



Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Central

Sucre – Bolivia

Especialización Superior en Derecho y Práctica Notarial

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL

**Monografía presentada para obtener el
Grado Académico de Especialista en
Derecho y Práctica Notarial**

Alumno: María Hortencia Almendras Nogales

Oruro – Bolivia

2010

AGRADECIMIENTO

Agradecer a las Autoridades de la Universidad Andina “Simón Bolívar” de la ciudad de Sucre-Bolivia, por habernos brindado la oportunidad de realizar el presente curso a distancia, haciendo que avancemos un peldaño más en nuestra vida profesional.

Un agradecimiento especial a todos los Docentes que con gran amplitud enriquecieron mis conocimientos sobre Derecho y Práctica Notarial

INDICE

Introducción.....	3
-------------------	---

CAPITULO I

Elección de Asignatura.....	6
Elección del Área.....	6
Exploración Básica.....	6
Bibliografía Básica.....	6
Elección del Tema.....	6

Marco Teórico.....	7
Marco Conceptual.....	7
Marco Histórico o Referencial.....	7

Planificación del Trabajo.....	8
Antecedentes.....	8
Planteamiento del Problema.....	8
Justificación.....	8

Objetivos del Estudio.....	10
Objetivos Generales.....	10
Objetivos Específicos.....	10

Diseño Metodológico.....	11
--------------------------	----

CAPITULO II

Desarrollo del Trabajo.....	12
2.1 Aspectos Generales.....	12
2.2. Documento Electronico.....	12
2.3. Seguridad en los Contratos Electrónicos.....	16
2.3.1. Firma Electrónica – Concepto.....	16
* Firma.....	16
* Firma Digital.....	16
* Firma Electrónica.....	16
* ¿Cómo Funciona la Firma Electrónica?.....	18
2.3.2. Diferenciación.....	19
2.3.3. La Autenticación.....	19

CAPITULO III

La Legislación sobre la Firma Electrónica.....	22
3.1. Aspectos de Legislación.....	22
3.2. Aspecto de Regulaciones en Diferentes Países.....	22
3.2.1. La Ley de la Firma Electrónica en España.....	23
3.2.2. Ley Sobre Firma Electrónica de Chile.....	23
3.2.3. Ley de Firma Digital en Perú.....	24
3.2.4. Firma Electrónica en Guatemala.....	24
3.4. Aspecto Problema.....	24

CAPITULO IV

Los Principios Notariales en Tela de Juicio.....	26
4.1. El Principio de Inmediatez.....	26
4.2. El Principio de Permanencia.....	27
4.3. El Principio de Unidad de Acto.....	28
4.4. Aspectos a Considerar.....	28
4.4.1. Las Redes Abiertas un Nuevo Escenario.....	29
4.4.2 Confidencialidad e Intimidad Versus Seguridad.....	29

CAPITULO V

Derecho Notarial – Conceptos.....	32
Derecho Notarial.....	32
La Función Notarial.....	32
Fe Pública.....	32
Fe Pública Notarial.....	32
5.1. La Relevancia del Derecho Informático para el Derecho Notarial...	33
5.2. La Fe Pública Notarial.....	34
5.3. La Fe Pública Informática.....	34
5.4. Seguridad.....	36
5.5. Los Documentos Electrónicos se Pueden Firmar.....	38
5.6. Los Certificados.....	38
5.7. Nuevas Funciones del Notario.....	40

CAPITULO VI

Conclusiones.....	41
Bibliografía.....	44

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se referirá a enfocar los aspectos positivos y negativos de la Firma Electrónica, pero en el campo de la Función Notarial.

En nuestro ordenamiento legal en vigencia, se hace referencia a los actos que deben estar por escrito, lo que nos lleva a establecer que ningún acto escrito pudiera encontrarse en un soporte distinto al papel.

Hoy en día nadie puede negar el impacto que ha producido la revolución informática o revolución digital en todos los campos de la actividad humana. Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso, modificando las relaciones humanas en todos los campos, como ser lo económico, laboral, comercial y los medios de comunicación, originándose a su vez situaciones nuevas que ni las propias leyes habían previsto.

Situación ésta que también va reflejándose gradualmente en el campo del Derecho, el que debe aceptar dichos cambios, adaptando las normas a las nuevas situaciones y relaciones.

El gran impacto que ha generado en los seres humanos, la introducción de las nuevas tecnologías de la información, es actualmente un hecho irrefutable e indiscutible. Su influencia ha sido de tal magnitud que los especialistas no han dudado en advertir que las nuevas tecnologías han producido y producirán cambios tan profundos en la sociedad, que tales adelantos han dado paso a una nueva etapa de la historia de la humanidad: la de la sociedad de la información.

En la práctica de la Función Notarial un principio básico y fundamental es el hecho de que el Notario debe ofrecer y dar seguridad jurídica a las partes que recurren a sus servicios, sea sobre bienes patrimoniales o sobre hechos y actos que han sido percibidos por sus sentidos. El Notario está investido para dar FE de todo lo que ve y oye, así lo establece la Ley del Notariado y todas nuestras disposiciones legales anexas.

Sin embargo con los avances de la Tecnología se ha llegado a considerar el uso del documento electrónico, que es producido y leído a través de medios informáticos,

documento que al paso del tiempo se está incursionando con mayor rapidez en el comercio electrónico, con los denominados Contratos Electrónicos.

Sobre los Documentos Electrónicos muchos estudiosos aseveran que: La fiabilidad, entendida como la imposibilidad de copia, de la llamada firma electrónica, es infinitamente superior a la fiabilidad, entendida también como la imposibilidad de copia, de la firma manuscrita; la firma manuscrita, es conocido por todos, se falsifica, o sencillamente se imita, pudiendo llevar a error o a confusión, con relativa sencillez; la firma electrónica, ofrece una garantía muy superior ya que resulta prácticamente infalsificable y puede otorgar la confianza necesaria para utilizar la herramienta electrónica -la red Internet, por ejemplo- en la contratación a distancia.

Conforme a investigaciones del Poder Judicial del Reino de España, se tiene que existe la sugerencia de que por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre se presten los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia, desde el punto de vista jurídico, de la emisión y recepción de informaciones y comunicaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, creándose así, con el espaldarazo legal, un certificador público de firma electrónica.

Y es en el Sistema del Notariado Latino que se avizora la incursión del Derecho Informático en el Derecho Notarial, con este fin se está buscando los mecanismos para la validez legal de las transacciones y contratos de un documento público notarial, cómo ha de participar el Notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas y cuales serán las exigencias para desarrollar su función en este novedoso mundo de la electrónica. En los diferentes Congresos o Jornadas sobre materia notarial, destacan la necesidad de promover la tramitación de escrituras digitales o medios tecnológicos electrónicos de alta seguridad, para la función notarial, así inclusive se llega a hablar del CYBER-NOTARIO, que surge como la solución anglosajona, cuyo rol será el de combinar experiencia legal y técnica en una sola especialización y cuyos miembros ejercerán funciones distintas pero complementarias, para construir un puente entre el sistema de Common Law y las jurisdicciones basadas en el sistema del Notariado

Latino, la que se constituye en una figura que promete dar respuestas a los retos de la tecnología, como medio de exteriorización de la voluntad en las relaciones interpersonales. *“Conclusiones de la XXVII Jornada Notarial Argentina, realizada en Salta en septiembre de 2005, se destaca la de: Promover y propiciar la tramitación pre y pos escrituraria digitales o por medios tecnológicos electrónicos de alta seguridad”*. (1)

Es esa la temática a la que trataremos de encontrar una respuesta, en el desarrollo del presente trabajo. Para ver si acaso es posible y beneficioso, la implementación o aplicación de la Firma Electrónica, en la Función Notarial.

Si bien el avance tecnológico está en la actualidad en pleno auge y considerando que de los muchos cursos de actualización en Derecho Notarial ya se ha propuesto el estudiar el hecho de implantar la Firma Electrónica en los trabajos notariales, en nuestro criterio este hecho, sin una normativa completamente ajustada a nuestra realidad, le restará o abolirá completamente, esa función del Notario de dar fe a los actos que realiza.

(1) Abg. Fathó Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

1.- MARCO TEORICO:

El presente trabajo se realizará basándose especialmente en la Función Notarial, los principios de legalidad, el principio de unidad de acto, el principio de seguridad jurídica que debe brindar el Notario a las partes requirentes de sus servicios, frente al hecho del uso de la firma electrónica que se quiere implantar bajo el criterio de que se debe actualizar el trabajo notarial conforme a los avances de la tecnología. Consideraremos además que en la actualidad la mala fe de las personas ha crecido de una manera desmesurada y hasta despiadada, que no piensan dos veces para hacer el daño recurriendo a las falsificaciones ya sea de firmas, de identidad, de documentos, que muchas veces sorprenden en la buena fe del notario.

2.- MARCO CONCEPTUAL:

Haremos un análisis de lo que es la firma electrónica, la firma digital. El contrato electrónico y en qué campo es más favorable su aplicación.

3.- MARCO HISTORICO O REFERENCIAL:

Para comenzar nuestro estudio, es necesario delimitar el objeto del mismo, siendo el desarrollo de la regulación del nuevo soporte electrónico en las relaciones contractuales en Derecho. Esta parte específica del comercio electrónico es muy importante, ya que es el nuevo soporte y mercado a través del cual se forman, perfeccionan, administran y consuman nuevos contratos y relaciones negociales. Al ser relaciones transfronterizas, el comercio electrónico tiene muchos aspectos que es necesario mencionar, aspectos que principalmente deben enfocar protección de la intimidad personal de los contratantes, de seguridad pública y de competencia empresarial, toda vez que la electrónica y sus instrumentos son cada vez más los elementos que sustituyen a la voz y al papel, incluso varios autores afirman que *“estamos en presencia de una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla de piedra por el papiro y el pergamino por el papel”*.(2)

(2) Alberto López Tallón publicación página web el "Manual Práctico de Supervivencia en la Administración Electrónica"

1.- PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO:

Siguiendo las instrucciones impartidas por el Docente de la Materia, llegamos a la planificación del trabajo, absorbiendo de gran manera nuestra experiencia en la Función Notarial, observando nuestra realidad, recurriendo a la Bibliografía que nos servirá de guía en nuestra investigación sobre la temática elegida.

2.- ANTECEDENTES:

Como consecuencia de los importantísimos cambios tecnológicos producidos en los últimos años, actualmente estamos viviendo lo que se ha dado en denominar la Revolución Digital, cosa que la mayoría de nosotros no somos conscientes de ello, las consecuencias de este nuevo paradigma tecnológico afecta y modifica la estructura social, económica, política y el ordenamiento jurídico de cada Estado.

3.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

La firma electrónica está brindando mucha facilidad en los contratos electrónicos con los cuales se han acortado tiempo y espacio.

En materia notarial ¿es necesario este acortamiento de tiempo y espacio? Al aplicar la firma electrónica en materia notarial se deja sin efecto los principios notariales como ser la inmediatez (presencia física de las partes); la unidad de acto; la Fe Pública; la seguridad jurídica.

¿En consecuencia es favorable o no la firma electrónica en los actuados notariales?

4.- JUSTIFICACIÓN:

El presente trabajo a sido motivado ante los insistentes planteamientos, en los diferentes cursos, jornadas, congresos, de notarios, de querer implantar el uso de la firma electrónica en los trabajos notariales basados en la mira de que se debe actualizar o modernizar los trabajos adecuando a los avances de la tecnología, sin embargo en la práctica notarial se ha podido evidenciar que es de urgente necesidad el mantener el principio de ofrecer y dar seguridad jurídica a los requirentes, el principio de dar FE de los actos notariales, toda vez que el querer implantar la firma electrónica sin un estudio profundo y nuevas disposiciones legales, en nuestro criterio es arriesgar demasiado la

función notarial y también la seguridad del notario, porque no debemos olvidar que es el notario el que sufre las responsabilidades ya sea penal, civil o administrativa.

OBJETIVOS

1.- OBJETIVO DEL ESTUDIO:

El presente trabajo de investigación tiene pues como objeto analizar las ventajas y desventajas de la contratación electrónica, y su aplicación de la firma electrónica en la Función Notarial, tratar en lo posible de dar alternativas legislativas para aplicarla a nuestra realidad, que permita asegurar a las partes que podrán resolver las posibles diferencias que puedan surgir de su relación jurídica; o quizás conforme a nuestra experiencia notarial opinar que se deseche esa intención de aplicar la firma electrónica al trabajo notarial.

2.- OBJETIVOS GENERALES:

Analizar, los Contratos Electrónicos Dentro del ámbito del derecho, toda vez que con el avance tecnológico, el ser humano ha creado una nueva posibilidad para realizar, negocios jurídicos, a través de la utilización de medios electrónicos y digitales para la conformación de actos con carácter de contratos, lo cual produce un cambio radical a las percepciones y doctrinas que han regido siempre para los contratos tradicionales, un nuevo paradigma basado en la revolución digital que permite la desaparición del espacio y el tiempo, pero crea una incertidumbre legislativa.

3.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Estudiar la aplicación de la firma electrónica en los trabajos notariales, llegar a la conclusión de su factibilidad o perjuicio: si acaso con la implementación de la firma electrónica en la Función Notarial no se afecta la seguridad jurídica a las partes recurrentes al servicio notarial.

DISEÑO METODOLOGICO

Para la realización del presente trabajo usaremos especialmente el método deductivo, partir de lo general la firma electrónica, para poder llegar a lo particular su aplicación el trabajo notarial, dado el caso de que en nuestro medio no se utiliza aún esta tecnología avanzada, simplemente nos basaremos en investigar la poca bibliografía existente.

CAPITULO II

DESARROLLO DEL TRABAJO

2.1.- ASPECTOS GENERALES.-

El Tema elegido para nuestro trabajo es la Firma Electrónica en la Función Notarial, a sido basado en la inquietud de poder llegar a la conclusión de que si es factible o no su aplicación en el trabajo notarial, tomando en cuenta que el trabajo notarial es sumamente delicado, el Notario en la realización de su trabajo tiene la gran responsabilidad de Dar Fe de todo lo que percibe sus sentidos, en ese entendido debe tener constancia de que la firma estampada en un trabajo notarial le corresponde a la persona presente físicamente, en ese momento, para esto debe identificar a la persona mediante su cédula de identidad, tener el cuidado de que la firma estampada sea igual a la de su cédula de identidad, ávida cuenta que en los tiempos actuales que estamos viviendo, las falsificaciones o imitaciones de firmas están a la orden del día, además tener presente que el trabajo notarial se desarrolla porque las personas naturales o jurídicas acuden a sus servicios buscando la seguridad jurídica sobre sus bienes sean patrimoniales o actos extrapatrimoniales.

Como antecedente tenemos que la tecnología a cambiado el mundo de la documentación, primero a través de la sustitución de los archivos, cambio que había comenzado con la microfilmación, llegando al escaneo de información para concluir con el archivo en medios magnéticos; segundo con la sustitución del documento como sustrato material sin valor intrínseco como es un trozo de papel, habiéndose llegado a sustituir la forma de utilización de los archivos de documentos por archivos magnéticos se llega a la conclusión que la declaración de voluntad contenida en el documento que se escanea puede tener directamente su origen en un instrumento electrónico sin necesidad de llevarlo al papel.

2.2.- DOCUMENTO ELECTRONICO.-

Para poder ingresar en el tema elegido para nuestro trabajo, es necesario hacer referencia a lo que diríamos la base de la firma electrónica, que viene siendo el documento electrónico, en ese entendido señalaremos que: Los contratos son actos jurídicos que son celebrados por dos o mas partes para crear, modificar regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

La diferencia con los contratos electrónicos es que estos se realizan sin la presencia física de las partes, prestando su consentimiento, por medio de equipo electrónico de tratamiento y almacenaje de datos conectados por medio de cable.

Dicho de otro modo: ¿Qué es un contrato electrónico?

Contrato Electrónico, es aquel en el que una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la Red; es decir, aquel contrato en el cual ambas partes manifiestan su deseo de contratar por medios electrónicos. *“Eugenio Alberto Gaete (Notario chileno) califica el documento electrónico como interactivo, dinámico y de actuación a distancia y consecuentemente plantea que se produce un cambio en lo relativo a la formación del consentimiento, cuando de contrato electrónico se trata”*. (3)

El gran impacto que ha generado en los seres humanos, es la introducción de las nuevas tecnologías de la información, que actualmente es un hecho irrefutable e indiscutible. *“Su influencia ha sido de tal magnitud que los especialistas no han dudado en advertir que las nuevas tecnologías han producido y producirán cambios tan profundos en la sociedad, que tales adelantos han dado paso a una nueva etapa de la historia de la humanidad: la de la sociedad de la información”*. (4)

“Dicha revolución nace, al menos en parte, por el desarrollo y la incorporación masiva de dos íconos tecnológicos: la informática y las telecomunicaciones, elementos que unidos, han posibilitado la creación y el desarrollo de Internet, constituyendo, a su vez, el elemento simbólico y más significativo de lo que se ha dado por llamar a las nuevas tecnologías de la información”. (5)

(3) Gabinete Jurídico de CECUMadrid, Confederación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (internet)

(4) Gabinete Jurídico de CECUMadrid, Confederación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (internet)

(5) Gabinete Jurídico de CECUMadrid, Confederación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (internet)

Ambas tienen distintas funciones, por una parte, la informática, entendida, “*como la ciencia del tratamiento automático de la información*”, permite almacenar y tratar grandes cantidades de información, mientras que las telecomunicaciones ponen en contacto a personas que se encuentran en los lugares más lejanos del mundo con una facilidad asombrosa y en cuestión de segundos. (6)

El Internet, como una asociación perfecta de los avances que le precedieron y la hicieron posible, ha implicado un avance gigantesco en el área de la información y de las comunicaciones, revolución que ha alterado diversos ámbitos de la cultura, entre ellos el del mundo jurídico.

Los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, algunos al alcance de la mayoría de las personas, han servido, entre otras utilidades, para expresar voluntades jurídicamente relevantes, hecho que ha producido una rápida incorporación de la realidad electrónica en el ámbito del negocio jurídico. La electrónica se está desarrollando en el ámbito del comercio electrónico, lo que está produciendo, como lógica consecuencia, que adicionalmente se trabaje en temas como la contratación electrónica y el consumo electrónico, la celebración de contratos electrónicos a través de Internet, es un área que crece cada día más, en todo caso estos aspectos son valiosos y destacables, pero que no son considerados en nuestro ordenamiento legal, específicamente en el ámbito negocial privado. (7)

Un documento Electrónico necesita de ciertos mecanismos tecnológicos para realizar las funciones legales y legitimar las firmas electrónicas. Mediante el uso de estos mecanismos se logra la equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la electrónica.

La firma electrónica no puede existir independientemente de un certificado digital o electrónico que lo contenga porque la firma, entendida como un conjunto de datos, es una característica del certificado.

(6) Alberto López Tallón publicación página web el "Manual Práctico de Supervivencia en la Administración Electrónica"

(7) Alberto López Tallón publicación página web el "Manual Práctico de Supervivencia en la administración Electrónica"

Un texto legible es transformado en uno cifrado, el cual si es interceptada, no podría ser leída por el interceptor. Aún si fuese modificada invalidaría el documento electrónico porque automáticamente se comprobaría la alteración.

En la Encriptación asimétrica se utiliza un "Par de llaves": una privada (que es secreta) usada para aseverar la firma electrónica y otra pública (a la que todos tienen acceso) que se usa para verificar la firma. (8)

La coherencia entre el contenido y el certificado de firma electrónica es verificado por medio de funciones Hash, que hacen posible identificar al autor del documento electrónico.

Los mecanismos de Encriptación aseguran la integridad del documento y la identidad del titular de la firma, sólo en combinación con sistemas de certificación adecuados a ese propósito.

Asimismo, los documentos electrónicos necesitan de Entidades de Certificación. Estas son las que otorgan y verifican los pares de claves, conservan y archivan información adicional o asociada a los usuarios de dichos pares de claves (solo la necesaria). La entidad de certificación tiene como principal función la de hacer corresponder los pares de claves de la firma con su titular. Pero para que funcione el sistema requieren que se realicen funciones de registro de formación y de almacenamiento. El registro de Información coteja los datos y la información del titular con la realidad, comprueba la veracidad de la información y la identidad del solicitante de la firma.

Dichas entidades intervienen como Terceros de confianza en las relaciones que las partes pueden llevar a cabo por medios electrónicos.

La entidad de certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales así como brindar otros servicios inherentes al certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular del comercio electrónico.

(8) Yrina Davila Viscarra, Pucallpa - Perú, Trabajo expuesto en Internet

Finalmente señalaremos que: “La contratación electrónica se caracteriza por la ausencia de las partes en la perfección del negocio, aunque no en términos absolutos, debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido lo que pudiera asemejarse a una contratación entre presentes, se trata de una contratación entre ausentes en tiempo real”.(9)

2.3.- SEGURIDAD EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

2.3.1. FIRMA ELECTRONICA.- CONCEPTO.-

Firma.- Por costumbre se puede definir firma como un conjunto de caracteres escritos realizados por una persona para identificarse, se puede decir que la firma forma parte de los rasgos de su identidad de la persona. Debido a que dos personas no pueden tener la misma firma, está constituye un mecanismo idóneo para vincular al autor de la firma con los documentos en los que aplica su firma.

Firma Digital.- Hace referencia, en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, a un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

Firma Electrónica.- Se pudiera definir como aquella manera de representación y confirmación de la identidad de un sujeto en el medio electrónico. Técnicamente, se indica que la firma electrónica es un conjunto de datos únicos encriptados (Transformados en código)

(9) Yrina Davila Viscarra, Pucallpa - Perú, Trabajo expuesto en Internet

Para Y. POULLET la firma electrónica supone una serie de características añadidas al final de un documento. Es elaborada según procedimientos criptográficos y lleva un resumen codificado del mensaje, y de la identidad del emisor y receptor.

Para DEL PESO NAVARRO, es una señal digital representada por una cadena de bits que se caracteriza por ser secreta, fácil de reproducir y de reconocer, difícil de falsificar y cambiante en función del mensaje y en función del tiempo, cuya utilización obliga a la aparición de lo que se denomina fedatario electrónico o telemático que será capaz de verificar la autenticidad de los documentos que circulan a través de las líneas de comunicación, al tener no solamente una formación informática, sino también jurídica.(10)

La ley modelo UNCITRAL la define como datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos o adjuntados o lógicamente asociados al mismo y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos.

De una manera más comprensible diremos que: Si al concepto clásico y común de firma, mediante el que una expresión gráfica, o literal, con la que una persona asocia su nombre o identificación ratificando el contenido de un documento que expresa una voluntad, se le otorga una validez determinada, y decimos que esta expresión, denominada firma, tiene un valor y una eficacia jurídica cuando la estampamos en un soporte físico -el papel- con la utilización de una herramienta utilizada para la escritura - la pluma o el bolígrafo, por ejemplo-, no es difícil asociar una expresión digital, electrónica, que la asociamos a una persona que la pueda "estampar" sobre un soporte - electrónico, informático o telemático- con la misma validez y eficacia jurídica que la de una firma manuscrita.

La fiabilidad, entendida como la imposibilidad de copia, de la llamada firma electrónica, es infinitamente superior a la fiabilidad, entendida también como la

(10) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

imposibilidad de copia, de la firma manuscrita; la firma manuscrita, es conocido por todos, se falsifica, o sencillamente se imita, pudiendo llevar a error o a confusión, con relativa sencillez; la firma electrónica, ofrece una garantía muy superior ya que resulta prácticamente infalsificable y puede otorgar la confianza necesaria para utilizar la herramienta electrónica -la red Internet, por ejemplo- en la contratación a distancia.

¿Cómo funciona la firma electrónica? La firma electrónica funciona mediante la encriptación o cifrado de los datos que la componen, de forma que si no se tiene la clave, el documento se convierte en ilegible. Para ello es necesario contar con un par de claves: clave privada y clave pública que se corresponden de forma matemática. Pongamos un ejemplo, escribimos un documento y lo firmamos con nuestra clave privada y lo enviamos a nuestro receptor al cual previamente le habremos otorgado nuestra clave pública, esta clave pública es la que permite verificar la procedencia del mensaje y que verdaderamente ha sido firmado por nosotros, que somos los únicos poseedores de la clave privada).

Con esta encriptación se consigue que:

- La información enviada bajo la firma electrónica sólo pueda leerse por la persona autorizada que posea la clave.
- Acreditar la identidad de quien firma el documento electrónicamente.

Como se puede apreciar, el uso del documento electrónico y por ende la firma electrónica, es un proceso que necesita profundizar el conocimiento informático, por lo que nos atrevemos a decir que: en la Función Notarial, la aplicación de la firma electrónica, en nuestro criterio, está muy lejos de ser aplicada, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no se adecua a la realidad actual, primero sería necesario un cambio total de la legislación notarial, segundo inclusive nos atrevemos a señalar que para dar seguridad jurídica mediante o con la aplicación de la firma electrónica, los operadores notariales tendrían que ser seleccionados de una manera muy diferente a la empleada actualmente, donde primen conocimientos informáticos, por lo menos los más básicos.

2.3.2. DIFERENCIACIÓN.-

Los términos de firma digital y firma electrónica se utilizan con frecuencia como sinónimos, pero este uso en realidad es incorrecto.

Mientras que firma digital hace referencia a una serie de métodos criptográficos, firma electrónica es un término de naturaleza fundamentalmente legal y más amplio desde un punto de vista técnico, ya que puede contemplar métodos no criptográficos.

Un ejemplo claro de la importancia de esta distinción es el uso por la Comisión europea. En el desarrollo de la Directiva europea 1999/93/CE que establece *“un marco europeo común para la firma electrónica, empezó utilizando el término de firma digital en el primer borrador, pero finalmente acabó utilizando el término de firma electrónica para desacoplar la regulación legal de este tipo de firma de la tecnología utilizada en su implementación”*. (11)

La **firma digital** hace referencia, en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, a un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

La **firma electrónica**, como la firma hológrafa (autógrafa, manuscrita), puede vincularse a un documento para identificar al autor, para señalar conformidad (o disconformidad) con el contenido, para indicar que se ha leído y, en su defecto mostrar el tipo de firma y garantizar que no se pueda modificar su contenido.

2.3.3. LA AUTENTICACIÓN.-

(11) Xavier Rivas, Agencia de Certificación Electrónica – El texto ha sido traducido y comentado por Xavier Rivas a partir de su origen en inglés “Por tanto no se trata de un texto oficial”

El problema de la firma, que conlleva, en muchos casos, la autenticación del documento, puede ser, sin duda, el caballo de batalla para la total aceptación de los documentos generados por medios electrónicos.

Las nuevas tecnologías de la información, unidas a otras técnicas, ya antiguas, como la criptografía, proporcionan fiabilidad al documento, muy superior en ocasiones, mediante procedimientos lógicos de control, a la que proporciona la firma y ofrecen caracteres de autenticación, con garantías que superan a los errores humanos.

Como una aplicación distinta, también aparece la llamada firma digital como generadora de confianza; distinguiremos así la seguridad de la confianza y la protección criptográfica de la firma digital.

Mediante la utilización de la criptografía, se señala que se protege a la información del acceso, malintencionado o no, de quien no está autorizado para ello, y que mediante la firma digital añadida al texto de una información, se identifica con la persona que emite el mensaje, que se ratifica en el contenido, y a la que se asocian los posibles compromisos y responsabilidades que contenga. Viendo, de esta forma, se puede advertir que la firma digital cumple la misma función que la firma manuscrita y solamente nace la necesidad de explicarla porque la firma, como tal, se encuentra asociada popularmente a la escritura en papel y de puño y letra.

En este entendido, conviene apuntar que mediante controles tecnológicos y técnicas criptográficas, se puede "garantizar" la autenticidad de un documento electrónico con un alto grado de seguridad en lo que podíamos llamar "el notario electrónico".

La firma electrónica, con las garantías exigidas para la seguridad jurídica, puede abrir un difícil y tortuoso camino que deje en entredicho "el monopolio" de seguridad de la Fe Pública tradicional; la seguridad física y lógica, y consecuentemente jurídica, que pudiere proporcionar la electrónica.

Este camino tortuoso puede abrir nuevos campos de estructuración, interpretación, e incluso, creación del derecho; el problema no está en la electrónica, ni en las comunicaciones, y, es posible que ni siquiera en la legislación, el problema es de formación y adecuación de personas y medios a la exigente realidad que puede proporcionar hasta una mayor credibilidad al derecho y a la administración de justicia; las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a otras técnicas, pueden dar fiabilidad al documento.

CAPITULO III

LA LEGISLACIÓN SOBRE LA FIRMA ELECTRONICA

3.1. ASPECTOS DE LEGISLACIÓN.-

Ni la firma digital, ni la firma electrónica, no están previstas actualmente en la legislación de nuestro país. Esperemos que con los cambios que se están produciendo en nuestro País, también sea tratada una nueva Ley del Notariado en la que luego de un análisis muy exhaustivo y especialmente considerando la seguridad jurídica de las personas que acuden a los servicios de un Notario, en nuestra legislación sea contemplada y haga posible el uso de la firma electrónica en el trabajo notarial.

Tomando muy en cuenta que El principio de libertad contractual y de autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en un negocio debe quedar siempre garantizada, sin que pueda ser limitada por normas que impidan concretar las condiciones bajo las que aceptarán datos firmados electrónicamente.

En entornos de banca telefónica y banca electrónica, por ejemplo, es habitual establecer cláusulas específicas respecto a la validez de los asientos generados por el usuario o la entidad financiera utilizando medios y soportes diferentes al papel y a la firma autógrafa.

Pero en el caso que nos ocupa es importante que se mantenga la libertad contractual de las partes.

3.2. ASPECTO DE REGULACIONES EN DIFERENTES PAÍSES.-

El marco común de firma electrónica de la Unión Europea

El mercado interior de la Unión Europea implica un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de mercancías. Deben satisfacerse los requisitos esenciales específicos de los productos de firma electrónica a fin de garantizar la libre circulación en el mercado interior y fomentar la confianza en la firma electrónica.

En ese sentido la Directiva 1999/93/CE sienta un marco común para la firma electrónica que se concretó con la transposición de la Directiva a las diferentes legislaciones nacionales de los países miembros.

Así podemos citar algunas Legislaciones que han normado la Firma Electrónica:

3.2.1. La ley de firma electrónica en España

En España existe la Ley 59/2003, de Firma electrónica, que define tres tipos de firma:

- **Simple.** Datos que puedan ser usados para identificar al firmante (autenticidad)
- **Avanzada.** Además de identificar al firmante permite garantizar la integridad del documento y la integridad de la clave usada, utilizando para ello un DSCF (dispositivo seguro de creación de firma, el DNI electrónico). Se emplean técnicas de PKI.
- **Reconocida.** Es la firma avanzada y amparada por un certificado reconocido (certificado que se otorga tras la verificación presencial de la identidad del firmante). En ocasiones, esta firma se denomina cualificada por traducción del término inglés *qualified* que aparece en la Directiva Europea de Firma Electrónica.

3.2.2. Ley sobre firma electrónica en Chile

Esta ley fue publicada el 15 de septiembre del año 2003 por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, reconoce que los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica simple. Igualmente señala que estos actos, contratos y documentos, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos en soporte de papel.

3.2.3. La Ley de firma digital en Perú

En el Perú se ha dictado la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269), la cual regula la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otro análoga que conlleve manifestación de voluntad.

3.2.4. Firma Electrónica en Guatemala

En Guatemala, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008), fue publicada en el diario oficial el 23 de septiembre de 2008. El Ministerio de Economía de ese país tiene bajo su responsabilidad el regular este tema, y abrió en el mes de Junio de 2009 el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, publicando su sitio web con copia de la ley e información importante sobre el tema.

3.4.- ASPECTO PROBLEMA:

La firma electrónica está brindando mucha facilidad en los contratos electrónicos con los cuales se han acortado tiempo y espacio.

El gran problema que impide en la práctica la utilización masiva de Internet es la falta de conocimientos, formación e información que permita otorgar la confianza necesaria para su uso; se trata de un problema de confianza basado en la falta de seguridad que rodea a la denominada red de redes; falta de seguridad física, falta de seguridad lógica y, cómo no, falta de seguridad jurídica.

El gran reto que existe es poder proporcionar respuesta a si es o no posible una regulación jurídica uniforme, garantista, de las transacciones, relaciones comerciales e, incluso, simplemente cualquier relación jurídica, aunque solamente sea de comunicación o transmisión de datos o de información, realizadas a través de Internet.

CAPITULO IV

LOS PRINCIPIOS NOTARIALES EN TELA DE JUICIO

Ante las corrientes que tienen el propósito de implementar la firma electrónica en la función notarial, surgen varias interrogantes entre ellas se dice: En materia notarial ¿es necesario el acortamiento de tiempo y espacio? Al aplicar la firma electrónica en materia notarial se deja sin efecto los principios notariales como ser la inmediatez (presencia física de las partes); la unidad de acto; la Fe Pública; la seguridad jurídica.

¿En consecuencia es favorable o no la firma electrónica en los actuados notariales?

En lo que es la Función Notarial y el trabajo que actualmente se realiza en ella, para un notario que cumple a cabalidad sus funciones, sin tener que decir al recurrente “vuelva mañana”, no es necesario el acortar el tiempo ni el espacio.

“La función notarial actualmente, conforme a nuestro ordenamiento notarial y legislación vigente, tiene como principio básico el ofrecer y dar seguridad a los actos notariales que realiza”. En consecuencia el tener que aplicar los medios electrónicos como la firma electrónica en actuados notariales, sin tener una nueva normativa, representa para el Notario un gran riesgo en sus funciones, de ahí que se considera que muchos principios notariales estarían en tela de juicio. (12)

Sin embargo a criterio de las nuevas corrientes, se tiene:

4.1.- EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ.-

En el caso del Principio de Inmediatez, éste supone la presencia física obligatoria de los comparecientes por sí o por representación y se expresa bajo la fórmula “ante mí”. La inmediatez es que el Notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el Notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público, sin embargo existen legislaciones como es el caso mexicano que admite la posibilidad de comunicación por medios electrónicos entre el notario y los intervinientes; específicamente la reforma que atañe al

(12) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

Código Civil Federal cuando en su Art. 1834 bis establece, entre otras cuestiones: “en los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas, podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo exige”, a raíz de estas reformas, también se produjeron reformas a su Código de Comercio.

4.2.- EL PRINCIPIO DE PERMANENCIA.-

En el caso del Principio de Permanencia, éste se refiere al archivo notarial de los protocolos que actualmente se los mantiene en soporte papel. Llamado también Principio de Protocolo, se lo considera como un elemento de necesidad por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública. Este Principio de Permanencia es otro de los cuestionados, sobre todo a la hora de determinar la factibilidad de que en un futuro el soporte electrónico del protocolo notarial desplace por completo al protocolo ancestral en soporte papel, los que aseveran esto se basan en que es necesario la permanencia del documento físico archivado en notaria, que se pueda ver, tocar, como algo que da certeza jurídica al cliente del notario, consideran que resultaría complicado sustituirlo por un documento que solo puede visualizarse.

Conforme al comentario del Texto del Dr. Santiago Salame, el punto de discusión no sería el quebrantamiento del principio de permanencia, en tanto éste seguiría intacto, más por el contrario los cuestionamientos deberían encaminarse hacia los procedimientos técnicos y la creación de infraestructuras que garanticen la necesaria seguridad de la información almacenada en las bases de datos, las mismas que habrán de fungir como protocolos notariales electrónicos, dotando al sistema informático utilizado, cualidades que permitan calificar al proceso como seguro; de manera que se

conservar la integridad, autenticidad y confidencialidad inherente a los documentos públicos para su permanencia y resguardo a través del tiempo en un protocolo de formato digital.

4.3.- EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO.-

La unidad de acto refiere que a momento de realizar un actuado notarial, las partes intervinientes deben estar presentes físicamente, en el mismo espacio y tiempo, es decir que la unidad de acto se basa en que el Instrumento Público debe perfeccionarse en un solo acto. En el caso que nos ocupa, la contratación electrónica resulta estructuralmente diferente a la contratación clásica. El contrato Electrónico produce importantes cambios debido a la realidad virtual en que se desarrolla, bien sea en torno a las formas documentales, como en cuanto a su contenido mismo, y también en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales.

De forma específica en materia de principios notariales, el autor citado, considera que desaparece la Unidad de Acto, entendida como unidad temporal y espacial, que son aspectos propios de la expresión del consentimiento contractual; tanto material –que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades-, como formal –simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquella del Oficial Público o Funcionario Autorizante-, y que es de un doble carácter: en cuanto al acto que debe ser ininterrumpida, y en su dimensión papel, debe estar contenida en un solo instrumento.

Este aspecto de que la voluntad de las partes deben estar contenidas en un solo instrumento, es lo que se constituye en verdadera unidad de texto, aspecto que no permanece en el documento electrónico.

4.4.- ASPECTOS A CONSIDERAR.-

La sola utilización de un correo electrónico, sin entrar en mayores profundidades sobre la validez y eficacia jurídica de los contratos realizados por este medio, implica, entre

otras cuestiones, el análisis de tres grandes aspectos que es necesario abordar: la confidencialidad, la intimidad y la seguridad; estos aspectos están unidos entre sí de forma que no se pueden tratar por separado sino que deben ser analizados en su conjunto debido a las interrelaciones existentes entre ellos; por ello, centraremos los conceptos destacando que no se deben confundir la intimidad, la confidencialidad y la privacidad y que las tres nos llevan a conceptos tan ambiguos como el de seguridad.

4.4.1. Las redes abiertas: un nuevo escenario.-

El comercio electrónico es ese gran desconocido, que tiene múltiples adeptos y entusiastas que manejan cifras dispares, distantes y hasta alarmantes, a veces, incluso ilusiones, pero que, en su realidad social, no está aún suficientemente arraigado.

El encuentro con nuevas actividades empresariales y la posibilidad de ofrecer productos y servicios a través de las denominadas "redes abiertas" ha modificado en gran medida la mentalidad del profesional y, consecuentemente, el mercado, ofreciéndose un abanico de posibilidades que, hasta hace poco, podía parecer de ciencia ficción.

Pero estas redes adolecen de una falta de normativa, que permita superar tiempos y espacios actuando en distintos lugares, con diferentes ordenamientos e incluso, distintas actitudes y comportamientos; es por ello que sería necesario definir el marco jurídico adecuado y armonioso que permita su utilización superando fronteras e, incluso, soberanías estatales.(13)

4.4.2. Confidencialidad e intimidad versus seguridad.-

Respecto a la confidencialidad ésta no debe ser considerada como un concepto jurídico en sí mismo ya que confidencialidad hace referencia a cuestiones y circunstancias que incluso pueden formar parte de la esfera interna del individuo; en consecuencia por confidencialidad entenderemos el mayor o menor grado de secreto al que la persona quiere someter a un dato o a una información, independientemente de cuestiones puramente jurídicas o de relaciones contractuales.

(13) Miguel Angel Davara Rodríguez, Consejo General del Poder Judicial "Cuadernos y estudios de Derecho Judicial"
CD - Sucre - Bolivia

Para poder garantizar la confidencialidad a la que queremos someter una información, es necesario utilizar la seguridad, entendiendo por tal, las medidas que deben ser empleadas para garantizar la intimidad, o la confidencialidad de un dato o de una información.

Cerramos, de esta forma, una pequeña exposición de conceptos sobre términos necesarios para la mejor comprensión de las garantías y la seguridad jurídica que debe atenderse prioritariamente en el ámbito de la contratación electrónica; contratación en la que será necesario garantizar la privacidad, con el mayor o menor grado de confidencialidad, mediante la adopción de las correspondientes medidas de seguridad.

Es así que en nuestro criterio es necesaria una normativa técnica y jurídica que garantice la seguridad; seguridad en la aplicación de la firma electrónica en la función notarial, en todos los aspectos -física, lógica y jurídicamente.

A manera de mayor abundancia de datos señalaremos que: Conforme a investigaciones del Poder Judicial del Reino de España, se tiene que existe la sugerencia de que por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre se presten los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia, desde el punto de vista jurídico, de la emisión y recepción de informaciones y comunicaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, creándose así, con el espaldarazo legal, un certificador público de firma electrónica.

Pero la evidencia demuestra que, en el orden económico y social, la utilización de Internet y de los medios informáticos y telemáticos en todos los ámbitos de actividad, realizando transacciones entre particulares, está alcanzando un gran aumento y su desarrollo se realiza sin garantizar la seguridad jurídica.

Casi se podría decir que su desarrollo se está llevando a cabo basado en la buena voluntad de las partes que utilizan este medio por sus características particulares que, en

ocasiones, le convierten como idóneo, ya que su versatilidad, funcionalidad y universalidad le está proporcionando un alcance y una introducción espectacular.

En consecuencia será urgente, necesario diríamos, que el legislador, al igual que se había ocupado de estructurar la figura del certificador oficial, se ocupara también de componer alguna solución para dotar de seguridad jurídica a las transacciones privadas realizadas por Internet.

La Unión Europea ya se había preocupado de este asunto y, prueba de ello, es que el 22 de abril de 1999, en la reunión del Consejo de Ministros de Telecomunicaciones se había adoptado una posición común, con relación al proyecto de Directiva Europeo y del Consejo por la que se establecía un marco común para la firma electrónica.

Por su parte, el gobierno español, se ha adelantado a las iniciativas europeas y ha aprobado una ley de firma electrónica que, en principio, va a dotar de seguridad y garantía a las transacciones telemáticas, debido a que va a existir un marco legal que permita identificar electrónicamente a los intervinientes en una operación de este tipo, y va a poder garantizar la integridad y la veracidad del contenido de los documentos generados y transmitidos por esos medios.

De esta forma, España se ha convertido en el tercer país de la Unión Europea en tener una normativa que otorgue validez a la firma electrónica.

CAPITULO V

DERECHO NOTARIAL

CONCEPTOS

DERECHO NOTARIAL.- El Derecho Notarial es el conjunto de doctrinas o normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.- (Definición a la que se llega en el Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino) “Derecho Notarial es el conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones Jurisprudenciales y doctrinales, que rigen la Función Notarial y el Instrumento Público Notarial”.

LA FUNCIÓN NOTARIAL.- Es la actividad que el Notario realiza para lograr la creación del Instrumento Público, dicho de otro modo, la función notarial es el que hacer del Notario. Tiene características propias y es un apostolado de servicio a la comunidad, no es una actividad de lucro, para esta función el Notario debe tener conocimientos jurídicos especializados y cumplir las formalidades previstas por ley.

FE PÚBLICA.- Significa la creencia o verdad que se le da a las cosas, por la autoridad que las dice o representa, es decir que fe pública es creencia, fidelidad, lealtad y promesa que se hace con cierta solemnidad, seriedad, seguridad y sobre todo da credibilidad.- La fe pública no se genera por espontaneidad, es un fenómeno jurídico, fundado en la Ley, además de una forma de comportamiento que nace del acto del Notario como titular de la potestad de imponerla.- Fe Pública es creencia impuesta por la Ley. La del Notario hace plena fe y obliga a todos, incluido el Juez, a creer o aceptar la autenticidad del Instrumento y la calidad veraz del Notario, mientras no se pruebe lo contrario en juicio criminal.

FE PÚBLICA NOTARIAL.- Se la define como “la potestad que el Estado confiere al Notario de Fe Pública, para que a requerimiento de parte y con sujeción a

determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan, que han sido percibidos por sus sentidos, con el beneficio legal para sus afirmaciones al ser tenidas por auténticas mientras no se impugnen los contrario mediante querrela de falsedad” La fe pública notarial es especial y distinta a la que puedan dar otros funcionarios públicos, se plasma en la Escritura Pública

Citamos algunos conceptos en materia notarial, para que las conclusiones a las que llegamos puedan ser mejor entendidas.

5.1. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INFORMATICO PARA EL DERECHO NOTARIAL.-

En materia de Derecho Notarial, específicamente para las legislaciones basadas en el Sistema del Notariado Latino, ya se avizora lo referente a la validez legal de las transacciones y contratos sin el soporte papel, para aquellos casos en que la ley exija como formalidad sus suscripción en documento público notarial, (y aún en los supuestos en que la ley no lo exija, partiendo en el principio de libertad de formas, si se pretende que el contrato electrónico tenga efectos ejecutivos, que produzca una presunción de legitimidad y veracidad en tráfico, que tenga prueba aún contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que las declaraciones contenidas en el mismo solamente puedan dejarse sin efecto por resolución judicial, para que se considere como un principio de prueba privilegiada deberá optarse por la forma del documento público, cuyos efectos son superiores a los del documento privado); o la adaptación ante las nuevas circunstancias de principios tradicionales como el de la inmediatez, el de unidad de acto, el de escritura, el de matricidad o protocolo, o bien desde el punto de vista funcional, la aparición de nuevas aristas en el actuar del notario como fedatario público.

Algo muy importante es tratar de llegar a definir, cómo ha de participar el notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas y cuales serán las nuevas exigencias

para desarrollar su profesión en este nuevo mundo que implica la aplicación de la electrónica en la función notarial. El papel que juegue el notario dependerá del lugar que él mismo haya creado, proponiendo soluciones para los nuevos problemas que se vayan planteando, haciéndose valer como institución que durante siglos ha resuelto de manera satisfactoria problemas como la identificación, la legalidad, la confidencialidad, el asesoramiento, hechos que en un ambiente electrónico, vuelven a surgir con original apariencia pero no con menos importancia. *“En consecuencia se tratará de que el notario tendrá que adaptarse a nuevos requerimientos, sin perder la esencia del notario latino ni abdicar de lo que son sus principios definitorios.”* (14)

5.2. LA FE PÚBLICA NOTARIAL.-

Los actos públicos, por lo general, ostentan su propia garantía de certidumbre y legalidad, general publicidad por sí, a diferencia del acto privado que nace y se conforma en la intimidad de un gabinete particular, razón que acredita que la Fe Pública adquiera mayor amplitud y desarrollo en el ámbito de aplicación jurídica. En ese entendido se señala con mucha certeza que la Fe Pública notarial, es la Fe Pública por excelencia.

El fundamento de la Fe Pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares a fin de que el Estado pueda proteger los derechos que dimanen de éstos, garantizándolos contra cualquier violación, la Fe Pública notarial llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios. Sin embargo hoy en día con los avances de la tecnología ya se puede hablar de la fe pública informática.

5.3. LA FE PÚBLICA INFORMÁTICA.-

Muchos consideramos que nos encontramos ante la presencia de una nueva institución, la Fe Pública Informática, cuyo depositario cumple el rol de tercero certificador neutral,

(14) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

como dador de una nueva clase de fe pública, que ha diferencia de la Fe Pública tradicional, no se otorga sobre la base de la autenticación de la capacidad de las personas, del cumplimiento de las formalidades en los instrumentos notariales o a los certificados de hechos, sino que se aplica a la certificación de procesos tecnológicos, de resultados digitales, códigos y firmas electrónicas.

Cuando hacemos referencia a la fe pública informática, de un modo claro se dice que el notario cuando certifica procesos tecnológicos, resultados digitales, códigos y asignaturas electrónicas, está autenticando, confirmando veracidad y certeza a hechos, circunstancias o actos que tienen trascendencia jurídica, está dotándolos de fe pública que tradicional o informáticamente, sigue siendo única, como función estatal de la que son depositarios y van a ejercer bajo la égida de la imparcialidad, la legalidad y la formalidad, toda vez que tratándose de documentos públicos electrónicos se requiere cumplir las exigencias y requisitos, que para su otorgamiento, los establece la ley, de esa presunción de veracidad, que en el ejercicio de la actividad pública como la notarial, hace que hagan plena prueba por sí solos, las mayores inquietudes giran en torno, pero no a la naturaleza de la fe pública, sino a los principios que fundamentan el Derecho Notarial Latino; como los de Inmediatez, Permanencia, Matricidad o Protocolo, Representación Instrumental, o el de Unidad de Acto, que de cierta forma se ven amenazados por el ejercicio de una práctica notarial electrónica, con su consecuente repercusión en la legislación sustantiva.

Frente a la certificación que brindará el notario, en un negocio o actuado notarial informático, hace que surja la interrogante ¿Qué tipo de fe va a otorgar el notario? Será una originaria o una derivada? *“A decir del Dr. Santiago Salame; se estaría hablando de una fe pública originaria, porque se hará del conocimiento del notario las claves públicas y privadas, acompañando la identificación del titular del certificado, aunque los medios electrónicos juegan un papel importante al momento en que el particular solicite su certificado.- Otro punto importante es el resurgimiento del protocolo, donde para mantener la certificación de la firma electrónica el notario deberá transformar el*

protocolo escrito en protocolo público electrónico, hecho que implica que el notario quizás tenga que pensar en un precepto legal en conjunto a un soporte electrónico, para así poder hacer realidad el protocolo electrónico, si se ha creado un protocolo electrónico, es ahí donde el notario está obligado a dar fe.” (15)

5.4. SEGURIDAD.-

En la rutina diaria de nuestro trabajo notarial, para la realización de una escritura pública, se exige que se nos presente en forma escrita, que esté firmado por la parte solicitante, es más pedimos que la minuta a ser protocolizada lleve la firma de un abogado, luego pasamos a identificar a las partes firmantes del documento trabajo que lo realizamos en forma empírica, aplicando tan solamente nuestros escasos conocimientos.

Sin embargo el examen de la autoría de un documento, inviolabilidad, integridad que conllevan la posibilidad de rechazar la autoría del documento no es fácil. La certeza que otorga el soporte papel, no siempre es total, tomando en cuenta que las falsificaciones de documentos se ha convertido en algo cotidiano, aspecto que tiene grandes repercusiones, es así que por ejemplo, actualmente se habla que dentro la criminalística ha surgido la disciplina de la Documentología, técnica que permite establecer la autenticidad de un documento y la verificación de su autoría.

Por esta razón cabe preguntarse, si el documento informático, por sí mismo, ofrece certeza sobre su autenticidad, inalterabilidad, autoría. La respuesta a priori, es que no.

Un documento electrónico por sí mismo no puede ofrecer la garantía de quién es su autor, toda vez que una computadora a pesar de tener un único número de identificación, ésta puede ser usada por varios usuarios que tengan acceso a ella, además la hora en que fue realizado el documento no tiene necesariamente que ser cierta y es

(15) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

posible alterar éste dato con el propósito de originar incertidumbre con respecto a la fecha de envío de un archivo a través de la red. Este aspecto de de gran importancia para las tratativas de contratos y vigencia de las ofertas, sin mencionar otros aspectos que podrían tener problemas si dependen de la informática.

La masificación del uso de Internet y el continuo flujo de la información obliga a tener en cuenta que un documento electrónico pudiera ser interferido en su camino al destinatario y posiblemente alterado en su contenido, lo cual puede ocasionar que su autor, posteriormente repudie su contenido por considerar espúreo el documento. Si se diera este caso, existen problemas para que se evidencie una alteración del documento.

En ese entendido tenemos que: Un documento electrónico por su propia naturaleza no es tangible ni permite ser verificado en su contenido, a primera vista. Otro aspecto es que la creciente bibliografía sobre computadoras y la creciente falta de control sobre las redes empresariales crean una abierta invitación al fraude, robo en escala mundial a través de la manipulación de archivos corporativos, a diferencia de los documentos escritos sobre soporte papel, donde se nos presenta mayor posibilidad de descubrir alteraciones, en cambio los documentos electrónicos son más susceptibles de cambiarse en su contenido o la fecha de su creación.

Un problema que se presenta en los documentos electrónicos, es el hecho de que no se puede diferenciar cual es el original y cual es la copia. Por su naturaleza los documentos electrónicos archivados son similares al original, no hay manera de detectar la diferencia entre soportes lógicos.

Otro problema que pudiéramos citar es el hecho de que los archivos tradicionales de documentos en soporte papel, ante situaciones como humedad, incendio u otros, sufren gran deterioro, es más inclusive se corre el riesgo de perder archivos o documentación,

pero existe la posibilidad de recuperar. De igual manera en los soportes lógicos, también existen grandes riesgos, ya que cuando un soporte lógico pasa cerca de un imán o es expuesto al magnetismo, todo el archivo es afectado, pero en este caso no se puede recuperar.

Una posible solución ante los problemas de los medios magnéticos, serían las llamadas intranets o redes cerradas, donde los usuarios se conocen, entonces hay mayor certeza sobre la autoría y contenido de los documentos que se emiten, sin embargo el problema está en que es sólo una minoría de documentos que circulan en redes cerradas. *“Por lo general se envían documentos a la administración pública, se determinan contratos con nuevos clientes usando las redes abiertas del Internet.”* (16)

5.5. LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS SE PUEDEN FIRMAR.-

El soporte papel no es la única clase de documento escrito, tampoco se podría condicionar, la validez de un documento escrito a la existencia de una firma manuscrita, para sustentar éste hecho, se tiene que entender que: la firma puede estar compuesta del nombre y apellidos de la persona, o también pueda ser que la persona solamente utilice una rúbrica, o bien puede ser algún otro trazo gráfico, en iniciales o en grafismos ilegibles. Lo que se quiere es la nota de habituabilidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo de su autor. Normalmente la firma tiene que ser siempre autógrafa u ológrafa, es decir, puesta de puño y letra por el firmante.

“Por estas razones es que se ideó una forma de proteger los documentos electrónicos y esa forma se denomina la Firma Electrónica, con el objetivo de identificar al autor y proteger la inalterabilidad del documento.” (17)

5.6.. LOS CERTIFICADOS.-

Un aspecto complementario a los documentos electrónicos y la firma electrónica son los Certificados, éstos son registros electrónicos que atestiguan que una clave pública

(16) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

(17) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

pertenece a determinado individuo o entidad. Una certificación hace eso. Certifica de que una clave pública dada, pertenece fehacientemente a una determinada persona.

Un Certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación, que vincula datos de verificación de firma a un firmante, con lo que confirma su identidad.

El firmante es la persona que posee un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa.

Los certificados ayudan a evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro. Dicho de una forma más simple, un certificado contiene una clave pública y un nombre, la fecha de vencimiento de la clave, el nombre de la autoridad certificante, el número de serie del certificado y la firma digital del que otorga el certificado.

Los certificados se inscriben en un Registro considerado como una base de datos a la que el público puede acceder directamente en línea (on-line) para poder conocer a cerca de la validez de los mismos.

Los usuarios o firmantes son aquellas personas que detentan la clave privada que corresponde a la clave pública, identificada en el certificado. En consecuencia, la función principal del certificado es: identificar el par de claves con el usuario o firmante, de forma tal que quien pretende verificar una firma digital o electrónica con la clave pública que surge de un certificado, éste tenga la seguridad que la clave privada correspondiente es detentada por el firmante. Normalmente cuando se envía un documento firmado digitalmente, éste siempre se acompaña del certificado del signatario, con el fin de que el destinatario pueda verificar la firma electrónica adjunta.

5.7. NUEVAS FUNCIONES DEL NOTARIO.-

Por todo lo expuesto cábenos señalar que: es necesario considerar al notario, desde un punto de vista de notario electrónico, dentro el campo jurídico y técnico, éste deberá tener un alto grado de especialización en seguridad dentro la tecnología de la información.- La legalización de firma autógrafa es una función a cumplir por el notario tradicional, sin embargo con los avances de la tecnología, al generarse documentos electrónicos tendrá que ser la firma electrónica la que tenga que autenticar el Cibernetario.- La practica del Cibernetario en el marco de una infraestructura de clave pública, comprenderá la verificación de los datos de una persona a efectos de registrar una clave pública y obtener un certificado, procedimientos que variarán de acuerdo al grado de certificación que se desee obtener en correspondencia con los actos y negocios en el que el usuario utilizará su firma electrónica.- Sobre las autenticaciones o verificaciones acerca de los términos y ejecución del documento, éstos deberán estar de acuerdo con la ley y surtir todos sus efectos jurídicos que les son atribuidos. De esta manera la intervención que tenga el notario electrónico en la documentación informática no solo tendrá que ver con la legalización de firmas digitalizadas, sino que también se extenderá a la solemnización electrónica, tanto del certificado que contiene identidad, capacidad y otros requisitos establecidos por ley, así como la autenticación del documento en sí, que cumpla con todos los requisitos legales y formales para surtir plenos efectos legales en cualquier jurisdicción.- *“El Cibernetario, como depositario de los actos, ante él, celebrados, guardará la documentación especialmente el certificado emitido, en sus Archivos de registros o protocolos. Asimismo podrá expedir copias del protocolo a su cargo, que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.- De esta manera, cumplirá con todos aquellos requisitos que como autoridad certificadora le es exigible..”* (18)

(18) Abg. Fatho Yamil Santiago Salame, Contratos Electrónicos, texto de estudio, Universidad Andina, febrero 2010

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

Reiteramos una vez más que el presente trabajo ha sido realizado con el mayor interés en el tema de la aplicación o no de la firma electrónica en los actuados notariales y llegamos a las siguientes conclusiones:

1.- La firma electrónica desde hace muchos años atrás había sido legislada en varios países, pero conforme a nuestra investigación, ésta ha sido puesta en práctica solamente en los documentos comerciales.

2.- Lamentablemente no pudimos encontrar, una legislación que haga viable la aplicación de la firma electrónica en la Función Notarial propiamente dicha, es decir en el trabajo cotidiano de una notaría de fe pública.

3.- En la práctica notarial en nuestro medio, especialmente en la ciudad de Oruro, el trabajo notarial se circunscribe a realizar escrituras protocolares y extraprotocolares, los trabajos protocolares que conforme a nuestra normativa deben realizarse en Oficina Notarial, por lo que a decir de verdad jamás se presentaron trabajos de realizar documentos por vía electrónica, tampoco tenemos conocimiento de alguno que se hubiere realizado.

4.- En el o los Congresos Internacionales del Notariado Latino, siempre se había llegado a recomendaciones, empero creemos que no se pudo o no se puede llegar a poner, completamente, en práctica aquellas recomendaciones, es más, en lo que a mi persona concierne siempre he obrado con honestidad, es en ese entendido que cábeme señalar como ejemplo el hecho de que para el Notariado Latino, el notario debe ser autor de la escritura pública, pero en nuestra realidad, en nuestro trabajo notarial diario, no se

puede concretar aquello, por razón a que nuestra normativa en actual vigencia, hace viable sanciones para el notario que incumpla la normativa.

5.- Razón para que tengamos que llegar a la conclusión de que es necesario, primero, un cambio total de nuestra legislación notarial, adecuándola a nuestra actual realidad, actuales necesidades, adecuándola a los avances de la tecnología, pero dicha nueva normativa tendría que ser tratada y elaborada por entendidos en la materia.

6.- El presente trabajo fue elaborado para poder llegar a la respuesta de la interrogante de que: si es posible o no la aplicación de la firma electrónica en la Función Notarial? Por todo lo que hemos leído para la realización del presenta trabajo, por la experiencia que tenemos en el trabajo notarial, llegamos a la conclusión de que en la actualidad y con nuestra normativa que data de más de cien años atrás, NO se puede aplicar la firma electrónica en la Función Notarial, que hay excelentes ideas para hacerlo, es muy cierto, que tendríamos que adecuarnos a los avances de la tecnología, también es cierto, que estamos en un momento de oportunidad para que se cambie nuestra Ley del Notariado, es muy cierto, sabemos que será un trabajo titánico si se pudiera hacer viable el impulso para concretar el deseo de modernizar el trabajo notarial.

7.- Sin duda es preciso fijar un marco normativo, técnico y jurídico, adecuado que posibilite la aplicación de la firma electrónica en la Función Notarial, con líneas maestras únicas pero flexibles, que pudieran ser utilizadas y aprovechadas por recurrentes y notarios. Pero la necesidad de modernizarnos no debe ensombrecer la seguridad; la protección de los derechos de las personas, respecto a su intimidad y confidencialidad, de sus datos o información, son cuestiones básicas a las que hay que prestar máximo interés.

8.- Lo cierto es que por las recomendaciones de los Congresos Internacionales del Notariado Latino, parece que estamos avanzando hacia lo que podríamos denominar el notario electrónico, el notario digital o el Cibernotario; al respecto podríamos comentar

que si todos empujáramos el carro en una sola dirección, tendríamos la posibilidad de que en un futuro quizás muy cercano la fe pública, con algunas modificaciones legislativas, pueda ser otorgada electrónicamente con las ventajas de rapidez, acercamiento en tiempos y en espacios e incluso quizás con mayor seguridad y garantía real de identificación y autenticación de las operaciones, empero se debe tener mucho cuidado para llegar a considerar la firma electrónica como un medio moderno "seguro" Que garantice que los datos utilizados para la generación de la firma puedan producirse solo una vez y que asegure su secreto. Que asegure que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente. Que los datos de verificación de firma puedan ser protegidos fiablemente por el signatario contra la utilización por otros. Que los dispositivos utilizados no alteren los datos o el documento que deba firmarse.

9.- Si existen garantías, si la seguridad se convierte en una prioridad, si se encuentran juntos en tiempo y espacios, aunque sean virtuales, el comercio electrónico y la firma electrónica, en el nuevo escenario de la Función Notarial, podríamos decir que el camino elegido es el adecuado y que viajamos con garantías hacia la plena integración en la sociedad de la información.

