civil ha admitido pruebas digitales extraídas de plataformas de redes sociales en casos relacionados con presuntas faltas de hostigamiento sexual contra estudiantes en el ámbito educativo. Estos casos, en su mayoría, han sido llevados ante el tribunal en apelación contra las sanciones de destitución. Es relevante destacar que en un 99% de los casos, estas apelaciones han sido confirmadas. Esto se debe a la presencia de otros elementos de prueba periféricos, como las declaraciones de la víctima, testimonios directos e indirectos, informes psicológicos y pruebas de cámara Gesell obtenidas a través del Ministerio Público como evidencia anticipada.

## 7. Referencias bibliográficas

- Armenta, T. (2018). Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. Universidad de Girona. Revista de Internet, Derecho y Política. set2018, Vol. 27, p67-79. 13p.
- Arrabal, P. (2020). “La prueba tecnológica Aportación, práctica y valoración”. Pag. 456. Editorial Tirant lo Blanch.
- Balcázar, González, López –Fuentes, Gurrola & Moysén (2013). Investigación Cualitativa. Segunda reimpresión.
- Bueno de Mata, F. (2019). “Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial”, Aranzadi, p. 133.
- De la Cuesta, P. Gutierrez, C. (2021). Valoración de la prueba electrónica en Colombia, su validez y aplicación en los años 2017-2019. Universidad Libre Seccional Pereira -Colombia.
- Delgadillo, A. (2022), El derecho digital. Nueva rama del derecho digital.
- Farfán, J. (2020). Prueba electrónica y su valor probatorio en el proceso civil en la región Ayacucho en el año 2019”. Universidad Alas Peruanas.
- APELACIÓN N.º 7-2023 CORTE SUPREMA, CASO KENYI FUJIMORI.
- González Franco, Lucía (2022). La prueba electrónica en el proceso civil. Universidad de Valladolid.
- Hernández R., Fernández, C., Baptista, M. (2014). Metodología de la investigación (6º ed.). México: McGraw Hill Interamericana Editores S.A. de C.V.
- Ledesma M. (2016). La prueba documental electrónica. Artículo Originario. Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, pp. 17 - pp 25 / ISSN 2414-1720-
- Ñaupas H. et al. (2014), Monje, 2011), Metodología de Investigación, cuantitativa y cualitativa y redacción de tesis. 5a. Edición. Bogotá: Ediciones de la U, 2018.
- Ochoa, J. (2006). Notas sobre la prueba en el Procedimiento Administrativo Español y su reflejo en el Derecho Peruano. Revista de Derecho Administrativo. 2006, 1: 109-120.
- Parra. D. (2019). Requisitos jurídicos para la validez jurídica de la prueba digital. Artículo para optar título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia.
- Roco C. (2006). La prueba de las comunicaciones electrónicas en los procedimientos administrativos disciplinarios regidos por la ley 18.834. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Mención Derecho Público. Universidad de Chile.
- Resolución N° 001111-2023-SERVIR/TSC-Segunda Sala.
- Sierra, S. (2019). El impacto de las nuevas tecnologías en materia probatoria civil y penal. Universidad Pontificia Comillas-España.
- Steves. J. (2019). Derecho Digital. Editorial Aranzadi, S.A.U. Parte 3. Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala Penal), núm. 2047/2015 de fecha 19 de mayo de 2015.
- Jurisprudencia sobre el valor probatorio de la prueba digital en el orden contencioso-administrativo español.
- TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- Valle, F. (2021). Las cámaras de videovigilancia en la empresa como medio de prueba en el proceso laboral. Revista Catalanes ams Accés Obert. Número 3.
- Valle, F. (2022). El correo electrónico como medio de prueba en el proceso Laboral. Revista de derecho del trabajo y protección social. Vol. 3 Núm. 3.
- Valle, F. (2023). Las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral. Revista de Estudios jurídicos laborales y seguridad social.