

EL ACTO ADMINISTRATIVO POR MEDIOS ELECTRONICOS
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

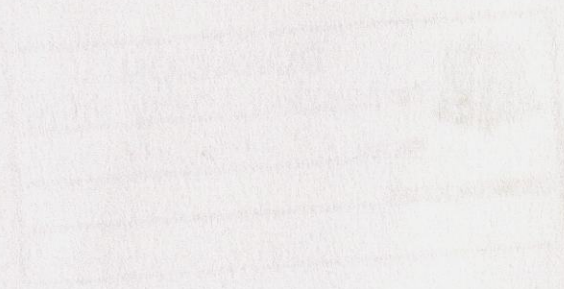
CLAUDIA PATRICIA BARRANTES VENEGAS

TESIS LAUREADA

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTA D. C.

2009



	DONACIÓN
	DE: <u>Maestría Derecho Adm.</u>
	FECHA: <u>07 Mar 2011</u>
OBSERVACIONES: _____	
<u>J66</u>	

TMDA
0010
2009
Ej. 1

EL ACTO ADMINISTRATIVO POR MEDIOS ELECTRONICOS
EN LA LEGISLACION COLOMBIANA



CLAUDIA PATRICIA BARRANTES VENEGAS

Tesis para optar al título de Maestría
en Derecho Administrativo

Director

CARLOS ARIEL SÁNCHEZ TORRES

Doctor en Derecho

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTA

2008

CONTENIDO

	Pag
INTRODUCCION	1
1. ANALISIS DEL MARCO DOCTRINAL	12
2. ANALISIS DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	22
2.1. De los principios que orientan las actuaciones administrativas	22
2.2. El campo de aplicación y las normas pertinentes de la Ley 527 de 1999. Principios de equivalencia funcional. Mensajes de datos, su conservación y su valor probatorio. Firmas digitales y firmas electrónicas	30
2.2.1. De la equivalencia funcional en la Ley 527 de 1999	33
2.2.1.1.- La equivalencia funcional entre el documento digital y el documento escrito	34
2.2.1.2.- La equivalencia funcional en materia de la firma	39
2.2.1.3. La equivalencia funcional respecto del original	43
2.2.2. De los mensajes de datos, su conservación y su valor probatorio	47
2.2.2.1.- Definición del concepto mensaje de datos	47
2.2.2.2. Características de los mensajes de datos	49
2.2.2.3.- Conservación de los mensajes de datos	52
2.2.2.4.- Valor probatorio de los mensajes de datos	57
2.2.3. De la firma digital y la firma electrónica	59
2.3. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 962 DE 2005 SOBRE EL USO DE LAS TIC'S EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN ESPECIAL EL ARTÍCULO 6º, Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LA EXPEDICIÓN DE	71

ACTOS ADMINISTRATIVOS EN GENERAL Y LOS ELEMENTOS QUE LOS COMPONEN	
2.3.1.- De las disposiciones de la Ley 962 de 2005 sobre la incorporación de las TIC's y su artículo 6	72
2.3.2. De la legislación vigente sobre la expedición de actos administrativos en general y los elementos que los componen	77
2.3.2.1. Elemento Subjetivo	78
2.3.2.2. Elemento objetivo	80
2.3.2.3. Elemento formal	81
2.3.2.4. Elemento finalista	83
2.3.3 Las disposiciones de la Ley 1341 de 2009 y las TIC'S	84
2.3.4 Las disposiciones de la Ley 1150 de 2007, respecto de la contratación pública en Colombia y los actos administrativos contractuales	86
3. EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO	92
4. PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRONICO	94
4.1. LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS	94
4.2. PUBLICACION DE LOS ACTOS DE CARÁCTER GENERAL	98
4.3. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO	101
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	111

LISTA DE IMÁGENES

	Pág.
Imagen 1. Firma Electrónica	60
Imagen 2. Firma Electrónica	60
Imagen 3. Certificado Digital	62
Imagen 4. Certificado de firma digital	63
Imagen 5. Mensaje de datos firmado digitalmente	64
Imagen 6. Información de suscriptor después de firmar digitalmente	65
Imagen 7. Correo electrónico con archivo adjunto firmado digitalmente	65
Imagen 8. Verificación de la firma por el lector del mensaje de datos	66

INTRODUCCIÓN

Es una realidad evidente para el hombre del siglo XXI, el hecho de que Administración Pública Electrónica (e-Administración ó e- Government o “gobierno en línea”) es actualmente un tema central en la política de la Sociedad de la Información a nivel global, que ha impregnado los niveles nacional y local en Colombia.

Debe aclararse que, en términos generales y globales, la e-Administración es una herramienta y no un objetivo en sí misma, ya que ayuda a mejorar la administración pública respecto de los siguientes temas¹, que están estrechamente vinculados unos a otros:

- (i) La participación e inclusión de los administrados, por cuanto todos ciudadanos deben poder hacer un seguimiento oportuno y eficiente de lo que hacen sus administradores, con fin participar en la toma de decisiones desde las fases iniciales y de poder verificar como se efectúa el gasto público a través de medios electrónicos como paginas web, correo electrónico, chats, etc.
- (ii) La personalización de los servicios públicos que satisfagan necesidades específicas de los administrados, que va –a manera de ejemplo- desde los formularios de impuestos en línea hasta cumplir con las necesidades especiales de gente con alguna discapacidad.
- (iii) La productividad y eficiencia de la administración pública, toda vez que el sector público, como usuario la tecnologías de la información, puede hacer más eficiente digitalizando la información y los procesos, lo que a su vez reduce costos de funcionamiento y de los servicios públicos, al optimizar recursos monetarios, de tiempo y humanos de la administración.

¹ Liikanen, Eric. *Administración Electrónica y la Unión Europea*. Revista Novatica No. 162. Marzo y Abril de 2003. Madrid. España. Pgas. 13 a 16.

En cuanto a este último aspecto, es pertinente advertir que no basta con introducir el uso de las nuevas tecnologías a la administración pública, ni que ésta ofrezca algunos servicios por Internet, sino que se requiere una reorganización de los servicios administrativos de las Entidades Públicas.

Dentro de esa reorganización de los servicios, se encuentra la revisión de los procedimientos administrativos clásicos y de las formas tradicionales de actuación del Estado, para que se puedan surtir por medios electrónicos.

De esta forma, aparece en la agenda de la e-Administración el estudio de los aspectos jurídicos que regulan dichos procedimientos y actuaciones, con el fin de poder establecer el marco normativo propicio para el uso de las nuevas tecnológicas de la información y con ello alcanzar sin tropiezos los objetivos que propone el gobierno en línea a nivel global y nacional.

Lo anterior implica no sólo un posible cambio de legislativo -si ello es necesario-, si no un cambio cultural dentro de las mismas organizaciones estatales y de sus administrados, ya que esto significa romper con viejos esquemas y aceptar unos nuevos, como es que los documentos, expedientes, trámites y actos administrativos se puedan hacer digitalmente, sin que ello signifique que tengan menos valor o fuerza jurídica que aquellos que se surtieron por un medio físico como es el papel.

La Tecnología de la Información y de las Comunicaciones ha impregnado la Administración Pública en Colombia, en la misma forma que lo ha hecho en la vida cotidiana de todos los ciudadanos, a través de cambios paulatinos pero trascendentales, como por ejemplo el uso del fax, de los computadores, de la Internet, de la tecnología satelital, de los teléfonos móviles, etc.

Es particular el hecho de cómo las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, o TIC's, cada vez llegan a lugares lejanos y permiten la inclusión de lo local en lo global y viceversa en forma oportuna, eficaz y económica, por cuanto las TIC's son más accesibles a todos los habitantes del planeta, en razón su asequibilidad, versatilidad de aplicaciones y presentación de productos a los distintos usuarios.

Es por ello que la Administración Pública no puede cerrarse a esos cambios, ni negarse a efectuar las reformas que los mismos involucren, como tampoco desestimar la búsqueda de soluciones técnicas, jurídicas, organizacionales, etc., que le permitan el uso de las TIC's en la medida que éstas van evolucionando.

Ahora bien, encontramos que uno de los múltiples cambios que las TIC's le representan a la Administración Pública y, en especial, a la e-Administración en Colombia, se relaciona con una de sus formas más clásicas de actuar, como es el Acto Administrativo.

En efecto, el uso de nuevas tecnologías como son los masajes de datos digitales transmitidos bien vía fax o bien vía Internet, entre otros medios electrónicos, rompen con el esquema clásico del uso de medios físicos, como es el papel, para la sustanciación, expedición, publicación, notificación de actos administrativos.

Al respecto se han dado ya algunos importantes pasos², los cuales han sido motivados tanto por el uso de nuevas tecnologías como por la aparición en nuestro ordenamiento jurídico de diversas normas que regulan diferentes aspectos de las TIC's y de la e-Administración, entre las que se encuentran el Decreto 2150 de 1995³, la Ley 527 de 1999⁴, la Directiva Presidencia No. 2 de 2000, la Ley 1150 de 2007⁵ y sus decretos reglamentarios para la contratación pública por medios electrónicos, la Ley 962 de 2005⁶ denominada de supresión de trámites y la reciente Ley 1341 de 2009⁷ "*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-, (...)*".

Actualmente en nuestro país el uso de las TIC's por la administración pública se han enfocado a la publicidad y a la transparencia de la información sobre el quehacer estatal que sea de interés para los administrados⁸, por lo que encontramos, básicamente, en las

² Entre los que podemos encontrar: (i) la presentación y recepción de peticiones a la administración pública por medios digitales y (ii) la respuesta por medios electrónicos a algunos derechos de petición o consultas presentados digitalmente, como ya se da en la mayoría de Superintendencias en Colombia o en otras entidades públicas en atención a las quejas, peticiones y reclamos presentados por los administrados a través de estos medios.

³ Publicado en el Diario Oficial No. 42.137, del 6 de diciembre de 1995.

⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 46.023 de 6 de septiembre de 2005.

⁷ Publicada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009.

⁸ Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 962 ordena que:

páginas web de las entidades y organismos estatales (i) datos referentes al funcionamiento de la entidad que son de interés para el administrado, como por ejemplo horarios, direcciones, sedes, teléfonos y organigramas, (ii) régimen legal de la entidad, (iii) información sobre sus procedimientos administrativos y sobre su actividad contractual, y (iv) temas institucionales, como son la publicación de planes de gobierno o boletines informativos sobre rendiciones de cuentas, etc.

Sin embargo, en este momento se están dando cambios normativos y de políticas, como por ejemplo en la contratación pública –regulada por el Estatuto General de la Contratación Estatal- recientemente se han incorporado, a través del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, las TIC's en el Sistema Electrónico de Contratación Pública, el cual busca que en sus etapas más avanzadas -esto es la denominada fase transaccional- se puedan adjudicar, celebrar contratos estatales de manera digital, así como la expedición y notificación de los diferentes actos administrativos precontractuales, y postcontractuales que dicte la administración pública contratante.

Igualmente, bajo esa misma norma contractual se produjo una modificación en materia de procesos de selección de contratistas, ya que se faculta actualmente a las entidades públicas contratantes para que adelanten subastas a la inversa o conformación dinámicas de las ofertas por medios electrónicos.

“A partir de la vigencia de la presente ley, todos los organismos y entidades de la Administración Pública deberán tener a disposición del público, a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por medio telefónico o por correo, la siguiente información, debidamente actualizada:

“Normas básicas que determinan su competencia.

“Funciones de sus distintos órganos.

“Servicios que presta.

“Regulaciones, procedimientos y trámites a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad, precisando de manera detallada los documentos que deben ser suministrados, así como las dependencias responsables y los términos en que estas deberán cumplir con las etapas previstas en cada caso.

“Localización de dependencias, horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que las personas puedan cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos ante ellos.

“Dependencia, cargo o nombre a quién dirigirse en caso de una queja o reclamo.

“Sobre los proyectos específicos de regulación y sus actuaciones en la ejecución de sus funciones en la respectiva entidad de su competencia.

“En ningún caso se requerirá la presencia personal del interesado para obtener esta información, la cual debe ser suministrada, si así se solicita por cualquier medio a costa del interesado.”

Así mismo, se observa un cambio en las políticas del gobierno en línea, como por ejemplo las señaladas en uno de los decretos reglamentarios de la Ley 962 de 1993, como es el número 1151 del 14 de abril de 2008, en el cual –entre otras disposiciones– se resaltan las siguientes:

“Artículo 2°. Objetivo de la Estrategia de Gobierno en Línea. El objetivo es contribuir con la construcción de un Estado más eficiente, más transparente y participativo, y que preste mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas, a través del aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

“Artículo 3°. Principios aplicables a la Estrategia de Gobierno en Línea. Son principios aplicables a la Estrategia de Gobierno En Línea los siguientes:

- *Gobierno centrado en el ciudadano.*
- *Visión unificada del Estado.*
- *Acceso equitativo y multicanal.*
- *Protección de la información del individuo.*
- *Credibilidad y confianza en el Gobierno en Línea.*

“Artículo 4°. Definiciones. Para efecto de este decreto se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Trámite: Conjunto o serie de pasos o acciones regulados por el Estado, que deben efectuar los usuarios para adquirir un derecho o cumplir con una obligación prevista o autorizada en la ley.

Trámite en Línea: Trámite que puede ser realizado por medios electrónicos a través del portal de una entidad, ya, sea de manera parcial, en alguno de sus pasos o etapas, o total, hasta obtener completamente el resultado requerido.

Servicio en Línea: Servicio que puede ser prestado por medios electrónicos a través del portal de una entidad.

Ventanilla Unica Virtual: Sitio virtual desde el cual se gestiona de manera integrada la realización de trámites que están en cabeza de una o varias entidades, proveyendo la solución completa al interesado.

Intranet Gubernamental: Conjunto de soluciones tecnológicas a través de las cuales se interconectan las entidades para el intercambio de información estandarizada y con adecuados niveles de servicio.

Artículo 5°. Las fases de Gobierno en Línea. Las fases de Gobierno en Línea son:

Fase de Información en Línea: Es la fase inicial en la cual las entidades habilitan sus propios sitios web para proveer en línea información, junto con esquemas de búsqueda básica.

Fase de Interacción en Línea: Es la fase en la cual se habilita la comunicación de dos vías entre entidades y ciudadanos y empresas con las consultas en línea e interacción con servidores públicos.

Fase de Transacción en Línea: Es la fase en la que se proveen transacciones electrónicas para la obtención de productos y servicios.

Fase de Transformación en Línea: Es la fase en la cual se realizan cambios en la forma de operar de las entidades para organizar los servicios alrededor de necesidades de ciudadanos y empresas, con Ventanillas únicas Virtuales y mediante el uso de la Intranet Gubernamental.

Fase de Democracia en Línea: Es la fase en la cual se incentiva a la ciudadanía a participar de manera activa en la toma de decisiones del Estado y la construcción de políticas públicas involucrando el aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación.” (Las negrillas son fuera del texto general)

Por último, se encuentran algunas de las disposiciones de la Ley 1341 de 2009, que elevan a rango legal las citadas políticas públicas del gobierno en línea, que a continuación se transcribe una de las más importantes de ellas:

“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

“Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

“Son principios orientadores de la presente ley:

“1. Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El Estado y en general todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberán colaborar, dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la producción de bienes y servicios, en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad.

“2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de

mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

“3. *Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.* El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

“4. *Protección de los derechos de los usuarios.* El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones.

“5. *Promoción de la Inversión.* Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

“6. *Neutralidad Tecnológica.* 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 y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible.

“7. *El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC.* En desarrollo de los artículos 20 y 67 de la Constitución Nacional el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

Adicionalmente el Estado establecerá programas para que la población de los estratos <sic> desarrollará programas para que la población de los estratos menos favorecidos y la población rural tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de Internet y contenidos informáticos y de educación integral.

“8. Masificación del Gobierno en Línea. Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos”. (Los subrayados y las negrillas son nuestros)

Tal panorama general en Colombia es indicio contundente de que se está dando actuaciones por medios electrónicos dentro de la administración pública, incluidos los particulares que ejercen funciones públicas; es así como se advierte que, por ejemplo, (i) en algunas entidades públicas de *avanzada*, como por ejemplo los Ministerios, Departamentos Administrativos, Entes Territoriales y Superintendencias, han diseñado espacios en sus páginas web para que los administrados presenten quejas o consultas, la cuales no sólo son atendidas por la administración, dando inicio a un posible proceso administrativo, y sino que son resueltas al administrado peticionario por medios electrónicos, (ii) los actos de registro mercantil, registro único de proponentes o de matrícula inmobiliaria son expedidos digitalmente, ya que la anotación de los mismos se hace directamente en el sistema informático de la entidad sin que medie el papel en el proceso, a través de programas de software como el SIREP, entre otros, (iii) el reporte de informes que, por obligación legal, deben enviar los particulares vigilados a ciertas Superintendencias en Colombia, se hacen ya de manera casi exclusiva por medios electrónicos, (iv) los registros presupuestales, los registros de proyectos y otros procedimientos al interior del Estado se realizan utilizando la TIC's, como son SIRI⁹, SIIF¹⁰, SICE¹¹, VUCE¹², o (v) la publicidad de toda la actividad contractual del Estado

⁹ SISTEMA DE INFORMACIÓN DE REGISTRO DE SANCIONES Y CAUSAS DE INHABILIDAD. [TTP://WWW.PROCURADURIA.GOV.CO/SIRI/FORMULARIOS.HTML](http://www.procuraduria.gov.co/SIRI/FORMULARIOS.HTML)

¹⁰ SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACION FIANACIERA. http://www.minhacienda.gov.co/MinHacienda/haciendapublica/siif_nacion/siif2

¹¹ SISTEMA DE INFORMACION PARA LA VIGILANCIA DE LA CONTRATACION ESTATAL.

<http://www.sice-cgr.gov.co/>

¹² VENTANILLA UNICA DE COMERCIO EXTERIOR. <http://www.vuce.gov.co/>

en el SECOP o la realización de subastas a la inversa o conformaciones dinámicas de las ofertas en tales procesos por medios electrónicos¹³, etc.

A pesar de los anteriores avances normativos y de las aplicaciones antes descritas de las TIC's en la administración pública, se advierte que no hay claridad doctrinal, jurisprudencia y legislativa sobre: (i) si la administración pública puede o no sustanciar y expedir digitalmente todo tipo de actos administrativos con plena fuerza jurídica, bajo el actual marco normativo, que más adelante se expondrá-, o (ii) si para ello se requiere una legislación especial, que regule en particular la materia, como a ocurrido en el caso de la legislación española, en donde existe una leyes especiales para la firma digital y sobre la eficacia y validez legal de los documentos emitidos por la administración pública, como por ejemplo son la Ley 30 de 1992¹⁴, la Ley 24 de 2001, entre otras, o en el caso Chileno con la Ley 19.880¹⁵ que regula los procedimientos administrativos que rigen los actos administrativos de la administración de Estado¹⁶, donde expresamente se establecen normas de la utilización de herramientas electrónicas para tales procedimiento, como por ejemplo *"El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos"*¹⁷. (Negritas fuera de texto)

Es así como los funcionarios públicos, legisladores, académicos, jueces y administrados se encuentra ante la disyuntiva de si la legislación actual en Colombia permite y le da plenos efectos al acto administrativo sustanciado y expedido por medios electrónicos o sí deberá continuar con el uso del papel hasta que se produzca el respectivo cambio legislativo; un claro exponente de esta disyuntiva tema es el joven estudioso

¹³ Ver la presentación en power point, realizada por la Dra. Adriana Marcela Bello Zuluaga, Certicámara S.A, Ministerio de Comunicaciones, Agenda de Conectividad, sobre el Sistema de Contratación por medios electrónicos. Página: http://camara.ccb.org.co/documentos/2062_SECOP-Sistema_Electronico_de_Contratacion_P%C3%BABlica.pdf (consultada el 1 de septiembre de 2009)

¹⁴ LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (BOE núm. 285, de 27 de noviembre), EN SU REDACCIÓN DADA POR LA LEY 4/1999, DE 13 DE ENERO(BOE núm. 12, de 14 de enero), POR LA LEY 24/2001, DE 27 DE DICIEMBRE (BOE núm. 313, de 27 de diciembre), POR LA LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE (BOE núm. 279, de 21 de noviembre), POR LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE (BOE núm. 301, de 17 de diciembre), POR LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) Y POR LA LEY 11/2007, DE 22 DE JUNIO (BOE núm. 150, de 23 de junio)

¹⁵ Promulgada el 22 de mayo de 2003 y publicada el Diario Oficial de Chile el 29 de mayo de 2003.

¹⁶ Ver la presentación en power point del INDAP, Chile, sobre la Ley 19.880 de 2003, publicada en la página: <http://beta1.indap.cl/Docs/Documentos/Leyes/Ley%2019880%20-%20202.pdf> (consultada el 29 de julio de 2009)

¹⁷ Artículo 5 de la citada Ley.

colombiano Roberto Laguado Giraldo, quien en su artículo "*Actos Administrativos por medios electrónicos*"¹⁸ sostiene que es imprescindible la existencia de una la norma de carácter legal para que se puedan expedir actos administrativos por medios digitales, como el caso Español o el Argentino.

Por tal razón, el problema que se ha planteado para los fines de la presente tesis se define en los siguientes términos:

Brinda la legislación colombiana actual el espacio, las condiciones idóneas, las herramientas efectivas y los medios para sustanciar y expedir con plena fuerza jurídica, a un acto administrativo de forma electrónica?

Es necesario precisar que si bien en dicho problema van envueltos algunos temas de de procedimiento administrativo para la expedición de actos, -verbigracia (i) derechos de petición o formulación de consultas que dan inicio al mismo, (ii) las pruebas que puede decretar y practicar la entidad estatal, (iii) citaciones de terceros determinados o la publicidad de la actuación para terceros indeterminados, (iv) la conformación de expedientes y (vi) la presentación y trámite de los recursos en vía gubernativa o revocatoria directa contra los actos administrativos-, tales aspectos se analizarán, si es del caso, de manera tangencial en este documento con el fin de ayudar al lector a entender o precisar algunos conceptos o ideas, pero sin entrar a estudiarlos a nivel de detalle o a abarcarlos en su totalidad, ya que los problemas que sobre mismos se generan dan lugar a posteriores estudios o investigaciones sobre procedimiento administrativo electrónico y no sobre el acto administrativo en sí y su publicidad.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible formular las siguientes hipótesis que dieron lugar a la investigación que aquí se concluye:

- Si bien es cierto que en la actual legislación colombiana no existe una reglamentación expresa sobre los actos administrativos electrónicos, como si ocurre en países como España, Argentina, Chile y Uruguay, también se advierte que

¹⁸ "EL ACTO ADMINISTRATIVO POR MEDIOS ELECTRONICOS". Roberto Laguado Giraldo. Publicado en Revista Universitas No. 105. Universidad Pontificia Javeriana. Junio 2003. Bogotá. Colombia.

existen diversas disposiciones normativas que regulan la materia desde diferentes aspectos, de cuya interpretación armónica y sistemática se puede colegir que en nuestro país es posible que la administración pública sustancie y expida actos administrativos jurídicamente válidos por medios electrónicos.

- Respecto de la propuesta de algunos doctrinantes sobre expedición una legislación especial que faculte a la administración pública sustanciar y expedir actos administrativos electrónicos, se considera que la misma no es imperativa, sin que se descarte que por vía reglamentaria se establezcan algunos aspectos meramente operativos, como la conformación de archivos digitales donde se preserven los actos administrativos o la entrega y administración de firmas digitales y de otras herramientas tecnológicas a los funcionarios públicos necesarios para expedir digitalmente actos administrativos.

De esta forma, a lo largo de este documento se tratarán de exponer los argumentos que sustentan las hipótesis antes propuestas, para ello se revisará, de manera puntual, el estado del arte a nivel doctrinal, para luego analizar el marco normativo aplicable a los actos administrativos expedidos por medios electrónicos, en donde precisaremos (a) los principios que orientan las actuaciones administrativas, (b) el campo de aplicación y las normas pertinentes de la Ley 527 de 1999, incluidos los principios de equivalencia funcional que en ella se consagran, (c) las disposiciones de la Ley 962 de 2005 sobre el uso de las TIC's en la administración pública, en especial el artículo 6°, (d) los principios orientadores y algunas reglas de la Ley 1341 de 2009, (e) el SECOP y las TIC's en la contratación estatal incorporadas por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y (e) la legislación vigente sobre la expedición de actos administrativos en general.

Posteriormente, se expondrá la forma como se integra tal marco normativo en la sustanciación y expedición de actos administrativos por medios electrónicos, al presentar, de manera teórica, como sería dicho proceso, para así finalizar con las conclusiones del presente trabajo.

1. ANALISIS DEL MARCO DOCTRINAL

En la literatura nacional son escasos los autores que traten específicamente el tema del acto administrativo electrónico, casi puede decirse que sólo existen el ya mencionado artículo del abogado Roberto Laguado “Actos administrativos por medios electrónicos”¹⁹ y el artículo de los juristas expertos en TIC’s, doctores Óscar Ibáñez Parra y Erick Rincón Cárdenas, titulado “*El acto administrativo electrónico y las nuevas tecnologías de la información*”²⁰.

De otra parte, se encuentran libros clásicos del Derecho Administrativo, nacionales y extranjeros, que procuran hacer un análisis del acto administrativo en general, sin que se haga alguna referencia a los actos administrativos electrónicos salvo aquellas obras de reciente publicación, pero que si proporcionan la definición, la estructura, las características y atributos que se predicán de los actos administrativos, que son el punto de partida para luego ver si los mismos se modifican o varía al sustanciar y expedir tales actos por medios electrónicos.

Dentro de esas publicaciones merece la pena mencionar los siguientes:

El “*Acto administrativo: Teoría general*” del doctor Carlos Ariel Sánchez, en donde le dedica un acápite al “*documento electrónico y el acto administrativo*”²¹.

Igualmente, están las obras del doctor Jaime Vidal Perdomo titulada “*Derecho Administrativo*”, del doctor Jaime Orlando Santofimio “*Tratado de Derecho Administrativo*”, que en su tomo segundo trata el “*Acto Administrativo: Procedimiento, eficacia y validez*”, del doctor Libardo Rodríguez Rodríguez “*Derecho Administrativo general y colombiano*”, del doctor Alvaro Tafur Galvis intitolado “*Estudios de derecho público*” y del doctor Diego Younes Moreno conocida como “*Curso de derecho administrativo*”.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista7/ACTO_ADMINISTRATIVO_ELECTRONICO.doc, consultado el 26 de noviembre de 2005.

²¹ “EL ACTO ADMINISTRATIVO Teoría General”. Carlos Ariel Sánchez Torres. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, Colombia. 2004. pp. 276 a 293.

De la misma forma, se encuentran los textos de los doctores (i) Gabriel Rave Aristizabal, "*Compendio de actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo*", (ii) Gustavo Penagos, "*El acto administrativo. Volumen 3: El acto administrativo según la jurisprudencia.*", (iii) Miguel González Rodríguez, "*Derecho procesal administrativo*", (iv) Carlos Betancur Jaramillo, "*Derecho procesal administrativo*" y (v) Juan Carlos Galindo Vácha. "*Lecciones de derecho procesal administrativo. Volumen I.*",

Dentro de los autores extranjeros, se aprecia la más reciente y excelente traducción de algunos de los trabajos del maestro francés Jean Rivero denominada "*Páginas de derecho administrativo*", el trabajo del profesor Alan R. Brewer-Carías titulado como "*Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*", el texto clásico de Roberto Dromi de "*El acto administrativo*", el "*Tratado de Derecho Administrativo*" del profesor Agustín Gordillo, en especial su Tomo "*El acto administrativo*", el "*Curso de Derecho Administrativo*" del maestro Eduardo García Enterría y por último está la obra de Ramón Parada conocida como "*Derecho Administrativo*"

El anterior compendio de fuentes doctrinales-académicas no conforma un conjunto cerrado, sino que ha sido limitado deliberadamente para efectos de la investigación que da lugar a esta tesis, por lo que se dejan las puertas abiertas a aquellas obras que se produzcan con posterioridad. Esta misma aclaración se aplica a las demás fuentes bibliográficas que se utilizaron respecto de los aspectos de gobierno electrónico y el acto administrativo electrónico.

Respecto del llamado derecho informático, se observa que la literatura nacional y extranjera -especialmente del derecho español que es nuestro más cercano referente- es más copiosa que la del *acto administrativo electrónico o digital*, pero en ella se hace referencia a las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en parámetros generales, o se direcciona hacia los asuntos de comercio electrónico o a la protección de derechos de las personas en la Internet, o las políticas públicas de la e-Administración o gobierno electrónico.

Dentro de ese universo podemos destacar los siguientes documentos: (i) "*La administración pública electrónica: un futuro de cooperación interadministrativa*" de

Reyes Zataranín del Valle, (ii) *“Administración electrónica y la Unión Europea”* de Eriki Liikamen, (iii) *“Tecnología para la e-Administración”* de Juan Pérez Villaplana, (iv) *“Una experiencia en la Administración Estatal: la AET en sus relaciones con los particulares y empresas”* de Segarra Torno, (v) *“Una experiencia en la Administración Local: CAVI (Catarroja, Ayuntamiento Virtual)”* de Fermín Cerzo Peco, (vi) *“El despegue de los servicios públicos online en Europa”* de Juan Vicente Hernández Alonso, (vii) *“Investigación en IT, innovación y e-Administración”* de William Scherlis, (viii) *“Gestión Colaborativa”* de Marco Piña, (ix) *“Comercio electrónico y administración pública electrónica”* de la Cambra de Comrç de Barcelona, (x) *“La firma electrónica en el procedimiento administrativo”* de Maximino Linares Gil, (xi) *“E-Administración”* de la Xunta de Galicia y de Telefónica de España, (xii) *“Administración Pública”* de IconMediaLab, (xiv) *“La e-Administración: ¿realidad o ciencia ficción?”* de Julian Torrijos Valero, (xv) los dos libros que ha publicado el Grupo de estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informativa Universidad de los Andes. *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, años 2002 y 2003, cuyos artículos relevantes para el tema de la presente investigación serán objeto del acápite de análisis de este informe, (xvi) *“Contratos electrónicos y defensa del consumidor”* de Ruperto Pinochet Olave, (xvii) *“Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet”* de Rodolfo Fernández, (xix) *“Ley y reglamento sobre el documento electrónico, firma electrónica y certificación de dicha firma”* presentación elaborada por Leonardo Mena C., asesor de la Subsecretaría de Economía de Ministerio de Economía de Chile, (xx) *“Hacia el procedimiento administrativo electrónico venezolano dentro del contexto de la administración pública electrónica”* del profesor Gigliolla Abreu González, ponencia dentro del Primer Congreso Online del observatorio para la cibersociedad, (xxi) *“Derecho administrativo en la sociedad de la información”* del profesor mejicano Victor Rafael Hernández-Mendible, (xxii) *“Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información”* de abogado español Francisco Javier García Más, (xxiii) los diferentes documentos que ha generado la investigadora Katherine Reilly, entre los que encontramos *“El papel del ciudadano y de la OSC en el E-gobierno (Un estudio de gobierno electrónico en ocho países de América Latina)”*, *“Reflexiones entorno a las políticas públicas (Exploración de las tecnologías de la información y comunicaciones y las políticas públicas en América Latina y el Caribe)”* y *“Gobierno, Tecnologías de Información y Comunicaciones y*

sociedad civil en América Central: Uso de tecnologías de información y comunicaciones por parte del gobierno nacional ¿contribuye a una mayor democratización del estado?", y (xxiv) "*El documento electrónico en Europa*" de Rosa M. López Alonso.

Si bien se pueden apreciar que en la literatura antes descrita que existen libros que tocan el comercio electrónico, -lo cual a primera vista puede parecer no tener una conexión directa con la *e-Administración* ni con el acto administrativo electrónico-, constituyen una fuente supletiva para los temas jurídicos relacionados con las nuevas tecnologías, ya que éste ha sido el campo que más desarrollo ha tenido desde que apareció el tema de la Internet y de los usos de medios electrónicos en el panorama mundial.

Sin embargo, -como bien se advertía al iniciar este acápite-, son pocos los trabajos realizados sobre dicho tema en especial en nuestro País, por lo que la revisión bibliográfica tiene como principal punto de partida el artículo del abogado colombiano Roberto Laguado sobre "*Actos administrativos por medios electrónicos*" y el referido aparte sobre "*El documento electrónico y el acto administrativo*".

En la mencionada obra del doctor Roberto Laguado se tratan los siguientes puntos:

- "*La modernización de la Función Administrativa Colombiana a través del uso de medios electrónicos*", en donde hace una reseña de la historia legislativa de Colombia sobre el uso de las TIC's en la Administración Pública, la cual inicia con el artículo 26 del decreto 2150, pasando por los proyectos fallidos reforma del mismo, y terminado con la expedición de la Ley 527 de 1999.

En este aparte, el autor empieza a esbozar la tesis de su artículo consistente en que la actual legislación colombiana no brida las herramientas para que la administración pública pueda expedir actos administrativos, ya que parte del principio -para mí equivocado- de que la Ley 527 de 1999 sólo se aplica al comercio electrónico, esto es al derecho privado.

- "*El acto administrativo electrónico y el concepto básico del acto administrativo*" en el cual trata la concepción tradicional de que los actos administrativos se expedían

en papel vs. la propuesta de las nuevas TIC's en cuanto a que la expedición de los actos administrativos puede ser por otros medios, como son los electrónicos y/o digitales, para concluir el autor que *"En nuestro concepto, el acto administrativo puede revestir la forma electrónica ya que lo que realmente ocurre es que se cambia el soporte del acto, que sigue revistiendo una forma escrita, pero no se altera su sustantividad. El concepto importante, en este caso es el de documento. El acto administrativo tradicional se soportaba en un documento papel, de forma escrita. Lo que propongo ahora es aceptar que se siga soportando el acto administrativo en un documento, también de forma escrita, pero esta vez, en un documento electrónico. Se reitera, lo que cambia es sólo el soporte y no la sustantividad"*²².

A pesar de la anterior conclusión –la cual se comparte abiertamente-, a renglón seguido aclara el doctor Laguado que *"Sin embargo, aunque podamos superar la inmaterialidad del acto no es fácil darle equivalencia con el papel a dicho documento electrónico. Esto implica, como se verá más adelante, que aunque podamos superar la limitación del soporte, tal vez no podemos darle validez jurídica y probatoria al mismo."*

Dichas afirmaciones, tratara de comprobarlas el autor en los siguientes acápites de su artículo, en donde hace una exposición de *"el acto administrativo como documento electrónico"*²³, posteriormente sobre *"la firma del agente público. Posible inconveniente"*²⁴ –cuyas conclusiones no son las más acertadas, como lo explicaré en esta trabajo de tesis-, para luego entrar a estudiar *"el marco legal colombiano para la admisibilidad del acto administrativo por medios electrónicos"*²⁵ y las *"dos consecuencias de la aparición del acto administrativo electrónico: la notificación electrónica y el domicilio virtual"*²⁶.

Al final del mencionado texto, el doctor Laguado termina su escrito con la formulación de las siguientes conclusiones²⁷, las cuales se constituyen como uno de los puntos de

²² Ibidem, pp. 11 a 14.

²³ Ibidem, pp. 14 a 18.

²⁴ Ibidem, pp. 18 a 23.

²⁵ Ibidem, pp. 23 a 31.

²⁶ Ibidem, pp. 32 a 40.

²⁷ Ibidem, pp. 41 a 45.

partida de la investigación bien para reafirmarlas, bien para complementarlas o bien para controvertirlas:

- No hay obstáculo para la creación de actos administrativos electrónicos.
- No hay en Colombia un marco legal adecuado para expedir actos administrativos electrónicos.
- *“Se necesita una regulación para impulsar la modernización de la administración pública electrónica y el derecho administrativo colombiano”.*
- *“El acto administrativo electrónico es mejor que el acto con soporte en el papel”.*
- *“El problema de la firma digital (de los actos administrativos electrónicos) no está resuelto”.*
- *“Será necesario mantener un paralelismo papel-documento electrónico”.*

Es pertinente anotar, que el artículo del señalado autor tiene un valor importante, a pesar que no se participan de algunas de sus apreciaciones y conclusiones en esta tesis, por cuanto podría decirse que es un documento pionero en tocar el presente tema y que abre las puertas a la eminente realidad que poco a poco ha tenido que afrontar nuestra administración pública, no sólo por las innovaciones que las TIC's han traído en los años recientes a Colombia, sino por las disposiciones normativas que coetáneamente ha venido dictando el legislador, como es el decreto 2170 de 2002, que establece a la administración la obligación, en ciertos casos, de proferir actos generales y particulares y concretos vía Internet dentro de los procesos de selección objetiva del contratista y a celebrar y suscribir contratos Estatales por este mismo mecanismo.

A partir de las hipótesis de trabajo propuestas en esta tesis, se critica la posición del doctor Laguado cuando sostiene que la Ley 527 de 1999 no es suficiente para la facultar la expedición de los actos administrativos por medios electrónicos, ya que en su opinión dicha ley sólo regula el comercio electrónico.

En cuanto al ya reseñado artículo de los doctores Óscar Ibáñez Parra y Erick Rincón Cárdenas, se observa que en él se tratan los siguientes aspectos:

- “*Fundamentos jurídicos del Comercio Electrónico*”, en cuyos apartes se hace una sucinta pero acertada presentación de aspectos como la “*Equivalencia funcional de los actos electrónicos*”, la “*Neutralidad tecnológica*”, la “*Buena fe*” y “*La libertad contractual*”.
- “*Reseña de la Ley 527 de 1999 o Ley de Comercio Electrónico*”, que resume los objetivos de dicha ley, a la luz de la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar a la misma.
- “*Implicaciones económicas de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación*” e “*Implicaciones jurídicas de las Nuevas Tecnologías de la Información*”.
- “*El documento electrónico*”, en el cual se estudia “*El mensaje de datos*” y la “*definición de documento electrónico y de su valor probatorio*”.
- “*Los principios rectores de interpretación de los documentos electrónicos*”, en el que se revisan el “*Principio de los equivalentes funcionales*”, “*Principio de Integridad*”, “*Principio de la inalterabilidad*”, “*Principio de la autenticidad*” y “*Principio del no repudio*”.
- “*Actos administrativos por medios electrónicos*”, en donde se precisa la “*Modernización de la función administrativa*”, “*El acto administrativo y su concepto clásico*”, “*El acto administrativo como Documento Electrónico*”, “*La firma del Servidor Público*”, el “*Marco legal para la admisibilidad del Acto Administrativo por medios electrónicos*” y “*Las formalidades del Acto Administrativo*”.

Se resalta la labor realizada posteriormente por el doctor Erick Ricón Cárdenas, que en diferentes foros ha expuesto su posición frente al desarrollo de las TIC's en los procedimientos y expedición de actos administrativos²⁸, de manera similar a la

²⁸ Ver la presentación en power point del doctor Erick Ricón, realizada en diciembre de 2007 como
 Gerente de Certicamara S.A. v publicada en:

desarrollada en esta tesis, puesto que hemos coincidido en nuestra praxis académica y jurídica, como excompañeros de trabajo en la Cámara de Comercio de Bogotá y en el apoyo dado como asesores de la Vicepresidencia jurídica de dicha Cámara a su filial, la firma Certicamará S.A., y en los debates intelectuales llevados a cabo en universidades y diferentes escenarios como ponentes sobre la materia, durante la construcción de este documento investigativo.

Otro trabajo que conviene resaltar es de la profesora venezolana Gigliolla Abreu González, *"Hacia el procedimiento Administrativo Electrónico Venezolano en el contexto de la Administración Pública"*, cuya cercanía a nuestra realidad lo hace interesante en las consideraciones y propuestas que en él se realizan, así estas vayan más allá de mero acto administrativo electrónico.

En efecto, la profesora Abreu González hace una Propuesta del Modelo: "El Procedimiento Administrativo Electrónico"²⁹ y una ilustrativa "Descripción del Procedimiento Administrativo Electrónico", para rematar con una muy concisa presentación de lo que para él sería "El acto administrativo electrónico"³⁰.

En dicho último aparte la autora considera que la incorporación de las TIC's a los procedimientos administrativos en Venezuela, "en poco altera los elementos de fondo del acto administrativo, tales como la competencia del sujeto que emite el acto, el objeto o contenido del acto, la causa o motivo y la finalidad", mientras que "los cambios que se producen por el uso de los medios tecnológicos como soporte material de los actos en los procedimientos administrativos, inciden en los elementos de forma del acto administrativos".

Tales cambios se realizarían, según la doctrinante venezolana, en cuanto a términos y plazos, notificaciones, domicilio procesal, tramitación del todo el procedimiento por vía

http://www.certicamara.com.co/proyectos/foro_tram_pub/certicamara.pdf (página consultada el 3 de agosto de 2009)

²⁹ Abreu González, Gigliolla. *Hacia el procedimiento administrativo electrónico venezolano dentro del contexto de la administración pública electrónica*. Ponencia dentro del 1er Congreso Online del Observatorio para la Cibernética. Comunicaciones Grupo 8 Democracia y participación ciudadana en la sociedad interconectada. <http://cibersociedad.rediris.es/congreso/comms/g08abreu.pdf>. Consulta Enero 10 de 2004. pp. 5 a 10.

³⁰ Abreu González, Gigliolla. *El acto administrativo electrónico*. pp. 1 a 16.

electrónica, valor jurídico del acto administrativo y su no repudio, e impugnación en vía gubernativa y ante la jurisdicción.

Por último, encontramos el texto de la doctora María Clara Gutiérrez Gómez, quien participa en el Grupo de estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones de la Universidad de los Andes, *"Hacia el gobierno electrónico: Elementos para el desarrollo de una política estatal"*³¹.

El mencionado trabajo hace una presentación general para el caso de Colombia sobre el proceso de incorporación de las TIC's en la administración pública y de la formulación de una estrategia de gobierno electrónico que sea exitosa.

Es claro que la exposición de la doctora Gutiérrez Gómez está en caminata a la determinación de políticas públicas del gobierno electrónico o en línea, por lo tanto se constituye en un referente bibliográfico que permite contextualizar hacia donde va nuestro Estado y por ende si hay cabida o no para la producción de actos administrativos electrónicos.

Así pues, es pertinente destacar la conclusión a que la autora llega sobre que:

"El Estado no puede apartarse de la realidad que ofrece actualmente el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Por ello, debe adelantar un proceso de adaptación de las mismas que le permitan alcanzar sus objetivos de manera más rápida, eficiente y con un alcance mayor."

*"Para lograr ese propósito, debe prepararse e identificar las necesidades internas y las de los destinatarios de sus servicios y con base en ello adaptar adecuadamente su infraestructura interna y responder adecuadamente a las exigencias del entorno"*³².

De la anterior revisión de fuentes bibliográficas, se infiere en un primer plano que:

- Los doctrinantes, que han tratado los temas de gobierno electrónico, reconocen el inevitable impacto que tienen las Tecnologías de la Información y de la

³¹ Gutiérrez Gómez, María Clara. "Hacia el gobierno electrónico: elementos para el desarrollo de una política estatal" ", en *Derecho de Internet & Telecomunicaciones*. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp. 23 a 67.

³² *Ibidem*, pp. 62.

Comunicación (TIC's) en el ámbito de la administración pública, y que esta última no puede estar ajena a dicha realidad.

- Respecto del acto administrativo electrónico, los textos que trabajan específicamente dicho tema establecen la posibilidad de que la administración pública expida sus actos por medios electrónicos, lo cual presentaría una serie de ventajas tanto para la administración en sí como para el administrado.
- Igualmente, en esos documentos se formulan una serie de inquietudes o de problemas formales que podría presentar no tanto la expedición de actos administrativos electrónicos, sino el procedimiento administrativo electrónico, pero los cuales se solucionan con la debida utilización de las herramientas tecnológicas que garanticen la seguridad, confiabilidad, inalterabilidad de la información y de los canales de comunicación entre las entidades públicas y los administrados.

2. ANALISIS DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

Este capítulo tiene como fin el examinar el actual marco legal en Colombia -tanto en las normas que regulan el uso de las TIC's en general, como es la Ley 527 de 1999 y la Ley 1341 de 2009, como aquellas disposiciones que relacionadas con la sustanciación y expedición de los actos administrativos- para determinar si dicho panorama legal faculta a la administración a rituar y expedir actos administrativos.

Dentro de la exposición de cada uno de los apartes que conforman este capítulo, se irán incluyendo ejemplos y referencias de cómo las disposiciones interactuarán en el caso de los actos administrativos por medios electrónicos, lo cual tiene el propósito aproximar al lector a las conclusiones finales de la presente tesis.

Así pues, se iniciará con una presentación de los principios que rigen la actividad administrativa consagrados en el ordenamiento positivo Colombiano, para luego entrar a revisar -por un lado- los aspectos más relevantes de la Ley 527, como son (i) su campo de aplicación, (ii) los principios de equivalencia funcional, (iii) el mensaje de datos y sus principales connotaciones legales y (iv) la firma digital junto con la firma manuscrita, y -por el otro- la Ley 962 de 2005 y la Ley 1341 de 2009, así como las demás normas en las que se fundamente los elementos del acto administrativo que dan lugar a su sustanciación y expedición en términos generales.

La anterior propuesta de exposición de los temas tiene como fin el brindar primero las bases que permiten entender por un lado los pilares y/o principios de la actuación administrativa y, por el otro, cómo opera en términos generales la Ley 527, para así aterrizar a las normas propias de los actos administrativos y la interacción que tendrían éstas con la Ley 527 de 1999.

2.1. DE LOS PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS.

Si bien parece extraño iniciar un estudio como el que aquí se propone con la exposición de los principios que orientan las actuaciones administrativas, el mismo tiene como fin

el ambientar, a través de tales principios, jurídicamente la aplicación de las TIC's en la actuación administrativa y, por ende, en los actos administrativos, toda vez que "los principios servirá para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en aplicación de las reglas de procedimiento" como lo dispone el inciso penúltimo del artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

Aunado a lo anterior y citando al doctrinante colombiano, doctor Luis Guillermo Dávila Vinuena³³, se precisa que:

"(...)

*"A diferencia de las reglas, **los principios no son proposiciones que pretendan exigir una determinada conducta; por el contrario, son criterios que permiten adoptar una posición específica ante una determinada situación**, provocando una respuesta (adhesión o rechazo) ante ésta; (...)*

*"Los principios pasan desapercibidos en un esquema meramente formal o teórico; **su real transcendencia surge ante eventos reales, cuando es necesario adoptar una posición**; los principios trascienden, y desempeñan un papel constitucional del derecho, toda vez que, independientemente que se encuentren o no consagrados expresamente en normas positivas, su existencia hace parte del ordenamiento jurídico.*

*"Por lo antes expuesto, los formalismos jurídicos y las discusiones en torno a la significación del lenguaje, son propios de las reglas. **Los principios, quien sólo adquieren significación ante casos concretos, y cuya existencia es independiente de la forma como se formulen, nunca se someten a discusiones de esta índole.***

"En efecto, los principios son, independientemente, de las circunstancias o del entorno en que se invoque, por cuanto se concretan mediante la formulación de un juicio de valor, y una correspondiente toma de posición ante cada caso específico.

"Los principios, al igual que los valores, son susceptibles de relativizarse a fin de conciliar unos con otros, conllevando un esquema de transacción que sería imposible de introducir entratándose de reglas, por cuanto éstas se encuentran ordenadas jerárquicamente." (Resaltados fuera del texto original)

Así pues, los principios juegan un rol importante no sólo en la interpretación de las normas que en ellos se inspiran, sino en la aplicación de las mismas a los casos en ellas no contempla como es la utilización de las TIC's en el quehacer estatal.

³³ "REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION ESTATAL. Aproximación crítica a la Ley 80 de 1985. Vinuena, Segunda Edición. Editorial Legis, Colombia, 2003. pp. 20.

De tal suerte que en el presente aparte se constará, en una primera fase, cómo las TIC's se acogen a los principios que orientan las actuaciones administrativas y cómo se potencializan en algunos casos.

En este orden de ideas, la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 209, consagra como principios de la función administrativa los de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".

Se debe resaltar que en la Constitución Política, salvo los principios enunciados, no se establece la forma como se deben sustanciar o expedir los actos administrativos, por lo que no se observa restricción o limitación constitucional alguna en este campo para el uno de las TIC's.

Tales principios son recogidos por el Código Contencioso Administrativo³⁴, en su artículo 3º, de la siguiente forma:

"Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

"En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

"En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

"El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

*"En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de *oficio*³⁵ los obstáculos puramente formales y*

³⁴ Decreto Extraordinario 01 de 1984, publicado en el Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984

³⁵ La palabra entre ** fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del

evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

“En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos (sic).

“En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

“En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

“Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

“Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 1o., de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código.” (Resaltados son nuestros)

Ahora bien, cuando se emplean adecuadamente las TIC's en el procedimiento administrativo y, más precisamente, en la sustanciación y expedición de actos administrativos, se logra cumplir con los principios antes enunciados, así:

- Principio de economía: Al sustanciarse y expedirse el acto administrativo por medios electrónicos, como lo veremos más adelante, se garantiza este cumplimiento tanto en la agilidad que tendría dicha actuación, con lo correspondiente disminución de gastos administrativos, ya que puede darse en tiempo real, sin demoras o dilaciones del actual procedimiento en físico y disminuyendo los costos que el papel genera en la actualidad, adicional al tema de preservación del medio ambiente.

Un ejemplo de este caso, sería cuando el acto administrativo no sólo se proyecta en un computador, mediante un procesador de palabra, como se hace en la actualidad, sino que el funcionario público que lo proyectó, lo remite por correo electrónico, a su superior, quien lo revisa y lo firma digitalmente, para luego proceder a su notificación electrónica directamente al administrado en el caso de un acto

particular y concreto, o comunicarlo digitalmente al funcionario o entidad pública que lo deba cumplir y ejecutar, o si lo publica electrónicamente en el diario oficial o la pagina web, lo que significa tanto ahorro en el uso de del papel como en el uso del recurso humano y de tiempo que son tan valiosos en cualquier organización.

Obviamente la economía será mayor si es un solo funcionario quien sustancia, proyecta, firma y expide el acto por medios digitales y lo envía desde su computador para su ejecución, notificación o publicación según sea el caso.

En la actualidad, el funcionario público que proyecta el acto administrativo, que lo hace -repetimos- en la mayoría de casos con la ayuda de un computador y un procesador de palabra, lo imprime -generando costos en papel, impresoras, cartuchos y en tiempo en el caso de que las impresoras está lejos del puesto de trabajo y/o si éstas fallan-.

Luego lo entrega en físico al funcionario encargado de su firma y expedición; dicha entrega en algunas instituciones públicas grandes se hace por el correo físico interno -para el cual se debe contratar personas que lo distribuyan en las diferentes dependencias- o se lo da a la asistente o secretaria del jefe o lo deja en la bandeja del escritorio de este último.

Puede que el jefe o el funcionario encargado de revisar, aprobar, firmar y expedir el acto administrativo, no se encuentre en la entidad, en ese momento, entonces se debe esperar hasta que llegue para que realice esas actividades; a veces sucede que el funcionario en cuestión llega mucho tiempo después o hasta el día siguiente, lo cual conlleva demoras y aumento de costos.

Cuando dicho jefe, que por fin tiene en sus manos el proyecto de acto administrativo, lo revisa y, en algunos casos, le hace ajustes o anotaciones a mano sobre el papel o de manera verbal al funcionario que lo proyecto, quien se devuelve a su puesto de trabajo para hacerle los ajustes al documento que reposa, muy seguramente en un archivo digital de *Word*, para luego volver a imprimirlo y repetir el procedimiento anterior, lo cual claramente significa aumento de costos de papel,

Una vez el proyecto de acto administrativo recibe el visto bueno del Jefe y/o la firma del mismo, el acto administrativo se remite al funcionario sustanciador para que éste o (i) bien proceda a su cumplimiento o a su comunicación o notificación o publicación o (ii) lo remita a la dependencia de la entidad que se encarga de ello.

De esta forma, es claro que los costos actuales que representa sustanciar y expedir un acto administrativo en papel son bastante altos, si los comparamos con la economía que sobre aquellos se da si el acto se produce por medios electrónicos.

Igualmente, esta la economía que representará para las entidades en temas de almacenamiento de los expedientes y de los actos administrativos electrónicos, puesto que no sólo es el valor del bodegaje del papel –que a veces inunda los espacios físicos de las entidades públicas, sino la economía que conlleva su posterior reproducción –no más fotocopias- y fácil consulta a pesar de los años que tenga el documento.

Se podría contra argumentar las entidades públicas deben asumir grandes costos en la implantación de redes informáticas que permitan todos los procesos aquí descritos, pero aplicando lo que nos indica la racionalidad económica -ya que en Colombia no existe un estudio estadístico que mida este caso en particular- se observa que las TIC's cada vez tienen precios más asequibles y permiten su fácil actualización sin incurrir en mayores costos, a la vez que le permiten a la entidad pública y a los administrados un mayor ahorro en tiempo, dinero y recurso humano.

- Principio de celeridad: Si los actos administrativos se llegan a sustanciar y expedir por medios electrónicos, en la forma como se ha descrito para el principio de economía, se suprimirán una serie de trámites internos en la entidad pública y permitirá que el acto administrativo se profiera en casi tiempo real.

Retomando el anterior ejemplo, con el uso de las TIC's ya no será necesario los desplazamientos del funcionario público que proyecta el acto administrativo, por que lo enviará a su jefe o superior por correo electrónico, éste lo revisará en su computador y directamente le hará al documento los ajustes a que haya lugar, para

proceder a su firma inmediata, con una firma digital, y lo remitirá, por correo electrónico u otro medio tecnológico, a la dependencia encargada de su ejecución y/o al administrado que espera una pronta y oportuna respuesta de la administración y/o a otra entidad pública para que lo cumpla y/o lo publicará en la Web, sin mayores dilaciones o esperas innecesarias.

Es más si ese jefe o superior se encuentra por razones de su trabajo fuera de la oficina, podrá revisar, desde el lugar donde esté –si tiene conexión a la red-, su correo electrónico y adelantar las actuaciones antes descritas.

- Principio de eficacia: Como ya se ha visto para los dos principios anteriores, con los actos administrativos electrónicos no sólo se obtiene economía y celeridad, sino también eficacia al obtener los administrados una respuesta inmediata y oportuna de la entidad pública y con ella se garanticen mejor sus derechos.

Es evidente que para garantizar este principio, en la sustanciación y expedición de actos administrativos digitales se observen las normas que exigen que el acto sea debidamente motivado y que se ajuste a la ley sustancial para no generar ninguna nulidad de fondo.

- Principio de imparcialidad: Este principio tiene plena aplicación tanto si el acto administrativo se hace por medio de papel como si se hace por medios digitales. Sin embargo, al emplear medios digitales, se permitirá, a través de controles que se incluyan en los sistemas informáticos de la entidad pública, respetar el orden en el trámite y la respuesta de las peticiones de los ciudadanos.

Por ejemplo, con la ayuda de los sistemas informáticos se puede hacer seguimiento al trámite de una petición en interés particular y de la elaboración del actos administrativos a que de lugar, respetando su turno y generando alertas a los funcionarios encargados en el caso que se vayan a vencer los términos legales para su respuesta, con el fin de que éstos tomen oportunamente las medidas correctivas y el acto administrativo se expida oportunamente.

- Principio de publicidad: Actualmente las TIC's en Colombia se han empleado para dar mayor publicidad a los actos administrativos, en especial a los de carácter general, toda vez que en las páginas web de las entidades y organismos estatales encontramos decretos reglamentarios, resoluciones, circulares, conceptos y demás actos administrativos, los cuales pueden ser consultados fácilmente por los ciudadanos sin que tengan que desplazarse hasta el lugar o la ciudad donde se encuentra la entidad pública.

Anteriormente, el mayor medio de difusión era el diario oficial, el cual debe comprarse directamente en la imprenta nacional o suscribirse a él, situación que no permite el fácil y oportuno acceso a la información en él contenida; o se debe acudir hasta la secretaria o relatoría de la respectiva entidad pública para consultar y conocer ese tipo de actos, lo que implica al ciudadano destinar parte de su día o de varios días para ello, incluyendo la asunción del costo de transporte local o nacional o internacional y su hospedaje.

Ahora, basta que el ciudadano, ubicado en cualquier lugar del planeta, tenga los medios informáticos que le permitan conectarse a Internet y consultar en ella, sin mayores costos de dinero y tiempo, los actos administrativos que estén publicados en la página web.

Esto, a su vez, permite que cada vez más ciudadanos tengan acceso a esa información y puedan participar activamente en la gestión estatal o conocer sus derechos y/o las modificaciones normativas que los afecten.

- Principio de contradicción: Si los ciudadanos conocen y acceden fácilmente, gracias a las TIC's, a los actos administrativos generales o concretos que expida una entidad, pues tienen mayores oportunidades de controvertirlos, en caso que les sean desfavorables, en los términos que para tal efecto ha señalado el Código Contencioso Administrativo o leyes especiales.

De breve análisis que se ha hecho, se infiere que se puede sostener, a la luz de los referidos principios, es viable jurídicamente no sólo la implementación de las TIC's,

sino la sustanciación y expedición de los actos administrativos por medios electrónicos, por las razones que se ha anotado al estudiar cada uno de ellos.

Además, como ya se indicó, los principios nos permitirán interpretar y armonizar adecuadamente la Ley 527 de 1999, la Ley 962 de 2005, la Ley 1342 de 2009, la Ley 1150 de 2007 y las normas que regulan la expedición de los actos administrativos, para luego corroborar las hipótesis que se han propuesto.

2.2. EL CAMPO DE APLICACIÓN Y LAS NORMAS PERTINENTES DE LA LEY 527 DE 1999. PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL. MENSAJES DE DATOS, SU CONSERVACIÓN Y SU VALOR PROBATORIO. FIRMAS DIGITALES Y FIRMAS ELECTRÓNICAS.

De otra parte, está dentro del marco normativo aplicable al objeto de estudio, 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”.

Ahora bien, la mencionada ley, tal y como su encabezado lo anuncia, regula de manera general los siguientes aspectos:

- Mensajes de datos (Artículos 1 a 25).
- Firma Digital (Artículos 2, literal c, 28, 39 a 40)
- Entidades de Certificación (Artículos 29 a 34)
- Certificados Digitales (Artículos 35 a 38)
- Comercio electrónico en materia de transporte de mercancías (Artículos 26 y 27)
- Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (Artículos 41 a 42)
- Certificaciones reciprocas, incorporación por remisión, prevalencia de las leyes de protección al consumidor, reglamentación y vigencia (Artículos 43 y siguientes)

Sobre este punto, se observa que a nivel local existe la discusión de si la Ley 527 de 1999 es una ley exclusivamente de derecho privado y que sólo regula el comercio

electrónico, o de si es una ley mucho más amplia que sobre pasa los límites de esa materia y que permea el ámbito del derecho público.

Sin embargo, a pesar de que resulta apasionante la mencionada discusión, este trabajo se limitará a presentar, brevemente, las razones por las cuales se considera que la Ley 527 de 1999 es aplicable de manera directa en las actuaciones de la administración pública.

La primera de ellas es que al revisar el anterior listado temático de la Ley 527 de 1999, se encuentra que la misma va más allá de regular, simplemente, el comercio electrónico en Colombia, toda vez que su objeto principal son los mensajes de datos en general, los cuales constituyen la materia prima de cualquier intercambio de información por medios electrónicos entre entidades públicas y/o privadas, sin importar si las mismas están o no relacionadas con el comercio electrónico.

En efecto, el artículo 1º de la referida ley dispone que:

“La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos:

“a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales.

“b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.”

El sentido de la norma antes transcrita goza de meridiana claridad respecto al campo de aplicación de la Ley 527 y de las dos únicas excepciones que en ella se consagran, por lo que permite sostener que la Ley 527 comprende, también, los mensajes de datos generados por la administración pública en ejercicio de sus funciones, como por ejemplo en su actividad contractual, salvo aquellos que se den con ocasión de obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales.

La segunda es el hecho de que el artículo 22 de la Ley 527 prescribe, entre otras cosas, que *“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”,* por

lo que en ningún momento la norma desconoce la interacción armónica con otras disposiciones bien sean de derecho público o privado, las cuales, para el caso de los actos administrativos son las contenidas en el Código Contencioso Administrativo y en la Ley 962 de 2005.

Igualmente, existe una tercera razón, la cual es poco más discutible que las anteriores, y que consiste en la exigua referencia que hace la Ley 527 al comercio electrónico y de las situaciones que del mismo se deben regular, como por ejemplo la formación del contrato, que si en la red *-Net-* se encuentra contratos de adhesión, formas de pagos electrónicos, seguridad en las transacciones, etc.

De otra parte, hay quienes consideran que no son de total recibo en los procesos y procedimientos de la actuación de la administración pública las disposiciones que trae el Capítulo III de la Parte I de la Ley 527 de 1999, respecto de formación de los contratos - artículo 14-, reconocimiento del mensaje de datos por las partes -artículo 15-, atribución de un mensaje de datos -artículo 16-, presunción de origen de un mensaje de datos -artículo 17-, concordancia del mensaje de datos enviado con el mensaje de datos recibido -artículo 18-, mensaje de datos duplicado -artículo 19-, acuse de recibo - artículo 20-, presunción de recepción de un mensaje de datos -artículo 21-, el tiempo de envío y de recepción de los mensajes de datos -artículos 23 y 24- y lugar de envío y de recepción de mensajes de datos -artículo 25-.

Sin embargo, se han olvidado de lo que establece el artículo 4 de la mencionada ley sobre la modificación de esas precisas disposiciones mediante acuerdo entre las partes, en los siguientes términos:

"ARTICULO 4o. MODIFICACION MEDIANTE ACUERDO. Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del Capítulo III, Parte I, podrán ser modificadas mediante acuerdo."

Dicha posibilidad de modificar, permite que las partes puedan regular esos aspectos en atención a las necesidades propias de cada caso, lo cual faculta a que la administración pública, a que establezca las reglas para el uso de las nuevas tecnologías en los procesos administrativos electrónicos aplicando los principios de equivalencia funcional de la

Ley 527 con las normas clásicas del procedimiento administrativo, pero se debe recordar que estos temas procedimentales no son objeto del presente estudio, salvo el caso de la publicidad del acto administrativo, por lo que los dejamos para que sean desarrollados en futuras investigaciones.

Expuestas las anteriores consideraciones sobre el campo de aplicación de la Ley 527 en la administración pública, es necesario entrar a revisar, de manera sucinta, dos temas que son importantes para poder comprender cómo jurídica y teóricamente se puede sustanciar y expedir, por medios electrónicos, un acto administrativo, como son (i) los principios de equivalencia funcional consagrados en la Ley 527 de 1999 y (ii) con los mensajes de datos y las firmas digitales que regula dicha Ley.

2.2.1. De la equivalencia funcional en la Ley 527 de 1999.

El principio de *equivalencia funcional* tiene su origen en el derecho uniforme propuesto de manera sistemática en 1996 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a través de la llamada *Ley Modelo de Comercio Electrónico y Firmas Digitales*, acogida ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 527 de 1999 y sus reglamentarios Decreto 1747 de 2000 y Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Este principio es parte de una técnica de interpretación legal, según el cual es necesario la relectura de cualquier norma (de cualquier materia y tenor) donde sea requerido un escrito firmado o no, en original o en copia, para reconocer en ella la posibilidad de que ese escrito conste no solamente en papel impreso sino también en soportes diferentes tales como archivos electrónicos.

La anterior relectura habrá de hacerse tanto si esa norma lo exige o bien como parte de las necesidades sacramentales de un acto o negocio privado o público (tal sea el caso de una escritura pública), o bien como una necesidad práctica asociada a la naturaleza del mismo (como el documento escrito que contiene un contrato atípico, o el que contiene los considerandos y resoluciones de un acto administrativo).

Cabe decir que es un objetivo del principio de *equivalencia funcional* servir como herramienta de redefinición y ampliación de los términos *escrito*, *firma* y *original* - artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999- en proposiciones normativas³⁶ y que su alcance resulta significativamente superior por ser un criterio de evaluación de contextos, en donde la implementación de tecnologías de la información estará obligada a imitar enteramente o a subsanar de modo idóneo toda garantía que el medio o procedimiento tradicional que pretenda reemplazar.

2.2.1.1.- La equivalencia funcional entre el documento digital y el documento escrito.

Así es como parece en el panorama, el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, el cual preceptúa que:

“Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.” (Resaltado fuera del texto original)

Al respecto el estudioso, doctor Andrés Umaña, hace las siguientes precisiones que nos permiten entender mejor el alcance de ese artículo:

“El artículo 6, como los demás de la parte primera de la ley, desarrolla el principio de neutralidad tecnológica de acuerdo con el cual, no se requiere el uso de una tecnología particular para que el legislador considere que existe un escrito desde el punto de vista jurídico. Tampoco se establece como requisito un formato específico; puede usarse, por ejemplo, cualquier tipo procesador de texto para el cumplimiento de la función.

“En la expresión ‘accesible para su posterior consulta’ subyace una importante característica de los documentos, cuya importancia se magnifica cuando se utilizan

³⁶ “Es importante mencionar un punto adicional. Los equivalentes funcionales son *criterios de interpretación*, son artículos interpretativos. Su función principal es permitir la interpretación de otros artículos de la normatividad, a saber, aquellos que imponen requisitos formales para ciertos actos o que exigen la prueba de los mismos. En esa medida, son criterios de aplicación general, y no restringidos a los mismos. No se requiere de normas particulares que establezcan equivalentes funcionales para cada una de los mismos. Los artículos de la Ley 527 de 1999 se las oportunidades en que se imponen estos requisitos formales; los artículos de la Ley 527 de 1999 se aplican de manera directa a estos casos. (...)”. ANDRÉS FELIPE UMAÑAN CHAUX. “Algunos comentarios sobre el principio de equivalencia funcional en la Ley 527 de 1999”. Revista de Derecho y Tecnología No. 1, Abril de 2005, pp. 80.

medios electrónicos. A la información que está almacenada en un medio físico se tiene acceso directo por nuestros sentidos; para leer la información impresa en una hoja de papel basta observarla; no se requiere de ningún elemento adicional. Pero si se quiere tener acceso a la información que reposa en un determinado medio electrónico se debe contar esencialmente con dos cosas: 1) El hardware que permite tener acceso al archivo electrónico. 2) El software que permite traducir la información que está contenida en el mensaje de datos al lenguaje inteligible por el usuario. Si quiero tener acceso a un archivo que está en el formato de un procesador de texto convencional y que se encuentra almacenado en un diskette, necesitare al menos un computador personal que lo pueda leer, y el software procesador de texto que interprete el archivo y lo traduzca al lenguaje que comprendo. Si no tengo alguna de estas dos cosas, la información no será 'accesible'.

"Este requisito es coherente con la definición de mensaje de datos. El mensaje de datos es esencialmente información. El archivo electrónico actúa como el medio que permite tener acceso a la información, pero no es el mensaje en sí mismo. Si no se puede tener acceso a la información, no puede considerarse que exista un mensaje de datos desde el punto de vista jurídico, por más que exista un archivo electrónico. Puede que un archivo electrónico no deje de considerarse tal por el hecho de que no se pueda leer, pero si no se puede tener acceso a la información almacenada, no cumplirá con su 'función', y no podrá ser considerado un mensaje de datos. En otras palabras, un archivo electrónico no es un mensaje de datos si el mismo no permite que la información pueda ser consultada."³⁷ (Resaltados fuera del texto original)

De esta forma, para que se de una equivalencia funcional entre el documento digital - para nuestro caso el acto administrativo en electrónico- y el documento en papel -el acto administrativo en físico-, no sólo basta que la mera consagración que hace de este principio el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, sino que en efecto la información contenida en el documento digital debe ser *accesible para su posterior consulta*, tal y como lo explica el texto del autor Andrés Umaña.

Es cierto que con la evolución de los medios de almacenamiento de la información a lo largo de las civilizaciones, en especial a lo referente a las decisiones de la administración, exige que las mismas reposen en medios que permitan su posterior consulta.

Es así como en las primeras culturas, antes de la existencia de la escritura, las decisiones de los gobernantes o líderes tribales, se tomaban de orden verbal o con otras manifestaciones no escritas, las cuales sólo quedaban en la memoria de unos pocos, por

³⁷ "Algunos comentarios sobre el principio de equivalencia funcional en la Ley 527 de 1999" ANDRES FELIPE UMAÑAN CHAUX. Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No. 1. Abril de

lo que su posterior consulta era imposible, salvo que se preservarían a través de la tradición oral.

Luego con la aparición de la escritura, se encuentra que las decisiones de los gobernantes eran consignadas en tablas de piedra, madera o barro, o en papiros, los cuales permitía que se accediera posteriormente a la información en ella consignada por algún tiempo, como por ejemplo el Código de Hamurabi, las Doce Tablas en Roma, las tablillas de cera utilizadas por diferentes culturas mediterráneas del mundo antiguo, los papiros egipcios y las inscripciones en murallas, pirámides, templos y tumbas; estos fueron los primer medio de almacenamiento de información que empleo la humanidad.

Es claro que sólo los que sabía leer las inscripciones contenidas en esos medios primigenios de almacenamiento de información, eran los que tenían acceso a los mismos, como escribas o dignatarios o letrados.

Posteriormente, encontramos el pergamino que al igual que el papiro y los demás medios señalados, permitían guardar la información para su posterior consulta, pero su reproducción era dispendiosa, ya que era una tarea especializada de copistas —que muchas veces eran monjes— que a puño y letra transcribían la información de un documento a otro. Así mismo, eran unos pocos privilegiados que sabían leer el latín y el griego, que eran los idiomas que en la edad media se emplearon para la mayoría de obras en general y de dediciones de los gobernantes de la edad media.

En la época moderna, con la aparición y masificación del papel y de la imprenta en la cultura occidental, el almacenamiento y la reproducción de la información se hizo más fácil, permitiendo que un mayor número de personas no sólo conocieran la información, sino que la pudieran almacenar en sus propias casas y oficinas.

Dicho sistema de almacenamiento en papel es el que se ha venido utilizando hasta esta época y que es la tecnología que le da confianza al hombre moderno, como en su momento las tablas de piedra, cera, madera, o los pergaminos y papiros le dieron al hombre de otras épocas.

Sin embargo, el papel tiene limitaciones para la accesibilidad de la información, por ejemplo un invidente o un analfabeta o una persona que no hable la lengua no pueden leer un decreto o una resolución o una circular externa de una entidad pública que haya sido escrito en papel.

Igualmente, el papel tiene un límite para su reproducción o difusión, solo permite que existan unos pocos originales de un solo documento, como se analizará cuando de estudie la equivalencia funcional del original.

Ahora bien, al utilizar los medios electrónicos de almacenamiento de la información, representan nuevos retos para la humanidad, como lo fue el papel y la imprenta en su momento, y es pertinente que la civilización –mientras se apropia de tales tecnologías y le da confianza su utilización- se preocupe por temas como la accesibilidad de la información, pero si hay nuevos retos, como los que anota el doctor Umaña de necesitarse un computador y un software que le permita a las personas consultar la información, también trae grandes ventajas, como por ejemplo, hay programas de software que le permite a invidentes o personas que no puedan leer lo escrito entender un documento digital, ya que el software traduce las palabras escritas en archivo digital a palabras verbales y sonidos que permiten la comprensión del documento o lo traduce de un idioma a otro eliminando las barreras lingüísticas.

Así mismo, puedo acceder remotamente a información ubicada al otro lado del mundo, un ciudadano australiano o un colombiano radicado en el exterior, puede consultar y acceder a los decretos y resoluciones que, por ejemplo, ha expedido nuestro Ministerio del Interior. Además, podrá almacenar en su computador, o en un Disco Compacto o en una memoria USB, etc., esos actos administrativos y consultarlos tantas veces quiera, posteriormente en su casa, oficina, o llevarlos consigo en su teléfono móvil o computador portátil o PDA, etc.

Lo anterior no es algo futurista ni descabellado, ya que siempre la humanidad debe tener los medios adecuados que le permitan acceder a la información, de nada servía guardar los decretos del visir o del gobernante en papiros o tablas, si estos eran destruidos, o por ejemplo el ciudadano o el gobernado debía acudir al funcionario que guardaba tal información y no sólo pedir que se la entregara para su lectura, sino muchas veces pedir

que se la leyera, ya que no todos eran letrados o conocedores de la lengua en que se proferían.

Es más muchos gobernantes en el medioevo que eran analfabetas, tenían escribas a su servicio para que redactaran los decretos o edictos y luego mediante bando se los leyeran al pueblo.

Si bien el papel le brinda confianza y tranquilidad al hombre moderno, también tiene las fallas anotadas, y se necesitaba para su acceso acudir a las fuentes de almacenamiento, bibliotecas, relatorías y archivos, saber leer y conocer el idioma que requería. Muchas veces la fotocopias y demás medios de reproducción no digital de la información contenida en papel salen borrosas o con letras ilegibles o de tamaños que impiden el acceso a la información.

Igualmente, el papel, como los demás medios de información, requiere de cuidados para que la información en él contenida se pueda consultar posteriormente, por lo que se debe contener en tomos, libros, etc, para que no se pierda el documento o se rompa o el fuego o la humedad o el uso lo deterioren. Esos cuidados se predicen, igualmente, para los archivos digitales, pero su preservación y acceso cambian con la evolución de la tecnología, la cual cada vez avanza más rápido, por lo que le exige al hombre contemporáneo que se adapte velozmente.

Ahora bien, retomando el citado artículo 6 de la Ley 527 de 1999, una clara aplicación del mismo se da en el caso de que legal o jurisprudencialmente se exija que el acto administrativo deba constar por escrito o en papel, requisito que podrá quedar satisfecho si el acto administrativo consta en un mensaje de datos, por ejemplo en un archivo de Word o PDF.

Con lo anterior se propone nada distinto a lo que actualmente se hace en la práctica, puesto que los actos administrativos -salvo casos muy especiales o en zonas remotas de Colombia- se elaboran en el computador, mediante empleo de procesadores de palabra, como es el mencionado programa de Word, y para luego imprimir el archivo en papel.

Entonces, el principio de *equivalencia funcional* permite reconocer el mismo valor que tiene ese archivo digital al que tendría su impresión en papel, con las ventajas tecnológicas que tiene el archivo digital sobre el papel.

Por ejemplo, una audiencia de un gobernador y alcalde, grabada en video o digitalmente, en la que se tomen una serie de decisiones que afecten a los administrados, actos administrativos verbales, por el principio de equivalencia funcional tendrán el mismo valor que si hubieran sido consignadas por escrito, siempre y cuando del los elementos sustanciales como es, entre otros, que en ellas exista una debida motivación, se ajusten a derecho y las haya expedido el funcionario competente.

2.2.1.2.- La equivalencia funcional en materia de la firma.

Otro de los equivalentes funcionales, es el de la firma del mensaje de datos frente a la firma manuscrita en el documento en papel, que esta contemplado en el artículo 7 de la Ley 527 de 1997, así:

“Cuando cualquier norma 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:

“a) 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;

“b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.”

Para el entendimiento de la anterior disposición, se acudirá nuevamente al trabajo del doctor Andrés Umaña, en el cual se sostiene lo siguiente:

“Este es uno de los artículos más importantes de la ley 527 de 1999. Nuevamente, lo primero que vale la pena escudriñar son las funciones que cumple una firma en el ordenamiento jurídico. La Guía para la Incorporación al derecho interno de la LMCE identificó las siguientes funciones generales de una firma: a) Identificar a una persona. b) Dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar. c) Asociar a esa persona con el contenido de un documento. En ciertos tipos de

documentos, consideró que podía cumplir otras funciones adicionales, como demostrar la intención de obligarse por el contenido de un contrato, la intención de manifestar la autoría de un texto, y manifestar el estar en un lugar determinado en un momento específico.

“De las anteriores son dos las que aparecen en forma explícita en el literal a) del artículo 7 de la ley: 1) Identificar al iniciador de un mensaje de datos: La identificación de quién suscribe un documento siempre ha sido la función básica de la firma, que es lo que se suele denominar como el problema de ‘autenticidad’ de la información. 2) Vincular al iniciador con el contenido del documento firmado. (...)

“(...) ”

“El literal b) del artículo 7 establece una importante restricción al uso de los dispositivos electrónicos de creación de firmas: El método que se utiliza para firmar debe ser tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. No todos los dispositivos de firma tienen los mismos efectos jurídicos.

“Este punto es de la mayor importancia. La firma electrónica, a diferencia de lo que ocurre con la firma manuscrita, es un concepto relativo. Cuando se firma manuscritamente un documento, no importa ni la cuantía de la transacción, ni la importancia que la misma tiene para las partes, para efectos de considerar que el documento escrito se encuentra firmado. (...) ”

“No sucede lo mismo en el medio electrónico. En éste no todos los dispositivos de firma sirven para firmar el mismo tipo de transacciones. Si un documento electrónico está o no firmado depende de dos grandes factores: el método de firma utilizado y el tipo de mensaje de datos que se está firmando. El solo hecho de usar un dispositivo de firma como los mencionados anteriormente no es suficiente para considerar que el documento se encuentra firmado, sino que el método debe cumplir con dos requisitos valorativos: debe ser confiable y debe ser apropiado. Y estos dos conceptos no se analizan abstractamente, sino en relación con el contenido del mensaje de datos que está siendo firmado y con la transacción que se está realizando. Contrario a lo que ocurre con los medios físicos, el contenido del mensaje de datos que se está firmando es relevante para determinar si el mismo está firmado.

“A primera vista esto puede resultar paradójico, pero cuando se analiza con detenimiento puede verse como esta solución del legislador responde a una de las más importantes características de los medios electrónicos, y es su facilidad de manipulación. Sin la presencia de dispositivos de seguridad especiales, la información que reposa en un medio electrónico es fácilmente manipulable, y la manipulación no deja rastro. El nivel de confiabilidad de un mensaje de datos que no tiene ningún tipo de seguridad técnica es mínimo, y su valor probatorio prácticamente nulo. Un mensaje de datos debe revestirse de cierta seguridad para que se le pueda conceder valor probatorio. Y si se quiere que el mismo se considere firmado, esas seguridades deben referirse tanto a quién creó el mensaje de datos o quiere vincularse por él como al contenido del mensaje. ”

“Sin esos niveles mínimos de seguridad no puede considerarse que la firma ‘existe’; lo que está en juego aquí es nada menos que la existencia de la firma como tal. Sin los requisitos de confiabilidad y ¿adecuación?, la firma no puede existir. Eso no significa, por supuesto, que el mensaje de datos que no cumpla con esos niveles mínimos de seguridad no se considere un mensaje de datos. Lo es de acuerdo con la definición del artículo segundo. Pero el mismo tendrá a lo sumo la consideración de escrito que permite el artículo 6, que es una consideración probatoria bastante limitada.”³⁸
(Resaltados son nuestros)

De lo anterior, se puede inferir que el artículo 7 de la ley 527 es, al igual que el artículo 6, de textura abierta en cuanto a que no señala ningún medio tecnológico especial para la firma de documentos electrónicos.

No obstante, como bien lo establece el mismo artículo 7 y luego lo explica el doctor Andrés Umaña, para que opere el principio de equivalencia respecto de las firmas se debe:

- Utilizar *método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación*: Característica que no sólo es importante en cualquier documento que tenga validez jurídica, sino en la expedición de actos administrativos, ya que tales actos deberá ser proferidos y suscritos por el funcionario público competente para ello.

Actualmente, cuando en un acto administrativo es expedido por el funcionario competente, éste lo suscribirá con su firma autógrafa con el fin (i) de impartir su aprobación al mismo, (i) de identificarse y (ii) de vincular a la entidad pública que lo expide con el contenido del mismo.

Que pasaría si el acto administrativo no es firmado manuscritamente por el funcionario competente o por alguien que no es funcionario? O si una persona suplanta a un ministro o director de un departamento administrativo o simplemente falsifica la firma manuscrita?

El hecho de que un acto administrativo este soportado en papel y repose en él una firma manuscrita, no garantiza que se den las anteriores situaciones, las cuales una

³⁸ *Ibídem.* pp. 86 a 87 y 92 a 93.

vez ocurran desvirtúan la presunción legalidad que goza todo acto administrativo en nuestra legislación, restándole su eficacia y validez e impidiendo que el mismo sea ejecutorio y ejecutable, según sea el caso.

De ahí la importancia que reviste la firma del funcionario competente en los actos administrativos tanto cuando es manuscrita como cuando es por medios digitales o electrónicos, ya que en ningún caso se debe dar suplantación del funcionario o la falsificación de su firma o ser suscrito por un funcionario público que no sea el competente.

Sin embargo, como se advierte la firma manuscrita puede presentar deficiencias en temas de seguridad, lo mismo lo puede suceder con la firma por medios digitales o electrónicos, sin que esto lleve a que se descarte esta última, por que el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 que se utilice un método que pueda identificar al suscriptor – *iniciador*-, lo cual no significa que se escanee la firma manuscrita del ministro o superintendente y se le copie al texto del documento, ya que esta no da ninguna seguridad –puesto que se puede con la tecnología actual copiar la firma escaneada y añadirla en cuantos documentos sin autorización del funcionario al que pertenece, o manipular la misma-, sino que para la firma del documento electrónico se de la máxima seguridad tecnología que impida cualquier tipo de suplantación.

Mucha veces cuando se utilizan las TIC's para la firma de documentos electrónicos, observamos que no aparece la firma manuscrita, sino que pueden ser codificaciones, algoritmos, etc., que identifican a la persona que firma un mensaje de datos.

Estos aspectos se profundizarán cuando se revise la firma digital y la firma electrónica.

- *Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado:* Tal y como se explicaba anteriormente, es importante que tanto en el medio físico como en el medio electrónico o digital, el medio que se emplee para suscribir un documento deba ser confiable.

Como bien lo observa el doctor Andrés Umaña, mientras que en el mundo del papel el método confiable es la firma manuscrita, a través del uso de ciertos instrumentos –plumas fuentes, lapiceros, etc.-, en el mundo digital o electrónico hay múltiples métodos que nos permiten firmar un documento, como el anterior ejemplo de escanear la firma manuscrita del funcionario y adiccionarla al documento electrónico, pero no todos ellos son confiables ni apropiados para los propósitos por el cual el mensaje de datos fue generado o comunicado.

En el caso de que un funcionario público, que es el competente para expedir un acto administrativo, envía un correo electrónico con el proyecto de resolución, pero en lugar de su firma, sólo se indica su nombre y cargo, qué validez jurídica puede tener dicho mensaje de datos para el receptor que puede ser el administrado afectado u otra entidad pública encargada del cumplimiento o ejecución del acto administrativo?

Distinto sería si el funcionario público, utilizando una firma digital o una firma electrónica que cumpla con los requisitos del artículo 7º, envíe ese mismo correo electrónico, a pesar de que en el nunca este consignada su firma manuscrita, puesto que en ese caso se podrá no sólo identificar el funcionario en el mundo digital sino que ese acto administrativo digital –por que será un verdadero acto administrativo y no un mero proyecto- cumplirá el propósito para lo cual fue expedido, ya que tendrá plena validez jurídica y fuerza ejecutoria por el administrado o por la entidad pública que lo recibe o el juez que sobre el se pronuncie.

2.2.1.3. La equivalencia funcional respecto del original.

Por último, está el principio de equivalencia funcional respecto del concepto de documento original, que es recogido por el artículo 8 de la Ley 527 de 1999 en los siguientes términos:

“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.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original."

Nuevamente para la comprensión de esta norma, se acude a la exposición del doctor Andrés Umaña, quien al respecto aclara:

"(...). La razón esencial para ello es el hecho de que el simple acceso a la información digital involucra realizar una copia de la misma. Si el concepto original se asocia al soporte en el que por primera vez se incorporó la información, no podría hablarse nunca de un original en los medios electrónicos. Siempre estaremos en presencia de una copia de la información. No puede identificarse un 'original' en este sentido, tal como se hace en los medios físicos tradicionales.

"El legislador, consciente de esta dificultad, estableció nuevos criterios para determinar cuándo se está en presencia de un original en el contexto de los mensajes de datos. El literal b) establece el requisito propio de todo escrito, al que ya se hizo referencia, de que la información pueda ser mostrada cuando se desea consultarla. Pero es el literal a) el que establece una verdadera innovación. De acuerdo con éste, se entenderá satisfecho el requisito de original siempre que exista una garantía confiable de que la información se ha conservado íntegra desde el momento en que por primera vez se generó en su forma definitiva. Esto quiere decir que, en principio, cualquiera de las copias realizadas de un documento cualquiera podría ser considerado un original para efectos probatorios. Resultaría indiferente establecer cuántas copias se han realizado, o si el archivo electrónico que se examina es una copia de una copia o una copia del primer archivo que se creó.

"(...)

"Otro elemento importante que debe destacarse es el hecho de que la información no requiere haber sido creada inicialmente en forma de mensaje de datos. Puede haberse creado en un soporte físico, y después haberse pasado a un formato digital. Este es creado en un soporte físico, y después haberse pasado a un formato digital. Este es una referencia verdaderamente innovadora de la ley 527, porque está eliminando de tajo cualquier diferenciación a priori que se quiera realizar entre los medios físicos y los medios electrónicos de transmisión y almacenamiento de información. No importa el soporte físico de la información, mientras se garantice que el traspaso de la información de un soporte a otro fue íntegro.

"(...) Corresponde al juez determinar hasta qué punto los mecanismos electrónicos utilizados por las partes garantizaron la integridad de la información, y cuál es el

verdadero riesgo de que la información haya sido verdaderamente alterada."³⁹
(Resaltados fuera del texto original)

Es claro, entonces, que gracias a esta norma de la Ley 527 de 1999, se puede hablar en el mundo electrónico o digital de tantos documentos originales, como se den en cada uno de ellos la garantía de que la información contenida no ha sido alterada desde el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, sin importar si dicha primera vez fue en papel o en medio digital.

En el caso de los actos administrativos por medios electrónicos, como sería una resolución, tendremos varios originales de los mismos, siempre y cuando no se haya alterado su contenido desde que se generó el acto administrativo de manera definitiva y se pueda consultar su información de manera sencilla, como se explicará adelante.

De tal suerte que si una vez se ha firmado digitalmente el acto administrativo y se procede a enviarlo por correo electrónico a varias personas, cada una de ellas tendrá un original, si y sólo si el acto administrativo no haya sufrido modificación alguna desde su firma. Es más estas personas, si el acto administrativo permanece *íntegro*⁴⁰, podrán enviarlo por correo electrónico o guardarlo en su computador o en su PDA⁴¹ o en su teléfono móvil, memorias USB o discos compactos o cualquier otra forma de guardar información digitalmente y reproducirlo cuantas veces quieran y siempre tendrán un original.

Lo anterior rompe el esquema tradicional de solicitar, especialmente en los actos administrativos de carácter particular y concreto, copias auténticas de los mismos, ya que en papel sólo existe un original que reposa en los archivos de la entidad pública y que sólo se puede reproducir por medios mecánicos, como fotocopadoras, pero siendo dichas reproducciones copias del original, nunca originales en sí mismos.

³⁹ *Ibidem*. pp. 98 a 100

⁴⁰ El concepto de *integridad* de la información contenida en un mensaje de datos se explicará en el aparte de este trabajo dedicado a los mensajes de datos.

⁴¹ PDA, del inglés *Personal Digital Assistant* (Ayudante personal digital), es un computador de mano originalmente diseñado como agenda electrónica. Hoy en día se puede usar como un ordenador doméstico (ver películas, crear documentos, navegar por Internet.).

Adicional a los efectos que tendría esta disposición de la Ley 527 respecto de la existencia de varios originales de un acto administrativo, la misma incide en el entendiendo del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo⁴², ya que no se anexaran a las copias del acto acusado, sino que se podrá anexar el original del acto administrativo electrónico.

Igualmente, se puede avizorar que las constancias de publicación, notificación y ejecución de ese tipo de actos administrativos, podrán aportarse por medios electrónicos en virtud de los principios de equivalencia funcional antes vistos.

Así pues, no será extraño que la demanda contenga como anexos actos administrativos electrónicos y certificaciones de su publicación, notificación o ejecución también electrónicas, contenidas en discos compactos, disquetes, etc. En esos casos el actor deberá relacionar esas pruebas, como cualquier otra, en la demanda e indicar en el medio de soporte magnético o digital que las contiene.

Sobre este punto en particular, es importante retomar el literal b) del artículo 8 de la Ley 527, puesto que de nada sirve si tengo varios originales de un acto administrativo electrónico, si la información en ellos contenida no puede ser consultada o *accesible* a las partes procesales y al juez.

Entonces, el soporte magnético o digital que contiene el acto administrativo y, de pronto las mencionadas certificaciones, deberá permitir que el juez o las partes lo consulte con las herramientas tecnológicas que disponga el respectivo despacho judicial o el demandado, por lo que será aconsejable que se aporte en el medio que sea el más usado y común en ese momento.

De la misma forma, para la expedición y firma del acto administrativo por medios digitales deberán emplearse un software que sea de uso común o que sea de libre distribución o de fácil instalación, con el fin de que sea consultado por los ciudadanos, jueces, auxiliares de la justicia, partes procesales, etc.

⁴² Dicho artículo, en su inciso primero, dispone que: "A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de sus publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretendan hacer valer y que se encuentren en su poder"

2.2.2. De los mensajes de datos, su conservación y su valor probatorio.

Retomando lo indicado en el inicio de este gran capítulo, la Ley 527 de 1999 tiene como objeto principal son los mensajes de datos, pero nacen varias preguntas sobre un concepto que -a primera vista- es tan abstracto, las cuales se pueden resumir así:

Qué se entiende por mensajes de datos? Cuáles son? Qué características tienen? Cuál es su valor probatorio?

Una vez se resuelvan tales interrogantes, será sencillo ver como un acto administrativo expedido por medio electrónicos estaría entre la gran categoría de los mensajes de datos y gozará de los atributos que la Ley 527 ha consagrado para estos últimos, en cuanto a las equivalencias funcionales antes vistas y al valor probatorio que se estudiará en este aparte.

2.2.2.1.- Definición del concepto *mensaje de datos*.

En el artículo 2 de la Ley 527 de 1999, entre otras cosas, se definen los conceptos de mensajes de datos, intercambio electrónico de datos y sistema de información, de la siguiente forma:

“ARTICULO 2o. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

“a) Mensaje de datos. 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;

(...)

“e) Intercambio Electrónico de Datos (EDI). La transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, que está estructurada bajo normas técnicas convenidas al efecto;

“f) Sistema de Información. Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.”



Tales definiciones tienen un origen técnico aceptado a nivel mundial, por lo que corresponde a estándares aceptados dentro del lenguaje de las TIC's y guardan neutralidad frente al empleo de una tecnología o de otra.

Por tal razón, cuando se define el *mensaje de datos* se habla es de información que ha sido (i) generada, (ii) recibida, (iii) almacenada o (iv) comunicada por cualquier medio electrónico o similar, lo que abarca el uso de futuras tecnologías tanto en hardware como software que aún no se han desarrollado y que remplacen las actuales computadoras, el Internet o a los hoy comunes programas como *Word* o *Excel* o *Power point* o PDF.

Así mismo, por esa textura abierta que tiene la definición de mensaje de datos enmarca cualquier información que reúna esas características, sin importar si la información es de derecho privado o de derecho público o si es un acto de un particular o un acto administrativo.

En cuanto a los actos administrativos, para que de ellos se pueda predicarse que son electrónicos, debe ser mensajes de datos, esto es que deben ser generados y/o recibidos y/o almacenados y/o comunicados por medios electrónicos, digitales o similares.

Situación que no es extraña en el siglo XXI, puesto que, salvo casos excepcionales, la redacción de los actos administrativos y de cualquier otro documento de la administración se hace por medios digitales, en un computador, sólo falta que la administración pública sea consiente que puede perfeccionar tales actos empleando las nuevas tecnologías sin que se le reste validez jurídica.

Es más de manera casi inconsciente, si se quiere decir así, la administración pública está comunicando la mayoría de sus actos administrativos, cuando los publica en la página web, así sea con fines meramente ilustrativos o informativos.

2.2.2.2. Características de los mensajes de datos.

La primera de esas características es que la información contenida en un mensaje de datos tendrá plenos “*efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria*”, tal y como se deriva de los artículos 5 y 15 de la Ley 527⁴³.

Lo anterior se debe entender que no por estar una información contenida en el mensaje de datos le resta fuerza jurídica, en caso de que dicha información la tenga de acuerdo con las normas sustantivas, como sería el caso del acto administrativo expedido por medios electrónicos, si cumple con los elementos subjetivos, objetivos y formales (motivación de la decisión), es válido y goza de la presunción de legalidad.

Eso significa, a su vez, que el acto administrativo así expedido cuando esté en firme tiene fuerza ejecutoria y goza del principio de ejecutividad, sin que se exija que conste en papel y por escrito.

La segunda de las características de los mensajes de datos es la de la *integridad* de la información en ellos contenida.

Al respecto el artículo 9 de la Ley 527 dispone que:

“Para efectos del artículo 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 presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.” (Resaltados son nuestros)

El citado autor Andrés Umaña sobre la integridad de la información sostiene lo siguiente:

⁴³ “ARTICULO 5o. RECONOCIMIENTO JURIDICO 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.”

ARTICULO 15. RECONOCIMIENTO DE LOS MENSAJES DE DATOS POR LAS PARTES. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.”

“La integridad de la información se predica del hecho positivo de que esté completa y del hecho negativo de que no haya sido alterada. Esto exige no solamente una prueba estática de que se garantizó la identidad del mensaje de datos al momento de creación. El almacenamiento del mismo tiene tanta o más importancia que la creación; esto quiere decir que debe probarse que la forma como se ha garantizado la integridad de la información a lo largo del tiempo. Existen ciertas tecnologías que permiten garantizar los dos aspectos, con lo que esta diferenciación pierde importancia. Tal sería el caso de la Infraestructura de Clave Pública, cuya utilización ‘garantiza’ la integridad de la información independientemente de las condiciones de almacenamiento. **La firma de un documento permite afirmar que la información ha permanecido íntegra desde su firma, y que permanecerá así, por lo menos mientras la firma conserve la característica de unicidad.** Pero en otros casos, deberán establecerse los mecanismos para que, además de la creación, el almacenamiento de la información garantice igualmente la integridad de la información.

“Sin duda estas exigencias pueden generar múltiples inconvenientes de carácter práctico. Después de todo, **no existe una forma estandarizada de demostrar que la integridad se ha conservado durante un periodo determinado. Pero es la perspectiva técnica la llamada a dar solución a los problemas de garantía de la integridad de la información.** Corresponde a los empresarios tomar las medidas necesarias para que sus sistemas de información cumplan con los requisitos que imponen los artículos 8 y 9 de la ley 527 de 1999, apoyándose en ya desarrolladas técnicas de computación forense. Y no cabe duda que, dentro de este contexto y como parte de estas medidas, jugarán un papel de primerísima importancia los terceros de confianza, como las entidades de certificación digital, quienes con servicios como el estampado cronológico podrán asegurar el momento de creación de los mensajes de datos de un sistema de información.”

De la característica de la integridad de la información, se puede afirmar que fundamenta la seguridad jurídica y la confianza que permite sea aceptada sin reparos a pesar de que esté contenida en un mensaje de datos.

La preocupación que genera en el uso de las nuevas tecnologías es que en ellas se supone que se puede modificar o alterar con mayor facilidad la información, pero esto no es del todo cierto, ya que hay herramientas tecnológicas que brinda protección contra estas actividades que atenta contra la veracidad, autenticidad y confiabilidad de la información contenida en un mensaje de datos.

Existe cierto temor y desconfianza en el caso de los actos administrativos expedidos por medios electrónicos, frente a posibles modificados y/o alteraciones con posterioridad a su generación o frente a actos falsos, puesto que aún el hombre común no se ha apropiado de las TIC's de tal forma que le brinden la supuesta seguridad que le da el papel. Se dice supuesta seguridad del papel ya que la percepción del hombre moderno

es que el papel blinda la información de cualquier alteración o modificación, pero todos conocemos que, igualmente, se pueden dar falsificación y otras prácticas ilegales sobre los documentos y, por que no, sobre los actos administrativos, como casos de licencias constructivas, ambientales o sanitarias falsas o adulteradas.

La forma de solucionar tales problemas, para el caso de los actos administrativos, es que la administración pública se apropie de las herramientas de seguridad informática y las utilicen en sus comunicaciones y en la expedición de actos administrativos. Si esto llega a ocurrir así, como ya pasa en otros campos, la información tendrá mayor protección que si estuviera en un documento en papel, como por ejemplo, el uso de firmas digitales, el cual se analizará posteriormente.

Al respecto, es pertinente recordar que la seguridad informativa si bien debe garantizar la integridad e inalterabilidad de la información contenida en el acto administrativo electrónico, debe también permitir su posterior consulta por terceros como lo dispone el artículo 6 y el literal b) del artículo 8 de la Ley 527 que ya se revisaron.

De otra parte, se considera que la característica de la integridad de la información contenida en un mensaje de datos, se presume de la misma, salvo que se demuestre lo contrario, por lo que la carga de la prueba se invierte. A esta conclusión se llega cuando interpretamos sistemáticamente normas el artículo 9, con los artículos 5, 10, 11 y 15 de la Ley 527, en los cuales se establece que no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a la información contenida en mensaje de datos.

Para los actos administrativos electrónicos dicha presunción de integridad y autenticidad va aunada al principio de legalidad y legitimidad que de ellos se predica, por lo tanto los ciudadanos o las autoridades administrativas o judiciales no podrán desconocer el acto administrativo así expedido y sus efectos⁴⁴, por el simple hecho de estar contenido en un mensaje de datos o presumir de hecho que por, esa misma razón, el acto administrativo ha sido alterado o es falso.

⁴⁴ Los efectos de la aplicación de las citadas normas de la Ley 527 de 1999 para los actos administrativos por medios electrónicos, son similares los que establece el artículo 45 de la Ley 30 de 1992 en España, en cual, entre otras cosas, otorga eficacia y validez legal a los documentos emitidos por la administración pública de manera digital, siempre que se garanticen la autenticidad, integridad, conservación y la correcta recepción por el interesado.

Así mismo, se puede afirmar que sólo se desvirtuarán tales presunciones de integridad e inalterabilidad del acto administrativo electrónico si se dan los mismos supuestos que se pregonan de falsificaciones o alteraciones en el papel dentro de un proceso judicial, como sería el caso de la resolución, en papel, que con posterioridad a su firma fue alterada o se cambió una de sus hojas, modificando el contenido de la misma o en el caso la resolución es falsa.

2.2.2.3.- Conservación de los *mensajes de datos*.

Aunado a las anteriores características y definición de los mensajes de datos, aparece un requerimiento esencial a cualquier información, sin importar si es digital o física, que es su conservación, para que pueda accederse y consultarse con posterioridad.

De nada serviría si yo consigno la información en papel o piedra pero luego la destruyó o la alteró, como paso con algunas inscripciones en los muros de piedra de templos egipcios o como ocurre en la actualidad con los archivos en papel cuando por un incorrecto almacenamiento se deterioran o se pierden documentos, lo mismo sucede con la información contenida en mensajes de datos si no la preservo y la protejo adecuadamente.

La Ley 527 de 1999 fue consiente de la necesidad de incluir normas que sobre la conservación de los mensajes de datos y así preservar su coherencia interna con las demás disposiciones referentes al acceso de la información y la integridad de la misma.

Esas normas sobre conservación de mensajes de datos son los artículos 12 y 13, en los cuales se preceptúa lo siguiente:

“ARTICULO 12. Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

“1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.

"2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y

"3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.

"No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

"Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta."

"ARTICULO 13. El cumplimiento de la obligación de conservar documentos, registros o informaciones en mensajes de datos, se podrá realizar directamente o a través de terceros, siempre y cuando se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo anterior."

En cuanto al transcrito artículo 12, la doctrina colombiana ha observado que:

"Puede parafrasearse este artículo diciendo que, cuando cualquier norma exija la conservación de cierta información, debe cumplirse los siguiente requisitos: 1) La información debe cumplir con el requisito del equivalente funcional de escrito. 2) Debe garantizarse la integridad de la información, independientemente del formato que se utilice para el almacenamiento de la información. 3) Que se conserve toda la información existente respecto del origen, el destino, la fecha y la hora del mensaje de datos.

"(...)

"Lo que hace el artículo 12 de la Ley 527 de 1999 no es otra cosa que establecer los requisitos mínimos que debe cumplirse para lograr la equiparación de los medios físicos con los medios electrónicos. (...)

"El artículo 12 está autorizando el uso de medios electrónicos siempre que se exija la conservación de la información. Se trata de una norma general, que modifica cualquier otra norma existente con anterioridad en el ordenamiento jurídico que impusiera el uso de los medios físicos para la conservación de documentos.

"Esta aclaración, que parecerá superflua a algunos, es importante porque distintas autoridades judiciales y administrativas se refugian en la existencia de 'normas especiales' que exigen el uso de medios escritos para evitar darle valor jurídico a la conservación de la información por medios electrónicos no se pueden utilizar cuando existe alguna norma especial que regule las formalidades de un acto.

"Esta interpretación sencillamente desconoce el contenido de la Ley 527. El legislador tenía dos opciones cuando se enfrentó a la necesidad de regular el uso de medios electrónicos; o bien modificar la totalidad de las normas que impusieran el escrito

*como prueba o requisito formal de un acto, o hacer una disposición general que aplicara a todas las situaciones en las que anteriormente se exigía el uso del papel. La solución, de acuerdo con lo que ya se ha analizado fue la segunda. El artículo 12 entonces es un artículo de aplicación general por lo que, su ámbito no puede excluirse a ciertas situaciones, por normas que las mismas tuvieran una regulación especial anterior a la ley 527. Y, tal como se dijo atrás, se trata de un artículo que permite interpretar otras normas del ordenamiento que se refieren al mismo tema.*⁴⁵

De lo anterior, se puede inferir el importante rol que juega este artículo 12 dentro del entendimiento de la Ley 527 de 1999 y el cumplimiento de sus fines, más aún si se habla de actos administrativo electrónicos, ya que su conservación se deberá hacer con arreglo a lo dispuesto en el mencionado artículo 12.

En efecto, tal y como está redactada la norma en comento, es plausible sostener que la misma se aplica a los actos administrativos electrónicos, en razón a que las condiciones que en ella señaladas son de carácter general y que abarca cualquier información contenida en un mensaje de datos, incluidos los actos administrativos electrónicos.

Por otro lado, dicho artículo 12 no contraría lo dispuesto en la Ley 594 de 2000, "*por la cual se dicta la Ley General de Archivos y otras disposiciones*", cuyo campo de aplicación "*comprende a la administración pública en sus diferentes niveles, las entidades privadas que cumplen funciones públicas y los demás organismos regulados por la presente ley*"⁴⁶, toda vez (i) comulga con los principios generales que esta Ley consagra en su artículo 4⁴⁷ y (ii) complementa en lo referente a la conservación de los mensajes de datos, sobre la cual guarda silencio la Ley 594 de 2000⁴⁸.

⁴⁵ *Ibidem.* pp.102 a 106

⁴⁶ Artículo 2 de la Ley 594.

⁴⁷ "ARTICULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. Los principios generales que rigen la función archivística son los siguientes:

"a) Fines de los archivos. El objetivo esencial de los archivos es el de disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia;

Por lo mismo, los archivos harán suyos los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley;

"b) Importancia de los archivos. Los archivos son importantes para la administración y la cultura, porque los documentos que los conforman son imprescindibles para la toma de decisiones basadas en antecedentes. Pasada su vigencia, estos documentos son potencialmente parte del patrimonio cultural y de la identidad nacional;

"c) Institucionalidad e instrumentalidad. Los documentos institucionalizan las decisiones administrativas, y los archivos constituyen una herramienta indispensable para la gestión administrativa, económica, política y cultural del Estado y la administración de justicia; son testimonio de los hechos y de las obras;

Sobre ese último punto, la Ley 594 de 2000 reconoce el uso de las TIC's para el desarrollo de la función archivística, pero bajo la óptica de los soportes documentales, como por ejemplo el artículo 19, en el cual se dispone que:

"Las entidades del Estado podrán incorporar tecnologías de avanzada en la administración y conservación de su archivos, empleando cualquier medio técnico, electrónico, informático, óptico o telemático, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

"a) Organización archivística de los documentos;

b) Realización de estudios técnicos para la adecuada decisión, teniendo en cuenta aspectos como la conservación física, las condiciones ambientales y operacionales, la seguridad, perdurabilidad y reproducción de la información contenida en estos soportes, así como el funcionamiento razonable del sistema.

"PARAGRAFO 1o. Los documentos reproducidos por los citados medios gozarán de la validez y eficacia del documento original, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la leyes procesales y se garantice la autenticidad, integridad e inalterabilidad de la información.

documentan las personas, los derechos y las instituciones. Como centros de información institucional contribuyen a la eficacia, eficiencia y secuencia de las entidades y agencias del Estado en el servicio al ciudadano;

"d) Responsabilidad. Los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos.

"Los particulares son responsables ante las autoridades por el uso de los mismos.

"e) Dirección y coordinación de la función archivística. El Archivo General de la Nación es la entidad del Estado encargada de orientar y coordinar la función archivística para coadyuvar a la eficiencia de la gestión del Estado y salvaguardar el patrimonio documental como parte integral de la riqueza cultural de la Nación, cuya protección es obligación del Estado, según lo dispone el título I de los principios fundamentales de la Constitución Política;

"f) Administración y acceso. Es una obligación del Estado la administración de los archivos públicos y un derecho de los ciudadanos el acceso a los mismos, salvo las excepciones que establezca la ley;

"g) Racionalidad. Los archivos actúan como elementos fundamentales de la racionalidad de la administración pública y como agentes dinamizadores de la acción estatal. Así mismo, constituyen el referente natural de los procesos informativos de aquélla;

"h) Modernización. El Estado propugnará por el fortalecimiento de la infraestructura y la organización de sus sistemas de información, estableciendo programas eficientes y actualizados de administración de documentos y archivos;

"i) Función de los archivos. Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora;

"j) Manejo y aprovechamiento de los archivos. El manejo y aprovechamiento de los recursos informativos de archivo responden a la naturaleza de la administración pública y a los fines del Estado y de la sociedad, siendo contraria cualquier otra práctica sustitutiva;

"k) Interpretación. Las disposiciones de la presente ley y sus derechos reglamentarios se interpretarán de conformidad con la Constitución Política y los tratados o convenios internacionales que sobre la materia celebre el Estado colombiano. "

⁴⁸ Publicada en el Diario Oficial No. 44.093, de 20 de julio de 2000.

"PARAGRAFO 2o. Los documentos originales que posean valores históricos no podrán ser destruidos, aun cuando hayan sido reproducidos y/o almacenados mediante cualquier medio."

De la lectura del artículo 12 de Ley 527 y del artículo de la Ley 594, se observa como las dos normas se complementan y se integran, ya que coinciden en la importancia de garantizar la autenticidad, la integridad y la accesibilidad de la información contenida en los mensajes de datos en la administración pública.

Tal panorama normativo, establece la obligación de la administración de conservar los actos administrativos electrónicos y de permitir su consulta a los ciudadanos, sin que sea necesario que se expida una norma especial que así lo ordene.

En cuanto al citado artículo 13 de la Ley 527 de 1999, se ha de decir que el mismo habilita a que la conservación de los mensajes de datos se realice *directamente o a través de terceros*, siempre y cuando de cumplan las condiciones del artículo 12.

Los efectos de esta disposición son importantes especialmente si la información es guardada por terceros contratados para tal efecto, ya que equivale a como si la información estuviera en poder del titular de la información, por lo que *"si la información es destruida, los efectos jurídicos de dicha destrucción recaerán en el titular de la información, igual que si la misma hubiera sido destruida en sus manos"*⁴⁹.

Al igual que como ocurre con el artículo 12 de la Ley 527, el artículo 13 complementa las disposiciones de la Ley 594 de 2000 y en especial su artículo 14, el cual se señala lo siguiente:

"La documentación de la administración pública es producto y propiedad del Estado, y éste ejercerá el pleno control de sus recursos informativos. Los archivos públicos, por ser un bien de uso público, no son susceptibles de enajenación."

"PARAGRAFO 1o. La administración pública podrá contratar con personas naturales o jurídicas los servicios de custodia, organización, reprografía y conservación de documentos de archivo."

⁴⁹ Umaña, Andrés. Ob. cit. pp. 108

"PARAGRAFO 2o. Se podrá contratar la administración de archivos históricos con instituciones de reconocida solvencia académica e idoneidad.

"PARAGRAFO 3o. El Archivo General de la Nación establecerá los requisitos y condiciones que deberán cumplir las personas naturales o jurídicas que presten servicios de depósito, custodia, organización, reprografía y conservación de documentos de archivo o administración de archivos históricos." (Resaltados son nuestros)

Entonces, para los documentos digitales de la administración, y entre ellos los actos administrativos digitales, la conservación de los mismos podrá hacerse por terceros, según el artículo 13 de la Ley 527, distintos a la entidad pública o a la autoridad pública encargada de la función archivística del Estado, que se contrataran de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 594 de 2000.

En cuanto a los temas de archivo de la información digital, se resalta las ventajas que tendrían los actos administrativos expedidos por medios electrónicos, ya que su archivo y almacenamiento, si bien requieren unas condiciones tecnológicas⁵⁰ para ello, (i) ocupa menos espacio físico o de infraestructura que el papel, (ii) es más fácil su consulta con un software que ayude a buscarlo y ha archivarlo, y (iii) su reproducción es más sencilla y practica, puesto que permite que se envíe por correo electrónico cuantas veces lo soliciten o se copie en discos compactos o en cualquier otro medio de almacenamiento digital o si se quiere se imprima en papel.

2.2.2.4.- Valor probatorio de los *mensajes de datos*.

La Ley 537 de 1999 trae dos disposiciones sobre el valor probatorio que tiene los mensajes de datos en general.

La primera de ellas es el artículo 10 respecto de la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, cuyo texto reza así:

"Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁰ Igualmente, el papel requiere que la entidad pública tenga bibliotecas o archivos organizados con normas técnicas especiales y que se le brinden cuidados contra humedad, calor, hongos, etc.

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

La segunda de esas disposiciones es la contenida en el artículo 11, en el cual se señala que:

“Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.” (Resaltado es nuestro)

El fin que pretende la Ley 527 de 1999, como ley pionera en regular lo mensajes de datos, al consagrar las preceptos antes transcritos, es asegurar que las autoridades administrativas o judiciales le nieguen o le resten valor probatorio a la información en ellos contenida, por el simple hecho de ser electrónico o digital.

No duda sobre si en un proceso administrativo o judicial se demuestra que el documento electrónico fue alterado o modificado o falsificado, la respectiva autoridad decidirá sobre los efectos que tales actos tengan sobre el valor probatorio de los mismos, en atención a lo dispuesto en las normas del Código de Procedimiento Civil⁵¹.

Respecto al valor probatorio de los actos administrativos es necesario recordar que los mismos, al ser documentos públicos⁵² se *presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad*, según lo ordena el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

⁵¹ Decretos números 1400 y 2019 DE 1970, modificados por la Ley 1194 de 2008 publicada en el Diario Oficial No. 46.984 del 9 de mayo de 2008, Ley 986 de 2005 publicada en el Diario Oficial No. 45.244 del 10 de julio de 2003 y 29 de agosto de 2005, Ley 820 de 2003 publicada en el Diario Oficial No. 45.058 del 9 de enero de 2003, entre otras disposiciones.

⁵² Son documentos públicos, para efectos procesales, los otorgados por “funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención”, de conformidad con el inciso 3 del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil.

El referido valor probatorio tendrán los actos administrativos electrónicos, por disposición expresa del artículo 10 de la Ley 527 de 1999.

Las normas sobre pruebas del Código de Procedimiento Civil se aplican tanto al procedimiento administrativo como al contencioso administrativo, por remisión de los artículos 57 y 168 del Código Contencioso Administrativo.

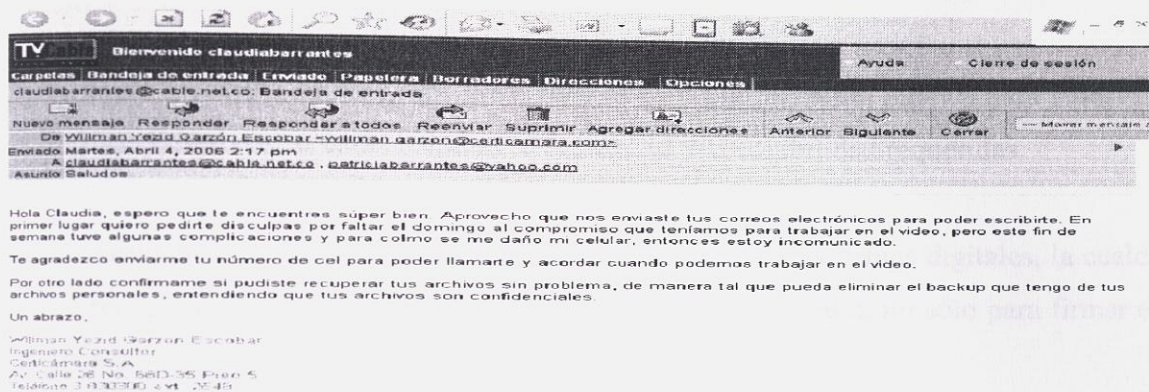
2.2.3. De la firma digital y la firma electrónica.

Al estudiar el principio de equivalencia funcional de la firma de los mensajes de datos, se consideró que si bien la norma que lo recoge no fija una tecnología especial para efectuar la misma, si exige que ésta identifique al iniciador del mensaje de datos, permita la vinculación de dicha persona con el contenido del mensaje y brinde confianza y seguridad al mensaje de datos.

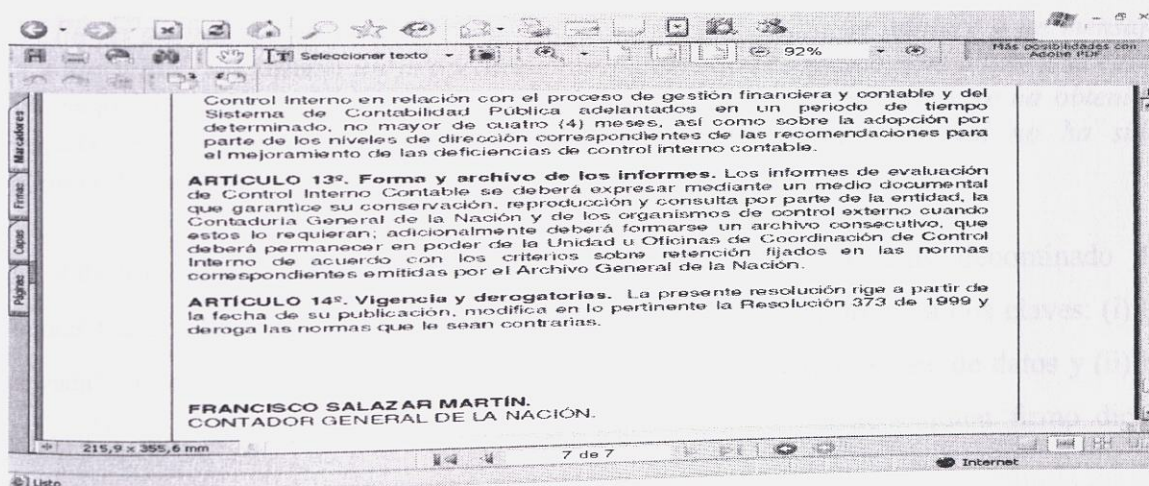
En este momento, en el mundo de las TIC's se distinguen dos tipos de firmas de mensajes de datos, por un lado esta la denominada firma electrónica y por el otro la firma digital, las cuales tiene características tecnológicas y jurídicas distintas.

La firma electrónica se ha definido en la Ley Modelo de Firmas Electrónicas de la UNCITRAL, como *"Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para la identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos"*.

Así pues, la firma electrónica puede ser, por ejemplo, la firma autógrafa escaneada de una persona y adjuntada a un documento digital, también puede la transcripción del nombre de la persona al finalizar un correo electrónico, como se ilustra en las siguientes imágenes:



(Imagen 1. Firma Electrónica)



(Imagen 2. Firma Electrónica)

Este tipo de firmas electrónicas no dan seguridad y confianza al documento, ya que cualquiera puede copiarlas y suplantar al suscriptor del mensaje, como sería el caso de quienes en la oficina utilizan el correo electrónico, en donde los mensajes que generen se incluye la autofirma de la imagen 1, y dejan abierto el correo electrónico, mientras salen a comer, y en ese lapso un tercero, con o sin autorización, envía mensajes de datos desde el mismo, sin advertir en ellos que no es la persona de la autofirma o el titular de esa cuenta de correo electrónico.

De esa forma, las firmas electrónicas, para que sean confiables o seguras, deben no sólo tener un dispositivo para la creación de la firma sino un instrumento que permita verdaderamente una identificación de la persona del firmante que evite ese tipo de suplantaciones y con ello se cumplan las condiciones del artículo 7 de la Ley 527 para que opere el respectivo principio de equivalencia.

No se descarta el uso de este tipo de firmas en la administración pública para suscribir actos administrativos, si éstas brindan la seguridad y confiabilidad requeridas.

Sin embargo, se encuentra la otra clase de firmas, que son las firmas digitales, la cuales fueron recogidas por la Ley 527 de 1997 como un medio seguro, no sólo para firmar el documento sino para el documento mismo.

En efecto, el literal c) del artículo 2 de la Ley 527 de 1997 definió la firma digital, así:

“c) Firma digital. 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 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;”.

Lo anterior quiere decir que la firma digital aplica el sistema denominado de Infraestructura de Clave Pública, aunque en realidad estamos frente a dos claves: (i) la privada⁵³, que solo la conoce su titular, o sea el firmante del mensaje de datos y (ii) la pública⁵⁴, que le permite a los receptores del mensaje verificar quien firmo dicho mensaje.

El citado doctor Andrés Umaña, sobre este tema ha manifestado, lo siguiente:

“Pero ¿Cómo se sabe quien fue la persona que posee la clave privada? Para este propósito, y para algunos otros de seguridad, se agregara al sistema un nuevo sujeto, un tercero de confianza denominado entidad de certificación digital. Este tercero de confianza, a pesar de no tener acceso nunca a la clave privada del usuario, crea un ambiente seguro de creación de ésta, para garantizar que solo su titular haya tenido acceso a ella. Una vez realizado esto, expide un certificado digital, en el que certifica la clave pública que corresponde a la clave privada. (...)”

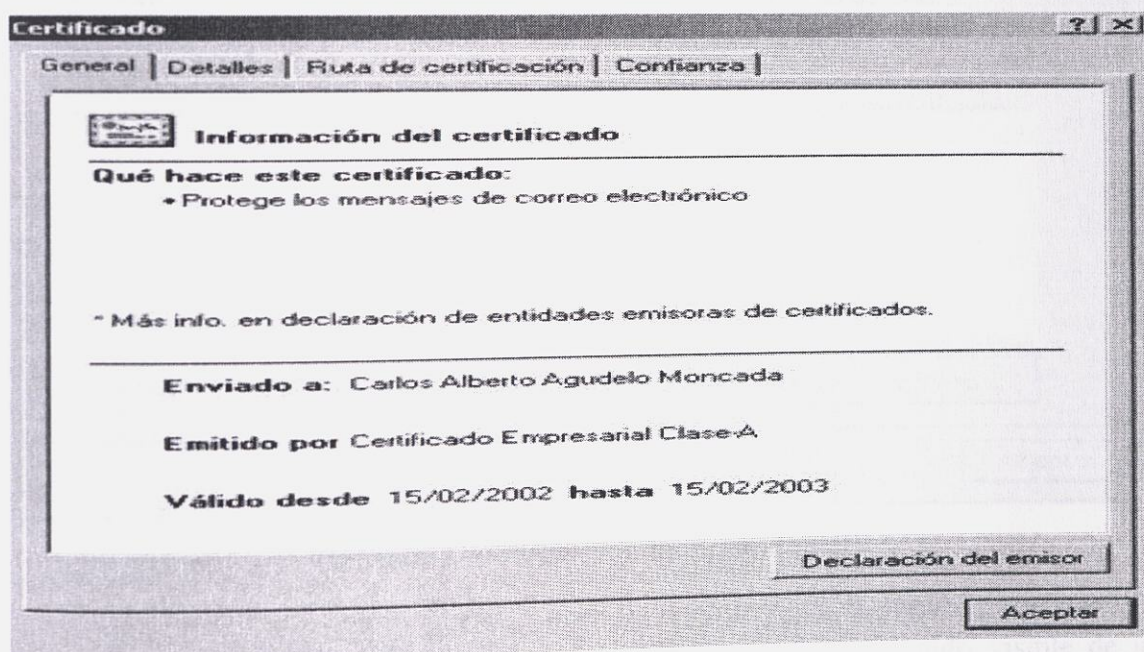
Adicionalmente, la firma digital no sólo identifica al suscriptor del mensaje de una manera confiable y segura, por lo que lo vincula al contenido del mensaje de datos, sino que por la tecnología que en ella se utiliza, encapsula el mensaje mismo y lo protege

⁵³ Definida en el Decreto 1747 de 2000 como el “valor o valores numéricos que, utilizados conjuntamente con un procedimiento matemático conocido, sirven para generar la firma digital de un mensaje de datos”.

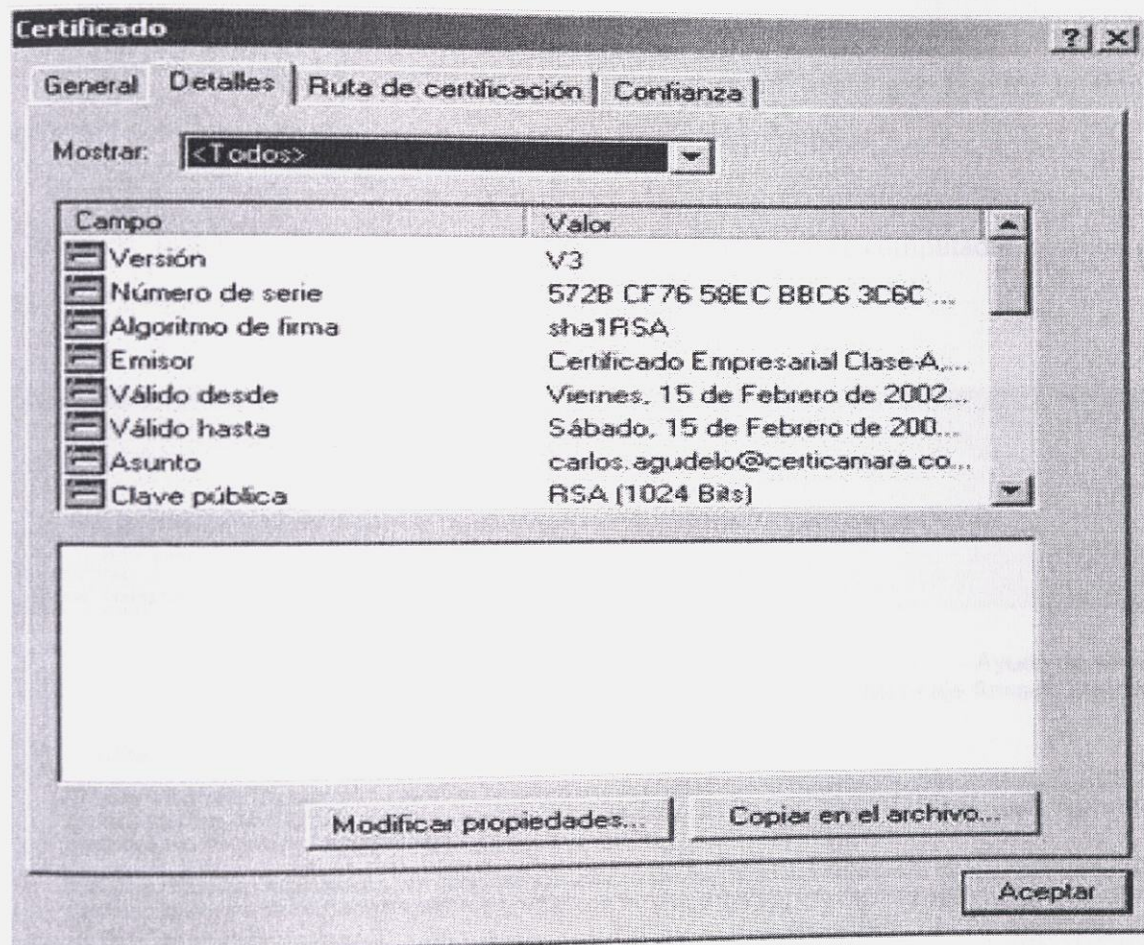
⁵⁴ Definida en el Decreto 1747 de 2000 como “el valor o valores numéricos que son utilizados para verificar que una firma digital fue generada con la clave privada del iniciador”.

contra posibles alteraciones o modificaciones después de la firma, lo cual se enmarca dentro de requisitos del artículo 8 de la Ley 527 de 1999 para el principio de equivalencia funcional con el original.

Para poder ilustrar mejor lo antes dicho, aunque se reconoce que no es sencillo explicar en palabras como funciona la firma digital puesto que su uso aún no está tan difundido como la firma electrónica, se incluyen las siguientes imágenes:



(Imagen 3 – Certificado de Firma Digital)



(Imagen 4 – Certificado de firma digital)

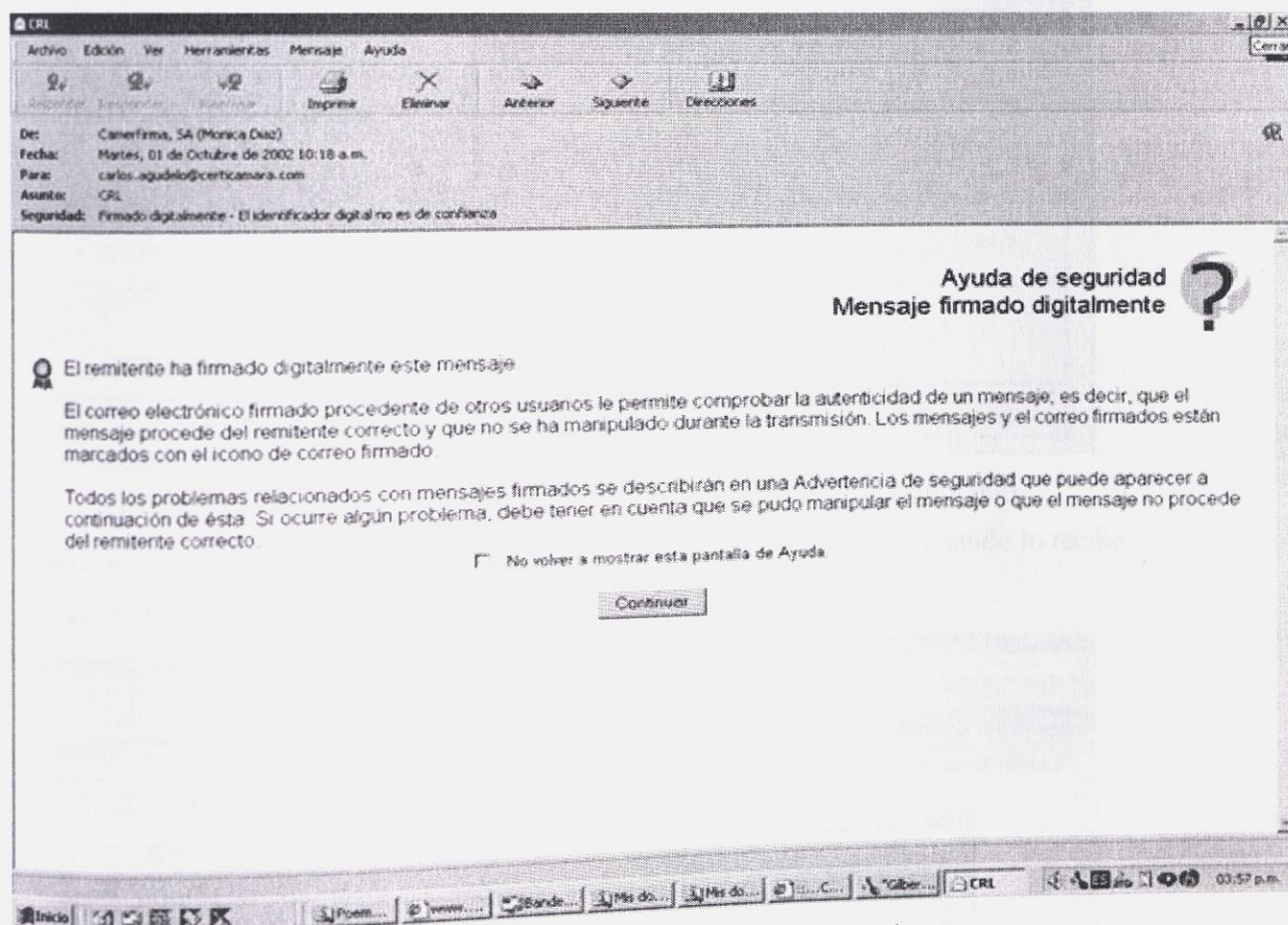
Dichas imágenes representan lo que sería, básicamente, el contenido visible de un certificado de firma digital, como se puede observar en ellas aparece no sólo el nombre del firmante, sino el algoritmo de la firma digital y la clave pública, el número de serie, la entidad de certificación que le expidió al firmante el respectivo certificado digital y las fechas dentro de las cuales el certificado es válido.

Así cuando se firme digitalmente un mensaje de datos, sea archivo de *Word* o un correo electrónico, se incorporaran la mencionada información del certificado, la cual podrá ser verificada por la persona que recibe el mensaje de datos.

En el certificado de firma digital se puede incluir también la cualificación del suscriptor, como por ejemplo, Ministro de Agricultura, Superintendente de Sociedades, Director de Departamento de Planeación, etc., lo cual da un valor agregado en los actos administrativos electrónico al precisar tanto el nombre del funcionario como su cargo,

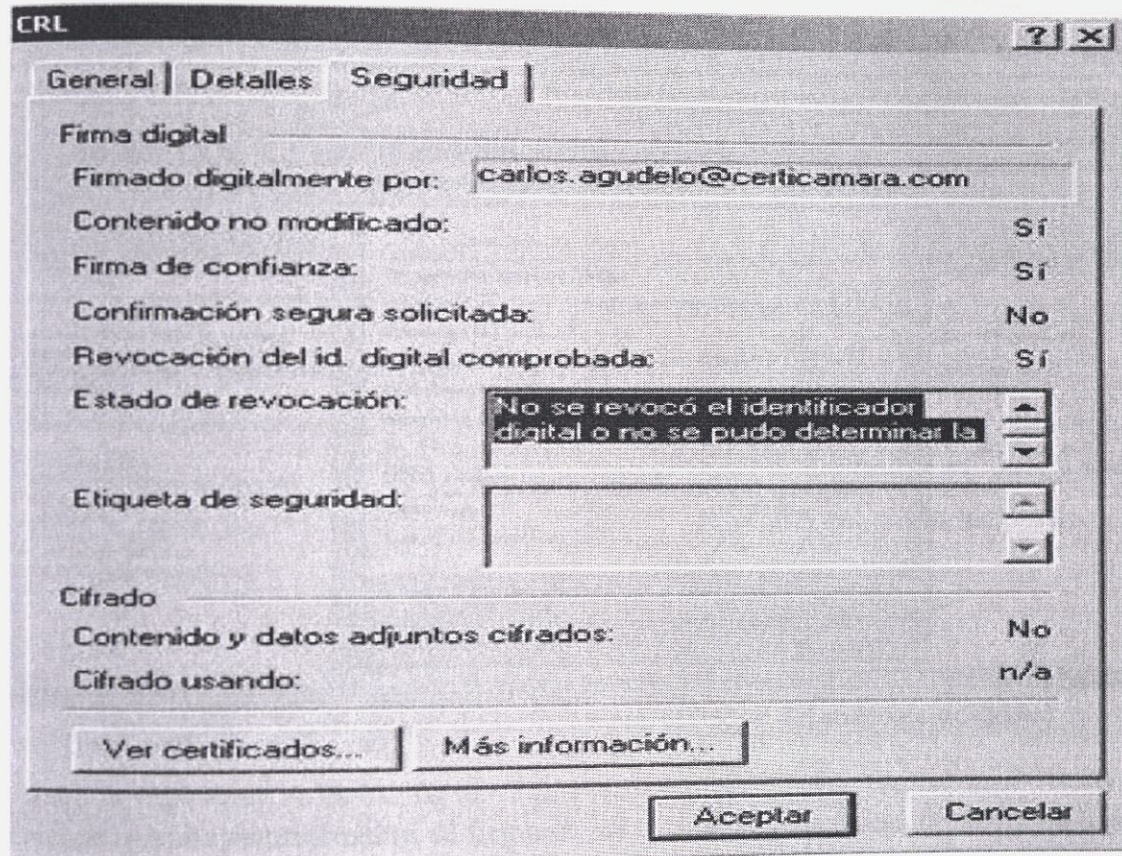
que a su vez permite establecer que el acto administrativo fue firmado por el funcionario competente, como cuando ocurre en las resoluciones en papel que aparece la firma autógrafa pero también el nombre y cargo del funcionario público.

Cuando se firma un digitalmente un mensaje de datos, en el computador aparece el siguiente pantallazo:



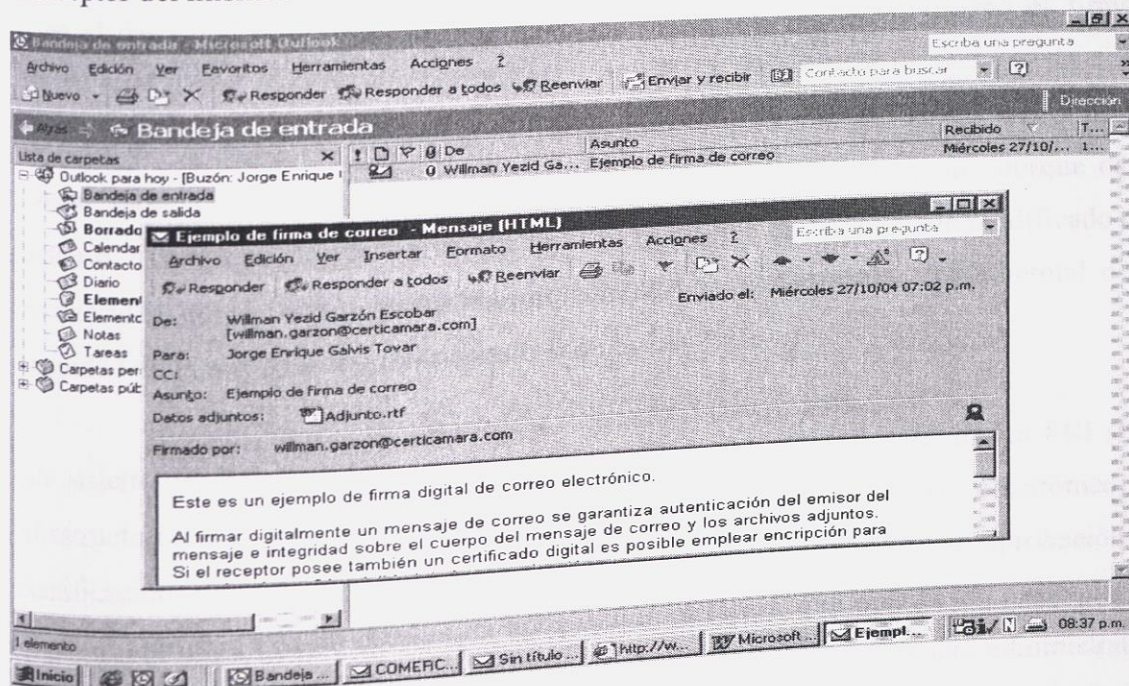
(Imagen 5 – Mensaje de datos firmado digitalmente)

De esa forma, tanto el suscriptor del mensaje como el receptor del mismo saben que el mensaje ha sido firmado digitalmente y que se incorporó al mensaje de datos la identificación del suscriptor y demás información del certificado de datos, como se representa en la siguiente imagen:

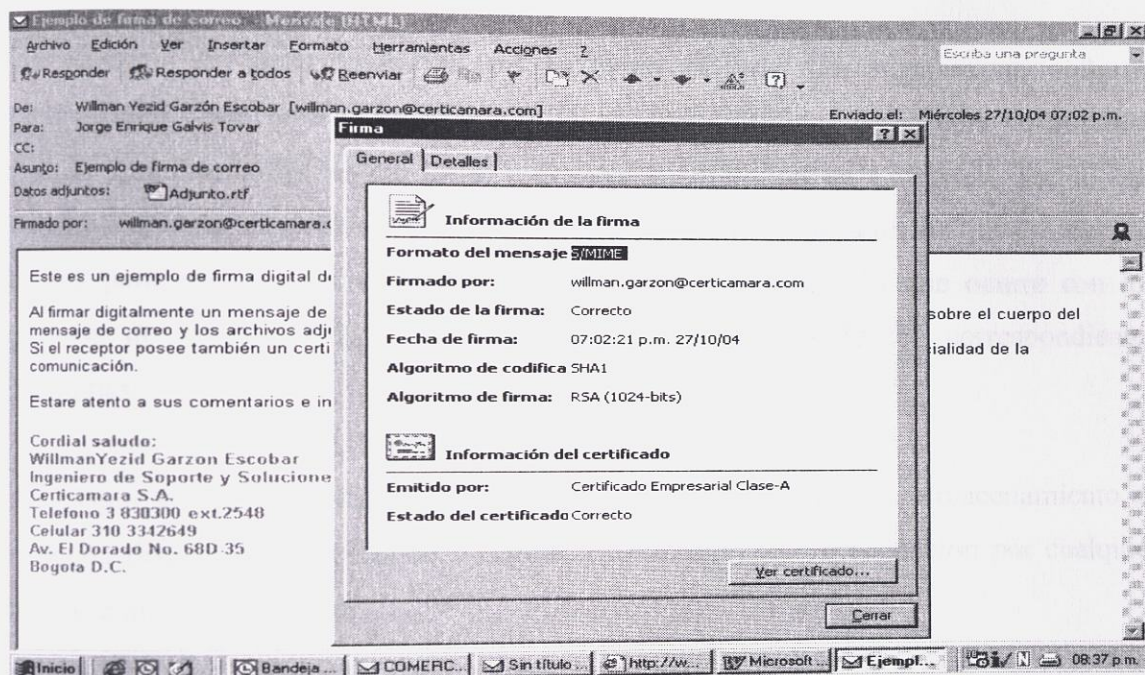


(Imagen 6 – Información de suscriptor después de firmar digitalmente)

Se adicionan las vistas de un correo y un archivo firmado digitalmente, cuando lo recibe el receptor del mismo:



(Imagen 7 – Correo electrónico con archivo adjunto firmado digitalmente)



(Imagen 8 – Verificación de la firma por el lector del mensaje de datos)

Como se anotaba anteriormente, al firmarse así un mensaje de datos, también, protege al mismo de posteriores alteraciones o modificaciones tanto en su firma como en su contenido, así estas modificaciones o alteraciones las haga el mismo suscriptor.

Si en el caso del acto administrativo por medios electrónicos, el mismo es firmado digitalmente por el funcionario competente, pero éste, después de firmarlo, se da cuenta que cometió un error de redacción o de digitación y lo corrige, tendrá que volver a trabajar sobre el archivo inicial dichos ajustes y firmarlo nuevamente, porque de lo contrario, el mensaje de datos arrojará una alerta de que el mensaje fue modificado con posterioridad de su firma, desvirtuando con ello la característica fundamental de la integridad de la información del artículo 9 de la Ley 527.

Este sistema de llave pública, o conocido también por sus siglas en Inglés PKI (Key Infrastructure), al garantizar la *integridad* del acto administrativo electrónico, la identificación del suscriptor *–iniciador–* y que éste último da su aprobación al contenido, procura que se den todas las condiciones para que operen los principios de equivalencia funcional de escrito, firma y original, por lo que dicho acto administrativo no se le negará los efectos jurídicos, válidos y fuerza probatoria, por el hecho de haber sido sustanciado, expedido y contenido en un mensaje de datos.

En cuanto a la parte operativa de la firma digital, ésta requiere un software especializado tanto para la suscripción del mensaje de datos como para su posterior lectura, dicho software es de libre y gratuita distribución en Colombia, por lo que cualquier persona lo puede descargar de la Internet a su computador, sin que eso sea una barrera para su posterior consulta. Esto es algo similar que lo que ocurre con los archivos de Word o PDF, que requieren la utilización de los correspondientes programas.

Así mismo, el mensaje de datos firmado de esta forma, permite su almacenamiento en cualquier dispositivo electrónico o digital y transmisión y/o reproducción por cualquier medios digitales o en papel.

Así pues, este sistema de firma posibilita que se cumplan los requisitos del artículo 12 de la Ley 527 de 1999 respecto de la conservación de los mensajes de datos.

Tan es así, que el artículo 28 de Ley 527 de 1999 le reconoce a la firma digital los siguientes atributos jurídicos:

“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.

“PARAGRAFO. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla 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.”

Ya se ha visto como la firma digital incorpora los atributos de parágrafo antes transcrito, para que tenga la misma fuerza y efectos de la firma manuscrita⁵⁵, tanto al garantizar que es una única persona que la usa —como ocurre con la firma manuscrita— y controla, a

⁵⁵ Como se aprecian en las imágenes 1 a 8 la firma manuscrita como tal no existe, por lo que importa no es si esta figura en el mensaje de datos o no, basta con que la firma digital cumpla con los atributos del parágrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999.

través de la uso de la clave privada-, como al permitir que sea verificada y que se incorpore o ligue a la información contenida en el mensaje de datos, que impida o alerte cualquier cambio en su contenido.

Adicional a las características técnicas y jurídicas de la firma digital, la Ley 527 de 1999 consagra dos normas que tiene que ver con las obligaciones y responsabilidades de los suscriptores de firmas digitales, como son:

El artículo 39, en el cual se establece que:

"Son deberes de los suscriptores:

"1. Recibir la firma digital por parte de la entidad de certificación o generarla, utilizando un método autorizado por ésta.

"2. Suministrar la información que requiera la entidad de certificación.

"3. Mantener el control de la firma digital.

"4. Solicitar oportunamente la revocación de los certificados."

Y el artículo 40, cuyo texto es el siguiente:

"Los suscriptores serán responsables por la falsedad, error u omisión en la información suministrada a la entidad de certificación y por el incumplimiento de sus deberes como suscriptor."

Esas normas se aplican tanto si el suscriptor es un particular como si es un funcionario público, por lo que deben ser observadas en todo momento sin importar si para el funcionario público fue la entidad pública la que le adquirió y entregó la firma digital con el fin de que suscribirá todo los documentos electrónicos propios de su cargo.

Es importante que cuando se masifique el uso de firmas digitales en la administración pública, se les haga claridad a los funcionarios que las reciben sobre las obligaciones y las responsabilidades que el uso de las mismas conlleva, ya que éstas equivalen a la firma manuscrita de cada funcionario.

Está prohibido que el funcionario le entregue el dispositivo que contiene su certificado de firma digital a tercero o a su secretaria o a su esposa, con la clave privada, ya que ese tercero podría firmar actos administrativos electrónicos que vinculan al funcionario y a

la entidad pública, sería tanto como pedirle a esos terceros que falsifiquen la firma manuscrita del funcionario y firmen así una resolución o un decreto en papel.

Sobre este tema, si bien no se requiere una ley especial para los funcionarios públicos respecto de sus obligaciones y responsabilidades⁵⁶, ya que la Ley 527 de 1999 es

⁵⁶ Se debe advertir que las entidades de certificación digital, como por ejemplo lo es Certicámara S.A. en Colombia, incluyen en sus Declaraciones de Prácticas de Certificación las obligaciones legales y otras que se derivan de la naturaleza de las mismas, así:

“2.2.2. Obligaciones del suscriptor

“El **suscriptor** tiene las siguientes obligaciones frente a **Certicámara** y terceras personas:

- Utilizar la clave privada y el **certificado digital** emitido tan sólo para los fines establecidos y de acuerdo con los condicionamientos establecidos en esta **Declaración de Prácticas de Certificación** y en el **certificado digital** entregado. Será responsabilidad del **suscriptor** el uso indebido que éste o terceros hagan del mismo.
- Responder por la custodia de la clave privada y de su **soporte físico** evitando su pérdida, revelación, modificación o uso no autorizado. Especialmente, el **suscriptor** deberá abstenerse, sin importar la circunstancia, de anotar en el **soporte físico** del **certificado digital** el código de activación o las claves privadas, ni tampoco en cualquier otro documento que el **suscriptor** conserve o transporte consigo o con el **soporte físico**.
- Solicitar la revocación del **certificado digital** que le ha sido entregado cuando se cumpla alguno de los supuestos previstos para la revocación de los **certificados digitales**.
- Abstenerse en toda circunstancia de revelar la clave privada o el código de activación del **certificado digital**, así como abstenerse de delegar su uso a terceras personas.
- Asegurarse de que toda la información contenida en el **certificado digital** es cierta y notificar inmediatamente a **Certicámara** en caso de que se haya incluido cualquier información incorrecta o inexacta o en caso de que por alguna circunstancia posterior la información del **certificado digital** no corresponda con la realidad. Asimismo, deberá comunicar de manera inmediata el cambio o variación que haya sufrido cualquiera de los datos que aportó para adquirir el **certificado digital**, aunque éstos no estuvieran incluidos en el propio **certificado digital**.
- Informar inmediatamente a **Certicámara** acerca de cualquier situación que pueda afectar la confiabilidad del **certificado digital**, e iniciar el procedimiento de revocación del **certificado digital** cuando sea necesario. Especialmente, deberá notificar de inmediato la pérdida, robo o falsificación del **soporte físico** y cualquier intento de realizar estos actos sobre el mismo, así como el conocimiento por otras personas del código de activación o de las claves privadas, solicitando la revocación del **certificado digital** de conformidad con el procedimiento que se establece en la **Declaración de Prácticas de Certificación**.
- Destruir el **soporte físico** cuando así lo exija **Certicámara**, cuando haya sido sustituido por otro con los mismos fines o cuando termine el periodo de vigencia del **certificado digital**, siguiendo en todo caso las instrucciones de **Certicámara**.
- Devolver el **soporte físico** del **certificado digital** cuando así lo exija **Certicámara**.
- Respetar los derechos de propiedad industrial e intelectual de **Certicámara** y de terceras personas en la solicitud y en el uso de los **certificados digitales**. **Certicámara** no incluirá información en el **certificado digital** cuya inclusión pueda constituir de alguna forma la violación de los derechos de propiedad intelectual o industrial de **Certicámara** y de terceras personas.
- Cualquier otra que se derive de la ley, del contenido de esta **Declaración de Prácticas de Certificación** o de las **Prácticas de Certificación**.
- Abstenerse de monitorear, alterar, realizar ingeniería reversa o interferir en cualquier otra forma la prestación de servicios de **certificación digital**.”

“2.4.2. Responsabilidad del Suscriptor

bastante precisa en la misma, se puede trabajar en un proyecto de decreto reglamentario en donde se señalen cuestiones, meramente operativas, tales como:

- La forma cómo se debe realizar la entrega del certificado de firma digital al funcionario público, ya que la entrega del certificado de firma digital debe hacerse de tal forma que nadie más fuera del funcionario que la reciba conozca la primera clave privada que se le generó para el uso de la firma digital, la cual puede ser cambiada por el titular cuantas veces desee. Esto último es algo parecido a lo que sucede con las claves de las tarjetas débito o crédito del mercado financiero, ya que la entidad financiera le expide a la tarjeta con una clave inicial, contenida en un sobre cerrado, para cuando sea entregada al titular de la misma, éste proceda a utilizar la tarjeta, recomendándole que por su seguridad cambie esa clave inicial.
- La forma como debe dar reporte a la entidad de certificación abierta en caso de que sea necesario revocar el certificado digital por extravío o pérdida.
- El funcionario público que debe solicitar a la entidad de certificación digital que se revoque un certificado de firma digital por el retiro del funcionario titular del mismo, y recibir de este último el dispositivo que lo contenía. Igualmente, se indicaría la forma y los plazos en los cuales debe hacerse dicha solicitud de revocatoria.

“De conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la ley 527 de 1.999, el **suscriptor** será responsable y se compromete a indemnizar a **Certicámara** y a las **partes confiantes** los daños y perjuicios que se ocasionen o puedan ocasionarse por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, asumiendo igualmente los gastos judiciales en que **Certicámara** pudiera incurrir por esta causa, incluyendo los costos de abogados.

“La custodia del **soporte físico del certificado digital** es responsabilidad exclusiva del **suscriptor**.
 “El **suscriptor** será el único responsable frente a las **partes confiantes** y a **Certicámara** por todos los perjuicios que se ocasionen por la falsedad de la información que entregue a **Certicámara**, independientemente de la causa por la cual haya entregado dicha información falsa. El **suscriptor** asumirá los perjuicios que sufra como consecuencia de eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

“El **suscriptor** es el único responsable por las obligaciones que emanen de las operaciones o negocios jurídicos que se realicen con los **certificados digitales**, exonerando a **Certicámara** de toda responsabilidad por este concepto.” (Tomado de la Declaración de Prácticas de Certificación de **Certicámara S.A.**, publicadas en la página web www.certicamara.com)

- El cumplimiento de las obligaciones por el funcionario suscriptor del certificado digital contenidas en la Declaración de Prácticas de Certificación de la respectiva entidad de certificación digital que haya emitido el certificado.

2.3. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 962 DE 2005 SOBRE EL USO DE LAS TIC'S EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN ESPECIAL EL ARTÍCULO 6º, DE LA LEY 1341 DE 2009 Y LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN GENERAL Y LOS ELEMENTOS QUE LOS COMPONEN.

En julio 8 de 2005 se promulgó en Colombia la Ley 962 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones sobre la racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”*, dentro de la cual se encuentran varias norma donde se incluyen en uso de la TIC's en gestión de la administración pública, en especial el artículo 6.

Sin embargo, al leer el mencionado artículo 6 sería factible pensar que no es muy acertado en su redacción sobre la sustanciación y expedición de los actos administrativos, al señalar que *“la sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes”*, por lo que da a entender que está abierta la discusión sobre si las disposiciones vigentes –sin que el artículo diga cuales son- establecen que la sustanciación y la expedición de actos administrativos se haga exclusivamente de la forma clásica, verbales o en papel, o si de lo contrario permiten que se efectúen por medios digitales o electrónicos.

Ahora bien, qué se entiende en el artículo 6 de la Ley 964 de 2005 por *“disposiciones vigentes”*? cuáles son ellas? Se hará referencia exclusivamente a las normas del Código Contencioso Administrativo u otras normas que regulan la materia? o incluye la ya analizada Ley 527 de 1999?

Por esa razón, se entrará a precisar los alcances que tiene la Ley 964 de 2005 respecto de la incorporación de las TIC's y cuál sería la interpretación que se le debe dar sistemáticamente al referido artículo 6.

Aclarados los anteriores aspectos, y teniendo en cuenta lo que se ha dilucidado los fines y principios de la Ley 527 de 1999 que permiten entender los aspectos jurídicos de las TIC's en nuestro país, se procederá a reseñar las normas clásicas, por así decirlo, que existen en Colombia sobre los elementos de los actos administrativos, para integrar por fin el marco normativo aquí propuesto, complementado la vaga expresión del artículo 6 de la Ley 964 sobre la expedición de los actos administrativos.

2.3.1.- De las disposiciones de la Ley 962 de 2005 sobre la incorporación de las TIC's y su artículo 6.

El objeto general⁵⁷ de la Ley 962 de 2005 es el de *“facilitar las relaciones de los particulares con la administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deben surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derecho o cumplimiento de obligaciones se desarrolle de conformidad con los principios establecidos en los artículo 83⁵⁸, 84⁵⁹, 209⁶⁰ y 333⁶¹ de la Carta Política”*.

⁵⁷ Artículo 1 de esa ley.

⁵⁸ El artículo 83 de la Constitución Política establece que: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

⁵⁹ El artículo 84 de la Constitución Política dispone que: “Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.”

⁶⁰ El contenido de este artículo fue revisado cuando se analizaron los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

⁶¹ El artículo 333 de la Constitución Política preceptúa que: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Así mismo, tiene como ámbito de aplicación⁶² *“los trámites y procedimientos administrativos de las Administración Pública, de las empresas de servicios públicos domiciliarios de cualquier orden y naturaleza, y de los particulares que desempeñen función administrativas”*, estipulando los procedimientos *“disciplinario y fiscal que adelantan la Procuraduría y la Contraloría respectivamente”*.

De tal forma, se advierte que la Ley 962 de 2005 regula diferentes aspectos de la gestión pública, con el fin de hacerla más eficiente y eficaz, entre los que encontramos el uso de las TIC's como una herramienta para alcanzar dichos fines.

En esa línea se encuentra, como uno de los principios rectores de la Ley 962 de 2005, el contenido en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley 962, bajo la denominación de *“Fortalecimiento tecnológico”*, consistente en que:

“Con el fin de articular la actuación de la Administración Pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados, se incentivará el uso de medios tecnológicos integrados, para lo cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, orientará el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la Administración Pública.”

El referido principio busca, parafraseando la norma, estimular el uso de las TIC's en la administración pública para con ello lograr una mejor articulación de la gestión estatal y reducir, a su vez tiempos y costos que se generan en los trámites por parte de los administrados.

Es claro que ese principio orientara el entendimiento de las normas de la Ley 962 de 2005 que hace referencia a las TIC's, tal y como se explicó al inicio de este gran capítulo cuando se habló sobre la importancia que tienen los principios en la interpretación de cualquier ley.

Posteriormente, dejando para el final el examen del artículo 6, en los dos primeros incisos del artículo 7 de la Ley 962 se determina lo siguiente:

⁶² Ver Artículo 2° de la Ley 962 de 2005.

“La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el Diario Oficial.

“Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.”

Lo que hace la anterior norma es reafirmar la aplicación de los ya vistos artículos 8 y 10 de la Ley 527 de 1999 para las reproducciones que se realicen por medios electrónicos de las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general, siempre y cuando se mantenga la integridad de la información contenida en ellos.

Se advierte que no se precisa en el artículo 7 de la Ley 962 de 2005 la forma original de expedición de los documentos que orden publicar electrónicamente, por lo que abarcaría tanto los actos que fueron expedidos en papel como por medio electrónico⁶³, tal y como se aclaró cuando se revisaron los alcances del artículo 8 de la Ley 527.

De otra parte, el inciso artículo 25 de la Ley 962 de 2005, que modifica el artículo 25 del decreto 2150 de 1995, brinda la opción a las entidades públicas de utilizar el correo electrónico par el envío de la información, en los siguientes términos:

“Las entidades de la Administración Pública deberán facilitar la recepción y envío de documentos, propuestas o solicitudes y sus respectivas respuestas por medio de correo certificado y por correo electrónico.”

La aplicación de dicho artículo, si bien tiene que ver con el procedimiento administrativo, favorece el envío, a través del correo electrónico, de actos administrativos, como una subcategoría de las expresiones utilizadas en el artículo como *documentos o respuestas* a las solicitudes, para lo cual los actos administrativos

⁶³ A de recordarse que la publicidad de los actos administrativo es un aspecto del procedimiento administrativo, que tiene que ver con la oponibilidad del acto administrativo, más que con su existencia y validez. Sin embargo, se hace referencia al artículo 7 de la Ley 962 de 2005 con el fin de dar un panorama completo de la forma como la mencionada Ley recoge la implementación de las TIC's en la actividad administrativa.

En cuanto a la publicidad de los actos administrativos, se recomienda leer el correspondiente aparte del libro “Acto Administrativo: Teoría General” del doctrinante colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres, *ut supra*, páginas 120 a 135.



deben estar contenidos en un archivo digital, bien sea que se hayan expedido en papel o que se hayan expedido por medios electrónicos.

Hechas las anteriores precisiones sobre los citados artículos de la Ley 962 de 2005, se procederá a examinar el artículo 6 de esa Ley, con el fin de esclarecer las inquietudes planteadas sobre el mismo en la introducción de este aparte.

El texto del artículo 6 es el siguiente:

“Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas.

“La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

“Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública.

“En los casos de peticiones relacionadas con el reconocimiento de una prestación económica en todo caso deben allegarse los documentos físicos que soporten el derecho que se reclama.

“La utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

“PARÁGRAFO 1o. Las entidades y organismos de la Administración Pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.

“PARÁGRAFO 2o. En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública deberá garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.

“PARÁGRAFO 3o. Cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realice por medios electrónicos, las firmas autógrafas que los mismos requieran, podrán ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor, de conformidad con lo que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.” (Negrillas fuera del texto original)

Para el entendimiento de esta norma, debemos señalar que la misma se puede entender el siguiente sentido:

- Que la administración pública puede emplear para la difusión y publicidad de sus trámites y procedimientos medios electrónicos, lo cual se debe complementar con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 962.
- Que toda persona tiene la facultad para presentar **peticiones, quejas, reclamaciones o recursos en vía gubernativa**, utilizando las herramientas tecnológicas que disponga la respectiva entidad pública⁶⁴, lo cual facilita que se den esas actuaciones del procedimiento administrativo por medios electrónicos.
- Que se podrán utilizar soportes, medios y aplicaciones electrónicas para el trámite, la notificación y publicaciones de los actos administrativos, lo que exige que el acto administrativo esté contenido en un mensaje de datos para que sea almacenado en soportes digitales o sea notificado o publicado por estos medios.
- Que el empleo de los medios electrónicos en para los casos que contempla la Ley 962, y en especial su artículo 6, se seguirán por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, atendiendo lo dispuesto en los artículos 251 a 293 del Código de Procedimiento Civil, esto es pruebas documentales, y demás normas aplicables, “siempre y cuando sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento”.

En cuanto a los actos administrativos, el artículo 6, como ya se indicó, establece que *“la sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrá lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes”*.

⁶⁴ Al respecto se consagra en el párrafo primero del artículo 6 la obligación de informar a la ciudadanía cuáles son esas herramientas tecnológicas para que puedan ser utilizadas.

No obstante la vaguedad que presenta el sentido de esa parte de la norma, el mismo artículo 6 brinda elementos que permiten su esclarecimiento, toda vez que en su párrafo tercero se establece que “*cuando la sustanciación de las actuaciones y actos administrativos se realicen por medios electrónicos, las firmas autógrafas de los mismos requieran, podrá ser sustituidas por un certificado digital que asegure la identidad del suscriptor*”. (Resaltado es nuestro)

Entonces, en indirectamente en dicho párrafo se reconoce la posibilidad de que la sustanciación y expedición de actos administrativos se puede realizar por medios electrónicos, en los términos de la Ley 527, por la remisión antes señalada que hace el mismo artículo 6, en lo que respecta a la forma que adoptan como mensaje de datos y a los principios de equivalencia funcional.

De lo anterior, se colige que cuándo el artículo 6 hace referencia a que los actos administrativos se expedirán de conformidad con las disposiciones vigentes, incluye a la Ley 527 de 1999 y con ella la opción de expedir esos actos por medios electrónicos.

2.3.2. De la legislación vigente sobre la expedición de actos administrativos en general y los elementos que los componen.

Para efectos de completar el marco normativo planteado y así complementar lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 962 relacionado con la expedición de los actos administrativos utilizando las TIC's, se hará una sucinta descripción de los elementos que integran la estructura del acto administrativo a la luz de las normas vigentes.

De conformidad con el doctrinante colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres⁶⁵, los elementos que conforman la estructura del acto administrativo son:

- “Elemento subjetivo: Responde a *Quién expide el acto*”.
- “Elemento objeto: Responde al *Qué del acto administrativo*”.

⁶⁵ Carlos Ariel Sánchez Torres. Ob. cit. p. 53.

- “Elemento formal: Responde al *Cómo se expide el acto administrativo*”.
- “Elemento finalista: responde el *Para qué se expide el acto administrativo*”.
- “Elemento causal: Responde al *Por qué se expide el acto administrativo*”.

Así pues, en opinión del citado autor, “*si faltará alguno de sus elementos: subjetivo, objetivo (material), formal, finalista o causal, estaría mal conformado el acto, pudiendo ser anulado por carecer de uno de los elementos indispensables para que se encuentre debidamente estructurado*”.

Entonces, se hace necesario que se reseñe puntualmente cada uno de esos elementos, para así ver si los reúne el acto administrativo expedido por medios electrónicos.

2.3.2.1. Elemento Subjetivo.

Este elemento hace referencia a la competencia del funcionario público y de la entidad pública para expedir el acto administrativo, bien sea en papel o por medios electrónicos.

Al respecto, en primer lugar encontramos el artículo 6 de la Constitución Política en el cual se consagra que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.” (Resaltado fuera del texto original)

Descendiendo en la escala normativa, está el artículo 5 de la Ley 489, el cual establece lo siguiente:

“Los organismos y entidades administrativos deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo.

"Se entiende que los principios de la función administrativa y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad consagrados por el artículo 288 de la Constitución Política deben ser observados en el señalamiento de las competencias propias de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos."

Sobre este elemento el doctor Carlos Ariel Sánchez Torres⁶⁶ precisa lo siguiente:

"Para delimitar el elemento subjetivo, debe tenerse en cuenta dos aspectos:

"- El funcionario competente dentro de una determinada entidad.

"- Además, debemos conocer cuál es la entidad competente para ejercer una determinada actividad administrativa.

"(...)

"En esta materia de la competencia para expedir actos administrativos hay que tener en cuenta los criterios de atribución de competencia:

"- Criterio de la jerarquía.

"- Criterio funcional.

"- Criterio territorial."

"Ahora bien, falta de este elemento conlleva a la nulidad del acto administrativo, ya que en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo la declaratoria de nulidad se podrá solicitar cuando los actos "haya sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes".

Es por tanto que acto administrativo electrónico, como acto administrativo que es en sí mismo, debe cumplir con este elemento subjetivo, para que de él no se predique la nulidad.

Entonces, el acto administrativo electrónico deberá ser expedido por la entidad pública y el funcionario competente de acuerdo con las normas que regulen las funciones y estructura de la mencionada entidad, por lo cual en su contenido deberá señalarse los datos del ente estatal y del funcionario que lo expide como las normas que los faculta a ello.

De otra parte, como lo sostiene el mencionado autor⁶⁷, *"la firma es una forma de aceptación, en realidad una forma de manifestar la aceptación sobre un hecho, en tal*

⁶⁶ Ibidem. p. 55

⁶⁷ Ibidem. p. 291

sentido, cuando un servidor público plasma la misma, al ostentar él dicha calidad, lo hace en representación de la entidad para la cual trabaja. La pregunta entonces que surge es si es necesaria la firma manuscrita de un servidor público para que se manifieste su aceptación sobre el contenido del documento. En tal sentido, se debe tener en cuenta que la forma, como lo establece la ley 527 de 1999, puede darse en forma electrónica o en forma digital, según sea el caso."

La firma del acto administrativo electrónico, como se apreció en los anteriores apartes de este trabajo sobre el principio de la equivalencia de la firma y sobre las firmas digitales y electrónicas, debe identificar al funcionario firmante del mensaje de datos y de que el contenido cuenta con su aprobación -literal a) del artículo 7 Ley 527-, a través de un método confiable y apropiado para el propósito por el cual el acto administrativo electrónico fue generado -literal b) del artículo 7 Ley 527-.

Adicionalmente, si se quiere que esa firma del acto administrativo electrónico tenga la misma fuerza que la manuscrita, la administración deberá utilizar para ello firmas digitales que cumplan con los atributos del párrafo del artículo 28 de la Ley 527 de 1999 en la forma antes vista.

2.3.2.2. Elemento objetivo.

El doctrinante Carlos Ariel Sánchez Torres⁶⁸ precisa sobre este elemento los siguientes aspectos:

"El objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina, según la materia del mismo. Por lo tanto, se exigen los atributos que debe tener el acto jurídico en el derecho privado, estos son: debe ser lícito, cierto y determinado, posible física y jurídicamente. (...)

"La licitud en derecho público supone, no solo que el objeto no esté prohibido por la ley, sino que además, este expresamente autorizado por ella, salvo que se faculte a la administración para escoger el objeto del acto."

⁶⁸ *Ibidem.* pp. 59 a 66

Por otro lado, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo establece que la falta de este elemento puede llevar a la declaratoria de la nulidad del acto cuando *“los actos administrativo infrinjan las normas que deberían fundarse”*.

Dentro de este elemento, se incluye el aspecto de la voluntad de la administración, -que puede manifestarse de manera expresa, tácita o presunta según el caso-, la cual no debe estar viciada.

En lo que respecta al acto administrativo por medios electrónico, sin importar que éste esté contenido en un mensaje de datos, debe tener un objeto lícito, cierto y determinado, posible física y jurídicamente, plasmado en el contenido de dicho acto, en donde la declaración de la voluntad de la administración este libre de todo vicio.

Entonces, para desvirtuar tal elemento en el acto administrativo electrónico, se aplicarán los mismos lineamientos que para los actos administrativos en papel, probando ante el juez que el objeto de acto administrativo fue ilícito, al no ajustarse al ordenamiento jurídico, o que fue incierto o indeterminado, etc.

2.3.2.3. Elemento formal.

En cuanto al elemento formal, se observa que hay dos acepciones: *“una restringida que considera ‘forma’ la que debe observarse al emitir el acto, exteriorizando concreta y definitivamente la voluntad de la administración pública ya formulada. En segundo lugar, una acepción amplia que no sólo comprende la anterior, sino que también el conjunto de formalidad y requisitos que debe observarse o respetarse para emitir un acto.”*⁶⁹

En nuestro ordenamiento la expedición en *“forma irregular”* del acto administrativo, *“o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación”*, lleva a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, según el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

⁶⁹ Ibidem p.63

Ahora bien, tal y como lo advierte el doctrinante Carlos Ariel Sánchez Torres, en el derecho administrativo colombiano, la jurisprudencia del Consejo de Estado reconoce que *"no existen formas especiales genéricas para los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas esté expresamente previstas en los textos legales. Inclusive son posibles los actos administrativos tácitos, implícitos y aún verbales"*.

Tal reconocimiento del Consejo de Estado, aunado al principio de equivalencia funcional con lo escrito del artículo 6 de la Ley 527 de 1999, faculta a la administración pública para que sus los actos administrativos adopten la forma de electrónicos, siempre y cuando se respeten, para los casos especiales, las formas propias en que se deben redactar los decretos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones.

Cualquier limitante que se pretendiera sobre esta materia para los actos administrativos electrónico queda superada de esa manera, aún si en el ordenamiento positivo expresamente se llegará a exigir que consten por escrito, por lo que no podrá ser impugnado, ni se podrán restarle efectos jurídicos o validez, por el simple hecho de estar contenido en un mensaje de datos.

Adicionalmente, para la expedición del acto administrativo electrónico deberá respetarse los procedimientos que la ley ha establecido en procura del debido proceso administrativo.

Por último, se resalta que el acto administrativo electrónico deberá estar debidamente motivado, cuando la ley así lo exija, por lo que en su contenido deberán señalarse las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión en él adoptada.

Se reafirma lo anterior por la doctrina colombiana cuando se sostiene⁷⁰ que:

"La implementación del procedimiento administrativo electrónico poco incide en el elemento formal de la motivación del acto administrativo, por cuanto y salvo

⁷⁰ Ibidem, p. 292

excepciones legales, todos los actos debe estar debidamente motivados, independientemente de la naturaleza del soporte material que los contenga.

"(...)

"Igualmente, es necesario tener en cuenta que como documento público electrónico, el acto administrativo electrónico debe cumplir con las condiciones de confidencialidad, autenticidad, inalterabilidad y no repudio. (...)"

Finalmente, no obsta recordar que lo primordial no es tanto la forma electrónica del acto sino que se den en ella las anteriores características junto con la posibilidad del ciudadano de acceder y consultar a la información contenida en el mensaje de datos, garantizando siempre la integridad y autenticidad de la información, tal y como se advirtió al estudiar la Ley 527.

2.3.2.4. Elemento finalista.

Respecto de este elemento, se ha señalado⁷¹ que *"debe existir una finalidad general de interés público en todas las manifestaciones de voluntad de la administración, igualmente, debe existir coincidencia entre la finalidad propuesta y la norma que la autoriza, finalidad que debe buscar el funcionario al hacer uso de esa facultad"*, por que de lo contrario la *"discordancia entre los propósitos de la norma y la finalidad que tuvo el agente, constituyen una desviación de poder"*.

Es así como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo sanciona con la nulidad del acto administrativo, cuando se da dado con *"desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió"*.

Al igual que en los elementos anteriores, en el acto administrativo electrónico los fines que persigue deben identificarse con los de la ley que le sirve de sustento a la decisión adoptada. La administración pública no puede aprovecharse del uso de las TIC's para proferir actos sin el llenos de los requisitos legales, ni perseguir otros fines que no sean los contemplados en el ordenamiento jurídico.

⁷¹ *Ibidem*, p. 86

2.3. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 1341 DE 2009 Y LAS TIC'S.

La Ley 1341 de 2009 *“determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.”*⁷²

Por lo tanto, en el artículo 6° de la mencionada norma legal se define para Colombia las TIC's como *“el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.”*

Ahora bien, tal como se indicó en la introducción de la presente tesis, dicha ley indica los principios orientadores de marco jurídico de las TIC's en Colombia, entre los que se encuentra el principio de *masificación del gobierno en línea*.

En desarrollo de tales principios orientadores, y en especial del referido principio, la citada Ley en su artículo 4 establece los fines de la intervención del Estado en el sector de las TIC's, los de (i) *“Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal”*, (ii) *“Promover el*

⁷² Ver artículo 1° de la Ley 1341 de 2009.

desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea”, (iii) “Promover la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red”.

Lo anterior, explica a su vez porqué en el parágrafo del artículo 5 de la Ley en comento se indica que “Las entidades de orden nacional y territorial **incrementarán los servicios prestados a los ciudadanos a través del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones**. El Gobierno reglamentará las condiciones en que se garantizará el acceso a la información en línea, **de manera abierta, ininterrumpida y actualizada, para adelantar trámites frente a entidades públicas, inclusive en el desarrollo de procesos de contratación y el ejercicio del derecho al voto.**” (Negrillas fuera del texto original)

Igualmente, fundamenta el literal f) del artículo 18 de la señalada Ley, cuando establece como unas de las funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las de (i) “Apoyar al Estado en el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para facilitar y optimizar la gestión de los organismos gubernamentales y la contratación administrativa transparente y eficiente, y prestar mejores servicios a los ciudadanos;”, (ii) “Apoyar al Estado en la formulación de los lineamientos generales para la difusión de la información que generen los Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos y efectuar las recomendaciones que considere indicadas para lograr que esta sea en forma ágil y oportuna;” y (iii) “Promover el establecimiento de una cultura de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el país, a través de programas y proyectos que favorezcan la apropiación y masificación de las tecnologías, como instrumentos que facilitan el bienestar y el desarrollo personal y social”.

Por último, se integra a este panorama normativo los numerales 3 y 4 del artículo 35 de la aludida Ley, en donde se asignan como funciones —entre otras— del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las de (i) “Financiar planes, programas y proyectos para promover el acceso de los ciudadanos a servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones y para la masificación del Gobierno en Línea” y (ii) “Financiar y establecer planes, programas y proyectos que permitan masificar el uso y apropiación de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

De los artículos antes transcritos, se puede observar que si bien la Ley 1341 de 2009 no contiene una disposición expresa sobre la expedición, trámite y notificación de los actos administrativos en general, por lo tanto no modifica ni el problema jurídico o las hipótesis planteadas para el presente trabajo de tesis.

No obstante de la lectura de aquellas normas, se puede inferir que las mismas refuerzan el espíritu del legislador en fomentar y fortalecer las TIC's en la gestión estatal, incluyendo el adelantar por tales medios procedimientos administrativos, la expedición y notificación de actos administrativos, y la contratación pública en todos sus componentes, procesos, actos, contratos y demás documentos generados con ocasión de la misma.

2.4. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 1150 DE 2007, RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES.

Finalmente dentro de esta revisión del marco legal, se encuentra la reciente reforma del Estatuto de la Contratación Administrativa, esto es la Ley 1150 de 2007, la cual eleva a norma legal, los primeros pasos que se dieron en el decreto 2170 de 2002 respecto de la incorporación de las TIC's en la contratación estatal.

En efecto, la Ley 1150 de 2007 —entre las varias modificaciones que realizó a la Ley 80 de 1993—, dispone en su artículo 3 lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

"Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

"Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

"a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;

"b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

"c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

"d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

"Parágrafo 1°. En ningún caso la administración del SECOP supondrá la creación de una nueva entidad.

"El SECOP será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.

"Parágrafo 2°. En el marco de lo dispuesto en los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 los recursos que se generen por el pago de los derechos de publicación de los contratos se destinarán en un diez por ciento (10%) a la operación del Sistema de que trata el presente artículo."

Se evidencia en el aparte resaltado de la norma antes transcrita que la Ley 1150 de 2007, reconoce la plena aplicación de la Ley 527 de 1999 y de sus principios rectores, como el de la *equivalencia funcional*, en la contratación pública sometida a dicho Estatuto General⁷³; al igual que habilita manifiestamente a las entidades públicas a

⁷³ Es claro que el Estatuto General de la Administración Pública regula la mayor parte de los contratos estatales en Colombia, pero también se debe precisar que existe regímenes especiales para otras actividades contractuales de algunas entidades públicas, como por ejemplo los contratos relacionados con la actividad minera o petrolera, los celebrados por el Banco de la República o las Instituciones de Educación Superior de naturaleza pública, las empresas públicas de servicios domiciliarios, por lo tanto se ha de revisar si hay alguna disposición equivalente a tales disposiciones, o si

utilizar los medios electrónicos en la sustanciación de las actuaciones y expedición de actos o documentos o contratos.

Tal facultad tiene un papel preponderante, no solo porque reafirma –en un tema específico y de suma importancia como es la contratación estatal- las hipótesis trabajadas a lo largo de la tesis, sino porque es una plena aplicación de los principios de transparencia, económica, eficiencia, eficacia, celeridad y oportunidad aplicados a los negocios del Estado⁷⁴.

Retomando los ejemplos que se utilizaron al explicar como ocurriría un acto administrativo de manera general, se puede analizar un proceso de selección de contratistas con y sin el uso de las TIC's.

En la actualidad, las TIC's han tenido como finalidad dar una mayor publicidad a la gestión contractual del Estado, lo cual culturalmente ya se ha afianzado en los diferentes servidores públicos, así que en este momento todas las personas aplican –sin dudar o sin desconfiar- las normas que obligan a publicar vía Internet, en el Portal Único de Contratación, desde los proyectos de pliegos de condiciones, estudios previos, hasta el acta de liquidación del contrato, pasando por los actos precontractuales y contractuales.

Esta publicidad potencializa no solo una mayor transparencia en la actividad contractual estadual, sino que también procura una mayor participación de proponentes en igualdad de condiciones, por lo tanto ayuda a garantizar la libre competencia⁷⁵.

Igualmente, ya se puede reconocer un grado de apropiación de la administración pública de las TIC's, al incluir en los proyectos de pliegos de condiciones o en los pliegos

se debe –frente a la ausencia de aquella- hacer una aplicación de la Ley 527 de 1999, vía interpretación, y de lo aquí expuesto de la Ley 962 de 2005.

⁷⁴ Este tema fue tratado por quien elabora la presente tesis, antes de que se promulgara la Ley 1150 de 2007, en el capítulo 6 del libro “Contratación Electrónica”, denominado “Reflexiones sobre la contratación pública por medios electrónicos en Colombia: Cómo pasar de la ciencia ficción a la realidad en los procesos de contratación directa del Estado”. Editor Dr. Erick Ricón Cárdenas. Edit. Centro Editorial Universidad del Rosario, año 2006. ISBN 958-8225-1-4. Colombia

⁷⁵ Un ejemplo hipotético, es que cualquier persona en el mundo puede conocer los procesos de contratación de Estado Colombiano, inclusive aquellos que están a punto de iniciarse, y puede motivar a inversionistas extranjeros a venir al país si advierten el mencionado portal que hay proyectos que les interesen. Así mismo, fomenta la competencia a nivel nacional, ya que un potencial oferente ubicado en el sur del país puede conocer oportunamente y participar en procesos de selección de contratistas adelantados en el norte del territorio nacional.

definitivos que se pueden recibir observaciones aquellos, vía medios digitales, o recibir manifestaciones de interés dentro del trámite de la selección abreviada de menor cuantía, o utilizar mecanismos electrónicos para la subasta a la inversa o la conformación dinámica de la oferta⁷⁶.

A pesar de los anteriores avances presentados en la contratación, se advierte que en este momento las entidades públicas contratantes aún son temerosas de aplicar el primer inciso del artículo 3 de la Ley 1150, que especialmente se resaltó en su transcripción en este documento, ya que no se han conocido casos en los cuales se han recibido ofertas por medios electrónicos –en procesos diferentes a los que se utiliza la referida subasta a la inversa-, ni menos el expedir actos administrativos digitalmente o notificarlos tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual, o suscribir contratos con herramientas tecnológicas.

De tal suerte, que lo que se hace es proyectar los pliegos de condiciones y la resolución de apertura (que son actos administrativos de carácter general) en un computador, pero su materialización, expedición y firma se hace en papel, y lo que se publica en el SECOP es una copia digital de lo realizado en físico. Lo mismo sucede con los actos de adjudicación (que es un acto administrativo de carácter particular) o los de declaratoria de desierto o los actos expedidos con ocasión al contrato estatal suscrito.

Entonces, se encuentra la administración pública en una serie de reprocesos que pueden ser ineficientes, costosos, lentos, por no apropiarse de las TIC's en las citadas actuaciones, además de los costos en papel, las demoras en notificaciones de los actos administrativos contractuales, los problemas que después tienen en la consulta de expedientes en físico cuando son varias las áreas de la entidad o los órganos de control o los jueces que requieren dicha información.

Se ha tenido conocimiento directo de problemas que han tenido las administraciones y los órganos de control, en sus visitas, cuando el expediente y sus originales están en otra

⁷⁶ Ver por ejemplo las presentaciones realizadas por las entidades que han aplicado la subasta electrónica en el "FORO DE SUBASTA INVERSA ELECTRONICA PARA ENTIDADES PÚBLICAS – "CertiSubasta", efectuado el 29 de abril de 2008, en la sede principal de la Cámara de Comercio de Bogotá y auspiciado por Certicamara S.A. Publicado en la página web http://www.certicamara.com/index.php?option=com_content&task=view&id=111 (consultado el 6 de agosto de 2009)

entidad o en un área de la misma entidad diferente a la que está atendiendo la vista. Un ejemplo de esto, son los expedientes contractuales de obra que reposan el Instituto de Desarrollo Urbano, pero que son cofinanciados por los Fondos de Desarrollo Local, en donde la Contraloría Distrital le ha exigido a la Fondos de Desarrollo Local que tengan la integridad del expediente en físico también.

Ahora bien, si aplicamos las TIC's en la sustanciación, expedición y notificación de los actos administrativos precontractuales y contractuales por medios digitales, esto colaboraría en que el SECOP alcance su fase transaccional más rápido, que los actos administrativos no tengan que hacer un engorroso procedimiento en su elaboración en físico, sino que se proyectan y se firman digitalmente en casi tiempo real, permitiendo que lo que se publica en el SECOP no sea una copia de acto administrativo en físico, sino el mismo original del acto administrativo digital.

Así no solo la publicidad se garantiza, sino que permite que varias entidades públicas, órganos de control, jueces y la comunidad, al mismo tiempo, tengan en línea acceso y consulta al expediente en línea –claro está bajo parámetros que brinden seguridad e inalterabilidad de la información-, descarguen si lo desean originales de tales documentos electrónicos.

Igualmente, se mejorarían los tiempos de notificación de los actos administrativos precontractuales o contractuales. Una notificación actualmente de un acto administrativo, expedido en papel, que –por ejemplo- declare una caducidad del contrato puede tomar aproximadamente un mes o más, como también requiere que el contratista efectúe grandes y costosos desplazamientos para ello, si no se encuentra ubicado en el domicilio de la entidad pública que los emite.

Caso del Instituto Nacional de Vías, que tiene contratistas domiciliados a lo largo y ancho del país, pero su sede principal está en Bogotá, por lo que si un contratista debe notificársele un acto administrativo contractual deberá desplazarse por tierra o por aire desde su lugar hasta esta ciudad, y a veces obligado a costear el alojamiento si es de un día para otro. O en el mejor de los casos, pagar un apoderado en Bogotá para que adelante dicha actuación.

En otras palabras, las hipótesis y conclusiones que se proponen en esta tesis de grado son totalmente aplicables a uso de las TIC's en la contratación estatal, ya que *mutatis mutandi* el análisis que se hizo en este escrito sobre el artículo 6 y su párrafo de la Ley 962 de 2005 es válido para hacer una realidad la potestad del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 en la expedición, sustanciación y notificación de actos administrativos emanados en virtud de la contratación estatal.

3. EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

En el plano teórico, ya que en la actualidad si bien se dan algunos casos en que se expiden actos administrativos por medios electrónicos –como por ejemplo los actos de registro en materia del registro público mercantil ó registro único de proponentes-, un acto administrativo electrónico será aquella manifestación de la voluntad de la administración, proferida en mensaje de datos con la ayuda de medios digitales, con el fin de producir efectos jurídicos, atendiendo los preceptos legales regulan los elementos de la estructura de los actos administrativos en general y las disposiciones de la Ley 527 de 1999.

Así pues, un decreto o una resolución o cualquier otro acto administrativo se podrán expedir por medios digitales, en virtud de los principios de equivalencia funcional de escrito, firma y original de la Ley 527, con plenos efectos legales, cuando en él se reúnan los elementos subjetivo, objetivo, formal y finalista que se ha precisado⁷⁷.

Entonces, un funcionario público competente podrá expedir y firma un acto administrativo de manera digital, utilizando para ello el hardware y software apropiados que garanticen la integridad, conservación y acceso a la información contenida en él, si en el mismo se establece un objeto y causa lícita, motivando su decisión de tal forma que se ajuste la finalidad perseguida con el ordenamiento jurídico.

A manera de ejemplo, se diría que el funcionario encargado de expedir el acto administrativo, o en algunos casos el funcionario encargado de la proyección del acto administrativo, primero elaborará en su computador una resolución, mediante un procesador de palabra.

Luego en el caso de si son funcionarios distintos a el que proyecta el acto del que lo expide, enviara el proyecto de resolución, por medio del correo electrónico o a través de un dispositivo de almacenamiento de mensajes de datos, al funcionario que los expide para su aprobación y firma.

⁷⁷ CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES. Ob cit. Págs. 284 a 293.

3. EL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

En el plano teórico, ya que en la actualidad si bien se dan algunos casos en que se expiden actos administrativos por medios electrónicos –como por ejemplo los actos de registro en materia del registro público mercantil ó registro único de proponentes-, un acto administrativo electrónico será aquella manifestación de la voluntad de la administración, proferida en mensaje de datos con la ayuda de medios digitales, con el fin de producir efectos jurídicos, atendiendo los preceptos legales regulan los elementos de la estructura de los actos administrativos en general y las disposiciones de la Ley 527 de 1999.

Así pues, un decreto o una resolución o cualquier otro acto administrativo se podrán expedir por medios digitales, en virtud de los principios de equivalencia funcional de escrito, firma y original de la Ley 527, con plenos efectos legales, cuando en él se reúnan los elementos subjetivo, objetivo, formal y finalista que se ha precisado⁷⁷.

Entonces, un funcionario público competente podrá expedir y firma un acto administrativo de manera digital, utilizando para ello el hardware y software apropiados que garanticen la integridad, conservación y acceso a la información contenida en él, si en el mismo se establece un objeto y causa lícita, motivando su decisión de tal forma que se ajuste la finalidad perseguida con el ordenamiento jurídico.

A manera de ejemplo, se diría que el funcionario encargado de expedir el acto administrativo, o en algunos casos el funcionario encargado de la proyección del acto administrativo, primero elaborará en su computador una resolución, mediante un procesador de palabra.

Luego en el caso de si son funcionarios distintos a el que proyecta el acto del que lo expide, enviara el proyecto de resolución, por medio del correo electrónico o a través de un dispositivo de almacenamiento de mensajes de datos, al funcionario que los expide para su aprobación y firma.

⁷⁷ CARLOS ARIEL SANCHEZ TORRES. Ob cit. Págs. 284 a 293.

4. PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Recibido el mensaje de datos que contiene el proyecto de resolución, el respectivo funcionario lo revisará y le hará de una vez los ajustes propios al documento, salvo que para los mismos se requiera la intervención de otro funcionario que lo proyectó, y procederá a firmarlo digitalmente.

Una vez firmado digitalmente, el acto administrativo electrónico, que no podrá ser modificado en su contenido o firma, se enviará por correo electrónico (i) al administrado o (ii) a la oficina de la entidad pública que se encargue de su notificación, publicación y/o archivo o (iii) a la dependencia o entidad que deba cumplirlo y/o ejecutarlo, etc.

Los receptores de ese acto administrativo no podrán desconocer su validez y efectos jurídicos, ni repudiarlo, por el simple hecho de tener la forma de mensaje de datos, salvo las ya estudiadas excepciones que consagra la Ley 527.

Para ello es necesario que la administración pública se apropie de la TIC's y desarrolle dentro de sus entidades sistemas informáticos seguros y eficientes que les permitan expedir los actos administrativos de manera confiable, brindándole no sólo al funcionario público las herramientas tecnológicas adecuadas sino a los ciudadanos para que puedan acceder a los mismos sin restricciones y aprovechando las mencionadas bondades y ventajas de las TIC's.

4.1. LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS.

Respecto de la finalidad y efectos de publicidad en general de los actos administrativos, la Corte Constitucional⁷⁸ ha considerado lo siguiente:

La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre actos administrativos de carácter general y abstracto y actos administrativos de contenido particular y concreto, donde a

4. PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Tal como se indicó en los primeros apartes de este trabajo, es una de las principales preocupaciones de la doctrina nacional y extranjera la forma cómo se dará la publicidad a los actos administrativo electrónicos, puesto que se debe garantizar el derecho de defensa del ciudadano y el poder establecer en el tiempo a partir de cuando el acto administrativo tiene fuerza ejecutoria y es ejecutable.

En efecto, dicha preocupación radica en el hecho que –aparentemente- no existe norma expresa que permita la publicidad y/o notificación de los actos administrativos por medios electrónicos y que, por lo tanto, se hace necesario la expedición de una ley que así lo permita.

Ahora bien, en efecto es necesario tener una norma de rango legal para que lo anterior se dé? O basta con el marco normativo estudiado anteriormente, de pronto complementado con un decreto reglamentario en que se establezcan unos parámetros y herramientas tecnológicas con el objeto de que se unifiquen a lo largo de la administración?

Para responder estos interrogantes, se procederá primero a revisar los fines que se persiguen con la publicidad de los actos administrativos, bien sea en papel o en digital, y que efectos jurídicos tiene la misma, para luego analizar si es posible aplicar las equivalencias funcionales entre lo físico y lo digital en este campo respecto de los actos administrativos generales y de los de carácter particular y concreto.

4.1. LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y SUS EFECTOS.

Respecto de la finalidad y efectos de publicidad en general de los actos administrativos, la Corte Constitucional⁷⁸ ha considerado lo siguiente:

“La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre actos administrativos de carácter general y abstracto y actos administrativos de contenido particular y concreto, unos y

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 646 de mayo 31 de 2000, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

otros, desde luego, deben ser difundidos, esto es dados a conocer a los asociados por las autoridades que los producen, de acuerdo con los mandatos de la ley y en desarrollo de los principios de transparencia y publicidad que consagra el artículo 209 de la CN.

“Ahora bien, de lo que se trata es de establecer si dicho principio, tal como lo sostiene el actor, sólo encuentra plena realización mediante la publicación, sin distingo, de los actos administrativos en el Diario Oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, o si por el contrario el legislador, en ejercicio de la cláusula general de competencia de la cual es titular según lo dispone el artículo 150 superior, puede y debe diseñar otros mecanismos distintos a la publicación del correspondiente Diario Oficial, atendiendo la naturaleza y específicas características de los distintos actos administrativos.

“Para ello hay que decir, que además de la divulgación de las actuaciones de los órganos de poder público como mecanismos de consolidación de la democracia participativa y condición esencial para el ejercicio del derecho de control político, son dos los objetivos que se persiguen con la exigencia de realización del principio de publicidad respecto de los actos administrativos, el primero determinar la fecha de entrada en vigencia de las disposiciones que contienen el respectivo acto y el segundo garantizar la oponibilidad al contenido de los mismos por parte de los ciudadanos legitimados para el efecto.

“La regla general es que el acto administrativo entre en vigencia desde el momento de su expedición, siempre y cuando se haya cumplido los requisitos de publicación o notificación según sea el caso. En consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado será un acto ineficaz, esto es que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación notificación, según se trate de actos de contenido general y abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente.

“Es decir, que los actos administrativos, por disposición de legislador, admiten dos formas concretas de publicidad, su publicación en el Diario Oficial, gaceta o cualquier otro medio oficial de divulgación, si se trata de contenidos abstractos u objetivos, esto es impersonales, y la notificación, si se trata de contenidos subjetivos y concretos que afectan a un individuo en particular, o a varios, identificables y determinables como tales, lo anterior por cuanto la publicidad se ha establecido como una garantía jurídica con lo cual se pretende proteger a los administrados, brindándoles a éstos certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que emanan de su expedición. En cuanto a los actos administrativos subjetivos, cuya acción de nulidad tenga caducidad, ellos deberán ser debidamente publicitados de conformidad con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y demás normas legales pertinentes.”

En virtud de lo anterior, se observa que los fines que se persiguen con la publicidad de los actos administrativos es, por un lado, establecer la fecha cierta de entrada en vigencia de los mismos y, por el otro, procurar que su contenido sea oponible a los ciudadanos, en pro de brindar certeza y seguridad jurídica.

Es claro que la falta de publicidad o fallas que se presenten en la misma no implican la nulidad del acto administrativo expedido validamente, sino que afecta el tema de la producción sus efectos en el mundo jurídico y oponibilidad frente a terceros.

En efecto, el inciso primero del artículo 43 del Código Contencioso Administrativo establece que:

“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.” (Negrillas fuera del texto original)

Igualmente, el inciso primero del artículo 48 del Código Contencioso Administrativo dispone lo siguiente:

“Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, (...)” (Negrillas son nuestras)

De igual manera, se aprecia en la providencia transcrita que para alcanzar esos fines el legislador ha establecido dos formas de publicidad de tales actos, según su naturaleza, esto es publicación en el Diario oficial o cualquier otro medio oficial de difusión para los actos de carácter general y notificación (personal o por edicto) para los de carácter particular y concreto.

Ahora bien, si se hace una primera lectura, se podría suponer que estas formas de publicidad no contemplan formas digitales, que permitan dar a conocer actos administrativos electrónicos y que, por ende, el legislador debería establecerla de manera especial.

No obstante, al acudir a una interpretación sistemática de las normas sobre publicidad contenidas en los artículos 43 a 47 del Código Contencioso Administrativo, con el artículo 6 de la Ley 962 de 2005 y los principios de equivalencia funcional y las normas de la Ley 527 de 1999, se encuentra que es posible efectuar digitalmente la citadas

formas de publicidad establecidas por el legislador, sin necesidad expedir una nueva normatividad.

Se debe recordar que el legislador habilitó para la administración pública la posibilidad de utilizar mecanismos electrónicos en los siguientes apartes del ya transcrito artículo 6 de la Ley 962, que se reiteran a continuación con el fin de brindar una mayor ilustración sobre este punto en especial:

*“(...) La sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, **notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.**”*

“(...) La utilización de medios electrónicos se regirán por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293 del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.”

“Parágrafo 1º. Las entidades y organismos de la Administración Pública deberán hacer públicos los medios tecnológicos o electrónicos de que dispongan, para permitir su utilización.”

*“Parágrafo 2º En todo caso, el uso de los medios tecnológicos y electrónicos para adelantar trámites y competencias de la Administración Pública **deberán garantizar los principios de autenticidad, disponibilidad e integridad.**”*

Lo importante es que los mecanismos tecnológicos empleados logren los fines que se persiguen con la publicidad, garantizando la seguridad e inalterabilidad de la información contenida en el acto administrativo electrónico y los derechos de defensa de los administrados.

Se busca es que se den las mismas premisas de la publicación o notificación en físico bajo las que actualmente se practican, para su trámite digital.

Es más en alguno casos se podrá apreciar que se lograría una mayor publicidad con los medios telemáticos que en papel, por ejemplo un acto administrativo publicado digitalmente el Diario Oficial, mediante páginas web, lo pueden conocer cualquier persona alrededor del mundo, mientras que en su publicación material solo la leen unas

cuantas personas que adquieren el Diario Oficial y que solo están en el País o en determinadas zonas del mismo.

Para ello se procederá analizar para cada una de las clases de publicidad de los actos administrativos, cuáles son los procedimientos establecidos por el legislador y cómo se pueden aplicar los principios de equivalencia funcional a los mismos.

4.2. PUBLICACION Y COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS DE CARÁCTER GENERAL

La forma de cómo se deben publicar y comunicar los actos administrativos de carácter general, que así lo requieran⁷⁹, se encuentra contenida en el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, en los artículos 1, 3 y 8 de la Ley 57 de 1985⁸⁰ y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

Así pues, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo indica que:

*“Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no **hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.***

“Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

*“Las decisiones que **pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.**” (Negrillas no pertenecen al texto)*

⁷⁹ El Dr. Carlos Ariel Sánchez ha precisado que existen actos generales que no están sujetos a promulgación, en los siguientes términos: “El principio general que determina que el acto administrativo de carácter general no obliga sino a partir de su promulgación y publicación, se rompe en algunos casos. “En efecto, puede haber actos generales que impliquen el ejercicio de poderes públicos, para los cuales no se exige el requisito de la publicación; son actos van dirigidos a los funcionario, colaboradores de la administración, que ponen en movimiento ciertos mecanismos del gobierno para poder dar cumplimiento a los objetivos propuestos dentro de una política gubernamental.

“(…) En estos eventos no es necesario la promulgación o publicación del acto, pues estos funcionarios tiene conocimiento del mismo desde que se imparte su sanción y pueden por esta razón aplicar sus mandamientos inmediatamente, sin que por este motivo se vulneren o conculquen los derechos ciudadanos.” (Ob. Cit. Págs. 132 a 133)

⁸⁰ Publicada en el Diario oficial No. 37.056, del 12 de julio de 1985

Sin embargo, el citado texto normativo ha sido modificado por la Ley 57 de 1985, ya que esta última eliminó la posibilidad de publicarlos en un diario de amplia circulación.

Adicionalmente, el artículo 119 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

“A partir de la vigencia de la presente ley, todos los siguientes actos deberán publicarse en el Diario Oficial:

“a) Los actos legislativos y proyectos de reforma constitucional aprobados en primera vuelta;

“b) Las leyes y los proyectos de ley objetados por el Gobierno;

“c) Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas Ramas del Poder Público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.

“PARAGRAFO. Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad.”

De esa manera, los actos administrativos generales tienen dos esquemas de publicidad, como es (i) la publicación en el Diario Oficial, gacetas o boletines oficiales y (ii) la comunicación por cualquier medio hábil, esta última opera para cuando finalizan una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general.

En cuanto al caso de la publicación, se advierte que la Imprenta Nacional tiene versión digital del Diario Oficial, en su página web http://www.imprenta.gov.co/print-int/HTML/frameset/inter_diariofi.htm, al igual que otros diarios o boletines oficiales de entidades territoriales, como por ejemplo en el Distrito Capital.

Entonces, atendiendo al principio de la equivalencia funcional entre lo digital y lo escrito como la existencia de herramientas tecnológicas antes anotadas, permite que se de plena publicidad por tales medios a los actos administrativos electrónicos.

Dicha publicación por mecanismos virtuales, como pasa con el citado Diario Oficial, garantiza una mayor publicidad del acto que cuando se hace en físico, como ya se anotó,

puesto que permite su consulta global por cualquier ciudadano del planeta que acceda a la respectiva página web.

Igualmente, si se quiere hacer la publicación tradicional en papel del acto administrativo general electrónico, se puede imprimir en el Diario Oficial en físico, pero la impresión física sería una copia del original en digital.

Respecto del mecanismo de comunicación por medios idóneos, el acto administrativo electrónico se podría comunicar a través de su comunicación en línea, vía Internet, como por ejemplo correo electrónico, Chat, mensaje de texto celular, etc.

Para ello es pertinente que el administrado que haya presentado la petición en interés general, indique en su petición que puede formularse por escrito o por medios electrónicos de acuerdo con disposiciones de la Ley 962 de 2005, la dirección electrónica, correo electrónico, número celular, etc., tal y como lo hace actualmente cuando señala en su petición el lugar físico en donde recibe las notificaciones.

La referida indicación para recibo de notificaciones debe hacerse por el peticionario de manera clara y precisa, como lo debe hacer para una dirección de nomenclatura urbana.

Podría preguntarse qué sucede si el correo electrónico se satura y el mensaje se rechaza u si el administrado lo borra o no lo lee?

La solución a este interrogante sería la misma cuándo se hace de manera material el envío de la comunicación, a través de un mensajero o funcionario, si no encuentra a nadie en la dirección física, o si no le quieren recibir el documento o si lo entrega en papel y el administrado opta por no leerlo o por destruirlo.

Es posible en este caso utilizar las herramientas digitales, para la constancia de entrega en el buzón de correo electrónico o la de lectura que actualmente existen, como también las mismas funciones que tienen los servidores en informar que el correo se encuentra lleno o que la dirección no existe. Es más estas funciones permiten en caso de que el correo este lleno, que el mismo sistema reintente el envío de la información sin necesidad de que el emisor lo haga.

Evitamos con esta forma desplazamiento de mensajeros o de funcionarios, con los costos que esto implica o los costos del envío en físico a zonas fuera de la ciudad donde tiene sede la entidad pública o fuera del país.

Las actuaciones de comunicación realizadas por esta vía digital deberán conservarse en el archivo físico y digital para su posterior consulta, de la misma manera en que se hace actualmente al conservación de expediente en papel.

Se puede recomendar es que el Gobierno Nacional expida un decreto en el cual se uniformice los medios electrónicos que las diferentes entidades públicas para este caso en especial.

4.3. PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTENIDO PARTICULAR Y CONCRETO

La publicidad de los actos administrativos de contenido particular y concreto se surte mediante la notificación personal de los mismos y de manera supletiva, cuando la primera no se puede llevar a cabo, por medio de edicto.

La notificación personal se encuentra regulada en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, en los términos que se transcriben a continuación:

“Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.”

“Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.”

“Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.”

“No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.”

"Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

"En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este Código."

El Consejo de Estado ha señalado que *"la notificación es un acto simbólico y solemne mediante el cual el Estado enter a al particular de una determinación unilateral respaldada en la supremacía que le confiere la autoridad soberana que le distingue y le separa de los administrados. Sólo a partir de esa ceremonia de poder, surtida, sin embargo, en un trámite secretarial, la providencia puede producir efectos. En el fondo se trata de una garantía y de la manera jurídica de hacer efectivos los derechos porque, desde ese momento el particular puede interponer los recursos y ejercer las acciones que la Constitución y la ley consagran a su favor para restablecer el equilibrio perdido en tan desigual intercambio. Ningún querer o manifestación del gobernante puede variar semejante mecanismo de defensa de los derechos y libertades"*⁸¹.

Queda claro entonces que la notificación personal es el acto por excelencia que materializa la publicidad de los actos administrativos de carácter particular y se constituye en la ruta mas importante para que los administrados ejerzan su derecho de defensa a través de los recursos que consagra la ley. Exige la norma que para practicar la diligencia de notificación personal y ante la ausencia de un medio más eficaz, la administración deberá citar al interesado a la dirección que él mismo haya reportado.

Se aprecia que la norma en comento trae un procedimiento general para la notificación personal, pero no indica a nivel de detalle como se adelanta físicamente dicha diligencia, por lo que cada entidad pública ha establecido internamente como se lleva acabo y los formatos que en ella se emplean.

Entonces, se infiere que la notificación personal, como su nombre lo indica, tiene como objetivo informar del contenido y entregar copia del acto -incluyendo la indicación de si proceden o no recursos⁸²- directamente a las personas naturales o jurídicas, verificando

⁸¹

⁸² El artículo 47 del Código Contencioso Administrativo señala que: "En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo"

para ello su identidad del o los sujetos a notificar y si tiene la representación legal, en los casos que ella se requiera.

De esta forma, la práctica común en la administración pública para ese tipo de notificaciones es la siguiente:

El trámite en físico puede darse o bien citando al interesado o interesados a que se presenten corporalmente a la entidad o enviar a un funcionario para que los notifique en el lugar físico en donde se encuentren.

En cualquiera de las dos situaciones antes anotadas, el funcionario deberá comprobar la identidad que comparece a notificarse y para los representantes legales que en efecto tengan dicha calidad con el correspondiente certificado de existencia y representación legal, el cual muchas veces ya se encuentra en el expediente que da lugar al acto administrativo.

Efectuada la señalada etapa, se procede a entregarle al administrado “copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión” y se le precisan los recursos que proceden, en caso de que procedan, contra dicha decisión.

De lo anterior, se deja constancia dentro del expediente a través de diferentes medios – sellos o actas suscritas por el notificado y notificador-, puesto que las transcritas normas del Código Contencioso no precisan la forma que debe adoptar dicha constancia.

Entonces, retomando la facultad que la administración pública de utilizar “soportes, medios y aplicaciones electrónicas” para las notificaciones de los actos administrativos, otorgada por los apartes del artículo 6 de la Ley 962, transcritos al inicio del presente capítulo, se tiene que dicha notificación personal se puede realizar de manera virtual, ya no corporal, siempre y cuando se garantice la identidad del notificado, que este conozca directamente el contenido del acto y que se le entregue gratuitamente el acto administrativo electrónico, manteniendo la integridad y autenticidad del mismo.

Se puede inferir que no es un problema de vacío legal para que lo anterior se lleve a cabo, sino que se debe buscar la herramienta tecnológica que permita ello, esto es que sea un equivalente funcional a que si se hiciera de manera presencial o corporal.

En efecto, la herramienta digital y sus aplicaciones deben permitir que se verifique que la identidad de la persona que se notifica por este medio, puede ser a través de la utilización de certificados de firmas digitales o parámetros biométricos, claves asignadas, etc.

Una solución de medio digital para notificaciones se lanzó al mercado por la firma Certicamara S.A. a mediados del año 2009, bajo la denominación *Certim@il*, que en términos de sus creadores se promociona así:

“Es una plataforma de Correo Electrónico Certificado que proporciona un servicio de notificación electrónica por e-mail que cuenta con la misma validez jurídica y probatoria de un envío certificado por medios físicos; CertiM@il es un registro verificable que prueba: el envío, la entrega, el contenido transmitido y que agrega la fecha y hora oficial en el envío o recepción del correo electrónico; así como, la trazabilidad y auditoria de ruta de entrega de la transacción.”⁸³

CertiM@il goza de las siguientes características tecnológicas, que permiten la notificación digital de actos administrativos expedidos por medios electrónicos:

“CertiM@il es amigable con el Usuario, es fácil de instalar y requiere entrenamiento mínimo; está al alcance del usuario inmediatamente y con un solo clic se obtiene:

“Servicio Certificado CertiM@il® con Banner

“Servicio Certificado CertiM@il® sin Banner

“Servicio Electrónico de Contratos eSignOff™

“Firma Digital con marca de Sello Digital®

“Servicio de SideNote™ como Nota Confidencial para Usuarios Secundarios

“Conversión-PDF

“Conversión-PDF con Clave de Acceso

“Limpieza de Meta-data

“Compresión-Zip

“Servicio de Respuesta Registrada™ CertiM@il

“Servicio SecuRmail™ Cifrado de correos para confidencialidad.

“Servicio SecuRmail™ + Certificado digital de firma

“Código de Referencia de Cliente

“Reporte Periódico de Uso estándar”

⁸³ Ver la página de Certicamara S.A. donde se promociona el *CertiM@il*: http://www.certicamara.com/index.php?option=com_content&task=view&id=119 (Consultada el 29 de agosto de 2009)

No se puede indicar casos que se haya utilizado esa solución tecnológica, por lo reciente de su lanzamiento al mercado colombiana, por lo que impide presentar casos reales, pero para efectos académicos nos da una aproximación a lo que aquí se propone, ya sería que la administración pública reglamente si es esta tecnología o otra que se adopte.

En cuanto a los posibles problemas que se presenten suplantaciones, ha de procurarse las aplicaciones tecnológicas que eviten las mismas.

Es más en el actual procedimiento corporal a veces se pueden presentar suplantaciones con cédulas falsas, por ejemplo, lo cual lleva a que la administración tome medidas legales posteriores en el caso de que éstas se detecten, como la presentación de la correspondiente denuncia penal o subsanar el trámite de la notificación, entre otras, por lo que de igual manera debería proceder si la suplantación se hace en medio digital.

De igual forma, la herramienta tecnológica deberá permitir que se constate si actúa en calidad de representante legal, lo cual se puede hacer con la implementación de certificados de existencia y representación legal contenidos en soporte digital u otro mecanismos, o si ya reposa en el expediente dicho documento bastar con cotejar la identificación de la persona a notificar virtualmente con la que figura en el certificado en poder de la entidad pública.

El medio electrónico de notificación debe garantizar canales de comunicación segura, verbigracia certificados digitales de servidor seguro y otras aplicaciones de software especializados en ello, como la inalterabilidad y autenticidad del acto administrativo electrónico que se le entregaría por este medio al notificado, podría ser con el empleo de firmas digitales, tal y como ya se analizó en este trabajo al revisar como operan éstas y como dan una protección al documento frente a posteriores manipulaciones.

También se pueden generar funciones en los aplicativos electrónicos que le permitan al administrado previamente ejercer o no potestad de notificarse, por ejemplo que le pregunten si desea o no realizar la notificación, como cuando los programas de procesadores de datos le preguntan si en efecto desea o no borrar un archivo.

El sistema generaría reportes y constancias digitales de todo lo actuado, con fechas y horas, los cuales deberán conservarse por la entidad pública en el respectivo expediente para su posterior consulta.

Para efectos de determinar cuando se debe acudir a la notificación por edito, el mismo sistema puede generar avisos o alertas en los cuales se indique, según la parametrización del software, si el administrado ha manifestado en el aplicativo que no desea notificarse o si después de pasados los cinco días de enviarle la citación al correo electrónico, por ejemplo, el administrado no ha procedido a efectuarla.

Las bondades que traería el realizar dicho procedimiento de notificación utilizando tales medios digitales son, entre otras, las siguientes:

a).- Evitaría el desplazamiento del administrado hasta la sede de la entidad pública, más si se encuentra en otro lugar del País, fuera de la ciudad o en condiciones de discapacidad física, entre otras, que le impidan acudir corporalmente.

Es natural que para ello, el administrado deba contar con los medios tecnológicos que le permitan acceso a la información y al uso de los aplicativos, por medio de computadores con acceso a Internet, teléfonos móviles (black berrys, iphones, etc.), como también deberá comunicar a la entidad que desea notificarse por este mecanismo.

b).- Mejoraría los plazos para la notificación ya que darse en tiempo real o en términos mas cortos que los actuales.

c).- Procuraría que se empleen programas de estampado cronológico, para la inserción en los mensajes de datos de la fecha y hora en que se surten las actuaciones, y de seguridad de los canales de comunicación.

d).- Efectuaría la generación de reportes, avisos y/o alertas que lleguen conjuntamente a los computadores de los servidores públicos encargados de sustanciar y proferir el acto administrativo electrónico, lo que permite ejercer un mayor seguimiento, control y vigilancia de los mismos.

c).- Daría mayor garantía al notificado, ya que no se le entregaría una copia del acto sino un original, como anteriormente se anotó que los medios electrónicos permite tener múltiples originales de un documento si se mantiene inalterado.

Ahora bien, si se quiere dar uniformidad de las herramientas tecnológicas que se emplearían por las entidades públicas y procurar que los administrados las conozcan y se aseguren su debida utilización en procura de sus derechos y deberes, el Gobierno Nacional puede expedir un acto administrativo que fije los requisitos que deben cumplir aquellas, su difusión a los ciudadanos, y todos los demás elementos que las hagan operativas.

El decreto se puede expedir en ejercicio de la potestad reglamentaria del ejecutivo respecto del artículo 6 de la Ley 962 de 2005.

De otra parte, la notificación por edicto, que como ya se indicó es supletiva de la personal, y está contenida en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, así:

“Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia.”

El procedimiento antes anotado se puede producir por medios electrónicos, atendiendo el principio de equivalencia funcional de lo digital por lo escrito, toda vez que el edicto consta en un documento escrito y su publicación debe hacerse en un lugar público de la entidad.

Entonces, el edicto se puede expedir electrónicamente y publicarlo en la página web de la entidad, lo que propendería a que se de mayor publicidad que si se fija en la cartelera que la entidad pública haya destinado para tal efecto, toda vez que para que los ciudadanos accedan a la lectura física deben desplazarse hasta la entidad, mientras que por medios electrónicos cualquier persona en el mundo puede acceder a la página web y consultar los edictos en ella contenidos.

Por último, la página web deberá tener un aviso que advierta a la comunidad de donde se encuentran contenidos los edictos digitales y un link de fácil ingreso que permita su consulta sin ningún contratiempo.

En consecuencia, es posible llegar a inferir los siguientes aspectos

que la normativa actual faculta a la administración pública para que sustente, mediante los medios electrónicos, los actos administrativos, sin que para ello se requiera una ley especial.

Por tanto, no existe algún tipo de limitación en cuestiones meramente operativas y de procedimiento, sino de las firmas digitales en la administración con los parámetros y requisitos contenidos en la Ley 527 de 1999, pero no se requiere una reforma al Código Administrativo que trate sobre el fondo o de contenido de los actos administrativos expedidos.

En este marco legal habilita, sin necesidad de existir una ley especial, a la administración para que use las firmas digitales en la Ley 527 de 1999, las cuales garantizan tanto la identificación del funcionario que suscribe el acto como la integridad de su contenido.

Por lo tanto, la transformación de los TAC's en la sustanciación y expedición de los actos administrativos no altera los elementos de la estructura de los mismos, ya que tales como se presentan en todos los actos administrativos sin importar si están en papel o en un mensaje de datos.

Adicionalmente, incluye el elemento formal, el cual queda subsanado por la aplicación de los principios de la equivalencia funcional de la Ley 527 de 1999, en el sentido de que se exige normativamente que el acto corra por escrito y requiera firma o sello.

Por lo tanto, los actos administrativos electrónicos gozan de la presunción de legalidad, por lo que son ejecutivos y ejecutables, sin que se vean afectados en su validez y efectos.

CONCLUSIONES

De las anteriores consideraciones, es posible llegar a inferir los siguientes aspectos finales:

- El marco normativo actual faculta a la administración pública para que sustancie, firme y expida actos administrativos por medios electrónicos, sin que para ello se requiera una ley especial.

Pueden darse algún tipo de reglamentación en cuestiones meramente operativas y de procedimiento, usos de las firmas digitales en la administración con los parámetros y disposiciones contenidos en la Ley 527 de 1999, pero no se requiere una reforma al Código Contencioso Administrativo que trate sobre el fondo o de contenido de los actos administrativos así expedidos.

- Igualmente, dicho marco legal habilita, sin necesidad de existir una ley especial, a la administración para que use las firmas digitales de que trata la Ley 527 de 1999, las cuales garantizarán tanto la identificación del funcionarios que suscribe el acto como la integridad de su contenido.
- La incorporación de las TIC's en la sustanciación y expedición de los actos administrativos no altera los elementos de la estructura de los mismo, ya que tales elementos se predicen de todos los actos administrativos sin importar si están contenidos en papel o en un mensaje de datos.

Dicha afirmación incluye el elemento formal, el cual queda subsanado por la aflicción de los principios de la equivalencia funcional de la Ley 527 de 1999, en caso de que se exija normativamente que el acto conste por escrito y requiera firma manuscrita.

- Los actos administrativos electrónicos gozan de la presunción de legalidad, por lo que son ejecutorios y ejecutables, sin que se vean afectados su validez y efectos

jurídicos por ser mensajes de datos, siempre y cuando cumpla con los elementos de fondo y con las condiciones de confidencialidad, autenticidad e integridad de la información.

- El problema que lleva a que en la actualidad no se expidan en Colombia actos administrativos, es más un fenómeno de cultural, que legal, ya que falta que la administración pública se apropie y confíe en las herramientas tecnológicas adecuadas para la producción de tales actos. Por esta razón, en caso de que se decida dar una ley o decreto relacionado con esta materia el mismo tendrá una función pedagógica, más que habilitante.

BIBLIOGRAFÍA

- Laguado, Roberto. "Actos administrativos por medios electrónicos. Revista Vniversitas No. 105. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Junio de 2003. pags.89 a 128. Revista Alfa-Redi No. 188. Junio de 2003. <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/70103--14-11-Acto%20Administrativo%20Electrónico.pdf>. Consulta enero 8 de 2003.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel. Acto administrativo: Teoría general. 2ª ed. Bogotá. Legis. 1998.
- Ibáñez Parra, Oscar y Rincón Cárdenas, Erick. "El Acto Administrativo Electrónico y las Nuevas Tecnologías de la Información". http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista7/ACTO_ADITIVO_ELECTRONIC O.doc. Consulta 26 de noviembre de 2005.
- Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo. 11ª ed. Bogotá. Temis 1997.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: Acto Administrativo: Procedimiento, eficacia y validez. 4ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. 13ª ed. Bogotá. Temis, 2002.
- Tafur Galvis, Alvaro. Estudios de derecho público. 1ª ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1997.
- Younes Moreno, Diego. Curso de derecho administrativo. 6ª ed. Bogotá. Temis. 1997.
- Rave Aristizabal, Gabriel. Compendio de actuaciones administrativas y derecho procesal administrativo. Medellín. Señal Editorial. 2000.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel (Director). Teoría del acto administrativo y regímenes de las actuaciones administrativas: compendio de extractos jurisprudenciales. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1997.
- Penagos, Gustavo. El acto administrativo. Volumen 3: El acto administrativo según la jurisprudencia. 6ª ed. Bogotá. Librería del Profesional. 1996.
- González Rodríguez, Miguel. Derecho procesal administrativo. 10a ed. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho procesal administrativo. 6ª ed. Bogotá. Señal Editorial. 2002.

Galindo Vácha, Juan Carlos. Lecciones de derecho procesal administrativo. Volumen I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Discentibus Auxilia 1. 2003.

Rivero, Jean. Páginas de derecho administrativo. Bogotá. Universidad del Rosario. Temis. 2002.

Brewer-Carías, Alan R. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Bogotá. Legis. 2003.

Dromi, Roberto. El acto administrativo. 3ª ed. Reimpresión. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 2000.

Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo: El acto administrativo. 1ª ed colombiana. Bogotá. Fundación de Derecho Administrativo y Editorial Dike. 1999.

García de Enterría, Eduardo y otro. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. 10ª ed reimpresión. Madrid. Editorial Civitas. 2001.

Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. 200.

Zataranin del Valle, Reyes. La administración pública electrónica: un futuro de cooperación interadministrativa. Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 10 a 12

Liikamen, Erikki. Administración electrónica y la Unión Europea. Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 13 a 16.

Pérez Villaplana, Juan. Tecnología para la e-Administración. Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 17 a 22.

Segarra Torno. Una experiencia en la Administración Estatal: la AET en sus relaciones con los particulares y empresas Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 28 a 32.

Cerzo Peco, Fermín. Una experiencia en la Administración Local: CAVI (Catarroja, Ayuntamiento Virtual). Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 37 a 38.

Hernández Alonso, Juan Vicente. El despegue de los servicios públicos online en Europa. Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pag. 39 a 41.

Scherlis, William. Investigación en IT, innovación y e-Administración. Revista Novatica. Vol. 162. marzo- abril 2003. pags. 46 a 47.

Piña. Marco. Gestión Colaborativa. http://www.astic.es/nr/astic/boletic-todos/boletic22/infra_cont_vig.pdf. Consulta Enero 9 de 2004

Cambra de Comrç de Barcelona. Comercio electrónico y administración pública electrónica. http://www.cambrabcn.es/Castellano/Soluciones_internet/documents/ecommerce12esp.pdf. Consulta Enero 9 de 2004.

Linaes Gil, Maximino. La firma electrónica en el procedimiento administrativo. <http://www.um.es/atika/ssl/docs/seminarios/FE6junio2000/Maximino.doc>. Consulta Enero 9 de 2004.

Xunta de Galicia. Telefónica de España. E-Administración. <http://www.webnuevastecnologias.com/newtecnofr/docinteres/pdfmono8.pdf>. Consulta Enero 9 de 2004.

IconMediaLab. Administración Pública. <http://www.iconmedialab.es/contenido.asp?idseccion=2&idSubseccion=1>. Consulta Enero 10 de 2004.

Torrijos Valero, Julian. La e-Administración: ¿realidad o ciencia ficción?. www.um.es/dereadmiv/documentos.html. Consulta Enero 10 de 2004.

Grupo de estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informativa Universidad de los Andes. Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Bogotá. Legis. 2002.

Pinochet Olave, Ruperto. Contratos electrónicos y defensa del consumidor. 1ª ed. Madrid. Marcial Pons. 2001.

Fernández, Rodolfo. Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en internet. 1ª ed. Pedro Brossa & Asociados y J.M. Bosch Editor. Barcelona. 2001.

Mena C., Leonardo. Ley y Reglamento sobre documento electrónico, firma electrónica y la certificación de dicha firma. Ministerio de Economía de la República de Chile. Presentación en Power Point. http://www.modernizacion.cl/archivos_documentos/2002/otros/MINECON_L-MENA%2026-09-2002.pdf Consulta Enero 10 de 2004.

Abreu González, Gigliolla. Hacia el procedimiento administrativo electrónico venezolano dentro del contexto de la administración pública electrónica. Ponencia dentro del 1er Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad. Comunicaciones Grupo 8 Democracia y participación ciudadana en la sociedad interconectada. <http://cibersociedad.rediris.es/congreso/comms/g08abreu.pdf>. Consulta Enero 10 de 2004.

Hernández-Mendible, Víctor Rafael. El derecho administrativo en la sociedad de la información (Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática). <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/316/16.pdf>. Consulta Enero 10 de 2004.

García Más, Francisco Javier. Comercio y firma electrónicos.(Análisis Jurídico de los servicios de la sociedad de la información). 1ª edición. Editorial Lex Nova. Valladolid. España. 2002.

Lossano, Mario G. "E-Government: la Experiencia italiana", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp. 4 a 22

Gutiérrez Gómez, María Clara. "Hacia el gobierno electrónico: elementos para el desarrollo de una política estatal" ", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp. 23 a 67.

Cano, Jeimy J. "Admisibilidad de la evidencia digital: De los conceptos legales a las características técnicas" ", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp.177 a 199.

Rico Carrillo, Mariliana. "Función procesal probatoria del documento electrónico", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp.

Gamboa Bernate, Rafael Hernando. "Soberanía estatal en Internet: análisis desde la perspectiva de conflictos de jurisdicción y competencia en el plano nacional e internacional" ", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp. 293 a 355.

Remolina Angarita, Nelson. "Centrales de información, hábeas data y protección de datos personales: Avances, retos y elementos para su regulación", en Derecho de Internet & Telecomunicaciones. Grupo de estudios en Internet Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática. Universidad de los Andes. Edit. Legis S.A. Colombia. 2003, pp. 357 a 429.

Capanegra, Horacio. Planificación de una política de gobierno electrónico. http://www.cfired.org.ar/esp2/eventos/Ticshubut/pon_stafe.pdf. Consulta Enero 8 de 2006.

Alanis. Macedonio. Gobierno electrónico: qué más se puede hacer con las páginas de Internet?. Boletín de Política Informática No. 2, 2001. http://si.mtv.itesm.mx/Publicaciones/e-gob_Malanis.pdf. Consulta Febrero 12 de 2004.

Reilly, Katherine y Echeberría, Raúl. El papel del ciudadano y de la OSC en el E-gobierno (Un estudio de gobierno electrónico en ocho países de América Latina). Asociación para el progreso de la Comunicaciones. Enero 2003. <http://katherine.reilly.net/docs/EGOV&OSCenALC.pdf>. Consulta el 16 de enero de 2006.

Reilly, Katherine y Gómez, Ricardo. "Reflexiones entorno a las políticas públicas (Exploración de las tecnologías de la información y comunicaciones y las políticas públicas en América Latina y el Caribe)". Resultados de una conversación colectiva patrocinada por PAN Américas, CIID. Septiembre 2002. <http://katherine.reilly.net/docs/reflexiones.pdf>. Consulta 13 de enero de 2006.

Reilly, Katherine. "Gobierno, Tecnologías de Información y Comunicaciones y sociedad civil en América Central: Uso de tecnologías de información y comunicaciones por

parte del gobierno nacional ¿contribuye a una mayor democratización del estado?”. <http://katherine.reilly.net/docs/versioncorta.pdf>. Consulta 21 de diciembre de 2005.

Umaña Chaux, Andrés Felipe. “Algunos comentarios sobre el principio de equivalencia funcional en la ley 527 de 1997”, en la Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No. 1. Centro de Investigaciones y Nuevas Tecnologías de la Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Abril 2005. pp. 75 a 111.

López Alonso, Rosa M. “El documento electrónico en Europa”. Ponencia actualizada presentada en Andújar durante las III Jornadas Andaluzas de Archivos Municipales, Marzo de 2000. <http://www.ugr.es/~vjarchiv/images/Rosa.doc>. Consulta 30 de noviembre de 2005.

UROSARIO - BIBARA

TMDA 0010 2009

Ejemplar. 1



100113562

