

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
No. 9**

Tunja, 2008-1

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás seccional
Tunja

Director

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez

Numero de la revista

NUEVE (9)
PRIMER SEMESTRE DE 2008

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co
dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador: Santiago Suárez

Corrector de estilo: José Miguel Gaona

Traducción de textos

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Departamento de Idiomas

Anotación: El contenido de los Artículos es
responsabilidad exclusiva de sus autores.

CONSEJO EDITORIAL

Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Erico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Decano de División

Dr. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de Facultad

Dra. Yenny Carolina Ochoa Suárez
Secretaria de División

Dr. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph. D. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España

Ph. D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad Paris X, Francia

Ph. D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph. D. Jorge Arenas Salazar
Universidad Nacional, Colombia

Ph. D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Ricardo Rivero
Universidad de Salamanca, España

COMITÉ EDITORIAL

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Universidad Externado, Colombia

Ph. D. Nidia Catherine González
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania

Ph. D. Ana Yazmin Torres Torres
Universidad Carlos III, España

Mg. Germán Bernal Camacho
Universidad Flacso, México

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Universidad Nancy 2, Francia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Dr. Galo Christian Numpaque Acosta
Director Centro de Investigaciones

Dra. Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

PARES ACADÉMICOS:

Fray Faustino Corchuelo Alfaro, O.P.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Alejandra Susana Monteoliva
Directora de Posgrados, Pontificia Universidad Javeriana

Mg. Fernando Arias García
Procuraduría General de la Nación- Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Esp. Miguel Angel García Castellanos
Juez Penal del Circuito Tunja-Docente Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

CONTENIDO

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Sección I. Artículos de producción institucional

De la moral heterónoma a una Ética Autónoma 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

La Política Transversal de Equidad de Género. Análisis comparado
de las herramientas más innovadoras para su implantación 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presunciones en Contratación Estatal 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

Juicio como escenario del Debate Probatorio 69
Alfonso Daza González

El documento electrónico en la legislación colombiana: ¿Confiable
o no en el ejercicio de la actividad comercial? 87
Enrique López Camargo

La Movilidad y la Educación por Competencias en Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Sección II. Tema Central- Del pluralismo jurídico al interior del país.

Aporías alrededor del Pluralismo Jurídico: Hacia una configuración
del estado del arte y una crítica de sus supuestos conceptuales 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

Principia Iuris	Tunja, Colombia	No. 9	pp. 1 - 204	Enero Junio	2008	ISSN: 0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-------------	----------------	------	-----------------

¿Puede la Teoría Poscolonial fortalecer la Teoría Crítica del Derecho?	139
Oscar Andrés López Cortés	

Sección III. Colaboradores Extranjeros

Controverses sùr le contròle de la constitutionnalité des actes administratifs/ Controversias sobre el control de constitucionalidad de los actos administrativos	175
Franck Moderne	

CONTENTS

Editorial 11

Diego Mauricio Higuera Jiménez

Part I. Research articles. Santo Tomás University

From the heteronymous morals to the Autonomic Ethics 21
Róbinson Arí Cárdenas Sierra

Transversal politics in gender issues (mainstreaming). Comparative
analysis of the most innovative tools for its implementation 31
Hugo Fernando Guerrero Sierra

Presumptions in state contracting 47
Jorge Enrique Patiño Rojas

The electronic document in the colombian law 69
Enrique López Camargo

Prove regime in the colombian criminal procedure 87
Alfonso Daza González

Mobility and education by competences in Colombia 101
Carlos Mario Molina Betancur

Part II. Central topic - From The juridical pluralism inside the country

Contradiction around the Legal Pluralism: Towards a set of state
of the art and criticism of its assumptions conceptual 117
Paulo Ilich Bacca Benavides

¿Can the postcolonial theory strengthen the critical theory of law?	139
Oscar Andrés López Cortés	

Part. III. *International guest articles*

Controversies about the constitutional control of administrative acts	175
Franck Moderne	

EDITORIAL

La academia, en su razón de ser, no basta con ser una transmisora de conocimiento, sino que, a través de la investigación, debe avanzar en el estado del desarrollo intelectual humano para obtener una efectiva contribución al tratamiento de problemas sociales y humanos, así como en la naturaleza; todos los miembros del sistema deben cumplir con su rol, el cual es fundamental en tanto se es parte de un conjunto, la investigación se propone cumplir con una parte del inagotable esfuerzo del proyecto humanista: cohesionar y articular la academia. La investigación y la participación social, deben ser objetivos de todos los desarrollos en la universidad.

En coherencia con los principios anteriores y continuando con nuestro proyecto académico-institucional tenemos el gusto de presentar a la comunidad jurídica e intelectual en general, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve. Esta revista integra los avances investigativos varios trabajos de profesionales, fundamentalmente, de los investigadores de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, así como también de docentes e investigadores de orden nacional e internacional. Estos estudiosos exponen los avances y resultados sus proyectos investigativos como un esfuerzo por apoyar la producción y valoración del conocimiento socio-jurídico en los niveles regional, nacional e internacional, para contribuir a la solución de los problemas sociales con el máximo de calidad analítica y propositiva.

Conforme el formato diseñado, la revista *PRINCIPIA IURIS* Número Nueve presenta seis Artículos de producción institucional: la obtención de una ética de liberación autonómica tras desarrollarse una moral de cumplimiento a las normas y los valores en desarrollo de la voluntad, es expuesta en las reflexiones del profesor

Róbinson Cardenas ; por su parte el docente Hugo Fernando Guerrero presenta de forma comparativa varios modelos de desarrollo de la equidad de género, como una política pública transversal, la cual es reconocida pero no aplicada en Colombia; La contratación estatal es analizada por el docente Jorge Enrique Patiño, quien expone las presunciones aplicables a estos actos jurídicos, partiendo de las más generales a las aplicables a toda la administración *pública*, para llegar a aquellas más específicas en materia de contratación.

La conjunción entre el derecho probatorio y el actual sistema procesal penal son abordados por el profesor Alfonso Daza, examinándose la adaptación a este nuevo ordenamiento; El docente López Camargo cuestiona la fiabilidad del documento electrónico en las actividades comerciales en Colombia, anticipándose a la visión probatoria del documento electrónico en el contexto económico universal de conformidad con la legislación vigente; La necesidad de implementar un sistema educativo flexible que permita desarrollar las habilidades y competencias exigidas por la competitividad de la vida moderna son expuestas por el profesor Carlos Mario Molina Betancur.

En la sección dedicada al tema central, presentamos con agradecimiento, dos interesantes Artículos de prestigiosos colaboradores nacionales: el profesor Paulo Ilich Bacca Benavides nos ofrece en un escrito humanista y reivindicatorio sus estudios sobre la diversidad de los pueblos, exponiendo las contradicciones, aparentemente insuperables, respecto de la posibilidad de desarrollo del pluralismo jurídico en el contexto colombiano contemporáneo. Por su parte, la Teoría Poscolonial es disertada por el profesor Oscar Andrés López Cortés en un Artículo que examina la posibilidad de esta para fortalecer la teoría crítica del derecho, comparando varios de los desarrollos más interesantes en dicha materia.

Con orgullo y agrado presentamos el Artículo de colaboración internacional redactado por profesor emérito de la universidad de París I Franck Moderne, en el cual se exponen las controversias respecto del control de constitucionalidad de los actos administrativos, enfocándolos hacia el derecho público francés contemporáneo desde sus orígenes, hasta llegar a la ampliación de competencias de control del Consejo Constitucional, así como de la Corte Europea de Derechos Humanos. Este Artículo llama la atención de lo internacional en perspectiva de la actualidad en contexto de la comunidad tomasina, a su vez, invitando a todos los nuestros a participar con sus producciones intelectuales en las discusiones académicas de tipo internacional.

En este momento podemos decir que nos encontramos satisfechos, no como quien ha llegado a su meta, lo cual es cuestionable que sea posible, sino como aquel que se ha esforzado en la búsqueda de sus objetivos, el camino que se ha formado, como fin en sí mismo, nos impulsa a seguir adelante en la profundización de nuestros trabajos y en el mejoramiento de los mismos.

Es por esto que la próxima edición de la Revista, cuyo tema central será «la actualidad del derecho público en Colombia», tendrá un espacio dedicado a la investigación formativa, en el cual se publicará los trabajos de grado más destacados entre los estudiantes de los programas de posgrado. A todos los gestores de este proyecto, los profesores investigadores, los colaboradores externos, los comités académicos, administrativos y directivos de nuestra universidad, nuestros sentimientos de profunda gratitud. Esperamos humildemente que esta publicación se acerque a los objetivos aquí plasmados.

Diego Higuera
Editor

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA. ¿CONFIABLE O NO EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL?

THE ELECTRONIC DOCUMENT IN THE COLOMBIAN LAW

Enrique López Camargo**

Fecha recepción: 02-07-08

Fecha de aceptación: 30-08-08

RESUMEN *

La rapidez en la celebración de negocios actualmente ha llevado el mundo al comercio electrónico, y a través de ella, la celebración de innumerables contratos que, para efectos jurídicos, tienen la misma fuerza probatoria que el documento físico. ¿Qué tanta confiabilidad tiene para el ejercicio de la actividad comercial el uso de este documento? Basta decir que la declaración de voluntad de uno de los contratantes debe coincidir con la voluntad del oferente, sin más formalismos al respecto, permitiendo rápidamente la operación.

PALABRAS CLAVE

Contrato, documento electrónico, comercio informático, probatorio, digital, clave, mensaje de datos, confiabilidad.

ABSTRACT

Nowadays, the business agility has introduced the world into the electronic trade, and through this one the celebration of uncountable contracts, which have the probatory force in both juridical effects and physical document.

** C. Mg. en Derecho Administrativo, Docente USTA Tunja; enriquelopezc8@hotmail.com

* Artículo corto de reflexión académica en torno a las expectativas que viene presentando el manejo del documento electrónico y las contratos que de él se deriven.

The will declaration from one of the contracting parts must match the will from the offered, with no more formal ways to permit a quick procedure.

KEY WORDS

Contract, electronic document, electronic commerce, probatory, digital, key, data message, trust.

1. INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como finalidad, ahondar en la realidad jurídica colombiana respecto del documento electrónico y el tratamiento legal dado por el legislador colombiano a esta clase de operaciones comerciales y financieras que se viene imponiendo en el mercado mundial y de la que se precisa saber: ¿Qué tan confiable son las operaciones realizadas a través de este documento?

El trabajo propuesto plantea los principales aspectos de la ley modelo del documento electrónico, así como la resolución 26930 de 200 y el decreto 1747 de 2000 aclaratorios de algunos vacíos jurídicos y semánticos plasmados en la citada norma.

A lo largo del estudio se plantea el comparativo con el documento físico, para determinar si es confiable la realización de negocios, suministro de bienes o servicios con la utilización de esta nueva forma de contracción electrónica. La estructura formal del escrito «*El documento electrónico en la legislación colombiana: ¿confiable o no*

en el ejercicio de la actividad comercial?» consta de cuatro partes o numerales que se describen a continuación.

El primer aspecto tratado consiste en unas generalidades y definiciones jurídico-semánticas de *documento*, tomando como base algunos doctrinantes y los fundamentos jurídicos de nuestra propia formación. Aunque las generalidades se predicen del documento en sentido general, no se prescinde de la alusión al electrónico, que finalmente es el llamado a analizar.

El segundo punto del análisis y el que mayor relevancia tiene para el presente caso, esta relacionado con los aspectos inherentes al comercio electrónico, contenidos en la ley 527 de 1999. La equivalencia funcional que contempla la citada norma, se presenta en los siguientes puntos: el documento escrito; la firma digital, de la cual se hacen reparos y manifestaciones de desacuerdos; los documentos originales y las copias y finalmente la conservación de los mensajes de datos como soporte probatorio. Acápiteme

adicional del tema tratado, se referencia con el consentimiento para el perfeccionamiento de los contratos a partir del negocio electrónico. En dicho contrato, el consentimiento se convierte en el envío de mensajes de aceptación de la oferta por parte de los contratantes.

El tercer aspecto contenido en el presente escrito, hace referencia a los riesgos que enfrenta la contratación electrónica y para tal efecto se tomaron los tres niveles de riesgos tratados por el Comité de Basilea como son: *los riesgos operacionales* en los que se ven involucradas la entidades financieras por el mal manejo de la información o por la intromisión de terceras personas en el sistema operativo; *los riesgos de reputación* que pone en situación de desconfianza al sistema bancario colombiano y *los riesgos legales* que a decir de nuestro estudio son bastantes y variados y que han sido estudiados y analizados por algunos doctrinantes como Serio Rodríguez Azuero, entre otros.

Algunas acotaciones conducentes a verificar las ventajas y desventajas del documento electrónico frente al documento físico, se trataron en la última parte del escrito. La reevaluación del concepto de *jurisdicción territorial* con características procesales y probatorias, insta a la aplicación de la *lex mercatoria*; *la inmediatez y dinámica del documento*

electrónico en contraste con el documento físico, que nos lleva a enfrentar los mismos riesgos; la duración y mantenimiento por espacios de tiempo considerables de uno y otro documento que conlleva a la reevaluación del concepto «*establecimiento*» y *los negocios a distancia* especialmente de origen bancario, no escaparon al modesto análisis aquí presentado para ponerlos a la entera disposición y evaluación de nuestros distinguidos lectores.

La investigación realizada es de carácter socio-jurídico y previendo el impacto que ha tenido en la actividad comercial el documento electrónico.

El conocimiento que pretende obtenerse se enmarca dentro del tipo de investigación descriptivo- analítico, conjugado con el método del empirismo. Las fuentes bibliográficas utilizadas como consulta de apoyo, se relacionan en el pie de página correspondiente.

2. GENERALIDADES

Antes de adentrarnos en los vericuetos de la legislación colombiana, se hace menester precisar qué es un documento. Según Andrés de la Oliva¹, los documentos «*son objetos materiales que incorporan la expresión escrita de un pensamiento humano y son susceptibles de incorporarse a unos autos o a un expediente.*

¹ De acuerdo a De la Oliva (2001), el documento en sentido general debe permitir no solo la manifestación de ideas, sino también, servir de medio probatorio.

Subsiguientemente, por prueba documental se entiende el medio de prueba consistente en el conjunto de actividades dirigidas a convencer al tribunal de la certeza de unos hechos, mediante la apreciación de documentos».

Haciendo inferencia a lo descrito, se puede hacer la siguiente precisión: en los tiempos modernos se incorpora el pensamiento del ser humano en nuevas formas de información y comunicación entre las partes, predicables a partir de los avances y dinámica de la informática que, a su vez, permite que aparezcan nuevas formas de contratación jurídicamente relevantes².

Así, pues, en el documento se hace constar la causa del contrato que dio origen a aquel; *verbi gracia* el contrato de mutuo, consigna la voluntad y el pensamiento inequívoco de las partes en un documento denominado título valor. *«El documento es necesario no solo porque es condición del nacimiento y conservación del derecho, sino también de su disfrute. Sin él no es posible hacer efectivo el derecho en contra del obligado, ni transmitirlo a un tercero, ni darlo en garantía»*³

Las apreciaciones y posiciones doctrinarias descritas anteriormente están siendo reevaluadas en la

actualidad, ya que ese documento físico, impreso en papel del que se predicó su existencia y validez durante muchos años, ha tomado una nueva dimensión, consistente en la *transformación* del mismo, con igual relevancia jurídica de aquel: *«Las consecuencias jurídicas del mensaje de datos se regirán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos»*⁴

Adicionalmente a lo aquí afirmado, también se precisa de la reevaluación de la legislación comercial que no se encuentre en consonancia con las formas modernas de realizar negocios y regular la interrelación de los seres humanos, lo que de suyo garantiza mayor rapidez en el surgimiento de esta **nueva economía**.

3. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO CONTENIDOS EN LA LEY 527 DE 1999

3.1. La equivalencia Funcional

La ley 527 de 1999, *«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»*, enuncia el principio de

² De acuerdo con Aparicio Vaquero (2002) la tecnología aplicada a la información y las comunicaciones, tiene incidencia directa en las nuevas formas de contratación, por ello no debe desconocerse la existencia y validez de los documentos electrónicos.

³ En un estudio sobre «Derecho Mercantil establece al documento como condición o requisito sine quanon, para la celebración de negocios (Tena 1970).

⁴ De acuerdo con la Ley 527 (1999), las consecuencias jurídicas emanadas del documento electrónico, se estaban a los mensajes allí consignados.

la equivalencia funcional en el artículo 5º, en el siguiente tenor: «Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. 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».

A su vez, el mismo marco normativo, en su artículo 2º precisa el concepto de mensaje de datos así: «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)⁵, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

Tal como se expresó anteriormente, los cambios presentados en las nuevas formas de comunicación de la sociedad, también originaron cambios en las formas de contratación, y se dio un gran paso del documento soportado en papel, al documento soportado electrónicamente, aunque la citada ley admite la mixtura entre las dos clases de documentos, con la misma validez jurídica, siempre y cuando la información contenida en uno y otro documento, coincida en todo y cada uno de sus apartes y que además sea consultable en el mensaje de datos, y así se desprende de lo preceptuado en

el artículo 6º: «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 igual manera, hace referencia el artículo 8º: «Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si:

- 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»⁶.

Otro aspecto importante dentro de este capítulo, tiene que ver con la firma digital, explicada en el artículo 2º c ley 527 de 1999 y en la cual son precisados algunos conceptos en el decreto 1747 del año 2000, y referenciada en la obra del Dr. Henry Alberto Becerra⁷ en los siguientes términos: «Se entenderá 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

⁵ De acuerdo con la ley 527 (1999) hace precisiones a cerca de donde se pueden almacenar toda clase de datos y la transmisión electrónica de los mismos.

⁶ De acuerdo con la Corte Constitucional (2001) el articulado demandado se ajusta a la Constitución Política de 1991 en lo referente al mensaje de datos.

⁷ En un estudio sobre los Títulos Valores, en el capítulo relacionado a la firma de éstos establece los rasgos característicos de la firma digital (Becerra Leon, 2001)

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».

A efectos de sanear vacíos conceptuales, el decreto 1747 de 2000, hace precisiones sobre los términos que han sido expuestos en la definición precitada sobre la firma digital, y algunos otros que corresponden al contexto general del documento electrónico en los 10 numerales siguientes:

1. **Iniciador:** persona que actuando por su cuenta, o en cuyo nombre se haya actuado, envíe o genere un mensaje de datos.
2. **Suscriptor:** persona a cuyo nombre se expide un certificado.
3. **Repositorio:** sistema de información utilizado para almacenar y recuperar certificados y otra información relacionada con los mismos.
4. **Clave privada:** valor o valores numéricos que, utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos.
5. **Clave pública:** valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador.

6. **Certificado en relación con las firmas digitales:** mensaje de datos firmado por la entidad de certificación que identifica, tanto a la entidad de certificación que lo expide, como al suscriptor y contiene la clave pública de éste.

7. **Estampado cronológico:** mensaje de datos firmado por una entidad de certificación que sirve para verificar que otro mensaje de datos no ha cambiado en un período que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina en la fecha en que la firma del mensaje de datos generado por el prestador del servicio de estampado, pierde validez.

8. **Entidad de certificación cerrada:** entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación sólo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello.

9. **Entidad de certificación abierta:** la que ofrece servicios propios de las entidades de certificación, tales que:

- a) Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o
- b) Recibe remuneración por éstos.

10. **Declaración de Prácticas de Certificación (DPC):** manifestación de la entidad de certificación sobre las políticas y procedimientos que aplica.

Pero antes de hacer algunos reparos y manifestar desacuerdos con los procedimientos para certificar la firma digital y la firma misma, bien vale la pena precisar doctrinaria y legalmente el concepto de firma.

El artículo 826 inciso 2° decreto 410 de 1971 establece: «*por firma se entiende la expresión del nombre del suscriptor, o de alguno de los elementos que la integran, o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal*»; y a efectos de dar valor probatorio a un documento, la Corte Suprema de Justicia⁸ precisó: «*la firma de un documento es el elemento que le indica al juez, o, en general a cualquier persona, que un escrito impreso, plano, dibujo, etc., tiene un autor cierto*». Por otra parte, se afirma: «*La firma es una palabra, o pequeño mensaje o dibujo, que tiene como fin identificar y asegurar o autenticar la identidad de un autor*».⁹

Los reparos y desacuerdos con la firma digital, están orientados hacia la certificación y confiabilidad de la firma en sí misma. De acuerdo con la resolución 26930 del año 2000 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, ha de ser una entidad legalmente constituida la que certifique y autorice la utilización de la firma digital, para la celebración de cualquier operación o negocio electrónico, y es ahí donde

encontramos que la norma es excluyente, contrariando el principio de la generalidad de la ley, pues de manera intrínseca, limita el acceso a toda aquella persona que no tenga la capacidad de acceder al sistema, o simplemente que carezca de las nociones básicas de acceder a él (analfabetismo técnico), o, lo que es peor aún, que no esté certificado por la entidad autorizada para ello, bien sea para la generación de firma digital o solicitud de información de un probable contratante .

Ahora bien, la certificación que expiden las entidades autorizadas se constituyen en documentos *ad-sustantian actus*, por lo tanto, a pesar de su autenticidad, se requerirá la copia física de la transacción realizada, para efecto de cotejo de documentos en un proceso cualquiera. En cuanto tiene que ver con los riesgos que se corren, la firma digital se ve enfrentada a los virus informáticos que suministran terceros diferentes a los contratantes y la piratería de la informática, el sabotaje con el objeto de paralizar la actividad del servidor de Internet, la interceptación no autorizada y que se constituye en el momento propicio para que actúen los *hackers* y la decodificación, entre otros, lo cual no garantiza seguridad plena en la firma para los usuarios del sistema.

⁸ En el año 2001 la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de agosto 22, expediente 16430, cuyo magistrado ponente fue Germán Valdés Sánchez, precisó que un documento tiene validez si esta estampada la firma de un autor cierto, pues bien podría colocarse allí el nombre de alguien que puede no estar enterado de operación alguna en la que sea parte.

⁹ En el año 2008 la pagina de Internet Wikipedia.or.wiki/firma, estableció una definición para la firma en sentido general.

Un tercer aspecto a destacar dentro de la equivalencia funcional, está relacionado con los documentos originales y las copias como medios de prueba. Con respecto a los documentos electrónicos originales, se exige una garantía mínima de conservación en su integridad¹⁰; en este punto de discusión, bien vale la pena formularse unos interrogantes: ¿acaso todos los documentos provenientes de un negocio electrónico no son originales?, ¿de dónde se predica su copia?, ¿Cuánta confiabilidad puede contener este documento? Para resolver este interrogante ha de acudir a la norma tanta veces citada sobre documento electrónico, que en su artículo 8º literal a establece: «*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*».

Tanto para los documentos originales como para las copias, ha de seguirse lo contemplado en la norma procesal civil a partir del artículo 275 y siguientes, ya que este principio probatorio aplica de igual manera para los documentos de origen electrónico, sin perjuicio de las conductas dolosas que se puedan presentar posteriores a la celebración del contrato y que logren cambiar el sentido inicial del mismo.

Por último, es necesario hacer referencia a la conservación del mensaje de datos; aunque la ley 527 de 1999 no fija el tiempo de conservación de documentos, se entiende que ésta debe ceñirse de igual manera que para los documentos físicos, además de lo contemplado en la Ley General de Archivos. El artículo 12 de la ley sobre documentos electrónicos precisa: «*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*» (el subrayado no es del texto). Tal como lo señala dicha ley, la conservación de los documentos no solo puede ser por parte del interesado sino a través de terceros, por ejemplo, mediante contrato de Cajillas de Seguridad.

3.2. El consentimiento en el documento electrónico

La palabra *consentimiento* viene del latín «*consensus*», derivada a su vez de «*cun*» y de «*sentire*», lo cual supone el acuerdo de dos o más voluntades sobre el mismo punto. Por lo tanto, el consentimiento constituye la esencia misma de un contrato, dado que éste existe cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común¹¹. Consentir no es cosa

¹⁰ De acuerdo con Rincón Cárdenas (2006) se exige para su validez que el documento electrónico sea original. Se precisa igualmente que todo original debe tener su correspondiente copia, entonces ¿Cómo saber cual es la copia?

¹¹ En el año 1997 Franco Zuluaga, y Agudelo Yepes plantearon una definición del término consentimiento, por tener una connotación general. en el campo de la medicina, y en razón de que la voluntad y madurez de las partes son emanadas de seres humanos complejos en su desarrollo psicológico, por lo tanto, el consentimiento no escapa al campo de los negocios.

distinta a aceptar con voluntad plena una propuesta o una oferta, es tomar una decisión sin ningún apremio o presión indebida que conduzca a viciar aquel; el consentimiento se convierte en el elemento intrínseco y esencial del negocio y su causa eficiente. Frente al contenido del contrato, que no es otra cosa que el anhelo o lo querido por las partes, se formula una declaración de voluntad, la cual se convierte en el consentimiento, y conlleva implicaciones jurídicas. En cualquier negocio que se realice, existe consentimiento en ambos extremos contractuales, es decir del oferente y del aceptante.

Respecto de los documentos electrónicos, originados en un contrato, puede preguntarse: ¿cómo se manifiesta el consentimiento? La ley 527 de 1999, de manera reiterada hace referencia al concepto *mensaje de datos* para precisar que éste ha de ser el lenguaje utilizado por las partes y por medio del cual se comunican y consienten o no sus ofertas. El artículo 1º contiene la siguiente precisión: «*La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos...*». A su vez, el artículo 14 de la norma en cita expresa con mayor claridad jurídica y certeza literaria la figura del consentimiento así: «*En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a*

un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos»¹².

En virtud de lo anteriormente descrito, queda claro pues, que para todos negocios informáticos, el consentimiento se afinca en el mensaje de datos, por lo tanto, «*una obligación nace del concurso real de la voluntades de dos o más personas, como en los contratos o en las convenciones...*» (Artículo 1494 C.C.). El contrato electrónico, a su turno, quedaría perfeccionado con el intercambio de informaciones concordantes, que sería el equivalente al conocido acuerdo de voluntades contemplado en la norma en cita, artículo 1495 de C.C: «*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*». Así pues, el intercambio de mensajes claros, diáfanos e inequívocos del querer contratar, con el encriptamiento de la firma digital, se tendrá como el consentimiento en los negocios electrónicos.

4. RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El *riesgo* puede definirse como contingencia o proximidad de un daño; también es la posibilidad de peligro o contratiempo. Los contratos realizados a través de medios electrónicos gozan de una relativa seguridad, al igual que reducción de sus costos, pero debido a

¹² La Corte Constitucional en sent C-662 de 2000 declara que es perfectamente válido el artículo y no contraviene la constitución ni las demás normas comerciales en el sentido de manifestar que frente a la oferta debe darse la aceptación del negocio consignando para el caso referido uno o varios mensajes.

la rapidez con que se actualizan los equipos y programas informáticos, también surgen nuevos factores de riesgo, que afectan principalmente a las transacciones bancarias, convirtiéndose en blanco en la mayoría de las veces, de conductas delictivas que han ganado terreno frente a la normatividad penal vigente.

El doctrinante Rodríguez Azuero¹³ hace referencia a los tres niveles de riesgos importantes para la banca electrónica, con base en los estudios adelantados por el comité de Basilea y que son:

- a) Riesgos operacionales
- b) Riesgos de reputación
- c) Riesgos legales

Los riesgos operacionales son aquellos que se generan por el uso indebido de los sistemas operativos del banco o por la intromisión de personas no autorizadas al sistema; para el primer caso, está la falsificación de tarjetas y bandas magnéticas, para el segundo caso, es notoria la presencia de los *hackers*, que han defraudado a muchos ahorradores colombianos. La operatividad de los sistemas financieros se desarrolla mediante contraseñas, mensajes encriptados y algunos otros procedimientos, que hacen cada vez más latente estos riesgos.

Los riesgos de reputación se dan en razón de la confianza que debe depositar una entidad crediticia frente a sus clientes. Es por ello que aquella

debe mantener latente una imagen de seguridad y solidez en todos sus sistemas. Por convertirse el contrato electrónico en operación esencial para las entidades financieras, deben estar al frente de las operaciones personas muy especializadas, que no permitan que se genere un clima de desconfianza que pudiera llevar a un pánico colectivo.

Los riesgos legales se generan por la pasividad y lenta regulación de conductas criminales con base en negocios electrónicos, lo que ha creado enormes vacíos jurídicos en el Código Penal colombiano. La dinámica y el veloz desarrollo de los sistemas de información electrónica, ha dejado rezagada la ley para la aplicación de sanciones a la comisión de delitos informáticos. Contribuye a lo anterior la carencia de una política criminal que adopte medidas de fondo y no se ciña solamente a las ineficaces reformas de códigos. A título de sugerencia normativa, en el código penal colombiano debería existir el agravante punitivo para el delito de hurto, siempre que la transacción bancaria se realice con la utilización indebida del sistema electrónico. Por su parte, el derecho privado y en especial el derecho comercial colombiano, se han rezagado con el tiempo en su normatividad existente; la regulación de nuevas modalidades comerciales y contractuales, han sido suplidas en gran parte por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

¹³ De acuerdo con Rodríguez Azuero (2006) los contratos electrónicos acarrearán riesgos, que comisiones especializadas de carácter internacional han venido estudiando en los últimos años.

El comercio electrónico ha desdibujado por completo la ubicación espacial de los contratantes en la realización de sus negocios; por lo tanto, queda en entredicho el domicilio de las partes para que un juez asuma competencia en virtud de este principio procesal. «*Se tiene que en la arquitectura de los medios electrónicos, y de Internet en particular, dificulta la aplicación de los criterios territoriales tradicionales de definición de jurisdicción y legislación aplicables. El régimen jurídico de la contratación electrónica debe percatarse de estas dificultades y encontrar herramientas que le permitan adecuarse*»¹⁴.

5. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FRENTE AL DOCUMENTO FÍSICO

En aras de establecer notorias diferencias y las ventajas o desventajas del documento electrónico frente al físico contenido en un papel y con base en las prácticas sociales que giran en torno a los negocios, es imperativo analizar algunos puntos en tal sentido, como resultantes del presente escrito.

5.1. La reevaluación del concepto de jurisdicción territorial en el documento

electrónico dista mucho de la obligatoriedad que debe señalarse en un documento escrito, para efectos procesales y probatorios. El derecho civil colombiano¹⁵ establece claramente que se debe indicar el lugar de celebración del contrato, a efectos de asignar criterios territoriales; a su vez, la norma procesal civil¹⁶ determina el juez competente para conocer el asunto materia de la controversia; dicha posición jurídica no es aplicable al documento electrónico, en virtud del ámbito geográfico extensivo e ilimitado en el cual se puede contratar. Por lo complejo que resulta la regulación nacional acorde con la dinámica del negocio electrónico, se hace necesario optar por la legislación internacional (*lex mercatoria*), que permita la aplicación práctica de leyes y reglamentos que faciliten toda clase de transacciones.

Respecto de la competencia territorial, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia¹⁷ en los siguiente términos: «*así, pues, la determinación del asiento principal de los negocios, a la luz de la legislación nacional, depende del material probatorio que obre en el proceso, teniendo en mente que dicho*

¹⁴ De acuerdo con Umaña Chau (2006) el concepto de territorialidad de la ley que aplica a los principios jurídicos de Jurisdicción y Competencia, debe ser revisado por la normatividad vigente en materia de contratación electrónica a efectos de subsanar vacíos jurídicos sobrevivientes.

¹⁵ En el articulado existente y en especial el artículo 20, se plantea el concepto de Jurisdicción territorial, entendida esta como la delimitación jurídica que no política del territorio y que deberá señalarse en el documento a efectos de determinar la competencia. Con la variación en el proceso puede afirmarse que todos los jueces en Colombia son competentes para conocer los negocios relacionados con la contratación electrónica. (Código Civil Colombiano 1887).

¹⁶ En el año 1887 el Código de Procedimiento Civil artículo 75 planteo los «Presupuestos procesales de la demanda, entre los que se debe precisar la jurisdicción a efectos de determinar el juez competente e inexorablemente volvió a referirse a Lugar, es decir a territorio desde el ámbito de lo físico.

¹⁷ En el año 1998, la Corte Suprema de Justicia prescribe el término «sede» para determinar que es el lugar donde se celebraron los negocios y por tanto es allí donde radica la competencia del juez.

lugar debe coincidir con el lugar de concentración de los negocios y centro de las relaciones de tipo patrimonial y por tanto, en el análisis correspondiente, pueden tenerse como puntos clave de partida la sede de la administración de los negocios, el lugar en que se lleva la contabilidad, el lugar en que se realice el pago de impuestos, primando estos indicadores sobre el lugar en que se encuentren los bienes productivos sometidos a explotación económica, porque, de lo que se trata es de fijar la «sede» donde debe presumirse que la persona actúa personalmente y cuenta con los instrumentos de control de sus asuntos, forzoso es entender que, en general, esto ocurre en el centro en el que concentre sus operaciones, no así donde se encuentren ubicados físicamente aquellos bienes».

5.2. La inmediatez y dinámica con que se produce el intercambio y envío de la información electrónica. Esta situación contrasta con la contenida en el documento físico, aunque para ambos casos se presenten los mismos riesgos de extravío e interceptación o modificación de sus contenidos.

5.3. La durabilidad de los documentos. El contenido en documento de papel sufre el deterioro quizás más severo y veloz que el documento electrónico. Igualmente, la ocupación espacial del documento físico hace muchas veces inmanejable, con relativa prontitud y eficiencia los negocios de cierta

magnitud. A través del documento electrónico se recortan, incluso desaparecen, no solo los espacios físicos para su archivo, sino también el concepto de «establecimiento», limitado a las estructuras arquitectónicas.

5.4. Los negocios a *distancia*. El documento electrónico permite la celebración de negocios bajo esta modalidad, especialmente los de origen financiero o bancario, que facilitan la comunicación interinstitucional y el envío de mensajes para autorizar o aceptar un contrato. Basta pensar que el uso del teléfono convencional y celular, abrió el paso a transacciones electrónicas, para medir las dimensiones de los negocios del futuro, que hoy se han afianzado con el uso de la Internet.

Esta situación de comodidad, rapidez y reserva, ha permitido el incremento de los negocios financieros como lo ha podido establecer la Asociación Bancaria¹⁸. Lo tortuoso que resulta en muchas veces la presencia física de la persona con documento físico para adelantar cualquier clase de negocio, ha venido cediendo terreno a la comercialización con documento electrónico.

5.5 El factor ecológico y ambiental es un punto relevante a tratar. La tala de árboles para la fabricación de papel y el posterior reciclaje y quema del mismo, deberán desaparecer por

¹⁸ Encuesta realizada entre usuarios de Internet y entidades del sector financiero en Colombia, para establecer la preferencia en negocios dependiendo de la clase de documento. El estudio de la entidad, pudo establecer las ventajas del trámite mediante el documento electrónico. (Asociación Bancaria, 2008).

completo, debido a que cada vez es menor la utilización del papel en la celebración de negocios, lo cual contribuye a preservar la ecología y a mantener un ambiente sano. Los elementos químicos utilizados, para los negocios electrónicos –muy a pesar de los virus- garantizan ambientes más sanos y saludables para la humanidad. Por eso el potencial de expansión del comercio por medio electrónico es muy amplio e incontenible.

6. CONCLUSIONES

- El avance de los negocios mediante el documento electrónico, le está tomando ventajas considerables a las transacciones tradicionales que tenían su fuente en el documento físico.
- La legislación comercial colombiana se encuentra desactualizada para atender las situaciones sobrevinientes de las operaciones originadas en el documento electrónico. De ahí que se haga necesario orientar dichas operaciones por la *lex mercatoria* que rige para los negocios de carácter internacional.
- Hoy es posible hablar de negocios a distancia, ya que el uso cada vez más frecuente de la Internet facilita el proceso. Sin embargo, se mantienen muchas dudas por parte de algunas personas que no ven mucha confiabilidad en esta forma electrónica de concretar negocios o

intercambiar bienes y servicios. Para disuadir estas dudas, bien vale la pena recordar lo contenido en el artículo octavo de la ley 527 de 199: «*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.*»

- La reevaluación del principio de jurisdicción territorial y algunos otros como el consentimiento y firma digital, deben motivar al órgano legislativo colombiano a realizar actualizaciones jurídicas, acordes con los avances tecnológicos del momento.
- La ley 527 de 1999, plantea unos problemas de equivalencia funcional, que bien pronto deberán tener pronunciamiento legal y jurisprudencial. De otro lado, se requiere una capacitación al común de las personas por parte del Congreso de la República y la Superfinanciera, para lograr actualizarlas en estos avances.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Asociación Bancaria (2008). *Banking Authot.*
2. Aparicio V. (2004) «*La nueva contratación Informática- Introducción al Outsourcing de los*

- sistemas de información*». Colmares Albolote (Granada).
3. BECERRA L.(2001) «*De los Títulos Valores*». 2ª. Edición. Doctrina y Ley. Bogotá.
 4. Colombia, (2007), Código Civil Colombiano, Bogota, Temis.
 5. Colombia (2008), Código de Procedimiento Civil, Bogota, Legis
 6. Colombia, Corte Constitucional, (2000, junio), «sentencia C-662», M.P. . Morón Díaz, F. Bogota.
 7. Colombia. Corte Suprema de Justicia (2001, agosto) «sentencia expedientes 16430», M.P. Valdés Sánchez, G. Bogotá.
 8. De la Oliva, A (2001) Definiciones de términos. Diccionario Jurídico Espasa. (vol.1) Madrid Edit. Espasa Calpe.
 9. Artículo de reflexión (2007 Junio) Es.wikipedia.or.wiki/firma.
 - 10.Franco Zuluaga, J. A y Agudelo Yepes, M. P. (1997) «*El consentimiento y la advertencia del riesgo en medicina*» Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia. Volumen XVI. Bogotá.
 - 11.Colombia, (1999) ley 527 Bogota, Librería El Profesional.
 - 12.Rincón Cárdenas, E (2006). «*Contratación Electrónica*». Centro Editorial U. del Rosario. Bogotá.
 - 13.Rodríguez Azuero, S (2006). *Contratación Electrónica «Referencias a los contratos bancarios en Colombia»*. Centro Editorial U. del Rosario. Bogotá.
 - 14.Tena, Fde J. (1970) «*Derecho Mercantil Mexicano*» 6ª. Edición. Edit. México Porrúa S.A. Mexico
 - 15.Umaña Chau, A F (2006) «*Contratación Electrónica*» U. del Rosario, Bogotá.