



Concepto ICBF No 31

Fecha: 23 de noviembre de 2020

Asunto: Firma Electrónica aprobación de Documentos.

Estimados Directores:

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto sobre el uso de firmas digitalizadas (escaneadas o en pdf) para aprobación de documentos generados y/o recibidos por las dependencias del ICBF.

Así, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 987 de 2012, se procede a dar respuesta en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

De los planteado por las Direcciones Administrativa y Financiera surge el siguiente problema jurídico:

¿Es viable hacer uso de las firmas digitalizadas (escaneadas o en PDF) para aprobación de documentos generados y/o recibidos por el Instituto en desarrollo de sus funciones, teniendo en cuenta las condiciones impuestas por la pandemia, y en adelante sería viable hacer uso de las mismas, en aras de cumplir con las iniciativas del uso racional del papel, tóner e impresión, en el marco de la austeridad del gasto; adicionalmente de la validez del uso del correo institucional para la recepción y el trámite?

Lo anterior, con el fin de determinar ¿si los trámites de pago que se realizaron desde marzo en adelante, en la modalidad virtual, son igualmente válidos para efectos de archivo y soporte ante entes de control, o si de lo contrario, será necesario imprimir y firmar físicamente todos esos soportes documentales?

2. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta a la cuestión: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se revisarán los antecedentes de la solicitud; (iii) se realizará el respectivo análisis jurídico del caso concreto, para finalmente exponer las conclusiones.

2.1 MARCO NORMATIVO APLICABLE

Son normas aplicables para la resolución del presente problema jurídico: la ley 527 de 1999, el Decreto 2364 de 2012, el Decreto 491 de 2020 y el Decreto 1287 de 2020, así como las sentencias de la Corte Constitucional C-662 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-831 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y C-242 de 2020 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger).

2.2 ANTECEDENTES

Mediante memorando 202012220000130743 radicado en esta Oficina el 17 de septiembre de 2020, las direcciones Administrativa y Financiera solicitan concepto jurídico sobre la validez de la firma digitalizada o escaneada para la aprobación de los documentos que la Entidad profiere en virtud de sus funciones. Proponen tener en cuenta el contexto actual y, preguntan si en adelante se puede hacer uso de la misma, lo anterior con el fin de determinar la validez de los documentos proferidos desde el mes de marzo de 2020, tanto para el archivo como para que obren como evidencia ante los entes de control. Argumentan si por el contrario, todos los documentos proferidos en la virtualidad deben ser impresos y firmados físicamente.

Se señala en el memorando que se han presentado, por varias regionales, inquietudes acerca de la validez de los trámites de pago que fueron allegados en documentos digitales y no físicos; firmados digitalmente con escaneo o firma en PDF, y remitidos por correos institucionales del ICBF y no a través del correo físico que normalmente se utiliza. Lo anterior, considerando que, aunque estas medidas obedecieron a una situación de emergencia, la Resolución 3333 de 2015 se encuentra vigente y en ella se prevén las condiciones en que deben allegarse los trámites de pago, por lo que se cuestiona por parte de las regionales si será necesario imprimir y firmar físicamente todos los trámites de pago que se realizaron desde el 20 de marzo en adelante, en la modalidad virtual.

Se afirma en el memorando allegado que desde que se inició el aislamiento preventivo y el esquema de trabajo en casa, producto de la pandemia por COVID 19, y con el fin de garantizar la normal prestación del servicio, la Entidad ha venido recibiendo por parte de los supervisores o interventores de los contratos y ordenadores del gasto, los documentos soporte que se deben anexar a las cuentas de cobro y facturas para su respectiva

presentación ante las áreas de pagaduría de las Direcciones Regionales y del Grupo Financiero Sede de la Dirección General, de manera digital.

Lo anterior, con el fin de evitar exigirles a los contratistas la presentación de documentos en físico. Adicionalmente, en los casos en que estos documentos deban tener firmas físicas, se dio la instrucción a los Grupos Financieros de recibir dichos documentos con firmas escaneadas o agregadas en PDF, e incluso, recibir autorizaciones emitidas por correo electrónico institucional, en casos en los que no fuera posible introducir una firma digital en cierto documento.

Estas directrices buscaban en su momento, poder dar continuidad en los trámites de pago, amparándonos para ello en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, que dispusieron la emergencia económica, social y ambiental, el aislamiento preventivo y el teletrabajo en las entidades públicas.

Se menciona que parte de los documentos a los que se hace alusión son las certificaciones de cumplimiento expedidas por los supervisores o interventores, las cuales requieren el diligenciamiento del formato F1.PR14.MPA.P1 - Informe de Obligaciones y Certificación del Supervisor, Contratos de Prestación de Servicios v3 -, firmado por el contratista y el supervisor o interventor del contrato, con el pre visado del PAC por el encargado del área respectiva.

Así mismo, para el pago de comisiones de servicios, el artículo 5º de la Resolución No. 3333 de 2015 indica que las certificaciones de cumplimiento deben entregarse en original en el momento de radicar la cuenta, junto con los demás documentos soporte para el pago, de acuerdo con cada tipo de contrato o modalidad de pago.

2.3 ANÁLISIS JURÍDICO

Si bien el problema jurídico se relaciona con las medidas específicas adoptadas en el estado de emergencia declarado con ocasión de la pandemia, y dado que las normas extraordinarias refieren conceptos previstos en códigos, leyes y decretos, se considera necesario analizar la regulación jurídica general sobre los mensajes de datos y las distintas clases de firmas.

2.3.1. Validez de los mensajes de datos y de distintas formas de firmas en el ordenamiento jurídico colombiano

Como antecedente del uso de medios electrónicos en general, es necesario mencionar que la Ley 527 de 1999, ley del Comercio electrónico y firmas digitales, condensó temas fundamentales para el desarrollo del comercio electrónico, dentro de las que se encuentran los mensajes de datos y las firmas digitales.

Al respecto de la Ley 527 de 1999, la Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad a través de la sentencia C- 662 de 2000, en la cual señaló que:

“gracias a esta ley, Colombia se pone a tono con las modernas tendencias del derecho internacional privado, una de cuyas principales manifestaciones ha sido la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos, pues, ciertamente la falta de un régimen específico que avale y regule el intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos, origina incertidumbre y dudas sobre la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional.

De ahí que la Ley facilite el uso del EDI y de medios conexos de comunicación de datos y conceda igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático.”

Con los rápidos desarrollos tecnológicos, el ordenamiento jurídico ha incorporado diferentes posibilidades que permitan un Estado más eficiente y cercano al ciudadano. Entre ellas, se destaca la Ley 962 de 2005, de racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, que autorizó en su artículo 6° el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública, siempre que se garanticen los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

De manera general para la función administrativa, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 5°, estableció como un derecho de las personas que en sus relaciones con las autoridades se presente, adelante o promueva por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible. En sus artículos 53 a 64, reglamenta la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo¹, en aspectos como el registro de las personas, la validez del documento público, la notificación, la validez de los actos administrativos, el archivo de documentos, el expediente, la recepción de documentos, las sesiones virtuales y los estándares y protocolos.

Siguiendo estos criterios, el Decreto-Ley 19 de 2012, mediante el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, estableció en los artículos 4° y 14 el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como, en particular, al uso de medios electrónicos como elemento necesario en la optimización de los trámites ante la administración pública.

En sentido, se resalta que el Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, Ley 1955 de 2019, en su artículo 147 exige a las entidades estatales del orden nacional y territorial incorporar el componente de transformación digital en sus

¹ En relación con los procedimientos judiciales, el código también contempla el uso de medios electrónicos, como en sus artículos 186, 197, 205 y 216, entre otras. En la misma dirección, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, permite y promueve el uso de medios electrónicos en las actuaciones judiciales. Vale la pena resaltar que antes de estos códigos, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 95, inciso 2.°, permite el uso de medios tecnológicos en el cumplimiento de las funciones de los funcionarios judiciales.

respectivos planes de acción siguiendo los lineamientos de MinTIC y los principios previstos en este artículo, entre los que se destacan:

“8. Implementación de todos los trámites nuevos en forma digital o electrónica sin ninguna excepción, en consecuencia, la interacción del Ciudadano-Estado sólo será presencial cuando sea la única opción.

9. Implementación de la política de racionalización de trámites para todos los trámites, eliminación de los que no se requieran, así como en el aprovechamiento de las tecnologías emergentes y exponenciales”.

En desarrollo de esta ley, se expidió el Decreto Ley 2106 de 2019, de racionalización de trámites en la administración pública, en el que adoptó medidas para alcanzar el objetivo de transformación digital para una gestión pública efectiva (capítulo II) y, particularmente, sobre la gestión documental electrónica y preservación de la información dispuso:

ARTÍCULO 16. GESTIÓN DOCUMENTAL ELECTRÓNICA Y PRESERVACIÓN DE LA INFORMACIÓN. Las autoridades que realicen trámites, procesos y procedimientos por medios digitales deberán disponer de sistemas de gestión documental electrónica y de archivo digital, asegurando la conformación de expedientes electrónicos con características de integridad, disponibilidad y autenticidad de la información. La emisión, recepción y gestión de comunicaciones oficiales, a través de los diversos canales electrónicos, deberá asegurar un adecuado tratamiento archivístico y estar debidamente alineado con la gestión documental electrónica y de archivo digital.

Las autoridades deberán generar estrategias que permitan el tratamiento adecuado de los documentos electrónicos y garantizar la disponibilidad y acceso a largo plazo conforme a los principios y procesos archivísticos definidos por el Archivo General de la Nación en coordinación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

PARÁGRAFO. Las autoridades deberán disponer de una estrategia de seguridad digital siguiendo los lineamientos que emita el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Dentro de este marco jurídico general, que busca la transformación digital de la gestión pública, se harán algunas precisiones sobre dos aspectos principales en la materia que se consulta: los mensajes de datos y las clases de firmas.

2.3.1.1. Mensajes de datos

El artículo 2 de la Ley 527 de 1999 define el mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Esa norma dispone que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. En ese sentido, **en los casos en que por expresa disposición normativa se requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que la información que este contiene sea accesible para su posterior consulta**². De esta manera, la Ley 527 de 1999 incorporó en nuestro sistema jurídico el criterio de equivalencia funcional, es decir, que los mensajes de datos deben ser tratados de la misma forma como los escritos en papel.

En consecuencia, en los casos en que se requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si cumple las siguientes especificaciones³:

- a) *Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;*
- b) *De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.*

De acuerdo con lo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación⁴.

La información que esté contenida en un mensaje de datos en el marco de una actuación administrativa o judicial, será eficaz, válida y contará con fuerza obligatoria y probatoria, para lo cual habrá de tenerse en cuenta: (i) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, (ii) la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, (iii) la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.⁵

A su vez, en los casos en que la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones⁶:

- a) *Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.*
- b) *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*

² Artículo 5 y 6 Ley 527 de 1999.

³Ley 527 de 1999, artículo 8

⁴ Ley 527 de 1999, artículo 9

⁵ Ley 527 de 1999, artículo 10 y 11

⁶ Ley 527 de 1999, artículo 12.

c) *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.*

En relación con los artículos que regulan los mensajes de datos, la mencionada sentencia C-662 de 2000 señaló:

“El mensaje electrónico de datos, se considera la piedra angular de las transacciones comerciales telemáticas.

(...)

La noción de "mensaje" comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico.

Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los "medios similares", se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro.

El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

Por otra parte, en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, en la integridad de la información para su originalidad y establece reglas que deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad.”

(...)

El proyecto de ley, al igual que la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley. (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-831 de 2001, estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, en aquella oportunidad dicho Tribunal reiteró lo dispuesto en la sentencia C-662 de 2000 y concluyó, además que:

“La Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, aun cuando sus orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil.

(...) [H]a 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 que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico (...).”

2.3.1.2. Clases de Firmas

El artículo 826 del Código de Comercio dispone que por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal.

El ordenamiento colombiano prevé varias clases de firmas, a saber: (i) la firma manuscrita, (ii) la firma por medios mecánicos contenida en el artículo 827 del Código de Comercio y el artículo 12 del Decreto-ley 2150 de 1995, (iii) la firma a ruego dispuesta en el artículo 826 del Código de comercio, (iv) la firma de los ciegos establecida en el artículo 828 del Código de comercio, (v) la firma electrónica reglamentada en el Decreto 2364 de 2012, y (vi) la firma digital contemplada en la Ley 527 de 1999.

2.3.1.2.1. La firma digital

Tratándose de la firma digital, la Ley 527 de 1999 en el artículo 2 la define como: “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”.

El artículo 7 de la Ley 527 de 1999, dispone que en los casos en que se exija la presencia de una firma o se establezcan ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

1. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;
2. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. **En consecuencia, el uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita si aquella incorpora los siguientes atributos⁷ :**

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

En cuanto a las firmas digitales, en la sentencia C-662 de 2000, citada anteriormente, se consideró que:

“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.

La firma digital debe cumplir idénticas funciones que una firma en las comunicaciones consignadas en papel. En tal virtud, se toman en consideración las siguientes funciones de esta:

⁷ Ley 527 de 1999, Artículo 28

- Identificar a una persona como el autor;
- Dar certeza de la participación exclusiva de esa persona en el acto de firmar;
- Asociar a esa persona con el contenido del documento.

Concluyendo, es evidente que la transposición mecánica de una firma autógrafa realizada sobre papel y replicada por el ordenador a un documento informático no es suficiente para garantizar los resultados tradicionalmente asegurados por la firma autógrafa, por lo que se crea la necesidad de que existan establecimientos que certifiquen la validez de esas firmas.

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.”

De acuerdo con lo anterior, la firma digital implica un mecanismo tecnológico que permita verificar que quien se reputa como firmante del documento electrónico efectivamente sea el generador del mismo. Una de las formas de 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 han 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.

Estos atributos y características de la firma digital llevaron a que mediante el Decreto 1747 de 2000 se reglamentara lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales. Posteriormente, fue derogado por el Decreto 333 de 2014, el cual reglamenta actualmente el régimen de acreditación de las entidades de certificación.

2.3.1.2.2. La firma electrónica

Luego de la Ley 527 de 1999, los constantes avances tecnológicos obligaron a reconocer jurídicamente otras posibilidades disponibles, sin tener en cuenta la tecnología utilizada, lo que se concretó en la consagración del principio de neutralidad tecnológica en la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). El principio de neutralidad tecnológica establece que el Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

De esta manera, el Decreto 2364 de 2012, a través del cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 527 de 1999, dispone que se entenderá por firma electrónica los “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”.

Este decreto, en el artículo segundo, introdujo el concepto de neutralidad tecnológica y la igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma electrónica. En ese sentido, señaló que ninguna de las disposiciones del decreto mencionado será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método, procedimiento, dispositivo o tecnología para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos señalados en el artículo 7° de la Ley 527 de 1999.

Por lo anterior, el artículo 3° del Decreto 2364 de 2012 señala que en los casos en que se exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan confiable como apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

Así, de acuerdo con el Decreto 2364 de 2012, la firma electrónica se considerará confiable para el propósito por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado si:

- 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.*

En línea con el principio de equivalencia funcional, el artículo 5° del citado decreto señala que la firma electrónica tendrá la misma validez y efectos jurídicos que la firma, siempre que cumpla con los requisitos señalados en el citado artículo 3° para que sea confiable.

2.3.1.2.3. La firma mecánica

Entre las diferentes clases de firmas, es necesario señalar sobre la firma por medio mecánico que el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, en su artículo 827 señaló que “La firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente sino en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan”. Relacionado con esta posibilidad, el artículo 621 del mismo código, respecto de títulos valores, dice que “la firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto”.

Posteriormente, con el Decreto-ley 2150 de 1995, por medio del cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, dispuso: “Artículo 12. Firma mecánica. Los jefes de las entidades que integran la Administración Pública podrán hacer uso, bajo su responsabilidad, de la firma que procede de algún medio mecánico, en tratándose de firmas masivas. En tal caso, previamente mediante acto administrativo de carácter general, deberá informar sobre el particular y sobre las características del medio mecánico”.

2.3.1.2.4. La firma escaneada o digitalizada

Ahora bien, a diferencia de las anteriores, la firma escaneada o digitalizada no está definida y regulada expresamente en una norma. Al respecto, algunos consideran que debe tratarse como firma mecánica⁸ y otros como firma electrónica.

En este último sentido, es necesario resaltar que la Corte Suprema de Justicia le ha dado a la firma escaneada o digitalizada la connotación de firma electrónica, siempre que cumpla con los requisitos del artículo 3° del Decreto 2364 de 2012:

*“4.1.3 Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de éste a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido. **En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas**, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital -especie-, basada en la criptografía asimétrica.*

*(...) Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”. **En otras palabras, todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, puede catalogarse como firma electrónica**; de suerte, pues, que dentro de este amplio concepto tienen cabida signos de identificación muy variados, como los medios biométricos, la contraseña o password, la criptografía, etc.”⁹.*

Ese criterio fue adoptado por la Sala Plena del Consejo de Estado, que en reciente providencia señaló que la firma digitalizada se enmarca dentro de las firmas electrónicas, reiterando que debe cumplir con los requisitos previstos en el Decreto 2364 de 2012:

*“En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1, numeral 2, del Decreto 2364 de 2012, **se entiende como firma electrónica** aquellos «códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas» **dentro de los cuales se enmarcan, incluso, las firmas digitalizadas** y, aunque la norma en cita se refiere particularmente a los mensajes de datos, la Sala, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, le dará ese tratamiento a la que se plasmó en las certificaciones aludidas, en tanto y en cuanto se puede inferir que se trató de una firma que, en principio, hizo parte de un mensaje de datos, pero que se imprimió mediante el sistema de impresión láser a efecto de soportar documentalmente las certificaciones referenciadas.*

⁸ Concepto Radicado N.º 2-2015-02868 del Archivo General de la Nación.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. M.P. Pedro Munar Cadena. Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01.

Así, la Sala estima que tales certificaciones de funciones, expedidas mediante el uso de una firma electrónica, son plenamente válidas en cuanto cumplen los requisitos previstos en el artículo 3 del decreto previamente citado, esto es, que se usó una firma digitalizada que era confiable y apropiada a los fines para los que se generó; lo anterior, comoquiera que en la contestación de la demanda se afirmó que ese era el mecanismo que el señor Soto Jaramillo «empleaba para expedir las constancias de labores cumplidas» por parte de los miembros de su Unidad de Trabajo Legislativo.

Tal afirmación hecha en la contestación de la demanda, permite considerar que la firma era confiable, pues los datos de creación de la firma, es decir, la firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, corresponden al firmante. En todo caso, el señor Soto Jaramillo en momento alguno contravirtió su veracidad y confiabilidad, ni adujo que su interés era contrario a hacer constar lo certificado en tales documentos, ni mucho menos alegó que su firma hubiere sido utilizada sin su consentimiento o para fines no acordados previamente, de donde surge su veracidad, autenticidad y reconocimiento de lo allí consignado”.

(...) Lo anterior, analizado a la luz de las reglas de la sana crítica y de las máximas de la experiencia, permite inferir que **la modalidad atípica de firma digitalizada e impresa mediante el sistema de impresión láser, era el mecanismo utilizado, de manera reiterada, por cuestiones operativas, por el congresista para certificar el cumplimiento de labores de los empleados adscritos a su Unidad de Trabajo Legislativo y de allí se enviaban a la División de Nómina. Por ende, las certificaciones referidas se le pueden imputar al senador, gozan de presunción de autenticidad, salvo que se demuestre lo contrario - lo cual no ocurrió dentro del proceso, pues no fueron tachadas de falsas - y le generan responsabilidad en la medida en que existe certeza de que le son atribuibles”.**¹⁰

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia, la firma escaneada o digitalizada solo podrá considerarse como firma electrónica, cuando cumpla con los criterios, requisitos y atributos establecidos en el Decreto 2364 de 2012.

2.3.2. Normatividad proferida en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en relación con la utilización de medios tecnológicos.

El 7 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud identificó el nuevo coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional. El 11 de marzo de 2020, dicha organización declaró el actual brote de esta enfermedad como una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de trasmisión¹¹.

Mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus COVID-19 en todo el territorio

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 28 de marzo de 2017. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI).

¹¹ Decreto 491 de 2020.

nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud del mismo, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar su propagación y mitigar sus efectos¹².

Dada la situación imprevisible, el Presidente, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo coronavirus COVID-19. Dicho decreto en la parte considerativa señaló, entre otros aspectos¹³:

“Que la adopción de medidas de rango legislativo, autorizadas por el Estado de Emergencia, buscan fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID19. [...]”

Que con el propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales.

Que con igual propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas que habiliten actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos, y adoptar las medidas pertinentes con el objeto de garantizar la prestación de los servicios públicos de justicia, de notariado y registro, de defensa jurídica del Estado y la atención en salud en el sistema penitenciario y carcelario”.

Posteriormente, el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 impartió instrucciones para el mantenimiento del orden público y, específicamente, ordenó el *"aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19."*¹⁴

Por ello se hizo necesario tomar medidas en materia de prestación de servicios a cargo de las entidades y organismos del Estado, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social, flexibilizando la prestación del servicio de forma presencial y estableciendo mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales y del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de manera que se evite el contacto entre los servidores públicos y los ciudadanos, sin que ello afecte la continuidad y efectividad del servicio.¹⁵

¹² Ibid

¹³ Ibid

¹⁴ Ibid

¹⁵ Ibid

El Presidente de la República profirió el Decreto 491 de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Este se dirigió a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Dicho decreto dispuso varias medidas, dentro de las cuales se encuentra la contemplada en el artículo 11, que dispone que *“Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio.*

La Corte Constitucional mediante sentencia C-242 de 2020, realizó el estudio de constitucionalidad del Decreto 491 de 2020. Concretamente frente al artículo 11 lo consideró exequible, al señalar lo siguiente:

“6.237. La Corte Constitucional advierte que, en principio, cuando en una norma se estipula que un documento debe contener la firma de una persona, se entiende que se requiere desplegar la acción de suscribir el mismo de forma autógrafa.

6.238. Con todo, este Tribunal resalta que, de conformidad con la Ley 527 de 1999¹⁶, las autoridades y los particulares también están facultados para firmar documentos de forma digital, lo cual se concreta con “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”¹⁷.

6.239. Al respecto, cabe mencionar que la utilización válida de la firma digital está supeditada a la creación previa de un par de códigos matemáticos por parte de una entidad de certificación, la cual, mediante el uso de técnicas de criptografía, suministra al usuario una contraseña secreta indispensable para la suscripción virtual de los documentos, y una clave pública que permite la verificación de la autenticidad del mismo por parte de los interesados¹⁸.

6.240. En este sentido, esta Corporación ha llamado la atención sobre el hecho de que “la transposición mecánica de una firma autógrafa realizada sobre papel y replicada por el ordenador a un documento informático no es suficiente para garantizar los resultados tradicionalmente asegurados por la firma autógrafa, por lo que se crea la necesidad de que

¹⁶ “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

¹⁷ Cfr. Artículo 2° de la Ley 527 de 1999.

¹⁸ Cfr. Artículo 28 y siguientes de la Ley 527 de 1999.

existan establecimientos que certifiquen la validez de esas firmas”¹⁹.

6.241. Adicionalmente, es pertinente resaltar que la firma digital es una especie de la firma electrónica, la cual, en materia comercial, fue definida por el Decreto 2364 de 2012 de la siguiente forma “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”²⁰.

6.242. Sobre el particular, la Corte toma nota de que la validez del uso de las firmas electrónicas, incluida la firma digital, esta mediado por la utilización de un método que: (i) “permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación”, así como (ii) “sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”²¹.

6.243. En este contexto regulatorio, en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 se estableció que “durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio”.

6.244. La Sala Plena considera que la medida contemplada en el artículo 11 es conforme al juicio de no contradicción específica, porque no se opone a alguna disposición superior, en tanto que la forma de suscripción de las providencias, decisiones y actos por parte de las autoridades no fue un asunto ordenado por el Constituyente, por lo que su regulación se encuentra a cargo del legislador.

6.245. Además, la referida medida atiende al juicio de proporcionalidad, puesto que persigue una finalidad legítima como lo es facilitar las actuaciones de las autoridades en medio de las restricciones de la pandemia que impiden la plena presencialidad en el desarrollo del servicio en el sector público.

6.246. Asimismo, dicha medida es adecuada para cumplir el mencionado objetivo, puesto que habilita el uso de firmas autógrafas mecánicas, digitalizadas y escaneadas válidamente para suscribir los documentos que expiden las autoridades, lo cual permite que no requieran acudir de forma presencial a las entidades a suscribirlos, sino que tal actuación se realice de forma remota en concordancia con la autorización de trabajo en casa de los funcionarios del Estado.

6.247. Igualmente, es una medida necesaria, ya que, si bien está permitido el uso de firmas digitales y electrónicas, lo cierto es que su utilización está restringida por la mediación de una entidad de certificación y unas exigencias técnicas de seguridad específicas, cuya satisfacción se torna compleja en medio de las restricciones implementadas para enfrentar la pandemia.

6.248. Por lo demás, si bien el uso de firmas autógrafas mecánicas, digitalizadas y escaneadas

¹⁹ Cfr. Sentencia C-662 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz).

²⁰ Artículo 2364 de 2012.

²¹ Cfr. Artículos 8° de la Ley 527 de 1999, y 2 del Decreto 2364 de 2012.

en el sector público podría llegar a facilitar el surgimiento de escenarios de fraude, en tanto que no implican el grado de seguridad que se exige, por ejemplo, en la utilización de la firma digital, lo cierto es que la medida es proporcional, ya que se trata de una autorización temporal para permitir la consecución de un fin superior para la sociedad, como el adecuado funcionamiento de la administración, y, en todo caso, está supeditada a la responsabilidad respectiva de cada autoridad, quien debe “adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen”.

Con posterioridad a la sentencia que declaró la exequibilidad, entre otros, del artículo 11 del Decreto 491 de 2020, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1287 de 2020, toda vez que conforme con lo establecido en el Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020, actualmente el país se mantiene en una fase de aislamiento, el cual se caracteriza por ser selectivo y con distanciamiento individual responsable.

Por esta razón, las entidades del sector público y privado procurarán que las actividades que no requieran ser ejercidas de manera presencial, se desarrollen por sus servidores, empleados y contratistas, mediante la modalidad del *trabajo en casa*, durante el tiempo que se mantenga vigente la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del nuevo coronavirus COVID-19. Dado que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020, prorrogó la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de noviembre de 2020 se vio la necesidad de regular los elementos y características de seguridad de los documentos, actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.

En ese sentido determinó lo siguiente:

“Artículo 2. Firma de los documentos expedidos durante el trabajo en casa. Durante la emergencia sanitaria y siempre que los servidores públicos y contratistas estén prestando sus servicios desde la casa, en el marco del artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 2020, se podrán suscribir válidamente los actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, siguiendo las directrices dadas por el Archivo General de la Nación y las que se imparten en el presente decreto.

Artículo 3. Directrices para la firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneadas. Además de las directrices dadas por el Archivo General de la Nación, los servidores públicos y contratistas que vayan a expedir documentos, actos, providencias y decisiones haciendo uso de la firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada, deberán:

- 1. Velar por la integridad, autenticidad y disponibilidad de la información de los documentos expedidos en el marco de sus funciones y competencias, haciendo uso de mecanismos tecnológicos para blindarlos jurídica y técnicamente en medios electrónicos.*
- 2. Comunicar los actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada, a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como el correo electrónico, sedes electrónicas, ventanillas únicas o algún mecanismo que permita distribuir o comunicar la información de forma oficial.*
- 3. Aplicar los procedimientos indicados por el Archivo General de la Nación para la organización, conservación e incorporación al expediente respectivo los documentos de archivo producidos y gestionados durante el trabajo en casa.*

4. *Garantizar la organización, conservación e incorporación al expediente de los documentos originados, recibidos, tramitados y firmados durante el trabajo en casa, en el marco de la emergencia sanitaria, para lo cual deberán validar si es necesario imprimir y tomar firmas manuscritas.*

5. *Incluir los documentos de archivo producidos y gestionados durante el trabajo en casa a los expedientes, de acuerdo con su clasificación según la respectiva Tabla de retención Documenta (TRD), actualizando la hoja de control y diligenciando el inventario Documental (FUID); los documentos electrónicos de archivo que cumplen con las características establecidas, deberán incluirse en el Sistema de Gestión de documentos electrónicos de archivo, actualizando el índice electrónico. Lo anterior deberá hacerse una vez se supere la emergencia sanitaria y se reactive el trabajo del servidor o contratista en las oficinas.*

2.3.3. Caso concreto

De acuerdo con el problema jurídico planteado por las direcciones Administrativa y Financiera, el cual se expuso al inicio del documento, esta oficina se pronunciará sobre la validez de la firma digitalizada o escaneada para la aprobación de los documentos que la Entidad profiere en virtud de sus funciones teniendo en cuenta el contexto actual. También determinará si en adelante se puede hacer uso de la misma, lo anterior con el fin de establecer la validez de los documentos proferidos desde el mes de marzo de 2020, tanto para archivo como para que obren como evidencia ante los entes de control, o si por el contrario, todos los documentos proferidos en la virtualidad deben ser impresos y firmados físicamente.

De acuerdo con el mencionado interrogante, es pertinente indicar que tal como lo establece la Ley 527 de 1999, la información remitida a través de mensajes de datos es plenamente válida, así también lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000 al manifestar que *“el mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento”*.

Los documentos remitidos a través de correo electrónico son válidos, eficaces, y tienen fuerza vinculante, y se constituyen como medios probatorios, siempre que se cumplan con las condiciones de la Ley 527 de 1999.

Ahora bien, en cuanto a la firma electrónica, la mencionada Ley, así como el Decreto 2364 de 2012, compilado por el Decreto 1074 de 2015, capítulo 47, artículo 2.2.2.47.1 y siguiente, disponen que la misma se compone de “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”.

El artículo 7 de la Ley 527 de 1999, dispone que en los casos en que se exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:

1. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;
2. Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

Por otro lado, en cuanto a la firma digital —especie de la firma electrónica—, tal como se dijo en precedencia, cuando esta haya sido fijada en un mensaje de datos, se presume que el suscriptor de aquella, tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. En consecuencia, el uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que, si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.

A ello hay que tener en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2020, sobre la firma electrónica y la digital:

“las autoridades y los particulares también están facultados para firmar documentos de forma digital, lo cual se concreta con “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”²².

6.239. Al respecto, cabe mencionar que la utilización válida de la firma digital está supeditada a la creación previa de un par de códigos matemáticos por parte de una entidad de certificación, la cual, mediante el uso de técnicas de criptografía, suministra al usuario una contraseña secreta indispensable para la suscripción virtual de los documentos, y una clave pública que permite la verificación de la autenticidad del mismo por parte de los interesados²³.

6.240. En este sentido, esta Corporación ha llamado la atención sobre el hecho de que “la transposición mecánica de una firma autógrafa realizada sobre papel y replicada por el ordenador a un documento informático no es suficiente para garantizar los resultados tradicionalmente asegurados por la firma autógrafa, por lo que se crea la necesidad de que existan establecimientos que certifiquen la validez de esas firmas”²⁴.

6.241. Adicionalmente, es pertinente resaltar que la firma digital es una especie de la firma electrónica, la cual, en materia comercial, fue definida por el Decreto 2364 de 2012 de la siguiente forma “métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves

²² Cfr. Artículo 2° de la Ley 527 de 1999.

²³ Cfr. Artículo 28 y siguientes de la Ley 527 de 1999.

²⁴ Cfr. Sentencia C-662 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz).

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”²⁵.

6.242. Sobre el particular, la Corte toma nota de que la validez del uso de las firmas electrónicas, incluida la firma digital, esta mediado por la utilización de un método que: (i) “permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación”, así como (ii) “sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado”²⁶.

No obstante lo anterior, atendiendo al contexto del Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental, decretado por la pandemia de Covid 19, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 a través del cual en el artículo 11, autorizaba a los servidores y contratistas de entidades públicas que no cuenten con firma digital, a suscribir válidamente los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2020, bajo el entendido que la misma es una autorización temporal. Al respecto señaló:

“6.247. Igualmente, es una medida necesaria, ya que, si bien está permitido el uso de firmas digitales y electrónicas, lo cierto es que su utilización está restringida por la mediación de una entidad de certificación y unas exigencias técnicas de seguridad específicas, cuya satisfacción se torna compleja en medio de las restricciones implementadas para enfrentar la pandemia.

6.248. Por lo demás, si bien el uso de firmas autógrafas mecánicas, digitalizadas y escaneadas en el sector público podría llegar a facilitar el surgimiento de escenarios de fraude, en tanto que no implican el grado de seguridad que se exige, por ejemplo, en la utilización de la firma digital, lo cierto es que la medida es proporcional, ya que se trata de una autorización temporal para permitir la consecución de un fin superior para la sociedad, como el adecuado funcionamiento de la administración, y, en todo caso, está supeditada a la responsabilidad respectiva de cada autoridad, quien debe “adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen”.

Bajo ese contexto, el Presidente de la República profirió el Decreto 1287 del 24 de septiembre de 2020, que tiene como fin regular los elementos y características de seguridad de los documentos, actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada.

Dicho Decreto dispuso que durante la emergencia sanitaria y siempre que los servidores públicos y contratistas estén prestando sus servicios desde la casa, en el marco del artículo 11 del Decreto 491 de 2020, se podrán suscribir válidamente los actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, siguiendo las directrices dadas por el Archivo General de la Nación y señaló ciertas

²⁵ Artículo 2364 de 2012.

²⁶ Cfr. Artículos 8° de la Ley 527 de 1999, y 2 del Decreto 2364 de 2012.

orientaciones que deben seguirse para dar seguridad jurídica a los documentos que se profieran en el marco de la emergencia.

2.3.4. CONCLUSIONES

De acuerdo con el problema jurídico planteado, esta Oficina considera que la información y los documentos remitidos a través de mensaje de datos son válidos y los mismos pueden obrar como prueba siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la Ley 527 de 1999

Lo anterior quiere decir que los documentos recibidos y proferidos por la Entidad no deben imprimirse, atendiendo a lo antes mencionado, en cuanto que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. En ese sentido, en los casos en que por expresa disposición normativa se requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que la información que este contiene sea accesible para su posterior consulta.

Los documentos firmados en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental con firmas escaneadas o en PDF, son válidos atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020, la Sentencia C-242 de 2020 y el Decreto 1287 de 2020, siempre que se cumplan con las directrices establecidas en este último precepto normativo.

En todo caso, esta autorización es temporal y solo durará mientras esté vigente el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ambiental, así como el aislamiento y como consecuencia de este el trabajo en casa.

Una vez termine el Estado de Emergencia decretado, los servidores y contratistas podrán hacer uso de la firma electrónica y digital cumpliendo las condiciones establecidos en la Ley 527 de 1999, así como en el Decreto 2364 de 2012, compilado por el Decreto 1074 de 2015, es decir, certificada por una entidad competente para el efecto o, bajo el cumplimiento del lineamiento que de la entidad para determinar la validez de las mismas.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Cecilia De la Fuente de Lleras
Dirección General
Oficina Asesora Jurídica
[Pública]



**El futuro
es de todos**

Gobierno
de Colombia

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Daniel Lozano B ____ Coordinador Grupo Asesoría Jurídica OAJ
Proyectó: Andrea Delgado P. ____ Abogada contratista OAJ