

COMENTARIOS AL NUEVO DECRETO SOBRE FIRMA ELECTRONICA EN COLOMBIA

Decreto 2364 DE 2012 por medio del cual se reglamenta el Art. 7 de la Ley 527 de 1999 sobre la Firma Electrónica y se dictan otras disposiciones.

¹Por: Ivan Dario Marrugo Jimenez

El pilar fundamental para la validez del comercio electrónico así como los asuntos propios del Gobierno Electrónico, se basan en el reconocimiento legal que se le da a los mensajes de datos y su intercambio. Sobre el particular tenemos: *“Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o 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 télex o el telefax.”*²

No importa cual sea la importancia legal de un mensaje de datos, es preciso asegurar que las comunicaciones o la información que contienen los mensajes, no sean despojadas de su valor legal por el solo hecho de que la utilización de un medio electrónico para su transmisión o custodia, en lugar de documentos impresos. Por ello, la mayoría de las normas sobre comercio electrónico contienen, una disposición que establece que cualquier documento transmitido o archivado mediante el uso de tecnologías electrónicas no será estimado inválido por su representación electrónica. Esto se conoce como “Principio de No discriminación” y es la piedra angular de la validez legal y probatoria del Comercio electrónico.

La firma digital y la firma electrónica son formas de identificación personal en el contexto digital, que pueden ser empleadas para cumplir funciones de identificación, de la integridad de un mensaje de datos y el no repudio del mismo. La firma electrónica es el concepto genérico a través del cual se identifica un firmante asociado a un mensaje de datos y se entiende su aprobación al contenido del mismo, mientras la firma digital es una especie de firma electrónica.³

¹ Abogado Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones, Candidato a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Socio de la Firma Marrugo Rivera & Asociados, Estudio Jurídico. Auditor Interno en SGSI bajo la norma ISO 27001. Catedrático y Conferencista en Derecho y tecnología, Software, Seguridad de la Información y Contratación Estatal.

² Ley Modelo de Comercio Electrónico CNUDMI.

³ Documento Conpes 3620 de 2009, Pag. 14.

Colombia adopto por medio de la Ley 527 de 1999 los principales (casi la totalidad) referentes de la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI, en este sentido *“La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de “escrito”, “firma” y “original”, pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan.”*⁴

Las Tics y en la ciencia informática han posibilitado un sinnúmero de medios para vincular la información en forma electrónica a personas o entidades concretas, con objeto de garantizar la integridad de dicha información o de permitir que las personas demuestren su derecho o autorización para obtener acceso a un determinado servicio o depósito de información. Estas funciones suelen denominarse genéricamente métodos de “autenticación” electrónica o de “firma” electrónica. Estas expresiones aunque suelen usarse como sinónimas, por sus efectos y alcances, no se tratan de lo mismo. El empleo de la terminología de manera indistinta no sólo es poco sistemático, sino en cierta medida engañoso. En un entorno basado en el papel, las palabras “autenticación” y “firma” y los actos conexos de “autenticar” y “firmar” no tienen exactamente el mismo matiz en distintos ordenamientos jurídicos y poseen funciones que no tienen por qué corresponderse con el propósito y la función de los métodos electrónicos de “autenticación” y “firma”.

Tradicionalmente para el derecho, se suele interpretar que los vocablos de “autenticación” y “autenticidad” se refieren a la génesis de un documento o la información plasmada en él, o sea, que el escrito es el soporte “original” de la información que contiene, en la forma en que se transcribió y sin ninguna alteración.

Por su parte, la firma cumple tres funciones básicas en el ambiente impreso: las firmas permiten identificar al signatario (función de identificación); las firmas otorga certidumbre sobre la participación personal de ese individuo en el acto de la firma (función probatoria); y las firmas relacionan al individuo con el contenido de un documento (función de atribución). Entonces podemos afirmar que las firmas pueden cumplir asimismo otras funciones, según cual sea el entorno del documento firmado.

⁴ Párrafo 18. Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico. Nueva York, 1999. pág 22.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas, no utilizan la expresión “autenticación electrónica”, habida cuenta del diferente significado de “autenticación” en diversos ordenamientos jurídicos y la posible confusión con procedimientos o requisitos de forma concretos.

En cuanto a la *firma electrónica*, gran parte de la bibliografía la describe como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante o autor de la información. La definición de “firma electrónica” en los textos de la CNUDMI es premeditadamente amplia, para que abarque todos los métodos de “firma electrónica” existentes o futuros. Siempre que el método utilizado “es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos,” a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente, se deberá considerar que cumplen las prescripciones legales en materia de firma. Los textos de la CNUDMI relativos al comercio electrónico, así como un gran número de otros textos legislativos, se basan en el principio de la neutralidad tecnológica y por lo tanto pretenden dar cabida a todas las formas de firma electrónica. Así pues, la definición de firma electrónica dada por la CNUDMI abarcaría todo el abanico de técnicas de “firma electrónica”, desde los altos niveles de seguridad, como los sistemas de garantía de la firma basados en criptografía asociados a un sistema de PKI, como a otros si bien alternativos, con menores rasgos en cuanto a su robustez pero igualmente válidos.

El Decreto 2364 del 22 de Noviembre de 2012 expedido por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, (entidad que publicó para comentarios de la ciudadanía el Proyecto de Decreto de marras), sufrió varias modificaciones que fueron necesarias para darle claridad frente al uso y disposición de un método alternativo y confiable tanto de manera técnica como jurídica para las transacciones en entornos electrónicos.

Inicia el decreto por reconocer la anterior regulación de la Firma digital en el Art. 2 lit. C de la Ley 527 de 1999, reglamentada expresamente por el Decreto 1747 de 2000. Desde este punto, puede notarse la marcada diferencia que el Decreto tomó frente al Proyecto que le daba cabida. El resto de consideraciones fueron puestas a tono con el entorno internacional sobre uso de firmas electrónicas tanto en la Sociedad como en los estamentos gubernamentales.

Marrugo Rivera & Asociados, Estudio Jurídico

En su desarrollo el Decreto 2364 de 2012 define la Firma Electrónica y algunos elementos importantes como el acuerdo sobre su uso, datos para la creación de la firma electrónica y firmante. Por su parte, el artículo 2 del citado decreto ratifica el reconocimiento de la Neutralidad tecnológica frente al uso de tecnologías para la creación y desarrollo de firmas electrónicas.

El Artículo 4 del decreto sufrió una seria transformación respecto del Proyecto en cuanto a que se eliminó el requisito de que los datos de creación de la firma siempre estuvieran siempre bajo control exclusivo del firmante al momento de la firma. Pero si en algo cambio para bien en este Decreto fue la concepción del Artículo 5 en cuanto a los efectos jurídicos de la Firma Electrónica. Algo que había sido enormemente criticado era la pretensión errónea de hacer equiparables en efectos jurídicos a la firma electrónica y a la digital; lo cual se ha repetido en infinidad de espacios y momentos es errado ya que por interpretación no podemos dar un efecto que la misma ley reconoce distinto a ambos mecanismos.

Frente a las presunciones creadas por el Decreto, en principio no existe reparo frente a la capacidad y efectos que generan los acuerdos *inter partes* para el uso de firmas electrónicas en una comunicación; sin embargo el Art. 7 del Decreto ofrece dudas al señalar que operará así mismo una presunción de validez a todos los acuerdos sobre uso de firmas electrónicas entre partes de una relación, en lo relacionado con el alcance y validez del acuerdo frente a la Confiabilidad y Apropiabilidad. De manera mas precisa este ultimo requisito de la firma (Apropiabilidad) es sin dudas el que mas dudas ofrece debido al carácter subjetivo y de valor intrínseco (otorgado por cada parte) en las relaciones jurídico negociales.

El Decreto reconoce que las firmas electrónicas no gozan del trato preferencial que el Legislador decidió otorgarle a las firmas digitales. El parágrafo del Art. 7 del Decreto establece que corresponderá a quien pretende hacer valer la firma electrónica, la carga de probarlo.

Finalmente se crea de manera genérica dos criterios para establecer el grado de seguridad de las firmas electrónicas, a saber: La rendición de un concepto técnico emitido por un perito o un órgano independiente y especializado. O bien la existencia de una Auditoria especializada y periódica sobre los procedimientos, método y dispositivos electrónicos.

Con la llegada del Decreto muchos celebran que por fin se busco zanjar las diferencias entre ambos mecanismos, sin embargo en nuestro parecer, las normas por si solas no

tienen la capacidad de crear respuestas en un entorno determinado. Corresponderá a las organizaciones y personas a las que son dirigidas estas reglas, darles una aplicación correcta y apropiada. Pretender celebrar la expedición de una norma para pregonar que ahora si tiene validez la firma electrónica en Colombia, es desconocer una realidad imperante no solo en el mercado sino en todos los ámbitos sociales (Las firmas electrónicas las usamos a diario), además de crear una falsa expectativa de seguridad sobre mecanismos técnica y jurídicamente inseguros.

Amanecerá y veremos.