

# La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial\*

## Legal validity of electronic documents in Colombia from their legislative evolution and jurisprudence

*Germán Darío Flórez\*\**

### Resumen

El presente escrito tiene como objetivo realizar una descripción de los principales elementos que ha servido como fundamento para el reconocimiento de la validez jurídica de los documentos electrónicos.

Para ello hemos tomado como base un análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinario en 4 elementos que consideramos fundamentales a la hora de analizar estos aspectos: 1. Los mensajes de Datos en la Ley Colombiana de Comercio Electrónico. 2. La firma electrónica y su validez jurídica. 3. La notificación por medios electrónicos y 4. La validez probatoria de los documentos electrónicos. Analizando estos aspectos esperamos dar una visión global sobre el uso y más específicamente sobre el reconocimiento que nuestro sistema jurídico le ha otorgado a los mensajes de datos a partir de la promulgación de la Ley 527 de 1999.

**Palabras clave:** Validez jurídica, documentos electrónicos, comercio electrónico, firma electrónica, validez probatoria.

---

Fecha de Recepción: 23 de octubre de 2013

Fecha de Aprobación: 21 de marzo de 2014

\* Este artículo de reflexión se realizó en el marco de una investigación del Centro de investigaciones Socio Jurídicas CISJUC, Grupo de Estudios en Derecho Privado y Propiedad Intelectual GEPI de la Universidad Católica de Colombia, circunscrito al proyecto sobre Derecho y Nuevas Tecnologías de Información iniciado en el año 2012.

\*\* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Propiedad Intelectual de Queen Mary University of London. Estudios en Comercio Electrónico y Derecho de Nuevas Tecnologías de la Universidad Complutense de Madrid y Pecs University de Hungría.

## Abstract

This paper aims to provide a description of the main elements that have worked as the basis for the recognition of the legal validity of electronic documents.

So we've taken as a basis a jurisprudencia, legislative and doctrinal analysis in 4 key elements that we considered fundamental to analyze these aspects: 1. Messages in Colombian Data Electronic Commerce Act. 2. The electronic signature and its legal validity. 3. The notification by electronically means and 4. Evidential validity of electronic documents. Analyzing these issues we hope to give an overview on the use and more specifically on the recognition that our legal system has granted data messages from the enactment of Law 527 of 1999.

**Keywords:** Legal validity, electronic documents, electronic commerce, electronic signatures, probative value.

## Introducción

No hay duda de que la conectividad y el acceso a nuevas tecnologías de información han crecido vertiginosamente en Colombia durante los últimos años y que aunque aún nos falta bastante para estar al nivel de países líderes como los europeos, es indudable que vamos por un buen camino.

Este crecimiento y confianza en los medios digitales se ve reflejado en factores tales como el uso masivo de comercio electrónico o de herramientas tecnológicas para la celebración de distintos negocios jurídicos.

Según algunas cifras de crecimiento del comercio electrónico en Colombia de la firma consultora **América Economía Intelligence, encargada por la compañía multinacional de medios de pago electrónico Visa**, se tiene que para el año 2009 Colombia produjo 435 millones de dólares estadounidenses en ventas realizadas de manera online y ya para el año 2012 esta cifra se duplicó a 998 millones. Sin embargo aún estamos por debajo de varios países de Latinoamérica; por ejemplo Brasil, para año 2009 aumento en 4.4 millones los

usuarios de Internet empujando sus ventas del comercio electrónico a 13.000 millones de dólares<sup>1</sup>, mientras que para el año 2012 casi que duplico es cifra a 25.552 millones de dólares<sup>2</sup>.

De todas formas y mirando cifras de países con desarrollo y mercados más similares al nuestro en la región vemos por ejemplo que países como México y Argentina nos superan ampliamente con ventas para el 2011 superiores a 6.000 y 2.752 millones de dólares respectivamente, inclusive Venezuela nos supera levemente<sup>3</sup>.

Creemos que muchos de los factores que pueden incidir en que aún no tengamos un crecimiento mayor radican en temas como

<sup>1</sup> Estudio de Comercio Electrónico, la Fuerza del E-commerce en América Latina realizado por la firma América Economía Intelligence por encargo de la firma Visa publicada en el 2010. [http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio\\_electronico/index.php](http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio_electronico/index.php). Consultada el 25/02/2013

<sup>2</sup> Ver <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>. Consultado el 23 de julio de 2013.

<sup>3</sup> Ibidem.

la confianza de los consumidores en estos medios tecnológicos, el temor de los usuarios a ser víctima de fraudes informáticos, la conectividad<sup>4</sup>, pero sobre todo desde nuestro punto de vista la falta de armonización en las leyes que de alguna u otra manera tienen que ver con el manejo de nuevas tecnologías y desarrollo comercio electrónico en el país.

Tomando en cuenta estos factores y desde un punto de vista del análisis económico del derecho vemos como se hace necesario analizar aspectos heurísticos relacionados con la muestra de coherencias entre las doctrinas y las instituciones jurídicas, así como aspectos normativos (Posner 2012, Vol. 2 No. 7. P. 8) que nos servirán de guía para los jueces, operadores jurídicos y en general a los ciudadanos con respecto a los métodos más eficientes de regular estas nuevas conductas suscitadas con el advenimiento de las nuevas tecnologías de información a través del derecho.

En consecuencia las siguientes líneas analizarán cual es el estado actual de nuestra normatividad un tema esencial para el comercio electrónico como es el de la validez jurídica de los documentos electrónicos y específicamente como estas nuevas tecnologías de

información pueden ser utilizadas de manera efectiva por jueces, abogados y el público en general.

## 1. Los mensajes de datos y la Ley Colombiana de Comercio Electrónico

La Ley 527 de 1999 o de Comercio Electrónico y Firmas Digitales fue promulgada en nuestro país algunos años después de las discusiones que realizó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI y que se materializó con la expedición de la Resolución 51/162 de 1996 por medio de la cual se aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Es importante mencionar que Colombia hizo parte activa de todas las discusiones que se llevaron en la Comisión.

Posteriormente a la promulgación de la Resolución 51/162, se creó en nuestro país una comisión interinstitucional que estudió la naciente ley modelo y que determinó los mecanismos para la implementación de dicho instrumento en nuestra legislación. Esta comisión redactora fue conformada por miembros de los Ministerios de Justicia y del Derecho, Transporte, Desarrollo Económico y Comercio Exterior además de la academia y sectores del comercio. Fue así como en agosto de 1999 fue sancionada la Ley 527 de 1999 o de Comercio Electrónico en Colombia. (Gutiérrez, 2003)

Es de destacar que Colombia ha sido uno de los países pioneros en nuestro continente en implementar esta Ley modelo ya que con la promulgación de la Ley 527 de 1999 logró abarcar temas muy importantes para el desarrollo del comercio electrónico como la definición desde un punto de vista jurídico

<sup>4</sup> En este punto hay que reconocer los amplios esfuerzos del gobierno para masificar el uso de las nuevas tecnologías de información en el país y que se ha visto materializado en temas como la educación tecnológica en escuelas y colegios con el programa conexión total del Ministerio de Educación Nacional, los programas vive digital, proyecto nacional de fibra óptica y compartel desarrollados por el Ministerio de las Tecnologías de Información y Comunicaciones, la exención de ciertos impuestos para computadores entre otras medidas, para mayor información consultar los siguientes sitios: <http://www.mineduacion.gov.co/1621/article-233008.html>, <http://www.mintic.gov.co/>

de los Mensajes de Datos, los Sistema de Información (art. 2), el Reconocimiento Legal de los Mensajes de Datos (art. 5), el Principio de Equivalente Funcional de Documentos Escritos, la Firma Manuscrita y del Documento Original (arts. 6, 7, 8 y 28), la Eficacia Probatoria de la Prueba Digital (arts. 10 y 11), el Criterio de Integridad Necesario para la admisión del mensaje de datos tanto en el terreno judicial como administrativo entre otros (art. 9), la Formación de los Contratos Celebrados por Medios Electrónicos (art. 14)<sup>5</sup>, el Acuse de Recibo, presunciones legales, efectos jurídicos, tiempo de envío y recepción de los mensajes de datos, (arts. 20 al 25), Comercio Electrónico en materia de transporte de mercancías (arts. 26 y 27) y todo lo referente al Régimen de Firmas Electrónicas.

De la misma forma tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia le han dado el impulso necesario a la Ley 527 de 1999 para que pueda contar con las herramientas necesarias para poder ser aplicada en nuestro ordenamiento, dándole a jueces y abogados los instrumentos jurídicos que delimitan su ámbito de aplicación. Sobre estas

<sup>5</sup> Es importante diferenciar los contratos celebrados pro medios electrónicos de los contratos informáticos. Los primeros radican sobre la utilización de tecnologías de información para la formación y perfeccionamiento del contrato, la manifestación de voluntades para crear, modificar o extinguir un vínculo jurídico se realiza mediante medios electrónicos y los segundos radican en la construcción de relaciones de índole jurídico que recaen sobre un objeto informático como puede ser un software, equipos o servicios técnicos y pueden ser de muchos tipos como contratos de compraventa, de mantenimiento, de leasing, de programación, etc. Para mayor información consultar un cuadro comparativo en: <http://www.slideshare.net/janereduardo/contratos-informaticos-vs-contratos-electronicos>. Consultado el 6/03/2013.

sentencias haremos alusión más adelante en este trabajo. A continuación haremos referencia a los principales aspectos sobre el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.

## 1.1 Principios y naturaleza jurídica de los mensajes de datos

Como punto de partida, es conveniente considerar que la Ley 527 de 1999 le otorga plena validez a los mensajes de datos reconociéndoles pleno valor jurídico. Así las autoridades tanto jurisdiccionales como administrativas, deben concederle plenos efectos a los documentos contenidos de manera digital. Estos reconocimientos se sustentan esencialmente en dos principios señalados en la Ley 527 de 1999:

- a) El principio de neutralidad tecnológica y
- b) el principio de equivalencia funcional, que a continuación pasaremos a exponer.

**1.1.1 Neutralidad tecnológica.** La Ley 527 de 1999 en su artículo segundo describe los mensajes de datos como:

“la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Es importante señalar que esta norma es una traducción casi textual de la Ley modelo de UNCITRAL en materia de comercio electrónico expedida por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996 y cuyo texto en el idioma inglés es el siguiente: “Data Message” means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchanged (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy...” Tomado de HEDLEY, Steve y ALPIN Tania. Blackstone’s

Muy acertadamente y de acuerdo con una interpretación exegética de la norma, la Corte Constitucional estableció que la noción de mensaje de datos no estaba atada a una tecnología en especial, sino que por el contrario dejaba la puerta abierta a la obtención de estos a través de nuevas tecnologías de la información que la ciencia pudiese desarrollar en el futuro. (Corte Constitucional, sentencia C-662 de 2000. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz)

Este, sin duda, ha sido de gran importancia para que la norma no resulte desueta, ya que a pesar de que los mensajes de datos como los conocemos hoy en día son el motor fundamental para el desarrollo del comercio electrónico y de las actividades de tipo informático, esta situación no es óbice para que más adelante se puedan incluir tecnologías más avanzadas que las que actualmente utilizamos de manera ordinaria en las telecomunicaciones, como los correos electrónicos, las videoconferencias, la interacción con las páginas web (Zubieta 2003), etc. A manera de ejemplo, constatamos como hoy en día cada vez se habla menos del fax, el cual ha sido sustituido poco a poco por los servicios de email, a pesar que en la Ley 527 de 1999 se le mencionaba en varias de sus normas.

Este principio es conocido en la doctrina como el de la “neutralidad tecnológica” y que como explicamos en el párrafo anterior busca que las definiciones que trae la ley no se liguen con ninguna tecnología en especial. (Gutiérrez, 2003, p. 2.)

**1.1.2 Equivalencia funcional:** De igual manera, el principio de equivalente funcional se encuentra contenido en el artículo 6 de la

Ley 527 de 1999, el cual definió que: “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta...”. De la misma manera que con el principio de neutralidad tecnológica, la Corte Constitucional, al interpretar este principio, estableció que los mensajes de datos deben ser tratados de la misma forma como los escritos en papel.

Este principio le otorga a los mensajes de datos la validez jurídica con que cuentan los mensajes expresados en medios físicos, dándoles la seguridad jurídica necesaria para que a través de ellos se puedan manifestar expresiones de voluntad capaces de generar obligaciones para las partes que intervienen en la relación virtual, descartando cualquier tipo de vicio o nulidad por el hecho de provenir de medios electrónicos. Sin embargo estos mensajes deben tener unas características de orden técnico y legal que más adelante desarrollaremos.

De la misma forma, y a pesar de que esta es una ley de comercio electrónico, el alcance tanto de este principio como de otras disposiciones de la ley va más allá de su aplicación en materia comercial, de tal forma que la interpretación jurídica sobre la validez de los mensajes de datos debe mirarse de una manera sistemática de acuerdo a los diferentes ámbitos en los cuales esta materia puede ser aplicada. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que:

“ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas

---

Statutes. IT and E-Commerce. 4th Edition. Oxford. Oxford University Press. 2008.

que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia.

Dicha disposición señaló en efecto que los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones y que 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. Es decir que bajo el presupuesto del cumplimiento de los requisitos aludidos un mensaje de datos goza de validez y eficacia...” (Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis)

En consonancia, con lo expresado por la Corte y para que tanto el principio de equivalencia funcional tenga un asiento real en nuestro sistema jurídico, como para que los mensajes de datos puedan gozar de una efectiva validez y eficacia a nivel jurídico, es necesario que no hayan divergencias entre las diferentes ramas del derecho de tal forma que la Ley 527 de 1999 aparece como un cuerpo normativo transversal. Igualmente observaremos como esta interpretación realizada por la Corte en su momento, ha servido al el espíritu de las normas que se han promulgado posteriormente alrededor de esta materia.

## 1.2 Requisitos de validez del mensaje de datos

Tal como se puede extractar de la interpretación del artículo 11 de la Ley 527 de 1999, para que el documento electrónico sea capaz de producir efectos jurídicos, se señalan una

serie de criterios que, además de valorar probatoriamente los mensajes de datos, de cierta forma establece sus requisitos de validez, los cuales pueden puntualizarse de la siguiente manera:

### A. Confiabilidad en la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje

Este aspecto se refiere a la seguridad con que se haya generado, archivado o comunicado un mensaje de datos. Es decir, la fiabilidad con que cuenta el documento electrónico desde lo preceptuado en la Ley modelo de Uncitral que señala que “*al adoptar el criterio del ‘equivalente funcional’, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de **fiabilidad**, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida*” (Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis) (negrilla nuestra). En este punto juega un papel preponderante la manera como se haya generado el mensaje de datos. Si es un simple mensaje de datos que no esté dotado de ningún método que asegure quién ha emitido dicho mensaje, o si este ha sido alterado después del momento de la transmisión, seguramente no podrá contar con la misma eficacia y validez probatoria de un mensaje que cuente con este tipo de medidas de seguridad, como por ejemplo, aquellos que poseen una firma digital que cuenta con un certificado emitido por una entidad certificadora, tema sobre el cual haremos mención más adelante.

A pesar de que el juez o el operador del derecho debe acudir a las reglas probatorias de la sana crítica para evaluar la confiabilidad del mensaje de datos en cuanto a su generación,

archivo y comunicación, debido a la facilidad con la cual los mensajes, los sistemas y servicios de correo electrónico, entre otros, pueden ser alterados y modificados hace que los mensajes de datos presentados sin ningún tipo de seguridad tengan poca probabilidad de ser aceptados como legítimos a la hora de evaluar su validez probatoria. Sin embargo, es el juez el que de acuerdo con los hechos particulares del caso, la forma como sean presentadas dichas pruebas y siguiendo los razonamientos jurídicos de nuestro sistema de derecho probatorio, puede otorgarle validez a dichos documentos. Pero insistimos, sin la utilización de métodos que otorguen cierto grado de seguridad es poco probable que tenga éxito dicha presentación.

### **B. Integridad de la información contenida en el mensaje de datos**

Los artículos 8, 9 y 11 de la Ley 527 de 1999, establecen que para que un mensaje de datos tenga plena validez probatoria, debe haber permanecido completo e inalterado, es decir se debe poder corroborar que el mensaje no ha sido reformado, transformado, cambiado, variado, rectificado ó modificado por cualquier medio después de que éste ha sido emitido. El documento debe ser integro desde cuando se genero. Este principio permite que tanto el emisor como el receptor de un mensaje de datos tengan la plena certeza de que el mismo mensaje de datos es aquel que se produjo inicialmente en su integralidad y no otra versión alterada, que por mínima que sea, correspondería a otro documento y no al expedido originariamente.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de 16 de diciembre de 2010, con ponencia del Magistrado Pedro Octavio Munar Cadena señalo:

“La integralidad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje.”

La Corte Suprema en este caso creemos que se refiere a un método específico de autenticación del mensaje conocido como firma digital, sin embargo la importancia de su argumentación consiste en reconocer y subrayar la forma de mantener la integridad del mensaje de datos y de cómo este una vez generado en forma definitiva, no debe ser alterado bajo ningún medio y debe ser capaz de pasar por procesos de comprobación electrónicos tales como la criptografía o el sistema de firma digital. Igualmente, es necesario reiterar que estos sistemas de verificación son meramente enunciativos, ya que siguiendo el principio de neutralidad tecnológica, el uso de cualquier plataforma, método o sistema que pueda ser válido a la hora de certificar la integridad de un mensaje de datos es completamente valido.

La Ley 527 advierte también en el artículo 8° que en los casos en los cuales haya algún

cambio inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación del mensaje de datos, no se entenderá que este ha sido alterado y por ende que no cumpla con el requisito de la integralidad. A pesar de que la descripción que hace la norma es bastante general, entendemos que esta se refiere a las adiciones propias del proceso de comunicación que en nada influyen con el contenido del documento. Pero puede pasar que esta mera circunstancia comporte consecuencias desde el punto de vista jurídico. Pensemos en la celebración de un contrato que estipula fechas y horas exactas para la presentación de documentos o informes y que el cambio en el proceso de comunicación si puede tener incidencia en dichas circunstancias.

### C. Identificación del Iniciador

La Ley 527 de 1999 en su artículo 7° nos expresa que para que un documento electrónico se entienda firmado se debe utilizar un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y que este pueda asentir con su aprobación el contenido del mismo. Este método debe ser tanto confiable como apropiado para los propósitos para los cuales el mensaje fue generado. Este requisito es vital puesto que siguiendo el principio del equivalente funcional, los documentos en forma material que requieran ser firmados pueden ser presentados en forma digital siempre y cuando se establezca un procedimiento que permita identificar el generador del documento, que en últimas, es la función principal de la firma manuscrita.

En este orden de ideas el mensaje de datos debe generarse mediante un mecanismo que permita, entre otras cosas, entregar unos niveles de confiabilidad que con respecto a la identificación de la forma con la cual se haya

generado el documento. Igualmente, que sea posible fijar criterios lo suficientemente claros para la identificación del iniciador del mensaje de datos y la asociación de este a su contenido (Burgos, 2011). Para el desempeño de esta función es importante señalar algunos métodos de identificación electrónica de firma digital como los biométricos, Iris basados en tecnología óptica y la huella digital.

Alrededor de este punto confluyen dos principios esenciales para determinar la validez de los documentos electrónicos: el principio de autenticidad y el de no repudio. El primero fue definido por la Corte Constitucional como la certificación técnica que identifica a la persona receptora o iniciadora de un mensaje de datos (Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz). Este principio se ve reforzado mediante el sistema de firma digital pues la ley presume la autenticidad de los documentos generados mediante este mecanismo y de igual forma entiende que la persona que firma digitalmente un documento es el iniciador del mensaje de datos, pues no tendría cabida que la usara otra persona, ya que este mecanismo tiene un carácter inherente a la persona.

En lo que respecta al principio de no repudio, éste se sustenta en que la persona que firma digitalmente un documento electrónico, apoyado por un certificado digital emitido por una entidad certificadora<sup>7</sup> autorizada no

<sup>7</sup> A pesar de que no es objeto de este artículo el hablar sobre firmas digitales y entidades de certificación, vale la pena mencionar su definición de acuerdo a la Ley 527 de 1999, el Decreto Reglamentario 1747 de 2000 y la Corte Constitucional en la Sentencia referida C-662 de 2000. *“Firma Electrónica: En el capítulo I de la parte III, respecto de la aplicación específica de los requisitos jurídicos de los mensajes*

*de datos, se encuentra la firma, y para efectos de su aplicación se entiende por firma digital: "... un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido vinculado a la clave criptográfica privada del iniciado, permite determinar que este valor numérico se ha obtenido exclusivamente con la clave criptográfica privada del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación". (Artículo 2º. Literal h). A través de la firma digital se pretende garantizar que un mensaje de datos determinado proceda de una persona determinada; que ese mensaje no hubiera sido modificado desde su creación y transmisión y que el receptor no pudiera modificar el mensaje recibido.*

*Una de las formas para dar seguridad a la validez en la creación y verificación de una firma digital es la Criptografía, la cual es una rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar, mediante un procedimiento sencillo, mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original. Mediante el uso de un equipo físico especial, los operadores crean un par de códigos matemáticos, a saber: una clave secreta o privada, conocida únicamente por su autor, y una clave pública, conocida como del público. La firma digital es el resultado de la combinación de un código matemático creado por el iniciador para garantizar la singularidad de un mensaje en particular, que separa el mensaje de la firma digital y la integridad del mismo con la identidad de su autor. Por lo tanto, quien realiza la verificación debe tener acceso a la clave pública y adquirir la seguridad que el mensaje de datos que viene encriptado corresponde a la clave principal del firmante; son las llamadas entidades de certificación que trataremos más adelante-* **Entidades de Certificación:** La entidad de certificación, expide actos denominados Certificados, los cuales son manifestaciones hechas como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas y la integridad de un mensaje de datos. La naturaleza de la función de las entidades de certificación se considera como la prestación de un servicio público, para lo cual vale la pena detenerse un momento ..."

puede desestimar lo que está contenido en el mensaje de datos ya que a través de este se ha expresado plenamente su voluntad. Por consiguiente, no puede repudiar los efectos que se derivan de dicho documento, el cual goza, por tanto, de plena validez jurídica (Rincón, 2012), con capacidad para generar derechos y obligaciones. Creemos que este principio de no repudio igualmente puede ser aplicado a otros métodos de autenticidad tan seguros como el de la firma digital.

Además de lo anterior, un mensaje de datos firmado digitalmente podría dar lugar a una cuarta característica expresada en el principio de **confidencialidad** en el entendido de que el mensaje sólo pueda ser leído o consultado por el destinatario y excepcionalmente por otras personas que tuvieran un eventual derecho a conocerlo (Suñe, 2006).

No obstante, y a pesar de estas definiciones y principios que la Ley 527 de 1999 y al desarrollo jurisprudencial sobre el tema realizado por nuestras cortes, es un hecho que aún no hay una masificación del uso de mensajes de datos en términos legales y probatorios y nos atreveríamos a decir que aún no hay una gran claridad entre los operarios del derecho, llámense abogados, funcionarios administrativos, jueces, entre otros acerca de dichos preceptos. Inclusive las interpretaciones de las cortes si bien todas han apoyado la tesis principal de la aceptación de las nuevas tecnologías de información y la aprobación legal de documentos electrónicos, valdría la pena señalar algunos aspectos que aún permanecen en la ambigüedad, con respecto a lo cual haremos la mención respectiva al analizar los principales pronunciamientos sobre el tema efectuados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

### 1.3 Análisis de la constitucionalidad de la Ley 527 de 1999. Sentencia C-662 de 2000 Corte Constitucional

Esta fue la primera sentencia de relevancia en lo referente a la Ley de Comercio Electrónico, producida a raíz de la demanda de inexecutable de la Ley 527 de 1999 y en particular de sus artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45. La actora puso en tela de juicio la constitucionalidad de la Ley, ya que para ella a través de los certificados emitidos por las entidades de certificación sobre los documentos firmados digitalmente se estaba infringiendo el artículo 131 de la Constitución Nacional, referente a la función de dar fe pública y su resorte exclusivo en cabeza de los notarios.

De la misma forma esgrimió, la demandante que la Ley 527 de 1999 al modificar el Código de Procedimiento Civil no podría efectuarse mediante ley ordinaria sino a través del procedimiento especial que corresponde a las leyes estatutarias.

El Tribunal Constitucional aprovecho la demanda para contextualizar la importancia de la Ley de Comercio Electrónico y cuáles eran algunas de sus ventajas para nuestro país. En ese sentido acertadamente recogió las palabras del para entonces Vicepresidente Ejecutivo (e) de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“En la actualidad el desarrollo del comercio electrónico a nivel mundial es un hecho innegable e irreversible. No sólo es así, sino que según se prevé, seguirá en crecimiento en los próximos años generando grandes ingresos a través de la red, el cual innegablemente causa un impacto sobre las actividades económicas, sociales y jurídicas

en donde estas tienen lugar” (Corte Constitucional Sentencia C-611 de 2000).

Opinión que ha resultado en un todo acertada si observamos los grandes cambios ocurridos en las sociedades contemporáneas raíz de las tecnologías de la información en los últimos 10 años.<sup>8</sup>

La Corte igualmente se refirió a La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-, la cual definió las herramientas básicas para la expansión del comercio electrónico a través de los mensajes de datos y particularmente del correo electrónico, dotándolos de un nivel de confiabilidad y seguridad jurídica igual al de los documentos escritos en papel. De la misma forma la Corte, hizo énfasis en la recomendación de dicha Comisión de implementar esta ley como modelo para los ordenamientos jurídicos de los países con el fin de agilizar las relaciones comerciales internacionales, así como para dotar de seguridad las relaciones jurídicas entre particulares en los entornos digitales.

En lo que se refiere específicamente a los mensajes de datos se estableció claramente la importancia de estos reconociendo que son la piedra angular sobre la cual se construye el comercio electrónico. Igualmente se definió el mensaje como *“información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas*

<sup>8</sup> En América Latina el comercio electrónico para el año 2011 alcanzó el 0,76% de su producto Interno Bruto y en países como Brasil el 1,01%. Ver <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>. Consultado el 23 de julio de 2013.

*de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico*". Esta definición es de vital importancia pues de ella se desprende la equivalencia que debe existir entre los documentos generados electrónicamente con los documentos emitidos por medios físicos, corroborando el estatus jurídico establecido en la Ley 527, para los primeros necesario para que produzcan derechos y obligaciones. De esta forma se enfatizó en las ventajas de los mensajes de datos, como su capacidad de almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo, la revisión y auditoría para fines contables, la afirmación de derechos y obligaciones jurídicas entre los otorgantes y la facilidad de acceso para su posterior consulta, entre otros aspectos.

La Corte, finalmente al estudiar los cargos elevados por la actora estableció que las entidades certificadoras, al ser las encargadas de facilitar las transacciones electrónicas a través de sus funciones de verificación y certificación de documentos electrónicos firmados digitalmente, ejercen un servicio público el cual puede ser prestado tanto por entidades públicas como privadas, tanto nacionales como extranjeras, y en particular por las cámaras de comercio, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Nacional y el artículo 29 de la ley 527 de 1999, el cual fue modificado por el artículo 160 del Decreto 19 de 2012 siempre que cumplan con los requisitos de acreditación del Organismo Nacional de Acreditación, conforme a la reglamentación expedida por el gobierno nacional (Artículo 29 Ley 527 de 1999). De lo dicho anteriormente se desprende que las entidades certificadoras, más allá de la función fedante que la demandada les atribuye, ejerce una labor de certificación técnica para

quienes utilizan los sistemas de información electrónica en cuanto a la confidencialidad, autenticidad, integridad y no repudiación de los mensajes de datos firmados digitalmente y en ningún momento se buscó por parte de la ley impugnada *"dar mayor jerarquía ni validez a los mensajes de datos de los que se pretenden para un documento tradicional"*.

A manera de conclusión se tiene que el alcance que esta sentencia le da a lo establecido en la 527 de 1999, es el de otorgarle plena validez a los mensajes de datos, siempre y cuando de ellos se desprendan los elementos necesarios para identificar al emisor del mensaje, verificar que el documento generado y enviado por el emisor sea el mismo que recibió el receptor de este, garantizando que el generador del mensaje de datos no pueda desconocer el envío de dicho mensaje y, en ciertos casos de confidencialidad, avalar la privacidad de la información. Lo anterior significa que los documentos electrónicos gozan de plena validez jurídica para todos los efectos de acuerdo con el principio del equivalente funcional siempre y cuando sean generados a través de una firma digital y podrán contar con su respectivo certificado digital. Solo de esta forma los mensajes de datos podrían tener la misma validez de los generados por medios físicos firmados de manera manuscrita.

#### **1.4 Validez legal de los mensajes de datos. Análisis de la sentencia C-831 de 2001 de la Corte Constitucional**

Esta junto con la sentencia C- 662 de 2000, se convierten en los dos principales sentencias de la Corte en lo que se refiere a la Ley 527 de 1999. En esta ocasión el actor demandó la

constitucionalidad del artículo 6 de la citada ley por cuanto estimo que la norma violaba los artículos 28 y 152 de la Constitución Nacional. Según la Ley 527 de 1999 la validez de los mensajes de datos tiene plena aplicación desde el punto de vista jurídico a todo tipo de asuntos con excepción de aquellos que se refieran a obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de Convenios y Tratados internacionales, o respecto de las advertencias legales necesarias para defender los derechos de los consumidores, siempre y cuando la información pueda ser verificada para su posterior consulta (Sentencia C-831 de 2001 Corte Constitucional). En consecuencia la Ley 527 de 1999 debe ser aplicada a cualquier campo de nuestro ordenamiento jurídico sin ningún tipo de distinción.

La Corte procede primero a establecer que a pesar de la existencia de la Sentencia de C-662 de 2000 acerca de la constitucionalidad de la Ley 527 de 2000, puntualmente su estudio con base en artículo 152 de la carta, no se puede hablar de cosa juzgada constitucional puesto que en aquel caso se refería a normas y materias distintas a las demandas por el actor en la sentencia C-662. Seguidamente hace una extensa cita sobre lo que ella misma había debatido anteriormente alrededor de la citada Ley para concluir que la Ley 527 de 1999 aunque se inspira en el derecho mercantil, su espectro de aplicación es de carácter general como se estipuló en el título del Capítulo primero de la Parte General de la Ley, el cual señala el carácter general de sus disposiciones en lugar de la expresión “comercio electrónico” como estaba previsto en el proyecto inicial.

Consecuentemente, los operadores jurídicos juzgados, tribunales, cortes, podrán hacer uso de las nuevas tecnologías de información

para el cumplimiento cabal de sus funciones y específicamente el uso de mensajes de datos para la emisión de documentos entre los que se encuentran las notificaciones y órdenes judiciales, siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en la ley de comercio electrónico, es decir, los requisitos de autenticidad, integridad, inalterabilidad, rastreabilidad, no repudio, confidencialidad en los casos en que se requiera, y las demás normas de carácter procesal y que la citada ley establezca. Esto quiere decir que los mensajes de datos utilizados para dichos efectos gozan de una total validez y eficacia, puesto que están en capacidad de otorgar tales calidades o inclusive niveles superiores de confianza y seguridad que los documentos materiales en la medida que cumplan con los requisitos técnicos y jurídicos respecto de su autenticidad, integridad y rastreabilidad.

En lo referente a la demanda como tal, la Corte encontró que el artículo 6° de la Ley 527 de 1999 solo puede afectar de manera indirecta el artículo 28 de la Constitución Nacional en cuanto a que corresponde a la regulación de uno de los requisitos que la norma constitucional establece para la privación de la libertad en Colombia, sin ser este un elemento esencial de la citada norma, ya que lo que se hace simplemente es establecer un equivalente funcional entre el escrito de papel y el mensaje de datos. De igual forma, la Corte, interpretando el artículo 152 de la Carta, aclaró que la expedición de leyes estatutarias se debe realizar únicamente cuando estas se refieran a regulaciones estructurales y esenciales de los derechos fundamentales, efectuando por tanto una interpretación restrictiva de este tipo de leyes, porque de lo contrario se tendrían para la regulación de cualquier materia que tenga que ver con estos

derechos, haciendo lenta y pesada la labor legislativa.

En conclusión, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 6° de la ley 527 de 1999 por cuanto esta no pretende hacer ninguna reforma estructural al artículo 28 de la Constitución y de paso reafirmo su tesis acerca de la admisibilidad de mensajes de datos como documentos capaces de producir efectos jurídicos en la misma forma que los documentos tradicionales. (Sentencia C-662 de 2000).

## 2. La firma electrónica y su validez jurídica

La legislación colombiana testimonió durante un periodo de alrededor 12 años de constantes debates doctrinales acerca de la interpretación que debía dársele al artículo 7° de la Ley 527 de 1999, norma que fundamenta el equivalente electrónico de la firma.

Algunos autores afirman que la protección otorgada a las firmas electrónicas se extendía a toda clase de firmas que cumplieren con los requisitos tecnológicos de verificación e integridad y que la firma digital si bien era una especie de firma electrónica, no era la única aprobada por la ley para suscribir de manera electrónica un documento. Algunos otros, preferían referirse únicamente a las firmas digitales como medio de identificación del iniciador de un mensaje de datos. En las siguientes líneas haremos mención a estos dos tipos de firmas.

### 2.1 Firma Digital

Recordemos que la firma digital es un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos, utilizando un procedimiento matemáticamente conocido (Artículo 2 de la Ley 527 de 1999.). Mediante este procedimiento el

iniciador del mensaje tiene una clave privada y una clave pública que le son otorgadas por una entidad de certificación. Una vez que se quiera enviar un mensaje de datos, se utiliza la clave privada para la transmisión del documento. Cuando este, firmado digitalmente, llega al receptor, este puede verificar que efectivamente el documento ha sido enviado por quién lo firma y que el documento no ha sido alterado gracias a que la clave pública también se encuentra asociada al documento.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000, además de las precisiones realizadas acerca del documento electrónico, aprovechó la ocasión para desarrollar el concepto de firma digital reseñada, destacando sus bondades para identificar a una persona como autora de un documento proporcionando plena certeza de que fue esa persona la que participó exclusivamente en el acto de firmar, así como la asociación de esa persona con el contenido del documento. De dichas ventajas se desprende que el mensaje de datos unido a una firma digital ofrece todas las garantías necesarias con respecto a la absoluta seguridad para los usuarios de medios digitales a la hora de usar mensajes de datos en el ejercicio de actividades que impliquen consecuencias jurídicas. Inclusive, la firma digital puede alcanzar grados de confiabilidad superior al ser en todos los casos igual, a diferencia de la firma manuscrita que se reputa similar a la original. (Cfr. 8. P. 55)

Sin embargo la Corte enfatiza en que es necesario establecer un mecanismo tecnológico que permita una verificación de que quién se reputa como firmante del documento electrónico efectivamente sea el generador del mismo, es decir la aplicación del principio de no repudio del cual hicimos

mención anteriormente. Este mecanismo se materializa a través de las entidades de certificación, las cuales a través de los actos que expiden (certificados digitales) manifiestan expresamente que ha realizado las medidas correspondientes a la verificación sobre la autenticidad, veracidad, integridad, confidencialidad, inalterabilidad, legitimidad, entre otros, del documento producido mediante medios electrónicos y firmado digitalmente por medio del sistema de claves criptográficas. (Cfr. 20)

Recordemos que este sistema funciona a través de una doble clave, pública y clave privada. Por medio del sistema criptográfico se conoce la clave pública y por medio del uso de la clave privada se encripta y desencripta la información. De tal manera que la clave pública está a disposición de todos y la clave privada se debe mantener en secreto y solo puede ser usada por el titular de la firma digital. Este sistema de claves se puede utilizar en los siguientes casos: cuando alguien desea enviar de manera confidencial un documento dirigido a una determinada persona, entonces lo encripta con la clave pública de esa persona y de esta forma ese documento solo puede ser abierto por el destinatario usando su clave privada para desencriptar el documento. La clave privada también puede ser usada para firmar los documentos electrónicos y así a través del certificado digital expedido por la entidad certificadora sirve como medio de verificación de la autenticidad de la firma. Esta viene expresada en un valor algorítmico único para cada documento. (Reyes, 2004)

Sin embargo la Ley 527 de 1999, no quiso solo darle validez jurídica a los documentos electrónicos firmados digitalmente, ya que en el mismo artículo 7° y en consonancia con las corrientes internacionales, también

le extendió dicha protección jurídica a la llamada firma electrónica que analizaremos a continuación.

## 2.2 Requisitos de validez la firma electrónica

Para establecer cuando una firma electrónica es válida jurídicamente, debemos retornar lo señalado por en la Ley 527 de 1999, la cual de manera muy genérica estipula que cuando en aquellos casos en que sea requisito la firma en un documento, o se establezcan consecuencias ante su ausencia, este requisito se entenderá satisfecho en relación con los mensajes de datos si se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos, corroborándose además que el contenido del documento electrónico cuenta efectivamente con la aprobación del iniciador del mensaje. Igualmente aclara que la firma debe utilizar un método que sea tanto confiable como apropiado para el propósito que motivo el mensaje o por el cual fue comunicado (Artículo 7 de la Ley 527 de 1999).

Del contenido de esta norma podemos extraer tres grandes conclusiones. La primera de ellas referente a la ratificación de validez de los documentos firmados electrónicamente que le otorga la ley. En este sentido, se constata que si la Ley 527 de 1999 ya le había otorgado protección jurídica a los documentos electrónicos, era apenas lógico extender esta protección a las firmas electrónicas, de manera que ninguna autoridad podría restarle efectos jurídicos a un documento que aparezca firmado electrónicamente.

Justamente esta circunstancia nos lleva a una segunda conclusión y es que la firma electrónica para que esta otorgue validez a

los documentos en los que aparezca, deberá cumplir con una serie de requisitos tecnológicos que den certeza sobre el iniciador del mensaje y, lo más importante, sobre la integridad de este.

Finalmente, como tercera conclusión, el contenido de la norma no era del todo claro sobre lo que se debe entender como un método confiable para la generación de la firma, razón por la cual existía cierta incertidumbre sobre el particular que justamente generaba frecuentes debates doctrinales y demasiadas dudas para las autoridades administrativas y judiciales, con excepción de ciertos campos como el tributario donde más adelante veremos su regulación en este tema.

Como consecuencia de estas controversias y de la expedición de normas que empezaban de alguna forma a regular el tema de manera directa o indirecta, como el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012 y el Código Contencioso Administrativo, se hacía necesaria una regulación mucho más detallada sobre los alcances legales de la firma electrónica.

De igual forma, la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, marcó un importante precedente en la materia, ya que introdujo la obligación para los Estados partes de establecer normas de aceptación de diferentes métodos que los intervinientes en una transacción establecieran de mutuo acuerdo, como forma de autenticación. Igualmente que no se impusieran métodos específicos que impidiesen a aquellas acudir ante las autoridades judiciales o administrativas (Artículo 15.6 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos aprobado por la Ley 1143 de 2007).

Esto por cuanto los constantes avances tecnológicos obligan a que el reconocimiento

jurídico de las firmas electrónicas deba hacerse sin tener en cuenta la tecnología utilizada. Como corolario de lo anterior, la Ley 1341 de 2009 o de Tecnologías de la Información, entiende que el principio de neutralidad tecnológica debe ser el pilar para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas, en aras de fortalecer el desarrollo del comercio electrónico.

Así y para regular esta materia definitivamente el Decreto 2364 de 2012 se muestra como una herramienta jurídica que clarifica los aspectos relacionados con la firma electrónica en lo que se refiere a sus alcances legales. En primer lugar se describe a la firma electrónica por:

“Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente”.

Esta descripción hace claridad de los distintos métodos a los cuales asocia la creación y utilización de la firma electrónica y en consecuencia su validez. Así las cosas, es claro que la firma digital es una especie de firma electrónica que para el caso se presentaría como el género. Igualmente es importante precisar que la enumeración de algunos métodos que la norma trae para la generación de una firma electrónica, no es una enumeración exhaustiva, de tal forma que se podrá aceptar cuantos métodos se utilicen siempre y cuando estos sean confiables y apropiados para el fin de la firma, así como el cumplimiento de cualquier acuerdo entre las partes.

Precisamente, en lo que respecta al acuerdo entre las partes, este decreto en su artículo 7 señala que las partes pueden establecer acuerdos sobre el uso de diferentes métodos de firma electrónica, comunicaciones, transacciones, creación de documentos electrónicos o cualquier otra actividad que implique el intercambio electrónico de datos. Estos mecanismos o técnicas de identificación personal o autenticación se presumen que cumplen con los requisitos de firma electrónica, salvo prueba en contrario. Así, si las partes determinan como medio de autenticación el uso de los correos institucionales de las empresas, esta voluntad deberá ser respetada como reconocimiento al principio de derecho contractual “*pacta sunt servanda*”. Si es alguna de las partes la que específicamente provee los métodos de generación de la firma, entonces deberá estar seguro de que estos métodos o técnicas son seguros y confiables ya que la carga de la prueba recae en su cabeza.

Sin embargo, de la definición de firma electrónica contenida en el mencionado decreto, queda la duda sobre que significa la utilización de un mecanismo que sea tan confiable como apropiado para los fines con los que se comunicó el mensaje. Al respeto el mismo Decreto 2364 de 2012 en su artículo 3º establece que la firma es confiable y apropiado cuando se cumplen los siguientes dos requisitos:

- “1) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante.
- 2) Es posible detectar cualquier alteración no autorizada del mensaje de datos, hecha después del momento de la firma.”

Entonces, sea cual fuere el método que se utilice, deberá tener los estándares

tecnológicos apropiados para cumplir con los requisitos de identificación e integridad del mensaje de datos firmado electrónicamente.

Consecuentemente, y volviendo a nuestro ejemplo del email utilizado como documento firmado electrónicamente, puede llegar a cumplir con estos requisitos. Sin embargo, su eficacia probatoria podrá ser un poco más compleja que otros métodos más avanzados de autenticación como pueden ser los métodos biométricos ya que no siempre es fácil comprobar que el mail enviado desde una casilla de correo de un usuario fue enviado por ese usuario. Piénsese por ejemplo en los constantes incidentes de seguridad informática en las que se encuentran comprometidas las casillas de correo electrónico.

En lo que respecta a los aspectos probatorios, el decreto le otorga la posibilidad a las partes de aducir las respectivas pruebas que demuestren que una determinada firma electrónica es o no confiable. Igualmente este cuerpo normativo establece en su artículo 8º una serie de obligaciones al firmante consistentes en: a) el mantenimiento del control sobre la firma b) la actuación con diligencia para evitar que terceros no autorizados manipulen la firma y c) dar a viso a las personas que hayan recibido o vayan a recibir documentos electrónicos emanados por el firmante si de los datos de creación de la firma se tiene información que hay un riesgo considerable o que efectivamente estos han quedado en entredicho, ya sea por que han sido conocidos ilegalmente por terceros, corren peligro de ser utilizados indebidamente porque el firmante ha perdido control sobre la firma o en general cualquier situación que cree sospecha sobre la seguridad de la firma electrónica.

El Decreto no señala específicamente cuales son las consecuencias jurídicas que se derivan

del hecho de que el firmante no cumpla con esta serie de obligaciones mencionadas en el párrafo anterior. Sin embargo, se deduce que la carga de la prueba sobre la observancia de estas obligaciones recae cabeza del firmante y que en caso de incumplimiento de dichas obligaciones la responsabilidad civil por los daños ocasionados al receptor del mensaje de datos por la conducta omisiva del firmante deberán ser asumidos por este.

Finalmente, se señala de manera muy acertada que el grado de seguridad tanto en los procedimientos como en los métodos y dispositivos utilizados para la generación de una firma electrónica, se podrá establecer a través del concepto técnico emitido por un perito u órgano independiente, o de auditorías especializadas realizadas periódicamente sobre los mecanismos y procedimientos de identificación personal.

De esta forma se garantiza la intervención de peritos digitales que van a ser muy útiles tanto en el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales como administrativos, ya sea porque las partes utilizaran sus conceptos técnicos como un medio de prueba eficaz, idóneo y conducente para demostrar la seguridad o no de las firmas electrónicas. De igual forma, servirán como auxiliares de la justicia para el momento en que las autoridades administrativas o judiciales lo requieran. Esto conduce a la reflexión de que los abogados, a pesar de no ser necesariamente expertos en temas de tecnología, deben estar preparados para poder interpretar y determinar las consecuencias jurídicas para situaciones que antes solo ocurrían en el mundo material y que ahora se han ido trasladando, poco a poco y cada vez con mayor frecuencia a los entornos digitales.

Como conclusión, sobre todo lo anterior, podemos señalar que en nuestro país, aparte

de las firmas digitales, pueden existir otros mecanismos de firma electrónica que gozan de plena validez y eficacia para demostrar la autenticidad de un documento electrónico. Así, si un usuario por cualquier motivo, no desea firmar digitalmente un documento, puede acudir a otros métodos, sin embargo debe verificar que estos métodos sean seguros y que permitan identificar al iniciador del mensaje y poder determinar que no se ha alterado el contenido de este, es decir, que se ha mantenido en su integridad.

### 3. La notificación electrónica

Sin duda alguna, la notificación electrónica es otro de los temas que ha generado inquietud, tanto entre la ciudadanía como entre los operadores jurídicos, pues al igual que con la firmas electrónica, no fue del todo claro cuales eran los requisitos para que un documento emanado de un juez de la república o de una autoridad administrativa pudiera ser notificado de manera digital y gozara de plenos efectos jurídicos.

Al efecto realizaremos una corta recapitulación de las diferentes regulaciones expedidas en nuestro país de acuerdo con la muy acertada recopilación que efectuó nuestra Corte Constitucional (Sentencia C-012 de 2013. MP Mauricio González Cuervo) en sentencia reciente, la C-012 de 2013 y en la cual precisamente ratifica la posibilidad de notificar actos administrativos y sentencias judiciales a través de medios electrónicos.

Así las cosas, en la Ley 527 de 1999, a pesar de no tratar de manera directa el tema de las notificaciones electrónicas, si sienta las bases sobre las cuales es posible realizar este tipo de procedimientos a través del uso de las nuevas tecnologías. En primera medida y por

medio del principio de equivalencia funcional señalada anteriormente, en aquellos casos en que una norma requiera que un documento conste por escrito, este procedimiento quedara surtido a través de los mensajes de datos.

Así, aquellas notificaciones que normalmente se realizan a través del envío de documentos impresos, en principio podrían ser reemplazadas por su envío digital. La Ley 527, igualmente, otorga fuerza probatoria plena a los mensajes de datos, así como la equivalencia electrónica en aquellos casos que la ley establezca que los documentos deban ser archivados o conservados como efectivamente sucede con las notificaciones<sup>9</sup>.

En lo que respecta al estatuto tributario, ya desde la Ley 1111 de 2006, se estableció que ciertos actos administrativos en materia de aduanas y control de cambios, pueden ser notificados electrónicamente a la dirección del correo o sitio electrónico asignado directamente a los contribuyentes agentes retenedores o declarantes que opten de manera preferente por esta forma de notificación. De esta forma, la manifestación de la voluntad de los administrados es un elemento indispensable para el uso de este tipo de notificaciones.

<sup>9</sup> Artículos 10 y 12 de Ley 527 de 1999. Debe recordarse que para que se cumpla el requisito de la conservación de los documentos se deben cumplir las siguientes condiciones: “1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta. 2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y 3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.”

Posteriormente, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en su artículo 56, estableció de manera clara que las autoridades podrán realizar las notificaciones de sus actos a través de medios electrónicos, pero siempre y cuando, el administrado haya aceptado este medio de notificación. De esta manera resulta imperativo que en el expediente administrativo quede constancia de la manifestación de voluntad del administrado sobre el uso de dicho procedimiento. Ahora bien valdría la pena preguntarse si esta manifestación de voluntad pudiera darse a través de medios electrónicos, a lo cual hay que responder afirmativamente, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos establecidos en la Ley 527 de 199 y sus decretos reglamentarios, como la el Decreto 2364 de 2012.

En este aspecto en Colombia existen entidades que realizan exitosamente este tipo de procedimientos, como la Superintendencia de Industria y Comercio que tiene un sistema para notificar sus actos administrativos en materia de signos distintivos a través de medios electrónicos<sup>10</sup>. Esta entidad utiliza una interface particular en la cual los usuarios pueden registrar de manera voluntaria su correo electrónico para que le sean notificadas todas las decisiones que tengan que ver con su expediente. La entidad igualmente les asigna un nombre de usuario y una clave de acceso

<sup>10</sup> Términos y condiciones de uso de medios electrónicos para el servicio de notificación en línea a través de internet de los actos proferidos por la Delegatura para la propiedad industrial de la superintendencia de industria y comercio. Ver [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/propiedad\\_industrial/Instructivo/Terminos\\_Condiciones.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/propiedad_industrial/Instructivo/Terminos_Condiciones.pdf). Disponible a 22 de julio de 2013.

para que los administrados puedan acceder a la interface y verificar la notificación de los actos administrativos. Este sistema, además, permite almacenar y verificar los datos de envío y recepción del documento, así como la integridad del mismo. Este sistema está en consonancia con el artículo 56 que señala que 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”*.

Sin embargo, la citada norma establece que durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el estatuto administrativo.

En materia de registro mercantil, el artículo 29 de la Ley 794 de 2003, establece que las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil, deberán registrar una dirección electrónica para notificaciones. En este caso, a diferencia de otros estatutos, no se hace extensiva a los usuarios la posibilidad de no ser notificado de manera electrónica. Esta norma es ratificada en el artículo 291 de la Ley 1564, Código General del Proceso, en la cual se vuelve a mencionar la obligatoriedad del registro de la dirección de correo electrónico para notificaciones judiciales.

De igual forma, el artículo 291 de la Ley 1564 de 2012, hace extensivo los mismos efectos de notificación electrónica a aquellas personas naturales que hayan suministrado al juez su dirección electrónica.

También se establece que en aquellos casos que se conozca la dirección electrónica del que deba ser notificado, ésta podrá

realizarse ya sea a través del Secretario o del interesado a través de correo electrónico y aquella se entenderá recibida cuando el iniciador del correo recepcione un mensaje de acuse de recibo. En este caso se deberá dejar constancia en el expediente, adjuntando una impresión del mensaje de datos. Esta norma parece un poco curiosa porque por un lado se promueve la utilización de los medios que las nuevas tecnologías han puesto a disposición del hombre y por el otro, se sigue pensando en el clásico expediente físico.

En consonancia con dichas disposiciones el estatuto procesal también dispone que tanto las partes demandante y demandada deberán señalar el correo electrónico para recibir sus respectivas notificaciones (Artículos 82 y 96 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.). Igualmente cuando se envíe un memorial desde dichas cuantas de correo registradas este se presume auténtico (Artículo 103, parágrafo Segundo de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.).

Es importante resaltar que las normas referentes a la notificación electrónica en la jurisdicción civil entrarán en vigencia a partir del año 2014, razón por la cual, tanto jueces como abogados deben estar preparados para el uso de dichas tecnologías, ya que en ciertos casos las partes se verán obligadas a enviar copias de los memoriales presentados en el proceso a su contraparte a la dirección de correo electrónico registrado en el proceso, so pena de multas (Artículo 78 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso.). Igualmente, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno Nacional deberán proveer a los jueces civiles unas plataformas que brinden la mayor seguridad y confianza de la información allí registrada, ya que el volumen de información que se puede llegar a manejar

es enorme, de manera tal que si no se cuenta con una plataforma robusta puede afectarse el servicio y por ende la administración de justicia con graves consecuencias tanto para los ciudadanos como para la misma rama y sus sistemas de información que podrían perder credibilidad.

En lo que se refiere al desarrollo jurisprudencial, aparte de la sentencia mencionada, la C-012 de 2013, la Corte Constitucional ha tratado el tema en sentencias como la C-1114 de 2003 y la C-624 de 2007 donde se analizó el fenómeno de las notificaciones electrónicas en procesos tributarios, señalando que es legítimo el uso de las nuevas tecnologías de información para los procedimientos de notificación y que no se viola el debido proceso en la medida que estos mecanismos hacen que la administración opere de una manera más eficaz para la notificación de sus actos administrativos. Sin embargo en la sentencia C-1114 de 2003, se dejó de presente que a pesar de la utilización de dichas tecnologías no podía dejarse de lado el fin mismo de la notificación que es la de comunicar al administrado los actos judiciales o administrativos que puedan afectarle.

Un antecedente válido lo encontramos en la sentencia SU-195 de 1999, en la que la misma Corte hizo la precisión, según la cual, inclusive en las sentencias que se dicten en materia de acción de tutela, el juez puede notificar a las partes por el medio más expedito o eficaz, para dicho caso, el fax.

En ese mismo sentido, la sentencia C-980 de 2010 de la Corte Constitucional enfatizó que:

(...) “la incorporación de los medios tecnológicos en el funcionamiento institucional del Estado Colombiano, en el entendido

que los mismos contribuyen no solo a la modernización y sistematización de sus trámites y funciones, sino también a mejorar la calidad de vida de la comunidad, ofreciendo un acceso efectivo y más equitativo a los servicios que le corresponde prestar a las autoridades públicas en los distintos escenarios de acción”.

Pero sin duda alguna, fue el Consejo de Estado el que ha desarrollado este aspecto referente a las notificaciones por medios electrónicos con mayor amplitud, razón por la cual nos ocuparemos en mayor medida en las líneas que siguen.

### **3.1 Validez jurídica de la notificación por medios electrónicos. Análisis de la sentencia del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2010**

En esta sentencia el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio civil, fue consultado por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones acerca de la aplicación de la equivalencia funcional de que habla la Ley 527 de 1999 con respecto al artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y la Ley 962 de 2005 sobre la posibilidad de realizar las notificaciones y publicaciones de actuaciones y actos administrativos a través de medios electrónicos.

El consultante se apoya además en las sentencias C-662 y C-831 de la Corte Constitucional, analizadas en los párrafos anteriores y en la sentencia T-686 de 2007 sobre el carácter oficial que guardan los datos almacenados de manera electrónica en los juzgados, así como la información digital acerca del historial de los procesos, la cual se configura como equivalente funcional a la información escrita en los expedientes (Consejo de Estado,

Sala de Consulta y Servicio Civil. 18 de marzo de 2010. Consejero Ponente. Enrique José Arboleda Perdomo.) y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 28909 en el cual se establece la viabilidad de realizar la citación para la diligencia de notificación personal a través de la dirección de correo electrónico informado en la demanda. Teniendo en cuenta dichas providencias los magistrados analizaron tres aristas: la notificación de actos administrativos de carácter personal y concreto; la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos y las políticas gubernamentales acerca de la modernización del Estado plasmadas en los documentos del Conpes y en el programa estatal “gobierno en línea”.

En cuanto a lo primero, la corporación contenciosa procedió a analizar los presupuestos necesarios para la notificación como requisito esencial dentro de la exigibilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, es decir, los que crean, modifican o extinguen un derecho en cabeza de una persona, natural o jurídica, bien por la actuación oficiosa de la administración o como resultado de una petición en interés particular de acuerdo con lo establecido en los artículos 5, 43 y 44 del Código Contencioso Administrativo. Dichos artículos hablan de una notificación de carácter presencial, para que de esta forma se le garantice al notificado la posibilidad de informarse del contenido del acto administrativo y poder ejercer los recursos que la ley le confiere.

Partiendo de dicho análisis, el Consejo de Estado paso al segundo aspecto para deducir que para que la notificación realizada de manera virtual tuviera plenos efectos jurídicos, esta debía garantizar las mismas prerrogativas que el Código Contencioso

Administrativo establecía en materia de notificaciones personales (Cfr. 33). Para ello acudió al principio del equivalente funcional de que habla la Ley 527 de 1999, en el sentido del mensaje de datos no se le puede negar eficacia y validez jurídica y probatoria por el simple hecho de serlo, siempre y cuando se pueda establecer la autenticidad del contenido y la certeza de que quién lo emitió sea efectivamente la persona que lo firmó (Código de Procedimiento Civil, Capítulo I, Art. 175 y Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, Arts. 251 y ss.). Así mismo la citada ley señala que de los documentos generados electrónicamente se debe poder certificar la identidad de quien emite el mensaje y la certeza de que esta persona aprueba su contenido; que se pueda consultar el documento posteriormente a su creación; la integridad de la información contenida en el mensaje de datos desde el momento de su generación y su conservación en el formato original de envío o de recibo, con los datos de origen, destino, fecha y hora de envío, recepción o producción del documento (Cfr.33).

Por último, y teniendo en cuenta lo decretado en la Ley 790 de 2002 sobre reestructuración de la administración pública, la Ley 962 de 2005 sobre racionalización de los trámites y la Ley 1314 de 2009 que establece el marco para la formulación de políticas públicas en el campo de las tecnologías de la información, se procedió a analizar la estrategia estatal llamada gobierno en línea. En dicha estrategia se insta al Estado a aprovechar las nuevas tecnologías para que haya un apoyo y una mejora significativa en los servicios prestados por el gobierno a los ciudadanos. En este sentido, el documento CONPES de 2003, sostiene que el gobierno electrónico tiene como fin facilitar las relaciones del ciudadano

con la administración, así como incrementar la eficiencia y la transparencia del Estado (Documentos CONPES 3428 de 2003, CONPES 3292 de 2004, y CONPES 3527 de 2008). En dicho documento se contempla la notificación en línea como un medio para el cumplimiento de los preceptos descritos anteriormente.

El Consejo de Estado mirando los anteriores aspectos precisó, que el sistema de notificación por medios digitales a través de la política de gobierno en línea, debe ser un mecanismo alternativo para los ciudadanos en materia de notificaciones administrativas, siendo el ciudadano el encargado de manifestar si decide usarla o no. Señala de manera muy precisa este máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

“Habiendo optado por la notificación electrónica, el sistema le exige a la persona interesada hacer un pre-registro que lo habilitará, mediante el uso de contraseña o de certificado digital, para acusar recibo de su notificación, conocer el texto de la decisión, los recursos que procedan, las condiciones para su ejercicio, y efectivamente agotar la vía gubernativa”( Cfr. 33).

Teniendo en cuenta lo anterior el ciudadano una vez efectuado el procedimiento de inscripción de su correo electrónico en la entidad, podrá recibir notificaciones ya sea a través de métodos de firma electrónica o con su correspondiente certificado digital, indicándole como mínimo, el número y la fecha del acto administrativo, la fecha de inicio de los términos, el nombre de la entidad y la fecha de envió, el interesado accede con su contraseña al mensaje de datos y firma electrónicamente por cualquiera de los métodos aceptados en la Ley 527 el acuse de recibo, satisfaciendo de esta manera los requisitos

establecidos para la notificación del código contencioso administrativo y supliendo el principio de equivalencia funcional de que trata la Ley 527 de 1999.

De esta forma, el despacho administrativo tendrá certeza que el documento fue notificado, en qué fecha se realizó y si el notificado hizo uso de los recursos otorgados por la ley, así como la posibilidad de archivar electrónicamente todas las notificaciones y poder tener siempre acceso a ellas en su versión original. Vencido el término para que el ciudadano acepte el acuse de recibo, la entidad podrá subir el edicto del acto administrativo digitalizado en su parte resolutive al portal web de la entidad, supliendo así la notificación personal en los términos del Código Contencioso Administrativo.

De igual forma, y acudiendo nuevamente al principio de equivalencia funcional de la Ley 527 de 1999, la persona puede elevar sus recursos a los cuales tenga derecho, según la Ley. Así las cosas, para el Consejo de Estado la solución de notificación personal que señala el programa de gobierno en línea sigue los lineamientos exigidos para la notificación personal de que trata el estatuto administrativo y por ende, la notificación electrónica, siempre que cumpla los preceptos del principio de equivalencia funcional de que trata la Ley 527 de 1999, y por tanto será jurídicamente válida.

Una vez analizados estos aspectos legislativos y jurisprudenciales, como colofón podemos concluir que en materia de notificaciones electrónicas que tanto la legislación como la jurisprudencia han ofrecido un importante desarrollo tendiente a sus aceptación dentro de los procedimientos judiciales así como en los administrativos, que en algunos casos, como el de la Superintendencia

de Industria y Comercio, es optativo pero en otros, la tendencia es hacia la obligatoriedad como se prevé en las normas que comenzarán a regir en el año 2014 en materia de procedimiento civil y en materia Contencioso Administrativa.

#### 4. El documento electrónico como prueba

Por último, en el presente trabajo se discernirán algunas ideas sobre la validez jurídica del documento electrónico como prueba. Esto, por cuanto el tema resulta tan extenso que obligaría a realizarse otro escrito.

Luego de haber analizado la validez jurídica del documento electrónico, no quedan dudas de que efectivamente este puede ser utilizado como medio probatorio en un proceso judicial o administrativo. Al respecto el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, señala que los documentos electrónicos serán admitidos como medios de prueba.

Asimismo, el citado artículo prescribe que:

“en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original” (Artículo 10 Ley 527 de 1999).

De la lectura anterior, podemos inferir que el documento electrónico goza de plena validez probatoria y conduce a la idea que en el entorno digital no existen a ciencia cierta documentos originales, ya que tanto el archivo “original” como su “copia” son perfectamente idénticos. En consecuencia, todos los documentos electrónicos de cierta forma son considerados originales.

Algunas veces con respecto a los documentos electrónicos se presentan inconvenientes cuando se requiere que las pruebas sean presentadas en su forma original ya que lo que se hace es suministrar una copia impresa en papel, cuando lo que debe hacerse es entregar el documento en la misma forma en que fue creado, es decir, en medios digitales con sistemas de almacenamiento que impidan su alteración o modificación (Nattan, 2010.).

Ahora bien, al igual que con cualquier tipo de prueba, los mensajes de datos también deben tener una serie de criterios para ser valorados. En este sentido el artículo 11 de la Ley 527 de 1999, establece que los elementos que deben tenerse en cuenta obedecen a:

- Las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de pruebas
- La confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje
- La confiabilidad acerca de la manera de conservación de la integridad de la información
- La forma que se identifique a su iniciador
- Cualquier otro factor pertinente

De los anteriores elementos establecidos en la Ley 527 de 1999, podemos inferir que para que el documento electrónico tenga un valor probatorio debe cumplir con los mismos requisitos señalados en la primera parte de este ensayo para el documento electrónico en sí mismo, es decir:

- Autenticidad con respecto a que el documento es verídico y no ha sido alterado.
- Confiabilidad referida a que los métodos por los cuales se obtuvo el documento o una copia del mismo son seguros y sobre todo verificables.

- Integridad que corresponde al hecho de que el contenido del documento no ha sido alterado de ninguna forma que comprometa su integridad.
- No Repudio que significa que la persona creadora del mensaje de datos no pueda declarar que este no fue el iniciador del mensaje de datos.

Así cuando un documento electrónico cumple con estos requisitos, debe ser valorado como prueba en el proceso judicial, máxime cuando precisamente el documento electrónico por su naturaleza, mejor se adapta a los tipos de prueba digital. La doctrina ha expresado al respecto:

“Si bien es cierto que la mayoría de los medios de prueba pueden interrelacionarse con las computadoras, es la prueba documental la que, en última instancia, guarda un vínculo más estrecho debido a que los soportes magnéticos pueden ‘constar’ al igual que un documento.” (Téllez. 2009. P. 8.)

De todas formas y de acuerdo con lo expresado en la Ley 527 de 1999, es la sana crítica empleada por el juez el factor determinante para la valoración del documento electrónico como prueba en el proceso, ya que recordemos que en Colombia no existe el sistema de tarifa legal. Así el juez puede, o decretar un peritaje o valorar la prueba presentada de manera digital como simple indicio o hechos sobre los que se infieren otros hechos desconocidos, cuando le ofrezcan certeza al juez sobre la veracidad total de la prueba. (Bogotá y Moreno 2007)

En este sentido la Corte Suprema de Justicia ha expresado sobre los documentos electrónicos como medios de prueba que:

(...) “en el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos

tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículos 10° de la Ley 527 de 1999 y 4° del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de septiembre de 2007. M P. Arturo Solarte Rodríguez.)

Es claro entonces que esta Corporación Judicial ratifica el valor probatorio de los documentos electrónicos, poniendo en práctica de manera muy ilustrativa el principio de equivalencia funcional. Sin embargo esta Corte es enfática al observar que la prueba debe ser obtenida de manera legítima, ya que no tendría sentido menoscabar los derechos de terceras personas solo porque se trata de medios electrónicos. Sí una prueba ha sido producto de la vulneración de un sistema electrónico u otro medio de almacenamiento digital (Cfr. 51.), la prueba debe ser declarada inadmisibile por el juez competente.

En las siguientes líneas se realizará el análisis de una de las sentencia que a nuestro juicio otorgó mayor claridad sobre la admisibilidad de la prueba en medios digitales, esta vez en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

#### **4.1 Eficacia probatoria de los mensajes de datos y su presunción de autenticidad. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2010**

En esta providencia en virtud de un proceso de casación contra una decisión de la sala de Familia Tribunal Superior de Bogotá sobre la declaratoria de una unión marital de

hecho y la correspondiente formación de una sociedad patrimonial en los términos de la ley 54 de 1990, se analizó la valoración de una prueba presentada en forma digital a través de un “email” contenido en un CD en el que se informaba que la sociedad patrimonial que quería conformar la demandante tenía como fin única y exclusivamente lucrarse de los bienes del demandado en confabulación con el ex esposo de la demandada. El tribunal sostuvo que dicha prueba consistente en el mensaje de datos incorporado en un CD no cumplía con los requisitos de eficacia y validez de la Ley 527 de 1999 ya que no se podía establecer su veracidad y autenticidad y por tanto debía ser desestimado.

El recurrente alegó que se había interpretado erróneamente la Ley 527 de 1999 al negársele la validez probatoria al mensaje de datos y al no ser decretado de oficio por parte del juez los medios probatorios suficientes para demostrar que el mensaje de datos era veraz. La Corte observó que el mensaje de datos al no estar firmado electrónicamente carece de autenticidad, dado que no se encuentra fijada la firma electrónica del emisor del mensaje y el juez al advertir dicha situación citó a la persona señalada de haber producido el correo electrónico, quien lo negó categóricamente. Igualmente, el demandado se abstuvo de incoar el incidente de autenticidad. (Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Cabe señalar que para que un documento tenga valor probatorio debe reunir el requisito de la autenticidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 252 y 279<sup>11</sup> del

<sup>11</sup> Artículo 252 del Código de Procedimiento Civil: “(...) es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado,

Código de Procedimiento Civil, de manera que si no se cumple con este requisito, le está vedado al juez considerarlo como una prueba conducente dentro del caso en conocimiento.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo preceptuado en la Ley 527 de 1999, inspirada en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y las sentencias C-662 de 2000 y C-831 de 2001 de la Corte Constitucional para que un mensaje de datos tenga validez de carácter probatorio, al igual que los documentos tradicionales en medios físicos, es necesario que cumpla con el principio del equivalencia funcional. Sin embargo, no descarto que el juez pueda aplicando los principios de la sana crítica, evaluar sobre la validez o no del mensaje de datos siempre y cuando se tenga en cuenta lo señalado en el artículo 11 de la citada Ley:

“... la confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

La Corte en este caso adujo que los mensajes de datos para que pudieran ser considerados validos debían cumplir con la integralidad, es decir, que el documento sea recibido en su totalidad por el destinatario, la inalterabilidad en el sentido de que el mensaje de datos no haya sido modificado desde su emisión, la

---

manuscrito o firmado” Artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: “Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros. Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos.”

rastreabilidad para acudir siempre al original y así probar su autenticidad, la recuperabilidad en lo referente a sus posteriores consultas y la conservación del documento, ya que pueden ser destruidos o alterados por los llamados virus informáticos, por ende es necesario la aplicación de protocolos estandarizados de seguridad informática para la copia y archivo de los documentos electrónicos.

Esta interpretación de la Corte aporta nuevos elementos a los ya aportados por las anteriores jurisprudencias de la corte Constitucional y el Consejo de Estado, complementando y analizando de una manera más pragmática los requisitos que en materia probatoria debe tener un mensaje de datos para su eficacia probatoria.

Posteriormente la Corte explica de manera clara que el documento electrónico debe estar acompañado de su firma digital como medio eficaz y válido de autenticidad del mensaje de datos, señalando como debe ser la firma digital de acuerdo a los parámetros expuestos en la Ley 527 de 1999, el Decreto 1417 de 2000 y la jurisprudencia constitucional, de todo lo cual se hizo mención anteriormente.

Sin embargo, la Corte dejó abierta la posibilidad para juez de conocimiento que en aquellos casos en los que el mensaje de datos no se encuentre firmado digitalmente, pueda acudir a las normas del derecho probatorio del estatuto procedimental y de la sana crítica para establecer la autenticidad del mensaje de datos, como por ejemplo, cuando en casos en que la persona a la que se le atribuye la autoría del documento electrónico la reco- nozca o el reconocimiento sea hecho por su causahabientes<sup>12</sup>, esto, sin perjuicio del

incidente de autenticidad que puede ejercer cualquiera de las partes intervinientes con la salvedad de que le corresponderá a la parte que lo alega probarlo de manera adecuada. Concluyó entonces el juez de casación, que durante el proceso de primera instancia el juez de instancia agotó los medios probatorios que tenía a su alcance para determinar la autoría de un documento y que este no puede el llenar de oficio las carencias probatorias en las cuales incurrieren las partes durante el proceso.

En este orden de ideas, la Corte otorga un valor probatorio a los mensajes de datos no solo desde lo conceptualizado en los distintos instrumentos normativos, sino que le da una especial consideración a los elementos técnicos utilizados en la generación de un mensaje de datos, en cumplimiento del principio de la equivalencia funcional (Sánchez, 2011).

De la misma forma, consideramos que esta sentencia tiene un carácter muy importante alrededor de la validez jurídica y probatoria de los mensajes de datos, pues además de reafirmar lo señalado en sentencias anteriores que evaluaron la Ley 527 de 1999, incluyó nuevos elementos a tener en cuenta a la hora de valorar la prueba electrónica contenida en un mensaje de datos haciendo extensivos los principios señalados en la citada ley, trasladando, además, unos criterios generales para la demostración probatoria de los mensajes de datos que no estén firmados digitalmente y que fueron corroborados posteriormente por el Decreto 2364 de 2012 que reglamentó el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 sobre firma electrónica.

<sup>12</sup> Artículo 269 Código de Procedimiento Civil. “Los instrumentos no firmados ni manuscritos por

la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes.”

Por último es importante resaltar que tales criterios expuestos por la Corte, dan cabida a la práctica del peritaje informático, que como expresamos anteriormente, es una piedra angular a la hora de valorar la prueba en un proceso. Sin embargo en el caso Colombiano dicho medio de verificación presenta inconvenientes de tipo práctico, principalmente por sus elevados costos, tiempo y en algunas ocasiones probabilidades de éxito.

## Conclusiones

Las anteriores reflexiones traen como conclusión principal que definitivamente los mensajes de datos cuentan en este momento con un efectivo marco normativo y jurisprudencial en torno a su efectiva validez jurídica. Hemos señalado normatividades pertenecientes a diferentes áreas del derecho, han empezado a regular de manera específica la forma como debe otorgarse este reconocimiento de tipo legal, tomando siempre como fundamento las consideraciones transversales contenidas en la Ley 527 de 1999, así como las sentencias de la Corte Constitucional que interpretaron el sentido y alcance de esta Ley.

De igual forma, se pudo determinar cómo ciertos aspectos fundamentales como el reconocimiento jurídico de la firma electrónica, poseen ciertas complejidades derivadas de la incertidumbre que produjo una falta de reglamentación normativa por un periodo de alrededor de 13 años, lo cual trajo como consecuencia que durante dicho periodo el uso de la firma electrónica no fuera tan común efectivo como lo que quiso la Ley 527 de 1999.

En lo que se refiere a las notificaciones electrónicas, éstas se encuentran avaladas

tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial. Sin embargo debe observarse de manera inequívoca el sentido y la razón de ser de la notificación que es de comunicar al interesado, de manera efectiva, el contenido de una decisión administrativa o judicial.

Finalmente, frente a la prueba electrónica tenemos que cuando esta consista en documentos electrónicos es totalmente válida siempre y cuando cuente con los mismos elementos que se tienen en cuenta para el reconocimiento jurídico de los documentos electrónicos, añadiendo además los presupuestos que ofrece para la valoración la sana crítica racional de dichas pruebas.

## Lista de referencias

Bogotá Prieto, Diana y Moreno Peña Claudia. *Evidencia Digital en Colombia, Una Reflexión Práctica*. EJUS. Bogotá. 2007.

Burgos Durango, William. Concepto 11065828. *Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá. 2011.

Documento CONPES 3428 de octubre de 2003.

Documento CONPES 3292 de 2004, Proyecto de Racionalización y automatización de trámites.

Documento CONPES 3527 de 2008, "Política Nacional de Competitividad y productividad".

Edwards, Lilian. *Law and the Internet. Hard Publishing*. London. 2011.

Estudio de Comercio Electrónico, la Fuerza del E-commerce en América Latina realizado por la firma América Economía Intelligence por encargo de la firma Visa publicada en el

2010. <http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio-electronico/index.php>.

Gutiérrez, María Clara, *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico*. Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Bogotá. Universidad de los Andes. Ed. Legis. 2003.

Hedley, Steve y Alpin, Tania. *Blackstone's Statutes. IT and E-Commerce*. 4th Edition. Oxford. Oxford University Press. 2008.

Iregui Villamarín, Luis y Cano J. Jeimy. *El concepto de la información electrónicamente almacenada en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis y propuesta para Colombia*. Universidad de los Andes. 2010.

Lloyd, Ian. *Privacy, Anonymity and Data Protection*. Information Technology Law. Oxford. London 2011.

Nisimblatt, Nattan. *El manejo de la Prueba Electrónica en el Proceso Civil Colombiano*. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías de Información*. Universidad de los Andes. Colombia. 2010.

Olmos Jasso, María Teresa. *Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos*. *Derecho Informático*. México. 2009. Pg. 8.

Posner, Richard. "Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano Germánico y en las naciones en Desarrollo". *Revista Derecho y Economía*. Vol. 2 No. 7. Pg. 8. Sociedad de Economía y Derecho UPC. Traducción de Enrique Pasquel.

Remolina, Nelson. *Anotaciones sobre la Ley 527 de 1999. El Peritaje Informático y la Evidencia Digital en Colombia*. Universidad de los Andes. 2010.

Remolina, Nelson. *Conceptos Fundamentales de la Ley 527 de 1999. El Peritaje Informático y la Evidencia Digital en Colombia*. Universidad de los Andes. 2010.

Reyes Krafft, Alfredo. *Concepto y Aplicaciones de la Clave Pública*. Consultado el 06/03 de 2012 en: <http://www.alambre.info/2004/01/05/concepto-y-aplicaciones-de-la-clave-publica/>.

Rincón Cárdenas, Eric, Ibáñez, Parra Oscar. *El Acto Administrativo Electrónico y las Nuevas Tecnologías de Información...*

Ríos Ruiz, Wilson Rafael. *La Propiedad Intelectual en la era de las nuevas Tecnologías*. Editorial Temis. Universidad de los Andes. 2011.

Sánchez, Iregui Felipe. "Del correo electrónico, su valor probatorio y otras vicisitudes". *Revista Ámbito Jurídico*. 13 de julio de 2011.

Suñe, Llinás Emilio. *La Firma Electrónica y sus Aplicaciones*. *Tratado de Derecho Informático* volumen II. Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid. 2006.

Tellez, Valdés Julio, *Derecho Informático*, 3ª. Ed., México, 2007, p. 243.

Walden, Ian. *Media Law and Practice*. Oxford. London 2011.

Zubieta Uribe, Hernán. *Los Mensajes de Datos y las Entidades de Certificación*. *Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Bogotá. Universidad de los Andes. Ed. Legis. 2003.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-662 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-012 de 2013. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2007. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de

2010 Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 18 de marzo de 2010. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.