

Normativa, aplicabilidad y vacíos de la firma digital y electrónica en Colombia*

Regulations, Applicability, and Gaps of The Digital and Electronic Signature in Colombia

María Alejandra Pérez López¹

Resumen

Dentro de este artículo, se busca presentar una revisión normativa de la figura de la firma digital y electrónica en Colombia, partiendo desde las definiciones legales y doctrinales de lo que se considera una firma digital y electrónica a nivel internacional, exponiendo diversas consideraciones al respecto, para posteriormente llegar a los considerandos que han sido expuestos por parte del legislador y de los doctrinantes nacionales sobre el particular. Adicionalmente, se adelanta una descripción de los requisitos establecidos desde la normativa para considerar válida la firma digital, y la firma electrónica, finalizando con una serie de retos a los que se enfrenta el uso, la aplicabilidad y la práctica de la firma digital y electrónica en el curso de los negocios en Colombia.

Palabras clave: firma digital, firma electrónica, identidad, validación, mensaje de datos.

Abstract

This article seeks to present a regulatory review of the figure of the digital and electronic signature in Colombia, starting from the legal and doctrinal definitions of what is considered a digital and electronic signature at the international level, exposing various considerations in this regard, to reach later the recitals that the legislator and national scholars have told on the subject. Additionally, a description of the requirements established by the regulations is advanced to consider the digital signature valid and the electronic signature, ending with a series of challenges faced by the use, applicability, and practice of the digital and electronic signature during business in Colombia.

Keywords: digital signature, electronic signature, identity, validation, data message.

* Artículo de reflexión presentado para optar el título de Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

¹ Abogada. Especialista en derecho aduanero de la Universidad Externado. Correo electrónico: mariaa-perezl@unilibre.edu.co

INTRODUCCIÓN

Con el acaecimiento de la pandemia del virus Covid-19 en el año 2020, se evidenciaron una serie de escenarios en diversas áreas, incluyendo la celebración de los negocios jurídicos públicos y privados, que se vieron afectados por la imposibilidad de traslado y desarrollo presencial de sus intervinientes.

Esta situación llevó a evaluar alternativas a la aceptación mediante la firma rúbrica de los acuerdos, como lo es la firma digital y la firma electrónica, que, si bien ya estaban contempladas en la norma colombiana, no contaban con la difusión y reglamentación necesarias para una correcta aplicación, evidenciando las necesidades que este campo tiene el país, teniendo en cuenta la importancia de estos temas para la facilitación de las negociaciones, y la simplificación de los procedimientos y trámites.

Así las cosas, con este escrito se pretende realizar una revisión general de los lineamientos normativos vigentes, identificando los vacíos tanto a nivel teórico, como práctico, para llegar a los elementos necesarios para la aplicabilidad de la firma digital y la firma electrónica en Colombia.

Este documento incluirá normas y análisis previos en la materia, de tal forma que se reconozcan las fortalezas y los puntos de mejora de la normativa en materia de firma digital y firma electrónica, facilitando la estructuración de los elementos faltantes para lograr un acercamiento a la correcta aplicabilidad de la figura a nivel nacional, lo que podría construir una herramienta que promueva la celebración y cierre de negocios de una forma más simple.

METODOLOGÍA

Esta investigación se adelanta con un enfoque cualitativo, en la medida que se analizarán conceptos y posiciones teóricas frente a la figura de la firma electrónica y la firma digital en Colombia.

En relación con el tipo de investigación, se trata de una investigación descriptiva. Realizando una relación de las características legales y prácticas de la firma digital y electrónica en Colombia. Finalmente, el método de investigación aplicado es el Lógico deductivo. Alcanzando conclusiones

a partir de la revisión de premisas legales y doctrinales relacionadas con la firma electrónica y digital en Colombia.

Normativa, aplicabilidad y vacíos de la firma digital y electrónica en Colombia

Como consecuencia de la pandemia originada por el Covid-19, se evidenciaron una serie de necesidades en materia de actualización tecnológica para el ejercicio del derecho, dentro de los que se encuentra la aplicabilidad de la firma electrónica y digital en la aceptación de documentos, principalmente contratos, ya sea de carácter comercial, y civil.

Dentro del presente artículo no se hará referencia a la firma de títulos valores de forma electrónica y digital, en la medida que se trata de un escenario y una normativa especial.

Dicho lo anterior, se procederá entonces a realizar una revisión general sobre la normativa existente en Colombia en materia de firma digital y electrónica, las propuestas que existen, así como las situaciones y vacíos que obstaculizan la implementación de este tipo de rúbricas en Colombia.

A. Definiciones legales y doctrinales de la firma electrónica y digital

El punto de partida para la revisión de las figuras de la firma electrónica y digital en viene siendo las definiciones que desde la perspectiva legal y doctrinal se han incorporado al espectro jurídico, no solo a nivel nacional, sino internacional.

Uno de los enfoques frente a la firma digital y electrónica a nivel internacional es que se tratan de (Comisión de las Naciones Unidas, 2009) “...*técnicas existentes actualmente en el mercado o aún en fase de desarrollo destinadas a reproducir en un entorno electrónico algunas de las funciones, o todas ellas, señaladas como características de las firmas manuscritas o de otros métodos tradicionales de autenticación.*”

Ahora bien, en Colombia, el Código de Comercio (Decreto 410, 1971) define la firma como “*la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal.*”

Esta definición fue reiterada por la jurisprudencia (Sentencia, 2012), manifestando que la firma se trata de una “... *forma como se establece la individualidad de una persona con arreglo de las*

previsiones normativas.”

Así las cosas, y analizando lo previamente expuesto de una forma integral, en Colombia la firma, en su sentido más simple, puede estar integrada de un signo o símbolo, que sea utilizado como un medio de identificación personal por el titular.

Dicho esto, y aterrizando en la normativa asociada a comercio electrónico vigente en Colombia, se encuentra la definición de firma electrónica incorporada por el Literal c) del Artículo 2 de la (Ley 527, 1999) en los siguientes términos

“... un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”

El objeto de la norma previamente citada fue revisado por la jurisprudencia nacional (Sentencia C-831, 2001), manifestando que con dicha ley se busca:

“... responder a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico colombiano a las dificultades planteadas ante la falta de un régimen específico que regulara el intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos que comienzan a reemplazar a los tradicionales soportes documentales basados en el papel.”

Resulta interesante considerar que a pesar de tratarse de una norma expedida hace más de 40 años, no se limiten los medios que se pueden emplear para estos signos o símbolos, abriendo la posibilidad para nuevos mecanismos de validación de identidad, como vendrían siendo la firma electrónica y digital.

Finalmente, es claro que existe una gran similitud entre lo establecido por la norma y la jurisprudencia, y es la necesidad de validar la identidad de quien es el titular, esto con el fin de garantizar que la aceptación del documento sea por quien tenga la intencionalidad de obligarse con el contenido de este, indistintamente del medio, del símbolo o del signo que se emplee para su identificación.

B. Requisitos de la firma electrónica y digital en Colombia frente a la regulación

internacional

Si bien la participación de la tecnología ha venido ganando espacio en el ejercicio del derecho, la pandemia producto del virus Covid-19, evidenció de forma indiscutible que se requerían nuevos mecanismos para la validación de la identidad al momento de firmar contratos, toda vez que al limitarse la posibilidad de encuentros presenciales, surgió la conversación frente a otros mecanismos de firma de documentos, que garantizaran la validez, y especialmente, el carácter vinculante de su aceptación, particularmente con los aspectos relacionados a las obligaciones derivadas de los acuerdos, tanto civiles, como comerciales.

Las figuras de firma digital y electrónica han sido revisadas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a nivel nacional, e internacional, llegando a algunos puntos comunes frente a los requisitos de estas, resumidas por (Mason, 2009) así:

“... (i) Authenticity: When sending or receiving information or placing an order, both parties need to have assurance of the origin of the message. The aim is to corroborate the identity of the software that sent the data. The identity of a person cannot be corroborated because a person is not part of the communications process – the process only involves communications between software.

(ii) Integrity: It is helpful to demonstrate the integrity of the message, because it is important to know if the content of the message has been tampered with.

(iii) Honesty: To provide an assurance, to the extent that is technically possible, that demonstrates that the software emanates from a known source, such that the purported sender has been honest about the actions that have been caused to be undertaken. The purpose is an attempt to bind human users to specific actions in such a way that if they deny taking the action, they either demonstrate an intention to deceive, or they have been negligent in failing to secure the use of their private key adequately. This is called ‘non-repudiation’ in the security industry”

(iv)

Esta posición fue compartida por (Reed, 2001) manifestando que la autenticación debe tener ciertas características para que las firmas digitales sean vinculantes, y puedan presentarse como prueba ante los jueces, a saber:

... “that the contents of the record have remained unchanged since it was sent (the integrity of the record);

- *that the purported sender of the communication is identifiable (the identity of the sender);*
- *that the identified sender agreed to its contents (attribution of the communication to the sender); and*
- *in some cases, that extraneous information, such as the apparent date of the transmission, is accurate.”*
-

Frente a este tema, a nivel local, autores como (Flórez, 2014) han identificado que estos elementos se enfocan en los *“requisitos tecnológicos que den certeza sobre el iniciador del mensaje y, lo más importante, sobre la integridad de este”*.

Estos elementos fueron analizados por (Flórez, 2014), quien indica que, como requisitos de validez de la firma digital y electrónica, a la luz de la norma y jurisprudencia colombiana, se deben acreditar:

- a. Confiabilidad en la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje.
- b. Integridad de la información contenida en el mensaje de datos.
- c. Identificación del Iniciador.

Cada uno de estos elementos debe poder ser objeto verificación por parte no solo de las autoridades judiciales o de control, sino de la cada una de las partes intervinientes en un negocio jurídico, de tal suerte que resulte viable adelantar una confirmación frente a los elementos previamente mencionados, dando un manto de seguridad frente a las obligaciones adquiridas en el acuerdo celebrado entre las partes.

C. Principales retos de la firma electrónica y de la firma digital en Colombia.

Es claro que, si bien en Colombia se habla de una firma electrónica desde el año 1999, no existe una cultura de aceptación y de fomentación por parte del sector público y privado para la amplia socialización e implementación de este tipo de figuras, toda vez que, por tratarse de una sociedad conservadora, y con altos niveles de prevención y resistencia hacia nuevas formas de hacer negocio, las innovaciones tienden a tomar más tiempo y el impacto de estos cambios se ven mucho

más distanciados a los de otras sociedades más avanzadas.

En este sentido, (Erick Rincón Cárdenas, Cristian Mendieta Clavijo, 2021) expresan que

“... en todas las legislaciones analizadas, la consideración general es la de incluir a las nuevas tecnologías como un mecanismo equivalente de comunicación y documental para la Administración, además de ser un andamiaje efectivo de agilidad en las manifestaciones de voluntad de los particulares que desean producir efectos jurídicos, siendo que en todas las legislaciones el valor probatorio es volcado hacia un condicionamiento simpatizante con los mensajes de datos que ante un conflicto de intereses, brindarían al juez una clara herramienta de formación de percepción de las pretensiones de las partes.”

Adicionalmente, (Erick Rincón Cárdenas, Cristian Mendieta Clavijo, 2021) han manifestado que el solo hecho de la inclusión de la alternativa de la firma digital y electrónica dentro de la legislación, no necesariamente implica que sea aplicado en la realidad, *“existen rezagos en algunas legislaciones, no solo por impedir y restarle total valor probatorio a los mensajes de datos en determinados temas jurídicos (caso chileno), sino por la falta de incentivo en la Administración como gran promotora de modernización estatal”*

En el caso de Colombia, se expidió el (Decreto 1789, 2021), que dentro de sus considerandos expone: *“... se busca profundizar el uso de este tipo de firmas, de forma que los ciudadanos tengan una alternativa, adicional a las que se ofrecen en el mercado, para suscribir, de forma electrónica, documentos y adelantar trámites ante las entidades públicas...”*

Con esta norma, se busca reducir el rezago existente en la aplicación de la firma digital y electrónica en Colombia, sin embargo, es un camino que requiere de diversas aristas para que resulte efectivo, en la medida que el Estado colombiano no tiene tradición digital, y a la fecha, aún después de los efectos de la pandemia del Covid-19, todavía existen entidades de orden nacional y territorial que se resisten a reconocer como válidas las firmas digitales y electrónicas, muy a pesar de contar con los requisitos de validez establecidos tanto por la norma como por la doctrina. Esta situación impacta en alguna medida la percepción de seguridad frente al uso de la firma digital y electrónica en negociaciones privadas, toda vez que en la medida que resulte complejo hacer uso de este mecanismo en espacios validados por el estado, los particulares continuarán prefiriendo los mecanismos tradicionales para la celebración de sus negocios, bajo el entendimiento que éstos son los que cuentan con validez frente a la administración pública, incluyendo a los funcionarios

judiciales.

RESULTADOS / DISCUSIÓN

Una vez revisado el espectro normativo y fáctico bajo el cual funciona la figura de la firma digital y electrónica a nivel internacional, y en Colombia, así como los retos a los que se enfrenta, es necesario entonces plantear una posible hoja de ruta, y eventuales escenarios que puedan presentarse para favorecer una implementación más efectiva en las relaciones entre particulares, y negocios jurídicos donde intervenga la administración pública.

El punto de partida, vendría siendo la unificación de los requisitos técnicos y formales que desde la perspectiva normativa se tendrían para que se considerara válida, al menos en territorio nacional, esto podría representar un reto en negociaciones internacionales, tal como lo indica la (Comisión de las Naciones Unidas , 2009) en los siguientes términos: *“Las diferencias entre los regímenes de responsabilidad nacionales pueden obstaculizar el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas”*, lo anterior partiendo del entendimiento que existen normativas fuera de Colombia que cuentan con una mayor claridad frente a la aplicación y validez de esta figura, por lo que resulta necesario que en Colombia se actualice en la materia, de tal suerte que resulte viable la aceptación de obligaciones, tanto nacionales como internacionales mediante el uso de la firma digital y electrónica, al amparo de estándares similares a los aceptados a nivel internacional.

Adicional a la estandarización de la normativa, es necesario que se adelante un proceso de socialización y concientización en relación con los beneficios del uso de la firma electrónica y digital, incorporando en el transcurso del mismo beneficios que puedan resultar atractivos a los particulares para incorporar dentro de sus negociaciones el uso de esta figura, exponiendo sus virtudes, dentro de las que se encuentran la practicidad, la agilidad, y la seguridad frente a la validación de la identidad del firmante, siempre que se realice bajo los patrones de seguridad previamente establecidos.

CONCLUSIÓN

Una vez realizado el análisis del panorama normativo nacional, se evidencia que, a pesar de la existencia de la firma digital y la firma electrónica en el marco legal, aún queda mucho camino por recorrer frente a la facilitación, y la aplicabilidad de estas figuras, en la medida que culturalmente no se ha dado el proceso de socialización, y aceptación de la firma de documentos digital y electrónicamente.

Este proceso debe ser adelantado desde el sector privado, el sector judicial, y las entidades gubernamentales, quienes, no solamente con la expedición de normas, sino con la implementación de la firma digital y electrónica en los trámites, pueden apoyar con la generación de confianza en este tipo de actuaciones, cimentando la confianza de la sociedad frente a la aceptación de documentos que contengan obligaciones mediante formas distintas a la firma rúbrica que tradicionalmente se ha venido utilizando.

Para esto, resulta necesario que Colombia tome como referente los casos de éxito en cuanto a la aplicabilidad de estas figuras, permitiendo que los negocios se realicen de una forma más práctica, tomando también lo sucedido en la pandemia del Covid-19, que evidenció la necesidad de establecer mecanismos alternativos a los tradicionales, que no resultaran en retrasos para la celebración de los negocios.

BIBLIOGRAFÍA

C. P. (2009). *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*. Viena: Naciones Unidas.

Decreto 1789 (2021).

Decreto 410, Código de Comercio (1971).

Erick Rincón Cárdenas, Cristian Mendieta Clavijo. (2021). *Aspectos teórico-prácticos de la firma digital en Colombia y su referente en Latinoamérica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Flórez, G. D. (2014). La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de

sus evolución legislativa y jurisprudencial. *Verba Luris*.

Ley 527 (1999).

Mason, S. (2009). *Electronic Signatures in Law*. Londres: University of London Press.

Reed, C. (2001). *Legally Binding Electronic Documents: Digital Signatures and Authentication*. American Bar Association.

Sentencia, T-929 (Corte Constitucional 2012). Sentencia C-831 (Corte Constitucional 2001).