



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Esta obra ha sido publicada bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento-No comercial-Compartir bajo la misma licencia 2.5 Perú.

Para ver una copia de dicha licencia, visite
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/pe/>



PO-8914

PTDER

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE GRADUADOS

MAESTRIA DE DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL



“Los artículos 141 y 141-A del Código Civil y la firma digital”

Tesis para optar por el grado académico de Magíster que presenta el alumno Amílcar Adolfo Mendoza Luna (87.71083-10)

Asesor de la Tesis Dr. René Ortiz Caballero

Fecha: Santiago de Surco, 21 de febrero del 2003

A mi familia, sin cuya paciencia y comprensión este trabajo no hubiera podido ser finalizado. Gracias papá por ser la voz alentadora que contribuyó a llevar este barco a puerto seguro.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I:	FORMA DEL ACTO JURÍDICO	1
1. Concepto de forma		9
2. Negocios con libertad de forma y con forma prescrita		17
2.1- Libre		21
2.2- Ad Probationem		23
2.3- Ad Solemnitatem		26
3. Opción del Código Civil Peruano		28
4. Medios electrónicos para manifestar la voluntad		39
CAPÍTULO II:	DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y FIRMA DIGITAL	46
1. Concepto general de documento y firma		46
2. Concepto y características del documento electrónico		53
3. Firma Digital		62
3.1. Concepto de Firma Digital en el Perú y en el extranjero		66
3.2. Funcionamiento de la Firma Digital		77
3.3. Certificado de Titularidad de la Firma Digital		78
4. Entidades de certificación, verificación y de registro		80
5. Efectos del uso de la Firma Digital en la forma de los actos jurídicos		83
CAPÍTULO III:	FE PÚBLICA Y DOCUMENTOS FIRMADOS DIGITALMENTE	88
1. Concepto de Fe Pública		90
1.1. Función Notarial		92
1.2. Función del fedatario		100
2. Fe pública aplicada a las microformas indicadas en el D. Leg. 681		102
CAPÍTULO IV:	PROBLEMAS QUE DEBEN SUPERARSE PARA EMITIR ESCRITURAS PÚBLICAS A PARTIR DE DOCUMENTOS FIRMADOS DIGITALMENTE	113
1. Autenticación del titular del Certificado Digital		114
2. Reconocimiento de Certificados Digitales emitidos por entidades de certificación		122
3. ¿El Notario puede extender escrituras públicas para documentos firmados digitalmente observando las formalidades que prescribe la Ley bajo sanción de nulidad?		125
CONCLUSIONES		150
BIBLIOGRAFÍA		157

CAPÍTULO I

FORMA DEL ACTO JURÍDICO

Con el fin de establecer el marco teórico de este trabajo, en este capítulo abordaremos el concepto de *Acto Jurídico*, el mismo que servirá como referencia para entender la influencia que recibe del fenómeno informático y cómo ello se refleja en el planteamiento de los artículos 141, 141-A del Código Civil. Para tal efecto es conveniente explicar qué son hechos, actos jurídicos e incluso el concepto de negocio jurídico creado en la doctrina, así como las teorías modernas sobre este último. Luego, se desarrollará el concepto de forma y sus clasificaciones. Este último aspecto es relevante para el planteamiento posterior de este trabajo, si se tiene en consideración que el artículo 141-A está referido a la formalidad de la manifestación de voluntad.

Conforme a lo indicado, empezaremos estableciendo el marco teórico concerniente a los conceptos de hechos, actos y negocios jurídicos.

Los hechos que ocurren en el mundo pueden depender de la voluntad del hombre o acontecer independientemente de su voluntad. Si nos referimos a los hechos provocados por la naturaleza como una tempestad, el nacimiento, la muerte, etc. no podemos calificarlos de lícitos o ilícitos, tal como podríamos hacerlo cuando interviene la voluntad humana, la cual se ajusta o no se ajusta a las normas que le impone el Derecho.¹ Aún cuando algunos hechos que usualmente ocurren sin intervención de las personas, como la vida o la muerte, tienen consecuencias jurídicas, otros como una tempestad o la lluvia, sólo son inspiración para los poetas.

Para que la voluntad humana sea conocida en el mundo exterior debe proyectarse en este de alguna manera y no quedarse confinada dentro de la mente de una persona. Los pensamientos humanos en cuanto no se conviertan

¹ “No cabe, como se comprende de inmediato, que la distinción por razón de la licitud o ilicitud abarque otros hechos que no sean los que dependen de la voluntad humana. Lo meramente fáctico en sentido más estricto, lo que acaece como un acontecer que pertenece únicamente a lo que se llama el mundo de la causalidad, al mundo del ser extraño y ajeno al mundo de la libertad y del deber ser, eso no puede ser objeto de una apreciación valorativa, para ser calificado como lícito o como ilícito. Estas calificaciones suponen una toma de posición estimativa, para asignar al hecho una apreciación favorable o peyorativa, y ello sólo puede tener lugar allí donde el hombre, por la acción de su voluntad, tenga determinada libertad”.

BARANDIARAN, José León. Tratado de Derecho Civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. CD I. Registro 2068

en acciones, no son otra cosa que buenos o malos deseos, vigilia o simple ensoñación, sin mayor relevancia para el Derecho.

Conforme a la doctrina, cuando la voluntad humana provoca un acontecimiento o hecho con consecuencias jurídicas (como un contrato, una oferta, una promesa, etc.), podemos decir que la intención de la persona se ha plasmado en hechos cuyas consecuencias pueden ser apreciadas en el exterior del ámbito subjetivo y conforme a las reglas del derecho se podrá calificarlo como un acto lícito o ilícito, constituyendo o descartando la existencia de un acto jurídico. Es interesante subrayar que mediante el Derecho se califica la licitud o ilicitud del acto y atribuyen los efectos correspondientes sobre la validez del mismo.

Si bien la voluntad humana se dirige a realizar determinados hechos lícitos que tendrán alguna consecuencia jurídicamente relevante; esto no quiere decir necesariamente que la voluntad se dirige a crear un efectos lícitos o ilícitos determinado, sino que pueden haber otros colaterales. En varias ocasiones las personas queremos provocar un hecho pero no necesariamente su consecuencia. Por ejemplo, un inventor puede encontrar un gran hallazgo por la simple casualidad. Cuantas veces hemos escuchado que mientras se buscaba encontrar la cura de una enfermedad se encuentra la solución de otro problema. Si un

científico en su búsqueda por encontrar la cura definitiva contra la gripe; por casualidad descubre el más potente y adictivo alucinógeno, ha obtenido seguramente un efecto inesperado a pesar que investigaba (hecho lícito) para obtener un hallazgo imprevisto cuyas consecuencias son ilícitas.

En la doctrina existen numerosas definiciones de acto jurídico; entendiéndose como toda manifestación de voluntad de una persona, cuyo fin principal u objeto puede consistir en crear una obligación (o no crearla), adquirir, transferir, modificar, conservar o extinguir un derecho, todo ello observando las normas del Derecho². Sin embargo, un sector de la doctrina diferencia aquellos actos en que se haya querido el hecho respecto de aquellos en que se haya querido el hecho y el efecto; desarrollando el concepto de negocio jurídico³ como expresión o declaración de voluntad encaminada o hecha con el fin de

²OLIVERA CHAVARRI, Moisés. El valor de la forma como elemento esencial del acto jurídico. Tesis (Bach) PUCP. P. 4

³ “Al tratar el concepto de negocio jurídico que, como se ha señalado en páginas anteriores, es una especie de acto jurídico, es menester aclarar, como dice Messineo, que no nos estamos refiriendo exactamente a una institución del Derecho, sino más bien a una abstracción jurídica elaborada por la doctrina sobre la base de un conjunto de normas y caracteres propios y comunes a cierto tipo de actos jurídicos, aunque esta abstracción o construcción teórica no se justifique a priori, sino por su utilidad al sistematizar principios ordenadores. El negocio es un concepto, no una constatación de realidades, que se justifica por economía de pensamiento. Por lo mismo, aunque tratemos al negocio como figura autónoma, en estricta consideración no debe reputarse como tal, pues su existencia la tiene (si se nos permite el vocablo) derivada; sólo es el fruto de la aplicación de ciertas particularidades de algunos contratos, de actos de derecho de familia y de sucesión hereditaria a un denominador común que las agrupa, para regular estos y aquellos y otros supuestos de la autonomía de la voluntad.”
LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El Negocio Jurídico. Lima: Grijley. 1994. 2da. Ed. P. 45.

crear, modificar o extinguir un derecho y que produce el efecto jurídico querido por el autor.⁴

La idea de negocio jurídico es producto de la doctrina alemana y ha dado motivo a diversos debates de elevado nivel académico. A grandes rasgos las opiniones emitidas por los juristas pueden clasificarse en 2 tendencias: subjetivas y objetivas. Según la exposición de Ferri⁵, para la tendencia subjetiva la esencia del negocio jurídico es la voluntad del autor, ya sea que predomine la voluntad sobre la declaración o que se fijen en la declaración a través de la cual la voluntad se manifiesta al exterior. Además consideran al negocio como un valor. En cambio para la tendencia objetiva, se considera al elemento de la declaración como predominante sobre el de la voluntad interna, y se concentra sobre los efectos. Respecto a los efectos, tiende a ser desvinculado de la voluntad, para ser reconducido al ordenamiento jurídico. Dentro de esta tendencia, algunos opinan que el negocio jurídico constituye el medio a través del cual el ordenamiento jurídico concede al individuo poder

⁴ “En realidad, debe tenerse en consideración que en líneas generales cabe diferenciar entre los hechos con relevancia jurídica, y aquellos hechos en que interviene la voluntad constituyendo actos jurídicos. Pero encontramos que hay un modelo de clasificación aceptado en doctrina y que tiene origen alemán que consiste en: a) hechos jurídicos, b) actos jurídicos (hechos humanos que abarcan los actos ilícitos) y negocios jurídicos (que está referido específicamente a las “declaraciones de voluntad”). En el negocio jurídico, el efecto jurídico constitutivo, modificativo o extintivo de las relaciones jurídicas no se enlaza con la sola voluntad sino con el aspecto exterior: la voluntad de los efectos; es decir que no basta con querer el hecho sino el efecto”.

GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. **EN:** BETTI, GALGANO, SCONAMIGLIO & FERRI. Teoría General del Negocio Jurídico. Lima: ARA Editores. P.80-85.

⁵ FERRI, Giovanni Battista. El Negocio Jurídico. Lima: Ara Editores. 2002. p. 59-160.

determinar la entrada en vigor o el venir a menos de los imperativos jurídicos, para otros el negocio jurídico y su capacidad de producir efectos residen totalmente en la ley. En esta lógica se comprende el negocio en el nivel hecho, no de valor.

Ambas tendencias (o bandos como los llama Ferri) acogen elementos que son partes constituyentes del negocio jurídico.

*"(...) Lo que queremos decir es que, sea las doctrinas que ponían la voluntad (en sí misma considerada o expresada en una declaración) al centro de las teorías del negocio, sea las que negaran, desde el punto de vista de los efectos, que los sujetos privados pudiesen orientarse más hacia efectos jurídicos que hacia los efectos empíricos, o las doctrinas que vieran en el negocio un acto de autonomía privada y las que intentaron encuadrar el negocio en un sistema de pluralidad de los ordenamientos; acaso también las doctrinas que vieron en el negocio un elemento de un escalón normativo; todas ellas, en suma, terminan fundando la idea de negocio, por un lado, en la constatación de que el negocio es siempre una expresión de la libertad de los individuos para regular sus propios intereses; y, por otro lado, en que es siempre una tarea exclusiva del ordenamiento jurídico del Estado atribuir, a la luz de sus propios criterios de evaluación, una calificación jurídica a la regulación de intereses expresada por el negocio."*⁶

Según Rómulo Morales, en su estudio de las modernas teorías del negocio jurídico, existen las teorías preceptiva y normativa del negocio jurídico. La

⁶FERRI, Giovanni Battista. El Negocio Jurídico. EN: BETTI, GALGANO, SCONAMIGLIO & FERRI. Teoría General del Negocio Jurídico. Cuatro estudios fundamentales. Lima: ARA Ed. 2001. P. 204-206

primera considera los intereses privados protegidos por el ordenamiento jurídico teniendo en cuenta la idea de la autoconfiguración y tiene la ventaja de que estudia las nociones de la autonomía privada y del negocio jurídico desde la experiencia normativa excluyendo el “criterio de la producción de las obligaciones queridas” o el “criterio de la producción de efectos jurídicos queridos”, que se convierten en irrelevantes porque la noción del interés que merece ser reconocido por el derecho cobra preeminencia. La teoría normativa, en cambio, desarrolla la concepción del negocio jurídico como norma jurídica, susceptible de ser ubicada en la jerarquía de normas del sistema jurídico. Su principal ventaja es coordinar la teoría general del Derecho con la teoría del negocio jurídico⁷. En este orden de ideas se entiende a la autonomía privada como el poder jurídico otorgado por el ordenamiento jurídico para configurar el reglamento negocial y para constituir la situación negocial y al negocio jurídico “(...) como supuesto de hecho negocial de las normas jurídicas superiores y como fuente normativa negocial es un acto de ejercicio del poder de disposición en sentido amplio. Es la norma jurídica privada con contenido autónomo el cual

⁷ El autor define al negocio jurídico como “(...) la norma jurídica con contenido autónomo el cual el ordenamiento jurídico une los efectos jurídicos de las normas jurídicas públicas con el objeto de compatibilizar los propósitos objetivados (finalidad económica individual o causa concreta) de los particulares y la tutela jurídica del Derecho positivo. Por el contrario, el acto jurídico en sentido estricto es aquel acto por el cual por su sola realización el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos”.

MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico. Lima: ARA Editores. 2002. P. 111-229.

el ordenamiento jurídico une los efectos jurídicos de las normas jurídicas públicas”.⁸

Luego de plantear brevemente el estado de la discusión sobre la naturaleza del negocio jurídico en la doctrina, y en especial sobre la teoría normativa del negocio jurídico, es conveniente indagar sobre el ejercicio de los individuos de su autonomía privada.

Queda claro que los pensamientos deben abandonar el fuero interno (“exteriorizarse”) para tener efectos jurídicos. Conforme a ello, la manifestación de voluntad es lo que permite a la subjetividad o fuero interno proyectarse al mundo exterior⁹. En ocasiones, no basta con una sola declaración expresa de la voluntad sino con la conjunción de varias; también puede ocurrir que no exista declaración expresa sino que la expresión de la voluntad se manifieste a través de un gesto, un ademán o hechos realizados que permiten identificar el objetivo de la voluntad.¹⁰

⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo. Op. cit. p. 208.

⁹ “La relevancia de la manifestación de voluntad es tal que, como bien lo puntualizó León Barandiarán, ningún acto puede tener el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifieste, pues el Derecho no es psicología ni es investigación agnóstica en el campo de la conciencia, el Derecho fundamentalmente mira hacia el lado externo, hacia la conducta exteriorizada del agente y, por eso, es indispensable detenerse en la manifestación de la voluntad en cuanto generadora del acto jurídico. El negocio jurídico se forma, ha señalado Coviello, cuando la voluntad se manifiesta.”

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica. Agosto 2000. 5° ed. P.93

¹⁰“Dentro de los actos lícitos (4), cabe hacer una discriminación; hay que distinguir dos subclases. La primera subclase (5) comprende una serie de hechos –voluntarios y lícitos–, que forjan una serie de

Teniendo en cuenta estas diversas situaciones, consideramos que la manifestación de voluntad incluye a la declaración de voluntad, la cual es una especie, como también podría ser una manifestación tácita que se identifica con actitud o circunstancias de comportamiento. Puede entenderse a la manifestación de voluntad como la exteriorización de un hecho psíquico interno que de manera consciente y voluntaria trasciende al individuo y surte efectos frente a terceros con valor expositivo, no siendo relevante que estuviera lejos del ánimo del agente querer producir tales efectos. La declaración de voluntad, en cambio, es un acto responsable que exterioriza la coordinación jerárquica de nuestros deseos con el propósito de crear efectos jurídicos mediante la comunicación de la voluntad contenida en la expresión.¹¹ Si entendemos que una persona realiza un acto con responsabilidad, debemos aceptar que asume las consecuencias de su acto, y si este acto consiste en una declaración, tiene que

situaciones jurídicas sin que exista declaración de voluntad, mientras en la segunda subclase (6) el elemento característico es la declaración de voluntad.

Esta distinción es difícil de precisar y es, empero, fundamental para destacar que el acto jurídico es ante el hecho jurídico como la especie frente al género. En efecto, el acto jurídico es la última clase constituida por los hechos jurídicos, a lo menos dentro de la sistemática y técnica del C. C. peruano.

Los maestros destacan las dos notas antes señaladas para hacer la distinción antes mencionada: declaración de voluntad y efecto querido, que existen en la clase (6) y no en la clase (5). Veamos los principales casos de esta última clase (5). Tales, el hallazgo, la invención, la ocupación, la especificación, la conmixción, la accesión industrial, la constitución y el abandono de domicilio (por el simple hecho de la residencia), la edificación, la plantación, en cierto modo la gestión de negocios, la posesión bajo ciertas condiciones, y nosotros incorporamos aquí el enriquecimiento sin causa cuando no consistiendo él mismo en un hecho meramente causal, sino dependiente de la voluntad del empobrecido o del enriquecido, acarrea el efecto jurídico pertinente de dar lugar a la repetición¹¹.

BARANDIARAN, José León. Tratado de Derecho Civil. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. CD I. Registro 2,074.

¹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit. P.101-103.

traducirse en una intención de compromiso y vinculación al mensaje emitido, constituyendo esta emanación de la autonomía privada una norma negocial.

A partir de lo expuesto, queda claro que la manifestación de la voluntad consiste en dar a conocer la voluntad interna por cualquier medio (ya veremos cómo se entiende esto en nuestro Código Civil) que la exteriorice y, como consecuencia de ello, existe una vinculación al mensaje emitido. A riesgo de adelantar algunos aspectos que serán prontamente tratados cuando hablemos de forma, podemos decir que se trata de expresiones verbales o escritas, e incluso cualquier otro medio expresivo como la mímica, señales de humo, señales que usan los navegantes con banderolas, o breves golpes rítmicos como la clave morse.

1. CONCEPTO DE FORMA

La forma es el aspecto exterior del acto jurídico (o del negocio jurídico)¹², la manera como se manifiesta la voluntad. No se puede concebir que existan

¹² Para Betti: “Forma es el modo *como* es el negocio, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior.”

BETTI, Emilio. Teoría General del Acto Jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado. P. 97.

“Forma es el modo como es el negocio, como se presenta ante los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representan conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos éstos cuya

negocios sin forma, ya que esta es continente de la manifestación de voluntad; siendo esta última constitutiva del negocio.

Betti indicó claramente que la forma no es otra cosa que la posibilidad objetiva de reconocimiento de la actitud, dentro del ambiente social en que se ha producido, mientras que la manifestación es algo más por cuanto requiere conceptualmente una proyección, más o menos consciente hacia otros sujetos y, por tanto, no se distingue, en sustancia, de la declaración.¹³

Barandiarán explica muy bien su importancia al opinar que con la forma no sólo se entiende que es un medio de expresar el pensamiento, sino especialmente el modo como se le da forma, ya sea de manera verbal o escrita, lo cual nos permite tener una manifestación comprobable de la voluntad que la permita salir del ámbito de los meros propósitos inconfesados¹⁴.

conexión es tarea de interpretación. En la vida de relación, un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma. O, como diría R. VON IHERING, la forma es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por eso, cuando se habla de negocios formales y no formales, no debe creerse que existen negocios en los que se puede prescindir de la forma.”

DE LOS MOZOS. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Montecorvo. P.386.

Albaladejo dice que “Forma es el modo de ser del negocio, la manera (palabra, escrito, ceremonia, etc.) de realizarse. Así la forma de la compraventa es verbal, si tal contrato se celebra haciéndose oralmente la oferta y la aceptación.

La forma no es un elemento más del negocio (como lo son la declaración de voluntad u otros), sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida.”

ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Barcelona: Bosch. 1993. 2da. Ed. P. 299.

¹³ BETTI, Emilio. Op. cit. P. 98-99.

¹⁴ “Bajo el término forma –escribe Engelmann– no sólo se entiende el medio que en general expresa el pensamiento, sino especialmente el modo como se da forma determinada al pensamiento, verbalmente o por escrito. Sólo en este último sentido se utiliza dicho término cuando se habla de la ‘forma’ de los negocios jurídicos, pues la manifestación de voluntad está sometida a una forma

Si entendemos que la forma es lo que permite tener una manifestación de voluntad, puede decirse que no debe tener diferencia con su contenido y que al menos debe haber una relación de coherencia entre ambos, por cuanto a través de la forma, la voluntad logra asomarse al mundo exterior. No es extraño entonces que haya proporción entre la importancia o trascendencia de un acto (o negocio) jurídico y el modo especial de exteriorizar la voluntad.

El aspecto de la coherencia entre forma y contenido es particularmente notable y está muy bien explicado por José Ignacio Cano Martínez de Velasco quien asevera que gracias al mencionado aspecto se explica su particular clasificación de los actos jurídicos en actos propiamente dichos, actos negociales y negocios jurídicos. Dicha clasificación enfatiza el hecho que la voluntad está presente en los actos negociales y negocios jurídicos pero que está cristalizada en los actos en sentido técnico estricto, donde no se puede independizarla de su realización.¹⁵ Los actos propiamente dichos no se dirigen

únicamente cuando está presente para ella un medio de expresión peculiar. Esta disposición puede basarse en una ley o en un negocio jurídico, hablándose por ende de una forma legal y de una convencional".

De manera, pues, que todo acto jurídico requiere que asuma una determinada forma, cualquiera que ella sea, en el sentido de una manifestación comprobable de la voluntad. Sin ella no habría acto jurídico, porque no se habría salido del ámbito de los meros propósitos inconfesados."

BARANDIARÁN, José León. Op. cit. Registro 3,483.

¹⁵ "La nota de coherencia es tan inevitable, y perfecta, que se produce siempre. Explica la clasificación de los actos jurídicos, por su aspecto exterior, en actos propiamente dichos, actos negociales, y negocios jurídicos, éstos no importantes, importantes, y trascendentes. Actos propiamente dichos son los voluntarios, no intencionados, en cuanto la voluntad del actuante no puede perseguir con su realización unos efectos específicos, distintos de los generales, que se derivan

a efectos distintos que los previstos por la Ley (es decir que la voluntad no es relevante para los efectos, los cuales ya están establecidos fuera de ella).

Los actos negociales sí contribuyen a perfeccionar un negocio jurídico en virtud a una conducta concluyente que podría ser sustituible por una declaración de voluntad. A partir de lo dicho, estos actos negociales constituyen negocios jurídicos porque la voluntad está allí, escondida pero operativa. Eso permite al autor identificar a la mímica o gestos en actos negociales, dejando al negocio jurídico a la declaración verbal. Esta clasificación es interesante, aunque en el artículo 140 del Código Civil Peruano (CC1984) se adoptó el concepto de manifestación de voluntad, la cual incluye a la declaración. Y actos como la mímica, gestos y otros son manifestaciones de voluntad expresas, aunque por su forma no son verbales o escritas (que son las más conocidas y complejas).

de la ley para todos los supuestos; aquéllos consisten, necesariamente, en un hacer (p. ej., la ocupación, la derelicción). En ellos, la voluntad cristaliza en este hacer, y no puede actuar fuera de él (p. ej., si se quiso la ocupación no cabe impugnarla, luego, por vicios de la voluntad. Sencillamente, porque la voluntad quedó petrificada en la realización del acto, es decir en éste mismo). Tales actos se formalizan en un hacer y no en la emisión o declaración de una voluntad (no vale nada que, p. ej., el ocupante diga que quiere, sólo, el usufructo de la cosa ocupada, no el dominio, pues éste se le impone por la ocupación). Con rigor procede afirmar que los actos propiamente dichos tienen una forma especial, que consiste en su exteriorización, o sea que, por no poder consistir en una declaración, verbal ni escrita, es una conducta significativa. Pero, no es una conducta concluyente, concepto distinto, relativo a los actos negociales. Estos son un hacer, que no es una declaración, verbal ni escrita, de voluntad, pero que, a diferencia de los primeros, perfeccionan un negocio jurídico, por virtud, precisamente, de conducta concluyente. Mientras que la conducta significativa de los actos propiamente dichos no es sustituible por otro medio de emanación de la voluntad, la conducta concluyente de los actos negociales es sustituible por una declaración de voluntad (así, p. ej., cabe ofrecer o aceptar por declaración o por silencio, elocuente por las circunstancias, de la voluntad de ofrecer o aceptar). La conducta significativa opera por presunción “de iure”, la concluyente por presunción “iuris tantum”, y, por ello, es posible destruir los actos negociales, mediante probar que no se quiso la celebración del negocio, aunque sí la realización de la conducta.” (subrayado es nuestro).

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y protección de su apariencia. Barcelona: Bosch. 1990. p.12.

Quede claro entonces que la mencionada clasificación es una elaboración doctrinaria, aunque conviene subrayar la idea de que la voluntad está presente así no haya una declaración sino comportamientos determinados, y en la manera como se manifiesta la voluntad encontramos una forma.

Es relevante indicar que si bien para la doctrina la forma del negocio es la forma en que se declara la voluntad, Albaladejo¹⁶ hace dos salvedades:

- a) **Si el negocio tiene otros elementos, además de la declaración, también estos tienen una forma. Sin embargo, la importancia de la forma se centra en la declaración de la voluntad y para calificar la forma del negocio se tiene en cuenta la forma de la declaración que, como se verá más adelante, puede ser prescrita por la Ley.**

- b) **La forma del negocio no se reduce a la forma de emisión de la declaración (la forma de actuación del declarante), también es la forma o circunstancias que rodean a la declaración o las solemnidades que deben seguir a esta emisión.**

¹⁶ ALBALADEJO, Manuel. Op. cit. P.301.

Una vez expuestos los alcances del concepto de forma, es conveniente indicar que la forma de la manifestación de la voluntad es verbal o escrita en los casos en que sea expresa y la manifestación de voluntad tácita existe “(...) cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia” (artículo 141 del Código Civil-CC1984)

Hasta hace muy poco, el legislador peruano indicaba que la manifestación de voluntad expresa se formulaba oralmente, por escrito u otro medio directo. Ahora, conforme a la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley N° 27291, publicada el 24 de junio del 2000, la manifestación de voluntad “Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo”. El legislador parece haber comprendido que las nuevas formas de comunicación son tan complejas y particulares que lo obligan a incluir en la norma todos los supuestos posibles que permitan una aplicación adecuada, aún cuando hubiera podido interpretarse el término “medio directo” de manera extensiva para comprender todas aquellas nuevas situaciones que aún no se conocían.

En el desarrollo de este trabajo, se tendrá en consideración esta modificación legislativa que en nuestra opinión está directamente relacionada con los

documentos electrónicos y por su especial relevancia será motivo de estudio en los siguientes capítulos, al igual que las nociones establecidas en el marco teórico.

Hemos mencionado que podemos manifestar la voluntad con mímica, muecas u otros medios. Según nuestro Código Civil (art. 141) son manifestaciones de voluntad expresas aunque realizadas en forma distinta a la oral o escrita. Las manifestaciones de voluntad pueden hacerse más complejas y llegar a ser fórmulas verbales (declaraciones), o incluso plasmarse en documentos escritos sobre papel, lo cual contribuye a hacerlas más perfectas por cuanto se hace más evidente lo que es querido por la voluntad, no sólo en lo que es el hecho o conducta sino también en los efectos de ella.

En este punto cabe advertir que es más elaborada o compleja una declaración que un comportamiento del cual se extrae la voluntad (manifestación tácita).

Según Betti, a diferencia de la declaración, el comportamiento puro y simple está caracterizado por el hecho que perfecciona su resultado con una modificación objetiva, socialmente trascendente, del estado de hecho que preexistía. La actuación de la persona no está dirigida a los demás, aunque va a afectar el mundo exterior, por supuesto y de esta manera no pasará

inadvertido frente a los otros. No se constituye con la colaboración psíquica ajena.

Puede ocurrir que estos comportamientos se interpretan en un contexto social como declaración, tal como se ha dicho, pero en este caso tuvo que existir una convención o interpretación en el ambiente social.

En cambio una declaración está conscientemente destinada a ser conocida por otros y a hacerles notorio un determinado contenido; es un acto que se dirige necesariamente a otros. Por tanto, una declaración está dirigida a un destinatario. Esta es la opinión imperante en la doctrina según Stolfi¹⁷. Para nosotros, este último aspecto cabe resaltarlo porque nos ayudará en la exposición de nuestro trabajo. La lógica consecuencia de dirigir la declaración a un destinatario determinado (o determinable) es que el autor se vincula según

¹⁷ “¿Pero cómo se distingue entre manifestación expresa y tácita?. La respuesta que podemos llamar instintiva es que la manifestación es expresa cuando se utiliza el lenguaje hablado o el escrito y tácita cuando se recurre a un gesto cualquiera. Pero tal distinción no siempre es exacta, pudiendo muy bien acontecer que de una carta se deduzca una manifestación tácita de voluntad: por ej., el deudor que por escrito pide restituir la suma prestada más tarde de lo convenido, expresamente desea modificar el contrato en cuanto al vencimiento de la obligación y además reconoce tácitamente la obligación.

Sostener, en cambio, que la manifestación es expresa cuando los medios utilizados tienen por finalidad directa e inmediata exteriorizar la voluntad, y que es tácita cuando la conducta exterior de la persona tiene finalidad distinta y sólo indirectamente sirve para basar la existencia de un querer dado, significa abstenerse de dar un criterio seguro de distinción por la extrema dificultad de distinguir qué actos tienen por finalidad directa y cuáles en cambio por finalidad indirecta la manifestación de voluntad.

Por ello es preferible adherirse a la opinión más acreditada y decir que la manifestación es expresa cuando los medios sensibles a que se recurre van destinados – o por el uso general o por un especial acuerdo de las partes- a hacer conocible un interno querer, y que al contrario la manifestación es tácita cuando falta tal destino, pero se verifican actos de los que puede deducirse la voluntad del interesado.”

STOLFI, Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. P.203-204. 1991.

el significado objetivo de la declaración y –según Betti– pone a su cargo el riesgo de un inexacto modo de expresarse. Un simple comportamiento “no vincularía al agente según su objetivo significado social, y sí sólo en cuanto éste fuera, concretamente, conforme a su intención efectiva.”¹⁸

Por lo expuesto, la forma hace patente al negocio y la forma del acto (o de la declaración) vincula a la persona, con mayor razón aún cuando existe un destinatario y una declaración involucradas en el negocio jurídico, porque se genera una confianza. En cambio, si sólo hubiera un simple comportamiento, no hay un destinatario, y si se le diera una significación de manifestación de voluntad tendrían que haber elementos que permitan afirmarlo de manera indubitable.

Aunque las propias partes podrían indicar que se siga una forma determinada, también la Ley podría indicar que es necesario que las partes acojan alguna forma determinada para manifestar su voluntad¹⁹. En determinados supuestos, se exige un documento escrito para el negocio (como un contrato, un acta, una

¹⁸ BETTI, Emilio. Op. cit. P. 99-101.

¹⁹ “Hay pues, formas sencillas, como cuando el acto queda celebrado con la sola manifestación de la voluntad verbal o mediante la suscripción de un documento, como en el caso de la fianza; las hay también complejas y recargadas, como en los casos del testamento en escritura pública o del matrimonio. Ellas dependen del imperativo de la ley o de la voluntad de las partes en atención a la trascendencia patrimonial, familiar y aun social que el acto pueda tener o se le atribuya. En uno y otro caso se trata de darle certeza y seguridad jurídica al acto, lo que tiene que ver con la función fundamental que le corresponde a la forma en cuanto medio probatorio de la existencia y del contenido del acto”.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. cit. P.132-133.

escritura pública, etc.) o basta cualquier otra clase de documento en general (que abarcan grabaciones en casete de audio y/o video, archivos provenientes del uso de programas de computación, archivos en formato digital o incluso en *MP3, CD-ROM, DVD*, etc.). En algunas ocasiones, y dependiendo de la complejidad del negocio, el derecho impone o las partes acuerdan que la forma requerida es la documentación escrita, muchas veces acompañada de firma, indicando el nombre del autor, e incluso escritura pública, aspectos a través de la cual se perfecciona la celebración del negocio. La exigencia de forma sólo es satisfecha cuando el acto (o negocio jurídico) se ha recogido en el documento indicado.

Manuel Albaladejo nos advierte que hay que distinguir el cumplimiento de la forma del documento mismo. La forma consiste en una actividad que tiene como resultado la producción de un documento. Una vez cumplida, el negocio es válido. En caso que el documento desapareciera en algún momento, no podría destruirse la forma del negocio porque ya se realizó la conducta que condujo a la creación del documento. Por ejemplo, sabemos que se realizaron actos jurídicos durante el siglo pasado y varios de ellos con forma escrita, habiéndose previsto (ya sea por ley o las partes) que se expida escritura pública y se inscriba en Registros Públicos. Un incendio en Registros Públicos podría destruir los documentos pero no el hecho de que hubo una

inscripción. Esta advertencia de *Albaladejo* será de utilidad en el desarrollo de nuestro trabajo²⁰.

Cabe añadir que la *Ley* puede exigir la existencia o posesión del documento para el ejercicio de derechos procedentes del negocio o para probarlo (por ejemplo, del título valor para que un acreedor realice el cobro de la deuda) pero tal exigencia no tiene que ver directamente con la forma del negocio.

2. NEGOCIOS CON LIBERTAD DE FORMA Y CON FORMA PRESCRITA

La terminología usada en doctrina de negocios libres y formales, no debe llevar a la confusión de que habiendo negocios formales y otros que no lo son, pueden existir negocios sin forma. Conviene reiterar que un acto (y por tanto un negocio) es reconocible para otros a través de su forma o sino la voluntad quedaría en puro fenómeno psíquico y sin trascendencia social y jurídica. A ello agregamos que una manifestación exterior de voluntad tiene varias maneras de volverse más compleja y para trascender la subjetividad se dirige a destinatarios en quienes debe afectar psíquicamente, creándoles confianza o certeza sobre el contenido de la voluntad. Por tanto, mientras la forma es más

²⁰ ALBALADEJO, Manuel. Op. cit. P.305-306.

compleja mayor será la certeza o seguridad que se plasme en los destinatarios.²¹

Aquí encontramos un provocador aspecto que ha sido materia de tratamiento legislativo desde hace largo tiempo. Optar entre la libertad y la seguridad.

Nos parece interesante esta cita de Jhering recogida por Moisés Olivera: “Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es en efecto el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige a la libertad, la que la contiene y la protege”.²²

A pesar de la cita mencionada, los distintos autores (Albaladejo, Vidal, De los Mozos, Ospina) sostienen que en el derecho moderno el principio general viene constituido por la libertad de forma. Es decir, que la voluntad puede manifestarse libremente sin necesidad de sujetarse en su expresión a simbolismos o ritualidades como en el Derecho Romano Arcaico y Clásico.

La doctrina a grandes rasgos identifica al formalismo como el uso forzado

²¹ BETTI resume aún más lo expuesto al decir que: “Dada la genérica necesidad de una forma para que sea reconocido el acto por parte de los demás, se comprende bien que la voluntad de la parte que no se expresa en forma adecuada no tiene valor jurídico. En conclusión, en los negocios declarativos, a la parte, libre en cierta medida en cuanto a la elección de las palabras, incumbe la carga de escoger la expresión adecuada para cuanto le ofrezca interés, y consecuentemente, el riesgo que acompaña a una expresión inadecuada, oscura o ambigua”

BETTI. Op. cit. p.103.

²² OLIVERA CHAVARRI, Moisés. Op. cit. P.9

e inevitable de formas y que es producto de una larga evolución, desde el simbolismo o ritualidad de los derechos primitivos al derecho moderno en que el principio de libertad de formas aparece como conquista del progreso jurídico.

Al abordar el tema, la doctrina hace referencia histórica al *Derecho Romano* en contraposición con el *Derecho Contemporáneo*.

Para efectos de nuestro trabajo, nos interesan más las grandes líneas de discusión, antes que la exposición de los cambios históricos en el *Derecho* en lo que a *Formalismo* se trata. De esta manera, nos parece que *Albaladejo*²³ expone bien las dos posiciones encontradas que hemos mencionado antes:

- a) *La seguridad de las relaciones jurídicas, que frecuentemente reclama la inoperancia de la voluntad que no se declara solemnemente.*

- b) *El fin perseguido por el negocio jurídico. La persona regula sus relaciones jurídicas según su voluntad y dentro del marco de la libertad que dispone para seguir sus fines.*

²³ ALBALADEJO, Manuel. Op.cit. p. 306-307.

Como se recordará, hemos indicado que la forma podría ser establecida por las partes o impuesta por la Ley. Ante tal situación, ¿qué límites tiene el Principio de Libertad?

En nuestra opinión estas posiciones encontradas deben ser acogidas eclécticamente por el legislador y decidir la mejor opción conforme al caso concreto. Seguramente un buen referente para decidir es la naturaleza del acto, así como su contenido que por su relevancia motivará la elección de una forma en particular. La cita recogida por Moisés Chavarri nos recuerda que las partes pueden tener decisiones precipitadas siendo necesario evitar la arbitrariedad, asimismo pueden necesitar más precisiones y detalles en la declaración. Además, con la forma se permite distinguir entre las meras tratativas y el perfeccionamiento del negocio, facilitándose la probanza de la realización del negocio, permitiéndose la publicidad del negocio frente a terceros²⁴ y una segura vigilancia sobre el desarrollo de la vida jurídica.

²⁴ Se distinguen los términos forma y publicidad. Garibotto advierte que la forma además de dar fijeza al acto jurídico celebrado y facilitar su prueba en caso de controversia, la forma hace que el acto resulte ostensible, aunque frente a terceros esta ostensibilidad resulta insuficiente por lo que la publicidad debe complementar.

GARIBOTTO, Juan Carlos. Op. cit. P. 108.

“Suelen confundirse ambas. En doctrina hay discusión sobre si son conceptos iguales o distintos. Se ha dicho, con la finalidad de distinguirlas, que la publicación es un acto “*a se stante*”, diferente del acto objeto de publicidad, y que por ello, no es forma. A lo que se añade que la publicidad se concreta en la realización de una serie de actos, constitutivos del procedimiento publicitario, cada uno de los cuales tiene su propia forma.

Opiniones superficiales. La publicidad, y en esto se distancia, netamente de la forma, no mira, como ésta, a las partes, o celebrante unilateral, de un negocio, o de un acto, que trata de asegurar para ellas, sino a los terceros. Es decir, la publicidad es garantía del tráfico jurídico”

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. Op. cit. 15-16.

Cabe indicar en este punto que ya se habla de un nuevo formalismo dirigido a aminorar los efectos de un consensualismo excesivamente liberado de formas²⁵.

A continuación se explicarán las formas libres, ad probationem y ad solemnitatem. La exposición de estas materias será de particular interés por cuanto en los capítulos siguientes se verán sus implicancias en los documentos electrónicos, que están incluidos dentro de los términos del artículo 141 y 141-A del Código Civil.

2.1. Libre

²⁵ Abundando sobre lo expuesto por Albaladejo, recogemos lo que dice Fernando Vidal: “Es, por lo expuesto, el Derecho moderno el que marca un renacimiento de la forma y el nuevo sentido del formalismo. Comienzan a primar criterios de seguridad en torno a los actos jurídicos para preservar el contenido de la manifestación de voluntad, salvaguardar los derechos de terceros y de facilitar la prueba de la existencia del acto. El Derecho moderno opondrá, así, a la consensualidad, la formalidad. El formalismo moderno, o neoformalismo, tiene su razón de ser en los inconvenientes de la consensualidad, entendida ésta como la manifestación de voluntad despojada de todo formalismo. Colin y Capitant sustentan el neoformalismo en los siguientes fundamentos: a) en la importancia de ciertos actos jurídicos, que justifica la imposición de una forma solemne; b) en la publicidad que debe darse a ciertos actos jurídicos; y, c) en la precisión requerida en ciertos actos jurídicos, los que por ella deben contar con una declaración de voluntad escrita.”

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. cit. 132-134.

“Contemporáneamente, los principios de seguridad en materia de negocios jurídicos, esencialmente en mira de salvaguardar derechos de terceros, el principio de la declaración de voluntad, y la vinculación de orden pragmático entre la forma y la prueba, han hecho renacer apreciablemente el formalismo (Barassi)”.

BARANDIARÁN, José León. Op. cit. Reg. 3,492.

“En efecto, la experiencia ha revelado que un sistema tan liberal como el que presidió la infancia del derecho contemporáneo no se encuentra exento de peligros y que estos crecen y se multiplican a medida que la civilización avanza, dando nacimiento a relaciones sociales cada vez más numerosas y complejas (...) La propia iniciativa particular trata, entonces, de eludir los peligros del comercio puramente consensual y crea el uso de la escritura, a lo menos para los actos jurídicos de alguna importancia, uso que está propiciado por el progreso del alfabetismo. El legislador, por su parte, también hace suyo este movimiento de desconfianza y procura proteger y asegurar los intereses de los agentes y de los terceros mediante la imposición obligatoria de ciertas formas de expresión de la voluntad privada”.

Sin olvidar que un negocio tiene inevitablemente forma, podría ocurrir que ni las partes ni la ley hayan determinado alguna forma especial que deba tener el negocio. Entonces quien realice la manifestación de voluntad (o declaración) no tendrá ningún cuidado en elegir que forma utilizará. Precisamente la forma es libre cuando la elección queda sujeta a la decisión del otorgante del acto (o negocio jurídico), quien verá cual le conviene más²⁶. Es conveniente indicar que está aplicando el Principio de la libertad de formas.

Si recurriera a una forma verbal existirá el problema de que no habrá rastro de su declaración salvo en la memoria del destinatario y de los testigos, en caso hubiera. En uno y otro caso, los recuerdos no son tangibles; estando sujetos a la mutua confianza y que no haya contradicciones entre los destinatarios y testigos. También podría recurrir a la mímica, gestos, señales de humo o con banderolas como los navegantes; pero a menos que sean grabadas en algún documento audiovisual (que constituye otra forma más, en realidad) tendrá los mismos problemas que en la forma verbal.

En caso decidiera recurrir a una forma escrita y no hubiera exigencia de recurrir a un modo especial de emisión de la declaración, puede optar por un

²⁶ GARIBOTTO, Juan Carlos. Teoría General del Acto Jurídico. Buenos Aires: Depalma. 1991. p. 105.

documento privado, ya que no tiene nada que lo obligue a realizar algo más (escritura, inscripción en Registros Públicos, alguna otra forma de documento público, etc.) El referido documento privado no es más que el soporte donde se registra la declaración y no tiene que cumplir algún requisito especial en su contenido. En este caso, el documento escrito puede reposar en cualquier papel, sin fecha, nombre, firma ni domicilio, a mano o a máquina, e incluso con borrones y tachaduras. Se comprenderá que un documento con estas características, provocaría serias dudas sobre la existencia de la declaración, sobre la certeza de la vinculación de su autor o sobre su misma autenticidad; además, nada impediría al autor negar que emitió dicha declaración o incluso cuestionar la integridad de lo declarado, porque ni siquiera aparece su nombre y firma. Más adelante veremos los efectos vinculantes que puede tener una firma cuando se realiza una declaración.

Un documento privado puede ser otorgado en cualquier idioma, aunque si fuera llevado a un proceso tendría que tener una traducción oficial (art. 241 Código Procesal Civil Peruano- CPC93). Tendría valor probatorio desde que adquiere fecha cierta determinada por la muerte del otorgante, la presentación del documento ante funcionario público, la presentación del documento ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas, la difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable y otros casos

análogos (art. 245 del CPC93). También adquieren fuerza probatoria los documentos privados no tachados o cuando son reconocidos por las partes o un tercero, si éste es el otorgante (art. 246 CPC93).

Las limitaciones de esta forma nos pueden indicar que el propósito de las partes no era de una gran relevancia o que entre ellas existe una gran confianza, lo cual las lleva a prescindir de formas, en señal de que no guardan ningún recelo o cuidado entre sí. En caso que faltasen estos aspectos (confianza en la autenticidad, integridad de la declaración y vinculación del declarante), el acto se vería asaltado por la incertidumbre y la desconfianza.

No sorprende entonces que sin pedirlo nadie, el propio declarante sea quien elija una forma compleja conforme a la importancia que otorgue a la materia. Muy raros son los casos en que la proximidad y familiaridad lo hagan obviar cuidados.

Para solucionar este problema, las propias partes pueden decidir alguna forma que se deba cumplir de manera tal que se evite la mera consensualidad. Siendo así que aún se ejerce el principio de libertad de forma.

2.2. *Ad probationem*

Puede ocurrir que el ordenamiento jurídico exija una forma determinada sin sancionar con nulidad su inobservancia, únicamente para efectos de prueba del negocio, el cual existe e incluso podría ser probado por un medio distinto al documento que acredita la declaración o manifestación de voluntad. Queda claro que esta forma sólo está dirigida a probar la existencia del acto o negocio, pero no afecta su validez.

En este aspecto es importante tener en cuenta al documento. La razón es el sentido que tiene respecto de la forma ad probationem: ser prueba del acto jurídico. Si bien en nuestro Código Procesal Civil está permitida la declaración de las partes y de testigos y que no existe el Principio de Prueba Tasada, para crear convicción en el juez es mejor recurrir a un documento (público o privado).

El legislador al prescribir que el acto sea ad probationem se cuidará de indicar la complejidad necesaria en la forma que resulte más adecuada para la prueba. Además, la forma prescrita por la ley tendrá la prioridad sobre cualquier otro medio²⁷. Sobre este último aspecto no hay pacto en contrario.

²⁷ Un ejemplo de ello es el artículo 1605 del CC1984 que la existencia y contenido de suministro puede probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por

No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo (art. 225 del CC1984)²⁸. Si en un proceso se declara nulo el documento, el cual correspondía a un acto con forma ad probationem, aún habrían otras maneras de probar su existencia, como determinados comportamientos u otros documentos que le hagan referencia y tácitamente involucren su reconocimiento. Otra posible situación consiste en que el documento previsto para servir en la probanza, desaparece o es destruido. El problema es que si bien el acto no está extinto, ahora hay que demostrar que el acto y el documento se hicieron. Pero el documento y el acto (o negocio) son conceptos distintos.

Por otra parte, un acto jurídico puede estar recogido en varios documentos, o fragmentado en varias declaraciones de voluntad, aunque cada una de estas cumpla con las formalidades requeridas. Un contrato puede estar formado por

escrito, el mérito del instrumento (documento escrito) respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios. Hay que asumir además que el contrato no fue a título de liberalidad.

²⁸ El precepto no concierne al caso en que el documento sea exigido como forma esencial ni como forma testificativa del acto, sino al caso en que aquél ha sido utilizado como medio de prueba común del último. Efectivamente, si se tratase de una formalidad ad solemnitatem, la nulidad del documento significaría la del acto, por aplicación de la regla forma dat esse rei. Y si se tratase de una formalidad ad probationem, el acto no podría devenir exigible, salvo que por otros medios se pudiera considerar como constatado. "La nulidad del instrumento –escribe Bevilaqua– no acarrea la del acto sino cuando aquél fuera solemnidad sustancial. En los otros casos, como el acto puede probarse por otro medio, inutilizado el instrumento, recurre el interesado a los medios que la ley le ofrece". Y en la otra parte agrega el mismo Bevilaqua: "La nulidad del instrumento no induce a suponer la nulidad del acto, cuando el mismo instrumento no es la sustancia de él. Del instrumento debe constar que fue observada la forma que la ley exige para el acto. El instrumento público, aunque nulo, puede valer como privado, si el acto pudo ser realizado mediante esta forma, o como principio de prueba por escrito para los efectos del derecho. El instrumento público o privado, nulo por la falta de alguna solemnidad que la ley exige para constituir acto especial, valdrá como título de deuda".

El artículo concuerda con el 1233 del antiguo Código peruano (Código Civil de 1852) y con el 152, párrafo único, del brasileño.

BARANDIARÁN, José León. Op. cit. Registro 3,762.

varios documentos compatibles entre sí y cada estipulación estar documentada por separado pero con las mismas formalidades. Hay integridad en el acto, aún cuando hubieran estipulaciones accesorias que no estén debidamente formalizadas. Por ejemplo, en un cruce de comunicaciones con firmas legalizadas. Seguramente, hay negocios que sólo admiten su perfeccionamiento en un único acto, entonces la integridad del mismo se realiza en ese momento.

La ventaja de plasmar las declaraciones de voluntad en un documento radica en que éste tiene a su favor las presunciones de exactitud e integridad²⁹, de manera que quien alegue que el documento no reproduce exactamente el contenido de tal declaración, tendrá que probarlo. Para nosotros es particularmente relevante este aspecto, que complementa a los de autenticidad y vinculación, que ya hemos abordado antes y que atraviesan nuestra investigación.

2.3. *Ad solemnitatem*

La forma *ad solemnitatem* es muy especial, porque hasta ahora hemos dicho que sin forma no existe acto o negocio jurídico, pero para este caso en particular no sólo nos referimos a la existencia sino a la validez.

²⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op.cit. p.135-136.

Esta forma se dirige a dotar de eficacia constitutiva al negocio. Su falta de observancia origina sanción de nulidad, a pesar que se demuestre que existió voluntad, y que el contenido sea unívoco e íntegro. No hay forma de subsanar ni reparar su omisión, que se sustituya por otros medios, o incluso que haya pacto en contrario. Lo dicho incluye que se disminuyan sus alcances o se cumplan parcialmente, porque eso sería como abolir una solemnidad legal (que es imperativa).

La forma ad solemnitatem, por ser consustancial al acto (negocio) jurídico, es la única prueba de su existencia y contenido³⁰. En consideración a ello, encontramos que el artículo 225 del Código Civil no le puede ser aplicable³¹. Precisamente, el acto y el documento son indeliguables. Desaparecido el documento deja de existir el acto porque no hay un modo supletorio de probarlo (como en efecto hubiera ocurrido con la forma ad probationem).

Un acto jurídico tiene una forma que es medio para la exteriorización de la manifestación de voluntad. Por tanto, es concomitante a la celebración del

³⁰ En el art. 1605 in fine se indica que el contrato de suministro a título gratuito debe cumplir la forma ad solemnitatem.

³¹ Código Civil. Artículo 225: “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo”.

negocio. *Puede haber certeza sobre el autor, sobre la integridad contenido y la vinculación del autor a su contenido.*

El legislador toma la decisión, no necesariamente coincidente con las partes, de imponerles la forma ad solemnitatem a fin de contribuir a la seguridad y prueba; en tales casos, el legislador considera que el negocio es demasiado importante como para dejarlo a la libertad de las partes o que sólo haya que probarlo posteriormente, por tal razón decide que acto y documento formen unidad y corran el mismo destino. Podemos encontrar diversos supuestos calificados por el legislador de dicha manera, como el poder para realizar determinados actos (art. 156, 264, 280 del Código Civil), para publicidad frente a terceros (art. 268 del Código Civil), cuando involucre el patrimonio (art. 295, 296, 675 del Código Civil), testamentos (arts. 695-699, 707, 713, 721, 811, 812, 813 del Código Civil) y contratos (arts. 1092, 1098, 1207, 1304, 1352, 1411, 1412, 1425 del Código Civil).

Como puede observarse, la rigidez de las formas ad solemnitatem es mayor que las formas ad probationem y sus consecuencias son mayores.

3. OPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Según el artículo 140 inc. 4) del Código Civil, el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; para cuya validez se requiere observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En primer lugar, podemos observar que el Código alude a manifestaciones de voluntad y no sólo a declaraciones, asimismo no acoge el concepto de negocio jurídico, sino a un género más amplio: el Acto Jurídico.

En segundo lugar, se aprecia que el Código Civil indica que un acto jurídico debe cumplir con la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad. A primera vista, y teniendo en cuenta que este artículo recoge el concepto de acto jurídico (y se encuentra en el Título I, Disposiciones Generales) parece que la ley prescribe siempre la forma que estos deben cumplir. En otras palabras, estaría presente el formalismo pero no la libertad de forma.

Sin embargo, esta sería una interpretación literal de la norma y no una interpretación sistemática. En caso que hiciéramos esta segunda interpretación, deberíamos dirigirnos a los artículos 143 y 144 del Código, que integran el Título II: Forma del acto jurídico. Si buscamos donde se encuentra el

principio de libertad de forma lo encontraríamos en el art. 143 el cual indica que las partes pueden usar la forma que juzguen conveniente para el acto jurídico cuando la ley no designe una forma específica (verbal, documento público o privado, notarial, registral, etc.). Por la redacción del artículo, podemos entender que la libertad de forma se ejercita siempre que la ley lo permita. Este elemento debe ser considerado cuando acudamos a la doctrina y esta sostenga que el Principio de Libertad de Formas es la regla general y que el Formalismo es una regla excepcional.

En el artículo 144 debemos tener cuidado en la interpretación: *“Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba para la existencia del acto”*. De una interpretación literal encontramos que está referida a las formas calificadas como *ad probationem*. Si hacemos una interpretación en sentido contrario, entendemos que si la ley impone una forma y sanciona con nulidad (expresa e inequívocamente) su inobservancia, ya no constituye solamente un medio de prueba para la existencia del acto; entonces se involucra una forma prescrita por la ley que debe ser observada bajo sanción de nulidad (art. 140 inc. 4) del Código Civil, si tal fuera el caso nos referimos a una forma *ad solemnitatem*. Podemos observar que cuando la ley prescribe una forma, la regla general es que sea *ad probationem* y en casos determinados se refiere a la forma *ad solemnitatem*.

A partir de lo expuesto, nos parece que la inclusión del inciso 4) del artículo 140 puede llevar a confusión, porque se encuentra en la sección de Disposiciones Generales, cuando es más conveniente que se encuentre en la sección de Forma del Acto Jurídico. Si nos fijamos en las posibilidades de aplicación del mencionado inciso definitivamente debemos descartar aquellas que son libres o que son ad probationem. En otras palabras, se ha puesto en el inciso 4) a la forma ad solemnitatem. Afortunadamente, una interpretación sistemática permite solucionar el problema y evita pensar que la opción de nuestro Código Civil es abiertamente formalista y olvida el principio de libertad de forma.

En el artículo 141 del CC1984 se indica que la manifestación de voluntad expresa puede ser de forma oral, escrita, con otro medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo.

Una manifestación expresa no sólo puede consistir en el lenguaje oral o la escritura. También se incluyen medios como el teléfono, fax, grabaciones de audio y video, teleconferencias, correo electrónico, chat u otro tipo de conversaciones en tiempo real o asíncrono, etc.

Los medios de manifestación de voluntad no deben confundirse con los medios de prueba de tal manifestación. En este aspecto hay varios problemas: la mímica (medio manual) o la voz no siempre tienen con que probarse (*verba volant, scripta manent*). Un simple documento privado no da certeza sobre su integridad, su autor, ni su vinculación con el contenido a menos que tenga firma. El fax tiene firma pero no es la original sino una copia, un correo electrónico tampoco tiene firma manuscrita, etc. Sin embargo, son algunos de los medios comprendidos dentro del artículo 141 del CC1984 modificado por la Ley N° 27291 (entre los que se incluyen las microformas señaladas en el artículo 1° inc 1) del D. Leg. N° 681³²).

En el artículo 141-A del Código Civil se indica que: “En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

³² Según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 681 la Microforma es:

“Imagen reducida y condensada o compactada, o digitalizada de un documento, que se encuentra grabado en un medio físico técnicamente idóneo, que le sirve de soporte material portador, mediante un proceso fotoquímico informático, electrónico, electromagnético, o que emplee alguna tecnología de efectos equivalentes, de modo que tal imagen se conserve y pueda ser vista y leída con la ayuda de equipos visores o métodos análogos; y pueda ser reproducida en copias impresas, esencialmente iguales al documento original

Están incluidos en el concepto de microforma tanto los documentos producidos por procedimientos informáticos o telemáticos en computadoras o medios similares como los producidos por procedimientos técnicos de microfilmación siempre que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley”.

Tentándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta”.

Nótese que el Código Civil es bastante amplio en lo que se refiere a los medios para emitir manifestación de voluntad y el legislador considera que algunas de estas formas incluídas también deben ofrecer certeza sobre su autor, la integridad de la declaración y como el autor se vincula con ella. Se deduce del mencionado artículo que estas condiciones pueden lograrse a través de la firma.

En este punto cabe preguntarse si los documentos electrónicos como los archivos en computadora, los correos electrónicos, los registros que residen en computadoras, bancos de datos, entre otros, pueden satisfacer los requerimientos del artículo 141-A que alude a formalidad expresa o firma.

Respecto a la forma expresa, el legislador no da mayores detalles, debemos entender que las encontraremos en las normas que sean aplicables al acto jurídico entre las cuales están las del Código Civil. Es difícil generalizar las situaciones en que expresamente se prescribe un medio u otro, o cuando recibe la calificación de libre, ad probationem o ad solemnitatem; esta razón obliga a

examinar cada caso. El legislador al incluir la frase “formalidad expresa” deberá indicarlo taxativamente. Lo importante es notar que los documentos electrónicos podrán ser usados para cumplir con la formalidad expresa, no se indica que tengan prioridad, sino que se deja a las partes recurrir a ellos.

Es necesario advertir que existe un matiz entre forma y formalidad. Mientras la forma es una necesaria emanación de una voluntad, la formalidad es una complicación de la forma, un añadido, una exigencia legal específica por la trascendencia de algunos negocios jurídicos; bajo este razonamiento, la formalidad es más que la forma idónea ya que también puede constituirse en forma constitutiva o solemne. Una solemnidad es formalidad, pero existen formalidades que no llegan a ser solemnidades porque su ausencia no llega a provocar la nulidad del acto³³.

Las partes podrían dirigirse el uno al otro a través de la voz y manifestar su voluntad perfectamente, la forma es oral y seguramente es libre. Ya conocemos las desventajas de esta forma. El supuesto aquí es que las partes no sólo están en contacto directo, sino que están en presencia física una de otra. Distinto es el caso del teléfono, si bien se utiliza la voz para manifestar la voluntad, esta se transmite a distancia través del mencionado aparato. Un

³³ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. Op. cit. P. 14.

caso de manifestación verbal prevista en la ley para que se realice por teléfono es la orden de compra o venta de valores bursátiles. El artículo 58 del Reglamento de Agentes de Intermediación indica que al llenar la Ficha de Cliente, se debe indicar el medio a través del cual se comunicará las órdenes a la Sociedad Agente de Bolsa, indicando expresamente si van a ser órdenes telefónicas, escritas o a través de otros medios susceptibles de verificación posterior. En el supuesto que el medio elegido por el cliente sea el teléfono, las razones pueden ser varias: distancia, ahorro de tiempo, etc. Si bien es cierto que formula las órdenes con su voz, el medio a través del cual las realiza es el teléfono (porque ya está convenido que pueda ser de esa manera). El acto jurídico tiene las ventajas de la rapidez de la palabra y la seguridad de que hay una grabación que identifica al autor, recoge la integridad de la manifestación de voluntad y vincula al autor con su mensaje. Lo mismo ocurre con una videoconferencia por satélite o Internet, en estos casos hay contacto directo pero no hay presencia física.

Ahora pongámonos en el caso de la forma escrita para enviar las mencionadas órdenes. Es sencillo cuando tenemos un documento manuscrito y con firma. ¿y un correo electrónico?. En principio, no parece posible firmar un correo electrónico y es dudoso decir que sea un medio escrito si se hace a través de un teclado (de ambos aspectos nos ocuparemos en el siguiente capítulo). Sin

embargo, el legislador acepta que por este medio también se puede firmar. En realidad, a riesgo de adelantar conceptos que luego veremos, tal cosa es posible en términos de la tecnología informática. En este caso la voluntad se exterioriza a través del correo electrónico, lo cual complica las cosas porque se tendrá que evaluar si en verdad está comprendido en los alcances de la ley.

A partir de lo expuesto, queda claro que el legislador ha abierto sus posibilidades en lo que al artículo 141 y 141-A se refiere. Es conveniente descubrir las condiciones que deben cumplir los documentos electrónicos para manifestar la voluntad, siendo materia de este trabajo la forma ad solemnitatem, sin perjudicar la certeza que otorga la forma en los destinatarios de la manifestación (o declaración).

En el caso de las órdenes de venta de valores que hemos mencionado encontramos que constituyen documentos de carácter privado. El artículo 141-A del Código Civil también hace referencia a documentos públicos en los que la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado. Obviamente, no se está refiriendo solamente al medio escrito que ofrece pocas dificultades (por ser más conocido) sino a otros medios que en nuestra opinión (que veremos en este trabajo) involucran a las microformas y determinados documentos electrónicos.

Conviene referirse en este apartado a las interpretaciones de la forma del contrato, que se encuentran en los artículos 1411 a 1413 del CC1984³⁴.

En el art. 1411 se presume que la forma que las partes han convenido en adoptar anticipadamente por escrito es requisito indispensable para la validez del acto bajo sanción de nulidad. No parece quedar muy claro si la forma que empezó como libre se convierte en ad solemnitatem. La razón es que si las partes convienen anticipadamente y por escrito que el negocio sea con forma libre (escrito, verbal u otro medio) y sin solemnidades, ¿por qué sancionar su falta de observancia con la nulidad? Se pudo haber permitido la subsanación o confirmación, o bien se pudo permitir que el acto sea válido pero sujeto el documento (si lo hubiera) a prueba. Sin embargo, se optó por la vía más drástica; y peor aún, indicando que una presunción. Lo cual no es concluyente.

Para determinar si la presunción es absoluta o relativa³⁵, nos queda el indicio que el artículo finaliza con la expresión "bajo sanción de nulidad".

³⁴ LOHMANN también se ocupa de estos artículos con similares conclusiones. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. cit. P. 139-144.

³⁵ La presunción legal absoluta no admite prueba, al contrario de la presunción relativa que sí admite prueba en contrario.

Podría decirse que esta frase no está referida a la presunción sino a la calificación de la forma como ad solemnitatem. Pero se indica que la forma adoptada anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto. Si la frase final "bajo sanción de nulidad" estuviera referida a la calificación de la forma, entonces sería redundante con lo expresado sobre "requisito indispensable". Tal interpretación no parece ser la más adecuada.

Por lo expuesto; en el caso que el artículo en mención involucra una presunción legal absoluta de que la forma que las partes convienen en adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, contribuye a crear una paradoja cuando las partes acuerdan una forma libre que por esta presunción, se convierte en una forma "ad solemnitatem", prescrita por la ley y en tal razón también se le aplican los artículos 140 inc. 4) y 144 del CC1984. En nuestra opinión, el legislador debió optar por una presunción relativa y por una forma ad probationem, de esta manera el negocio no se vería perjudicado necesariamente. Puede ocurrir que las partes empezaron pactando libremente una escritura pública y por razones de economía o celeridad, y sin dejar por escrito su cambio de decisión, prefirieron que sea por documento privado. El legislador debió haber optado por conservar el negocio, dejando a las partes el problema de la prueba, si tal hubiera lugar.

En el artículo 1412 se mencionan varios supuestos en que las partes deben recíprocamente compelerse para llenar la formalidad requerida:

- a) **Por mandato de la ley debe otorgarse escritura pública.**
- b) **Por convenio debe otorgarse escritura pública.**
- c) **Por mandato de la ley debe cumplirse otro requisito (aparte de la escritura pública) que no revista la forma solemne prescrita legalmente.**
- d) **Por convenio debe cumplirse otro requisito (aparte de la escritura pública) que no revista la forma convenida por escrito por las partes bajo sanción de nulidad.**

La pregunta naturalmente sería: ¿cómo pueden compelerse las partes a subsanar una formalidad requerida si esta es *ad solemnitatem*, la cual sanciona al negocio con la nulidad en caso que no se cumpla la forma? Esta pregunta es pertinente para los casos en que una de las partes arteramente no cumpla con una formalidad y luego no quiera subsanarla para que el negocio no exista y liberarse de obligaciones.

Hay varios problemas: el primero es que las partes tendrían el poder de pactar nulidades. En el artículo 219 del Código Civil no se indica que las partes puedan declarar nulo un acto jurídico. Aunque se indica en el inciso 6) que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (en este caso entenderíamos la forma prescrita por las partes) y en el inciso 7) que es nulo cuando la ley lo declara así (el artículo 1412 estaría más adecuadamente comprendido en este caso).

El segundo problema, que ya habíamos anotado, es el artículo 1411 que está referido a una presunción absoluta. En el artículo 1412 menciona mandatos de la ley o convenios expresos. Eso quiere decir que si tenemos que las partes acuerdan por escrito y anticipadamente hacer escritura pública se pueden compeler a cumplir la formalidad, habría que concordarlo con el artículo 1411. ¿Qué pasaría si acuerdan imponer otra formalidad bajo sanción de nulidad? Existe el problema de que el contrato ya se realizó pero falta elevarlo de escritura pública a Registros Públicos. Hay un negocio cuya forma es el contrato, pero hay una formalidad (una complejización de la forma, un adicional) que aún no es cumplida. Si tal formalidad no se cumple el negocio no existe. En tales situaciones, el derecho no debiera promover que gracias a un formalismo una de las partes contribuya a invalidar un negocio. Por tal razón es conveniente entender, a pesar de la redacción del artículo 1412, que es posible

para las partes compelerse unas a otras para cumplir con la formalidad adicional.

El tercer problema consiste en que si por mandato de la ley se debe otorgar escritura pública, sigue existiendo la duda en que si el mandato se dirige a la forma *ad probationem* y no a las *ad solemnitatem*. Nuestra opinión es que sólo se dirige a que la forma sea *ad probationem*. Si hubiera sido también a las *ad solemnitatem*, tendríamos el problema de que el acto es nulo y no tendría sentido que las partes vayan a compelerse cuando se entiende que el acto nunca existió. La diferencia con el anterior supuesto es que el mandato de la ley es imperativo y no cabe hacer pacto en contrario o subsanaciones que vayan en contra de lo que establece.

El cuarto problema, es que por mandato legal se debe cumplir otro requisito (no es la escritura pública) que no reviste forma solemne prescrita legalmente. ¿a cuál requisito podría referirse?, ¿qué forma reviste?. Parece que no sería *ad solemnitatem*, tampoco sería forma libre porque hay un mandato legal. Entonces la opción restante en nuestra opinión es de que se trata de una forma *ad probationem*. En tal caso, no tendríamos problema en aceptar que las partes pueden requerirse entre sí a fin de cumplir con la forma.

El artículo 1413 indica que las modificaciones al contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Esta disposición es correcta y no merece mayor comentario porque en nuestra opinión es conveniente que, toda modificación para integrarse al contrato debe tener la misma forma que tuvo el contrato original del cual ahora formará parte. No podría admitirse que sea con menor formalidad ya que sería pasar por alto la relevancia del negocio y la certeza sobre su integridad. Tampoco sería justo exigirle mayores formas, y si fuera el caso que la modificación tuviera mayores formas (por ejemplo, de forma verbal pasa a ser por escrito); tanto mejor, pero ello dependería de la discreción de las partes y no por la imposición de la ley.

4. MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA MANIFESTAR LA VOLUNTAD

Hemos visto que para manifestar la voluntad hay varias formas de hacerlo, la oral, escrita, y otros medios que el artículo 141-A de manera abierta comprende. Estos últimos, abarcan los medios ópticos, digitales, electrónicos y cualquier otro que pudiera ser análogo. La frase "*verba volant, scripta manent*" no es más que la constatación de las limitaciones de la forma oral o verbal, las cuales son compartidas por la mímica, gestos faciales o manuales, señales de humo, u otras similares. Ante esta constatación, puede entenderse

que las partes se sientan más seguras cuando emiten declaraciones de voluntad por escrito, y más aún si este identifica al autor y lo vincula con la integridad del documento mediante algún signo o símbolo como una firma o un sello especial.

En un acto con forma escrita, tenemos ventajas fáciles de constatar: permite que no tengamos que depender de testigos y de la fragilidad de la memoria para conocer la voluntad de las partes, es durable y permite alguna certeza sobre el autor, la integridad y vinculación ya mencionadas. Si bien el soporte papel no admite una total seguridad (porque no podemos olvidar que un documento manuscrito puede ser alterado, falsificado, perdido, deteriorado, etc.) siempre es mayor que los que aporta la forma oral.

Cabe recordar que si el acto jurídico (o negocio) tiene alguna significación económica, las personas aseguran la vigencia de su contenido dejándolo escrito sobre un papel y con firma de los interesados. Quien se arriesga a contratar confiando en la palabra del otro está inerme ante cualquier contingencia y debe tener una enorme confianza en la otra parte. Una manifestación del formalismo en las distintas legislaciones es que si no existe un documento escrito sobre un soporte papel (instrumento), debidamente firmado o en original, entonces el acto jurídico no existe en el mundo del derecho.

Nuestra compleja realidad constantemente cambia y es influenciada por la técnica. Para ilustrar lo que decimos basta con fijarse en el escritorio de un abogado en un día cualquiera de labor, luego de intervenir en diversos actos jurídicos o asesorando a las partes en su realización. Entre los papeles sobre su escritorio encontramos manuscritos, escritos a máquina (ya no es tan usual), fotocopias o faxes, los cuales son legibles a primera vista en el mejor de los casos (sabemos que los papeles escritos a mano se pierden o deterioran, las fotocopias pierden nitidez a medida que no procedan directamente del original y que los faxes no se caracterizan por ser muy claros). En resumidas cuentas encontraremos una variedad de documentos que no sólo necesitan ser almacenados, conservados, clasificados y ordenados sino que pueden ser fácilmente falsificados o adulterados, y su propia conservación puede implicar riesgos que deben asumirse contratando pólizas de seguros contra incendios, habilitando espacios seguros y fumigados para evitar hongos, daños por humedad, excesiva exposición al sol, etc. Los documentos escritos que un abogado conserva suelen ser de gran importancia, como las pruebas que se anexaran a una demanda, copias del expediente judicial, información confidencial de sus clientes, etc. Por esta razón, su acceso está restringido a pocas personas. En resumidas cuentas, una oficina basada en papeles debe cuidarse de recibir documentos falsificados o adulterados, mantener con la

mayor seguridad y orden los documentos que recibe y permitir su acceso a unas pocas personas bajo responsabilidad. Un ejemplo de la necesidad de tener en cuenta estas medidas es el correcto funcionamiento de una notaría y la conservación de su acervo documental. Las dificultades en el tratamiento de la información contenida en soporte papel, así como las desventajas propias de este soporte, provocan una crisis en el uso del papel, en tanto que durante siglos ha sido la forma para manifestar la voluntad más utilizada.

Podemos decir que en sociedades como la nuestra la dependencia del papel es abrumadora.³⁶ Nos obliga a mantener costos innecesarios como por ejemplo las horas hombre perdidas buscando un documento antiguo o de difícil acceso; espacio que se asigna al archivo físico; mobiliario y equipos; gasto en servicios de seguridad, limpieza, fumigación; gasto en reposición de documentos extraviados o en restaurarlos; y para no abundar en detalles que todos conocemos, las pólizas de seguros contra incendio. Estas consideraciones nos llevan a buscar alternativas al soporte papel, las cuales ya existen: disquetes, discos duros, cintas magnéticas, CD ROM, Discos Ópticos, DVD, etc., todos ellos constituyen medios que nos pueden ayudar a prescindir del papel.

³⁶ MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Desmaterialización de Valores Mobiliarios: Rol de CAVALI ICLV S.A. en el Mercado de Valores. Una aproximación legal al caso de la negociación de acciones en Rueda de Bolsa. Tesis (Abogado) PUCP. 21 de junio de 1998. p. 79-86, 107-110.

El legislador cuando quiere calificar un acto como *ad solemnitatem* o *ad probationem*, no piensa en una forma oral, sino con preferencia en un instrumento o un documento escrito en soporte papel. Sin embargo, la modificación del art. 140 del CC1984 nos permite deducir que considera otras alternativas de forma como aquellas que son generadas a través de la informática, siendo necesario entender cómo estas pueden cumplir las condiciones para ser *ad probationem* o *ad solemnitatem*.

Los medios informáticos reciben la natural desconfianza que todos sentimos ante lo que es nuevo o algún aspecto que no está totalmente dominado.³⁷ La nueva tecnología tiene la extraña particularidad de prescindir de los objetos tangibles. Nos apartamos del papel para quedarnos con un simple archivo de computadora. Este proceso denominado “desmaterialización”³⁸ involucra

³⁷ DE TRAZAGNIES GRANDA, Fernando. La Desmaterialización del Derecho. Del derecho de pernada al Internet. Lima: Thémis. Revista de Derecho (PUCP). 1998. N° 38. p. 7-14. En este artículo, el autor manifiesta sus reservas ante el avance de la desmaterialización y sus posibles influencias en la organización de la sociedad que podría llevarla a olvidar al ser humano como persona-hombre-material y determinados valores humanistas. Además, en este artículo se hace un sugerente enunciado de formalismos que empezaron aludiendo a un objeto concreto y terminaron prescindiendo de él.

³⁸ La desmaterialización en resumidas cuentas es el reemplazo de un objeto físico por signos electrónicos o bits en la memoria de una computadora (MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Op. Cit. P. 110). Para entender de una manera general las implicancias de esta tendencia sugerimos leer el artículo de Fernando de Trazagnies sobre la Desmaterialización del Derecho, en el cual el autor nos dice que en realidad el camino hacia la desmaterialización lo encontramos desde hace mucho tiempo atrás y comenta que un ejemplo es el dinero como símbolo de riqueza: por sí mismo no tiene valor pero lo evoca y representa. Lo interesante es que el proceso de pérdida de la materialidad se ha acelerado gracias a la nueva tecnología. (DE TRAZAGNIES GRANDA, Fernando. La desmaterialización del Derecho. Del derecho de pernada al Internet. **EN:** Themis. Revista de Derecho. Lima: PUCP. 1998. N° 38. p. 7-14.)

reemplazar un objeto físico (material) por signos electrónicos o bits en la memoria de una computadora. Pero, sin perjuicio de lo manifestado, no se restringe a eliminar o prescindir del soporte papel³⁹, ofrece nuevas ventajas que deben ser tomadas en cuenta, por ejemplo, los formularios que se realizan en computadora son flexibles y pueden soportar añadidos sin tener que ser hechos de nuevo, los documentos pueden transitar libremente a través de la red abierta (por ejemplo, Internet) o la red cerrada (Intranet) de una empresa y el control sobre los documentos permanece, pudiéndose restringir el personal que tiene acceso sobre los documentos e incluso limitarlos a solo parte del acervo documental, además las búsquedas se hacen más rápidas y eficientes⁴⁰. Una oficina que implemente un archivo virtual reduce sus costos, promueve el acceso concurrente de varias personas a la información, incrementa la

³⁹ Según Bill Gates para el final del siglo XX un gran porcentaje de documentos ni siquiera son imprimibles sobre papel. Serían algo así como una película o una canción actual en el sentido que aunque podamos ser capaces de imprimir una visión bidimensional de su contenido, tratar de interpretarla “sería como leer una partitura musical en vez de escuchar un disco”

Gates, William H. Camino al futuro. New York: Penguin Books. Traducción de Francisco Ortiz Chaparro. 1995. P.113

⁴⁰ Bill Gates explica: “En todo el tiempo en que hemos dispuesto de documentos en papel o de colecciones de documentos, hemos ordenado la información linealmente, con índices, tablas de contenidos y referencias cruzadas de varias clases con el fin de proporcionar medios alternativos de navegación. En la mayor parte de las oficinas, los archivos se organizan por clientes, vendedores o proyectos en orden alfabético, pero a menudo se archiva cronológicamente un fichero duplicado de correspondencia para agilizar el acceso. Los indexadores profesionales añaden valor a un libro al insertar en él un modo alternativo de encontrar información. Y antes de que se informatizaran los catálogos de las bibliotecas, los libros nuevos se insertaban en los catálogos de papel mediante varias cartulinas diferentes, de manera que el lector pudiera encontrar un libro por su título, por cualquiera de sus autores o por su temática. Esta redundancia se debía a la necesidad de hacer que la información se pudiese encontrar más rápidamente.”

GATES, William H. Op. cit. P. 115-117

productividad del personal, reduce los tiempos de respuesta y convierte la información en un nuevo activo, es decir le otorga un valor económico⁴¹.

El legislador ha contemplado esta nueva realidad en la cual lo virtual y lo material coexisten como formas de manifestar la voluntad. Las partes pueden manifestar su voluntad a través del correo electrónico de una computadora a otra sin imprimir ni firmar papel alguno y sin embargo, están lejanas entre sí. Puede ser que aún no hayan establecido profundas relaciones de confianza porque apenas se conocen, sin embargo están seguras de los alcances de sus voluntades y de los efectos queridos, incluso podemos decir que pueden asegurarse de la autenticidad e integridad del documento que exterioriza la manifestación (o declaración si se quiere), y vincularse entre sí, tal y como si el documento fuese firmado a mano.

En este trabajo nos ocuparemos de la aplicación de los artículos 141 y 141-A en lo que se refiere a las nuevas formas que ha acogido el legislador y examinar si producen los mismos efectos que los actos con forma escrita⁴², y

⁴¹ Según José M. Molina Mateos convertir la información en conocimiento, a través de la selección de los datos adecuados, y conseguir su racional interconexión, constituye la habilidad creadora de nuestra época y la informática permite que la acumulación de información aparentemente irrelevante sobre un mismo hecho, tratada conjuntamente, aporte conocimientos significativos, convirtiéndose en un multiplicador de los efectos del valor de la información, generándose un nuevo valor “la información sobre la información”. (MOLINA MATEOS, José María. Seguridad, Información y Poder: una perspectiva conceptual y jurídica de la criptología. Madrid: Incipt. 1994. p. 17-20).

⁴² “(...) el cambio de soporte no permitiría, por si solo, alcanzar los objetivos que se persiguen con la señalada despapelización. Lo más importante consiste en resguardar la información, rodearla del o los

para ello nuestra atención se centrará en la forma ad solemnitatem, por cuanto en caso que no se logre satisfacer las condiciones exigidas para cumplir con esta forma se sanciona con nulidad del acto.



mecanismos que el día de hoy y de mañana permitan tener certeza en cuanto a su originador y que su contenido no ha sido alterado. En el mundo papel, la firma, y toda la estructura jurídica construida a su alrededor resuelve con bastante eficacia dichas inquietudes. El soporte (o documento digital) sin “firma” equivaldría a una hoja de papel sin firma (sin comillas). En el mismo orden de ideas, no sería viable conferir validez jurídica al soporte o documento electrónico/digital sin un mecanismo que cumpla funciones similares a las de la firma respecto del soporte papel”

DEVOTO, Mauricio. Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la solicitud del certificado de clave pública. **EN:** Material de enseñanza sobre Firma Digital del Curso de Fedatarios Informáticos del Colegio de Abogados de Lima (mayo-diciembre 2000) p.7 y 8.

CAPÍTULO II

DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y FIRMA DIGITAL

1. CONCEPTO GENERAL DE DOCUMENTO Y FIRMA

Como ya hemos explicado, todos los actos jurídicos tienen forma, aunque pueda ser prescrita o no por la ley en determinados casos.

Las partes pueden decidir darle una forma escrita a la declaración de voluntad o al negocio, si tal fuera el caso, en un documento escrito sobre papel podemos encontrar a primera vista la firma del autor, lo cual nos da certeza sobre:

- a) **La integridad del contenido.**
- b) **La identidad del creador del documento.**
- c) **Certeza sobre su vinculación al contenido.**

Según la doctrina el documento es un objeto o instrumento, que contiene información sobre algo; dicha información consigna, representa, confirma o niega algún dato de la realidad o de la actividad síquica del hombre⁴³. La mencionada información o dato sería inútil sino está dirigida al exterior, para que sea conocido por las personas; por lo que debe plasmarse en un medio o soporte (ya sea de forma escrita o no) y normalmente contiene escritura aunque podría tener símbolos o gráficos. La realización de un acto o negocio jurídico en el que se ha optado por la forma escrita se manifiesta ante el exterior en un soporte papel, aunque veremos que este soporte documental no es el único que existe.

El artículo 234 del Código Procesal Civil menciona diversas clases de documentos: públicos y privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas, magnetofónicas y otras

⁴³ MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Op. cit. P. 79-81; COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Buenos aires: Depalma. 1983. 2da. Reimpresión. P. 239; FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. Lima: Marsol Perú Editores. 1987. 2da. Ed. P. 187; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Lima: Cultural Cuzco. 1989. p. 104-105; PRIETO ACOSTA, María Gabriela. Informática Jurídica: El derecho ante un gran reto. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1984. P. 157.; MOLINA, Mateos, José María. Seguridad, Información y Poder: una perspectiva conceptual y jurídica de la criptología. Madrid: INCIPT. 1994. P. 59-60.

reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. Además, el artículo 252 del Código Adjetivo dice que los documentos no escritos referidos en el artículo 234 deben ser reconocidos por sus autores o responsables⁴⁴.

En otras palabras, si un documento tiene la característica de no ser escrito podría no ser reconocido (repudiado) por sus autores y se necesitará realizar un peritaje. Esta norma es de importancia para los documentos electrónicos porque si se considera que no son escritos, entonces deberán ser reconocidos por sus autores o responsables, siendo cuestionable su valor probatorio. Hay que tener en cuenta que existe la inclinación de identificar el documento escrito con aquel documento elaborado en soporte papel y refrendado con firma, el cual se distinguiría de los documentos "no escritos".

Cabe aclarar que si bien los documentos electrónicos pueden estar contenidos en un CD ROM, disquete u otro soporte electrónico, pueden ser impresos con la ayuda de un ordenador si es necesario. El hecho que no sean legibles en

⁴⁴ No creemos que se trata de un requisito de validez porque no se puede confundir el acto o negocio jurídico con el documento en que se manifiesta. En caso que un documento no escrito no haya sido reconocido encontramos un problema de idoneidad del documento para negocios con forma libre o ad probationem; donde verdaderamente hay un problema que puede afectar el negocio jurídico es cuando la forma es ad solemnitatem, en tanto el documento necesita de una forma establecida por la ley bajo sanción de nulidad.

el lenguaje natural sin la ayuda de una computadora (u ordenador si se prefiere) no significa que el documento electrónico sea incapaz de transmitir la información; si se permite la comparación, un miope no puede leer a simple vista un papel escrito y por tanto necesita lentes, y eso no hace menos útil un documento; asimismo un documento escrito en otro idioma o en el que se la aplican técnicas de la criptología⁴⁵ no es menos útil pero necesita que alguien traduzca o que una máquina traductora lo descifre.

El soporte papel no es la única clase de documento escrito. En nuestra opinión, es posible escribir a través de un teclado de computadora o con un lapicero. Igualmente, en nuestro trabajo consideramos que los documentos electrónicos no sólo pueden ser escritos sino que se pueden firmar.

⁴⁵ “Criptografía (Kryptós=escondido, oculto; graphé=grafía, escritura): el arte o ciencia de escribir en cifra o en código, de tal forma que permita que sólo el destinatario lo descifre y comprenda. Casi siempre el desciframiento requiere de una llave, una información secreta disponible al destinatario. La Criptografía está íntimamente relacionada con seguridad y asume un papel cada vez más importante, debido a la gran cantidad de información de la sociedad actual y la utilización creciente de redes de computadores. Las redes pasan a transportar informaciones cada vez más valiosas y vitales para las más diversas organizaciones. La seguridad de los datos, más que nunca, se está tornando en un problema crítico.

El uso de redes de computadoras, requiere la transferencia de mensajes de datos a través de medios que pueden estar a salvo de personas malintencionadas que desean obtener o alterar información, a la cual no tienen acceso. Por lo tanto, mensajes y datos precisan ser protegidos, de forma que solamente las personas y procesos autorizados consigan utilizarlos, evitando la alteración fraudulenta de la información, así como la creación de información falsa o destrucción de información correcta.”

INEI. Seguridad en Internet. Lima. 1997. p. 53-54.

“La ciencia de la criptografía, como elemento indispensable para el mantenimiento seguro de todas aquellas transacciones resultantes de contratación electrónica, se encarga del estudio y elaboración de los medios que sirven para mantener inviolables los bienes intangibles que circulan y almacenan a través de las redes abiertas.”

ESPINOZA CÉSPEDES, José Francisco. Contratación Electrónica, Medidas de Seguridad y Derecho Informático. Lima: RAO. 2000. P.111

Sabiendo expuesto sobre el documento (lo cual incluye no sólo al que reside en soporte papel, sino al informático) conviene abordar el tema de la firma que acompaña a los documentos dando lugar a las siguientes consecuencias jurídicas⁴⁶:

- a) identificar al autor de un documento;**
- b) el autor asume el contenido íntegro del documento, sobre todo cuando se trata de perfeccionar un contrato luego de múltiples tratativas, lo cual involucra una declaración de conformidad sobre la totalidad del contenido y en base a la buena fe no se podrá luego rechazar la autoría o el contenido del mismo, y**
- c) si fuese el caso, el documento firmado servirá como elemento probatorio de la autoría y contenido.**

Según José Cuervo Alvarez, cuya opinión acogemos, podemos distinguir los elementos de la firma en formales y funcionales.⁴⁷

⁴⁶ “(...) la firma se puede componer del nombre y apellidos de la persona y, eventualmente, de su rúbrica, o bien puede consistir en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles. Lo que se requiere es la nota de habitualidad, 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”.

ROUANET MOSCARDI, Jaime. Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico. **EN:** CARRASCOSA LOPEZ, Valentín. Informática y Derecho. Mérida: Universidad Nacional de Educación a distancia. P.170

⁴⁷ CUERVO ALVAREZ, José. La firma digital. (15 de mayo de 1997) http://www.geocities.com/SiliconValley/Horizon/42299/doc_4.html

Elementos Formales	Elementos Funcionales
Signo personal	Función identificadora
Animus signandi	Función autenticadora

Los Elementos Formales son aquellos elementos materiales de la firma que están en relación con los procedimientos utilizados para firmar y el grafismo mismo de la firma.

- a) **La firma como signo personal: la firma se presenta como un signo distintivo y personal, ya que debe ser puesta de puño y letra del firmante.**
- b) **El animus signandi: es el elemento intencional o intelectual de la firma. Consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar.**

Los Elementos Funcionales⁴⁸:

⁴⁸ “Tradicionalmente se le han asignado a la firma dos funciones esenciales:

- Como mecanismo de identificación del sujeto firmante
- Como signo aparente de la asunción o conformidad del contenido del documento en el que se incorpora la firma. Ello implica considerar la firma como la expresión de una voluntad y como un mecanismo de autenticación del documento firmado.

Por ello, todo documento que requiera de la identificación del sujeto o de la expresión de su voluntad, puede ser firmado”.

- a) **Función identificadora:** se asegura la relación jurídica entre el documento firmado y la persona que firma, esto es importante a fin de atribuir los derechos y obligaciones correspondientes a la persona indicada.
- b) **Función autenticadora:** el autor del acto expresa su consentimiento y hace propio el mensaje.

Si la firma es entendida como un trazado gráfico, existen mecanismos que a pesar de no tratarse de firmas autógrafas constituyen trazados gráficos e indican autoría. Nos referimos a claves, códigos, signos o sellos⁴⁹. Existen documentos públicos con pleno valor probatorio y sin firma autógrafa como los billetes de curso legal (que tienen forma facsimilar y otros elementos que prueban su autenticidad) y los recibos de pagos de tributos (llevan números, códigos y sellos de la dependencia o entidad donde fueron abonados). En el ámbito privado, un boleto aéreo sólo tiene números y claves y no tiene firmas manuscritas pero acredita que existe un contrato de transporte.

BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier. El papel del notariado en el uso de la firma digital. **EN:** Notariado y Contratación Electrónica. Madrid: Colegios Notariales de España. 2000. p.8.

⁴⁹ De acuerdo al artículo 6 inc. 6.1) de la Ley N° 27287 (publicado el 19 de junio del 2000) en los títulos valores, además de la firma autógrafa, pueden usarse medios gráficos, mecánicos o electrónicos de seguridad, para su emisión, aceptación, garantía o transferencia. Es decir que la denominada "Firma Digital" tiene iguales efectos que la manuscrita para los títulos valores.

Para mayores detalles nos remitimos a las “Observaciones artículo por artículo” de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico nos ofrecen un concepto general de firma, que incluye la “tradicional” y otras que han surgido como consecuencia de los avances de la tecnología⁵⁰:

“Artículo 7. Firma:

54. Cabe observar que, junto con la firma manuscrita tradicional, existen varios tipos de procedimientos (por ejemplo, estampillado, perforado), a veces denominados también “firmas”, que brindan distintos grados de certeza. Por ejemplo, en algunos países existe el requisito general de que los contratos de compraventa de mercaderías por encima de cierto monto estén firmados para ser exigibles. Sin embargo, el concepto de firma adoptado en este contexto es tal que un sello, un perforado o incluso una firma mecanografiada o un membrete puede considerarse suficiente para satisfacer el requisito de la firma. En el otro extremo del espectro, existen requisitos que combinan la firma manuscrita tradicional con procedimientos de seguridad adicionales como la confirmación de la firma por testigos.”

Abundando en detalles, para la validez y certeza de transferencias y giros cablegráficos, telefónicos, radiales y electrónicos, se usan claves y códigos en vez de firmas.

Así como los documentos escritos sobre papel pueden carecer de firma, ocurre

lo mismo con los documentos electrónicos:

⁵⁰ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la Guía para su aprobación por el Derecho Interno aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a través de la Resolución 51/162 del 16 de diciembre de 1996. (<http://www.un.or.at/uncitral>).

“En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede venir sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos o claves que permitan asegurar la procedencia y veracidad de tales pruebas”.⁵¹

Nótese que los documentos electrónicos pueden recibir una mayor medida de protección dependiendo si reúnen determinados requisitos técnicos y la calidad de éstos. Para evitar que en virtud del art. 252 del Código Procesal Civil se niegue eficacia jurídica a un mensaje que deba autenticarse (el autor exprese consentimiento y haga suyo el mensaje) por el mero hecho de que no lo está en la forma característica de los documentos que residen en soporte papel, se puede apelar a las alternativas que nos ofrece la técnica. En el momento actual, la mejor técnica disponible es la *Firma Digital* y pronto explicaremos las razones por la que se le considera así y que han movido al legislador a considerarla al momento de establecer normas de seguridad para los documentos electrónicos.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

⁵¹ ROUANET MOSCARDO, Jaime. Op. cit. p. 171.

Ettore Giannantonio distingue entre los documentos electrónicos en sentido amplio y en sentido estricto⁵².

Los primeros pueden ser percibidos por el hombre sin necesidad de una máquina traductora, su creación puede ser por intervención del hombre a través de una computadora, un lector óptico o scanner.⁵³ Un ejemplo de ello sería una factura realizada por computadora, una foto obtenida a través de un scanner que ha sido impresa, o la representación de una firma impresa en nuestros *DNI* o tarjetas de crédito⁵⁴.

En cambio, los segundos, son creados y memorizados en forma digital y no pueden ser leídos sino con la intervención de una máquina traductora que hacen perceptibles y legibles las señales digitales. Un ejemplo de ello son los archivos que se encuentran en un disquete o el correo electrónico que recibimos vía Internet. Un archivo de texto creado en computadora puede estar destinado a ser leído en un soporte papel, pero eso no significa que el documento tangible sea el original, sino el que reside en el soporte lógico; en otras palabras, el

⁵² GIANNANTONIO, Ettore. El valor jurídico del documento electrónico. **EN:** ALTMARK, Daniel Ricardo (Director) Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional. Buenos Aires: Depalma. Vol I., 1987. p.94-95.

⁵³ Respecto a esta idea debemos aclarar que no se tratarían de documentos creados digitalmente sino que serían digitalizados, es decir serían la copia de un documento impreso residente en un soporte lógico. Al respecto examinaremos más adelante el D. Leg. 681 y su tratamiento respecto a las microfórmulas.

⁵⁴ Cuando empecemos a referirnos a la Firma Electrónica (o a uno de sus especies, la Firma Digital) debe evitarse incurrir en el malentendido de que nos referimos a una firma escaneada, o que sea la representación en computadora de la imagen de una firma manuscrita.

documento principal se encuentra en un soporte lógico del cual se imprimen copias en soporte papel. Es el caso de un correo electrónico que fue creado desde una computadora y remitido a varios destinatarios a través de una red abierta (como la Internet) o una red cerrada (como la Intranet, o red que sólo es accesible a los usuarios de una empresa o entidad cualquiera con especiales privilegios de acceso). Los destinatarios decidirán imprimirlo si quieren mostrarlo a alguna persona sin necesidad de mostrarle la pantalla de su computadora o tenerla prendida en ese momento.

Nos parece que este tipo de clasificación adolece de un problema, el cual es que enfatiza demasiado el aspecto que si un documento electrónico puede ser leído o no a través de un hardware (la forma de uso)⁵⁵. Es cierto que es un aspecto importante, pero descuidamos otras características del documento electrónico⁵⁶ como:

⁵⁵ Según Prieto Acosta “es indiferente que sea la cinta o el cassette el que pueda reputarse como documento electrónico. Los autores definen el documento como el objeto material donde se ha impreso, esculpido o grabado la representación de alguna actividad síquica del hombre. Se ha otorgado la categoría de documento a cualquier elemento material al que se pueda confiar de manera permanente un mensaje con sentido, de tal modo que alguien pueda consultarlo después. Desde el mismo momento en que sea capaz de recoger un mensaje, de almacenarlo y de revelarlo a quien lo consulte, el medio técnico utilizado no ofrecerá mayores dificultades; pero es preciso romper el tabú que ha creado por siglos el documentos escrito”

PRIETO ACOSTA, Margarita Gabriela. Informática Jurídica: El derecho ante un gran reto. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1984. p.157.

Por otro lado, cabe complementar dicha idea con lo que expone Bill Gates: “Lo principal de los documentos electrónicos no es que se puedan leer en dispositivos de hardware. El cambio del libro de papel al libro electrónico es precisamente la etapa final de un proceso que ya está en marcha. El aspecto más excitante de la documentación digital es la redefinición del documento mismo”

GATES, William H. Camino al Futuro. New York: Penguin Books. P.110

⁵⁶ “El Documento Electrónico es en principio y como resulta obvio, una especie de documento emitido a través de un sistema computacional y que reúne ciertas características particulares, a saber:

- a) **la flexibilidad de su uso,**
- b) **la lectura relacional (hipervínculos)⁵⁷,**
- c) **la movilidad que tiene de un soporte a otro,**
- d) **la posibilidad de concurrencia de varios lectores a la vez,**
- e) **los lectores con privilegios asignados sólo tendrían que estar conectados en línea para tener la posibilidad de alterar el documento a la vez o en fechas sucesivas (por ejemplo para realizar un contrato o negocio cualquiera),⁵⁸**

-
- a) Es emitido o bien generado a través de un sistema computacional. Este aspecto le otorga un carácter marcadamente diferenciador con el documento clásico (...)
 - b) El Documento electrónico sólo puede hacerse público mediante tecnología informática. No es posible, en efecto, que pueda ser conocido por el usuario a través de computadores periféricos de salida sino que normalmente su información estará reservada a quien conozca los sistemas de seguridad que lo protegen. Es posible, con todo, si así se desea, reproducir el documento electrónico a través de pantallas o impresoras.
 - c) Carece de materialidad. Su corporalización se produce únicamente a través de combinaciones binarias que son procesadas a través de una computadora, pudiendo ellas ser de dos tipos: codificadas y no codificadas; las primeras darán lugar a documentos de toda clase; en tanto, las segundas, manejadas a través de sistemas de *scanners* darán lugar a textos y dibujos reproducidos y no codificados. Éstos no son cifrados como los primeros y por tanto, respecto de ellos sólo hay una copia. En cuanto a los codificados se originan en un sistema cifrado, y por tanto secreto en cuanto a su forma; sólo se manifiestan corporalmente a través de impulsos eléctricos de partículas de memoria (*hard disk*).
 - d) Está sujeto y garantizado debidamente a través de medidas de seguridad. El documento electrónico para que pueda ser debidamente valorado, debe estar sujeto a medidas de seguridad que lo protejan tanto de las posibilidades de falsificación, sea directas, sea a través de los sistemas de redes, como es el caso de internet, entre otros, como de la circunstancia de que pueda ser borrado del soporte a que está sujeto.”

GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. Instrumento Público Electrónico. Barcelona: Bosch. 2000. p. 39.

⁵⁷ En cambio con el uso del hipertexto podemos saltar de concepto en concepto. La lectura ya no es horizontal sino que se convierte en relaciones de conceptos si tenemos en cuenta que atraviesa una gran variedad de documentos afines a la vez.

⁵⁸ “Actualmente, cuando dos compañías negocian un contrato, lo más probable es que el primer borrador se teclee en una computadora y después se imprima sobre papel. La posibilidad que existe es enviarlo después por fax a la otra parte, quien lo corrige, enmienda y altera escribiendo sobre el papel o volviendo a introducir el documento modificado en otra computadora a partir de la cual se imprime. Después se devuelve por fax, se incorporan los cambios, se imprime sobre papel un nuevo documento y se vuelve a enviar de nuevo por fax: y así es como el proceso de edición se repite una y otra vez.

- f) **rápido acceso a quienes tienen la autorización para poder usarlo,**
- g) **la dificultad de hablar de original y de copias, ya que podemos copiar un documento de nuestro disco duro a un disquete y la única diferencia será la fecha de origen⁵⁹, etc.**

Estos aspectos (vinculados a la forma de aplicarlos) son claramente especiales dentro de la categoría de documentos.

Font Serra distingue entre documento informático y electrónico:

“El documento electrónico es un documento (...) que se elabora a través de un computador, es decir, mediante un objeto físico que tiene por finalidad conservar y transmitir información a través de mensajes que se expresan en un lenguaje natural, pero es asimismo, un documento informático en cuanto se halla depositado en la memoria central del computador con un lenguaje no natural, propiamente electrónico, elaborado en forma digital, mediante un sistema alfanumérico o similar.

El documento electrónico, en cuanto se expresa externamente con un lenguaje natural, es un documento que puede asimilarse al documento tradicional o

Durante esta transacción, es difícil saber quien hizo que cambios. La coordinación de todas las alteraciones y transmisiones llevan consigo una buena proporción de trabajo adicional. Los documentos en forma electrónica pueden simplificar este proceso, permitiendo que una versión del contrato se pase una y otra vez con correcciones y anotaciones e indicaciones de quién las hizo y cuando quedaron impresas en el texto original.” (subrayado es nuestro).

GATES III, William H. Op. cit. p. 112-113

⁵⁹ Por la naturaleza de los documentos electrónicos una copia de un archivo es similar al original, sin manera de detectar la diferencia entre soportes lógicos. Cuando consultamos un documento escrito, es relativamente fácil descubrir si procede del original (es una fotocopia) o es el mismo original que ha recibido la conformidad de las partes. En cambio, encontramos que un documento electrónico no sólo tiene el inconveniente de no indicar si es original o copia sino que también podría ser susceptible de ser alterado en cualquier momento, lo cual perturbaría aún más la situación del documento electrónico porque no se sabría si lo que se modifica es el original definitivo o aún es uno de los borradores de las tratativas.

“per cartam”. Nos enfrenta sólo con la evolución técnica en la conservación y transmisión del documento.

No ocurre, en cambio, lo mismo, con lo que puede denominarse propiamente documento informático, depositado en la memoria central del computador con un lenguaje propiamente electrónico. Este documento se asemeja mucho menos al documento que tradicionalmente hemos utilizado, ya que está llamado a cumplir su función instrumental sin necesidad de que sea trasladado externamente al papel.

El documento informático permite incorporar información automáticamente, de una forma preestablecida, pudiendo, además, por vía electrónica, ejecutar determinados efectos del contrato o acto jurídico que contiene, como es el caso de aquellos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, o bien dar cumplimiento a determinadas obligaciones que emanan del mismo, como es el caso de las inscripciones registrales.

Por otra parte del documento informático permite a sus autores y fedatarios actuar a distancia, produciéndose importantes variaciones tanto en su forma documental, como en su contenido contractual. Se altera consecuentemente, la formación del consentimiento, desaparece la unidad del acto, se producen variaciones en la interpretación del contrato, en la prueba de su contenido y en los medios de prueba procesales que deberán emplearse cuando surja un conflicto de intereses entre los contratantes.⁶⁰

Si bien es una ilustrativa descripción, la diferencia hecha entre documento electrónico e informático para efectos prácticos se relativiza⁶¹, porque mientras el documento está en lenguaje binario es informático y cuando hay meros procesos técnicos no es fácil hablar de consentimiento.

⁶⁰ FONT SERRA, Eduardo. Prólogo del libro de GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. Instrumento Público Electrónico. Barcelona: Bosch. 2000. p.24.

⁶¹ “La distinción se relativiza, porque sólo “mientras se encuentre en lenguaje binario, no es posible aplicarle (al documento informático) la normativa per cartam, pero (que) debidamente traducido, llevado a lenguaje natural –esto es, transformado en electrónico-, no existe problema alguno para hacerlo así.”

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Presentación del libro de GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto. Instrumento Público Electrónico. Barcelona: Bosch. 2000. p.12.

Si el documento se presenta a las partes en lenguaje natural (ya es documento electrónico, que también reside en la memoria de una computadora) es posible que estas presenten consentimiento.

Existen casos de documentos informáticos en los cuales no se necesita traducción al lenguaje natural y en los que las partes pueden expresar acuerdos, como por ejemplo, los archivos residentes en las máquinas tragamonedas, o las órdenes integradas a los circuitos de un expendedor de gaseosas, formatos electrónicos en los que sólo se puede ingresar si o no, sin mayores detalles sobre su contenido, etc.

Podemos sintetizar las ideas de Ettore Giannantonio y de Font Serra en el cuadro que presentamos a continuación:

	Ettore Giannantonio	Font Serra
Creados y conservados en forma digital	Documento en sentido estricto	Documento informático
Sólo lenguaje binario		
También lenguaje natural	Documento en sentido amplio	Documento electrónico
Probable intervención de máquina traductora al lenguaje natural		

Cabe indicar que en el caso de los documentos electrónicos existe dificultad de discriminar el original de la copia, porque pueden grabarse un archivo y su copia a la vez, a ello se agrega que en caso de siniestro (incendio, inundación, etc.) todo el archivo es afectado y no se puede recuperar salvo con ayuda de expertos, sucediendo lo contrario con un documento escrito en papel que puede ser afectado parcialmente, permitiendo la legibilidad del documento.

Nuestro mundo sumido en la adicción al papel funciona en base a original y copia autorizadas para determinados actos jurídicos. Este concepto funciona distinto con el documento electrónico, el cual es generado en una computadora y se envía directamente a la otra parte, sin firmas manuscritas ni sellos visibles; sin embargo, no es una copia de un documento en papel y pasa a tener la misma naturaleza que un original. Puede proponerse que para un acto jurídico, las partes acuerden entender que se considera original al documento respecto al cual se tiene una razonable seguridad que la información se ha mantenido íntegra desde el momento en que fue generada en su forma definitiva, sea como documento electrónico o de otra manera⁶².

⁶² “Para que una copia tenga el mismo peso que un original debe tener la firma de todas las partes del contrato y la de las partes contra las cuales se utiliza el escrito. Además cuando los contratos crean obligaciones y derechos en nombre de varias partes (lo cual es casi siempre el caso, verbigracia, en lo que se refiere a ventas por internet), la legislación pide la firma de tantos originales como partes en el contrato. La diferencia esencial y práctica entre un original y una copia es que la firma en una copia no es original sino una copia del original.”
HANCE, Olivier. *Leyes y Negocios en Internet*. México: Mac Graw Hill. 1996. p. 234.

Las exigencias de documentos originales son implícitas conforme a usos y costumbres entre las partes. Por ejemplo, el art. 3 del Código Comercial Uniforme no exige expresamente que un instrumento negociable deba ser un original, pero de acuerdo a la práctica universal, sólo los documentos originales se consideran negociables, un caso obvio son los títulos valores, si una persona pretende ir a cobrar un cheque al banco con una copia del mismo no tendrá éxito en su trámite, para tal caso tendrá que aplicar el art. 102 de la Ley de Títulos Valores, concerniente al deterioro total, extravío o sustracción de un título valor. Por otro lado, como ya se ha dicho se acostumbra considerar firmado un documento si tiene firma manuscrita.

El artículo 8 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico,⁶³ dice:

Artículo 8: Original.-

1. *Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:*
 - a) *Si existe alguna garantía fidedigna 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 a la que se deba presentar(...)*.

⁶³ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y aprobada mediante la Resolución 51/162 por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1996 (<http://www.un.or.at/uncitral>)

Según la mencionada norma, la integridad de la información se evalúa conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación. Si a la integridad se le agrega la posibilidad de que el mensaje de datos pueda ser mostrada a la persona a la que se deba presentar, entonces el documento electrónico cumple las condiciones de ser original.

Asimismo, la Sección 5-125 del Illinois Electronic Commerce Security Act dice:

“Sección 5-125. Original:

- a) Cuando una norma requiera información para ser presentada o conservada en su forma original, u atribuya consecuencias a la información que no sea presentada o retenida en su forma original, dicha norma será cumplida por un documento electrónico si existe garantía fidedigna tanto de la integridad de la información como del momento en que fue generada en su forma original, ya sea como documento electrónico o de manera similar” (Traducción libre)⁶⁴.***

Los textos de estas normas obedecen a la lógica de que en varias ocasiones es necesario que un documento sea transmitido a otras partes sin alteraciones, es

⁶⁴ En el original de la Ley (<http://www.mbc.com/ceccmsg.html>) dice: “(a) Where the rule of law requires information to be presented or retained in its original form, or provides consequences for the information not being presented or retained in its original form, that rule of law is satisfied by an electronic record if there exists reliable assurance as to the integrity of the information from the time it was first generated in its final form, as an electronic record or otherwise”.

decir en su forma original de manera que exista certeza y confianza sobre el contenido del documento.⁶⁵

En el caso de los documentos electrónicos la Firma Digital nos ayudará a designar al documento original y así lo reconocen las distintas legislaciones que consideran el tema. Mejor aún, en caso que haya destrucción de un documento, las partes pueden otorgar la calidad de original a otro de los documentos electrónicos generados y si fueron previsoras, que un fedatario juramentado o un notario otorgue tal cualidad a determinadas copias conforme a lo establecido en el D. Leg. N° 681, sobre lo cual nos expresaremos más adelante.

En nuestra opinión, el documento electrónico es aquel documento que es producido y leído a través de medios informáticos, que por sí mismo puede constituir un original y que goza de características especiales que hacen

⁶⁵ Pero si hablamos en términos técnicos cuando hablamos de documentos electrónicos no existe en términos estrictamente puros “un original”. Cuando un documento es creado por una computadora, de existir un original, reside en la memoria RAM (la cual se caracteriza por ser volátil) donde es creado por primera vez el documento. Dicha memoria apenas se apaga la máquina deja de conservar el documento iniciado, por lo que es necesario conservar lo escrito. Guardar el documento en un diskette o transmitirlo a otra computadora en realidad significa crear una copia. Si exigiéramos de todas maneras el original de un documento electrónico en sentido técnico, sería poco práctico porque nos veríamos forzados a mantener prendida la computadora para conservar activa la memoria RAM. De alguna manera lo mismo pasa con los originales de los contratos en soporte papel (para mencionar un ejemplo), el original no lo constituyen los borradores con los cuales se ha negociado, y ni siquiera el borrador final a menos que las partes lo firmen. No existe la obligación de mantener todos los originales porque lo que nos importaría es el escrito final. Por eso, cuando hablamos de original en realidad no nos referimos sino al documento perfeccionado sobre el cual ya no se necesita hacer más ajustes y tal afirmación es válida para documentos en soporte papel como para los electrónicos.

distinto su uso con respecto a los documentos que residen en soporte papel (intervención de varios usuarios que pueden actuar con acceso preferencial, alterando el documento, simultáneamente, o en fechas sucesivas, constituyendo documentos originales que son difíciles de distinguir de sus copias).

3. FIRMA DIGITAL

No es nuestra intención insinuar que el soporte papel debe ser reemplazado inmediatamente por los documentos informáticos y electrónicos en general (en la actualidad se debate sobre la supervivencia del libro y la aparición del libro electrónico). La labor de establecer las mismas garantías entre un soporte y otro apenas se empieza a discutir. Ahora sabemos que es una necesidad que la propia realidad empieza a imponer a los abogados.

Por esta razón cabe preguntarse si el documento electrónico por sí mismo ofrece certeza sobre su autenticidad, integridad, vinculación al mensaje y confidencialidad de las comunicaciones⁶⁶. La respuesta es que no, a menos que dejemos a las partes libradas a sus propias relaciones de confianza y sólo hagamos referencia a la forma libre.

⁶⁶ De particular importancia para los efectos del artículo 16 del Código Civil referido a las comunicaciones de cualquier género que tengan naturaleza confidencial.

Dentro las redes cerradas (Intranet) de una empresa o institución, los usuarios se conocen y son pocos, hay mayor certeza sobre la autoría y contenido de los documentos que se emiten, así como la confidencialidad está garantizada frente a extraños; sin embargo, no todos los documentos circulan en redes cerradas.

Usualmente se envían documentos a la administración pública, o de entidad a entidad, se terminan contratos con nuevos clientes recién conocidos o simplemente se usan redes abiertas como Internet y se usan correos electrónicos (incluso a través de celulares que permiten la comunicación en línea y mediante Internet).

Un documento electrónico por sí mismo no puede garantizarnos quién es su autor, porque una computadora a pesar de tener un único número de identificación, puede ser usada por varios usuarios que tengan acceso a ella, además la hora en que fue realizado el documento no tiene que ser necesariamente exacta y es posible alterar este dato con el propósito de originar incertidumbre con respecto a la fecha de envío de un archivo a través de la red. Este aspecto reviste particular importancia para las tratativas de contratos y

vigencia de las ofertas, sin mencionar otros aspectos que podrían tener problemas, como las notificaciones judiciales por correo electrónico⁶⁷.

La aparición de Internet y el continuo flujo de la información nos obliga a tener en cuenta que un documento electrónico puede ser interferido en su camino al destinatario, violando su confidencialidad, y posiblemente alterando su contenido; lo cual puede llevar a que su autor posteriormente pueda repudiarlo por considerarlo adulterado. En este caso, existen problemas para que se evidencie una alteración del documento⁶⁸. En épocas anteriores las cartas estaban selladas con cera derretida donde se imprimía el símbolo del autor. Y eso cumplía con la ventaja de ser absolutamente legible y verificable a primera vista. Un documento electrónico por su propia naturaleza no es tangible ni permite verificar su contenido a primera vista.

“La Tecnología de Avanzada ha creado oportunidades sin precedentes para el intercambio global de voluminosas cantidades de información y datos de una manera casi instantánea. Empero, la creciente bibliografía sobre computadoras y la creciente falta de control sobre las redes empresariales crean una abierta invitación al fraude, decepción, robo en escala mundial a través de la manipulación de archivos corporativos (...) a diferencia de los documentos escritos sobre papel, donde tenemos

⁶⁷ Sin embargo, la técnica informática desarrolló el “Time stamp” que permite tener certeza sobre la fecha y hora de un documento, dejando una clara indicación de la fecha y hora de creación de un documento.

⁶⁸ VIEGA RODRÍGUEZ, María José. La influencia de la informática en la actividad probatoria y su regulación en Uruguay. **EN:** Derecho e Informática. Hacia el inicio de un nuevo milenio. Ponencia del VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. (Universidad de Lima) Lima: Editora Perú S.A. p. 219-220

maneras de descubrir alteraciones, los documentos electrónicos son susceptibles de cambiarse en su contenido o fecha de creación. (Traducción libre)⁶⁹

De esta manera, un documento electrónico por sí sólo no ofrece certeza sobre su contenido y firma como un papel escrito y firmado, aunque estaría en igualdad de condiciones en relación a un escrito sin firma. La razón es que en ambos casos se necesitaran peritajes para descubrir la autoría e integridad del documento. Usualmente las técnicas de la documentología no son fáciles de aplicar por quienes no tienen conocimientos sólidos sobre el tema.

No tendría sentido hablar de eficacia jurídica del documento electrónico si sólo se trata de un cambio de soporte. Así como una grafía o firma en el documento escrito nos indica quién es su autor y lo vincula a la integridad del texto, se necesita que ocurra lo mismo con los documentos electrónicos para que tengan los mismos efectos jurídicos. La técnica informática de la firma digital contribuye a solucionar esta necesidad.

⁶⁹ SURETY TECHNOLOGIES INC. Digital Notary Authentication Service. <http://www.surety.com/whatis.html>, en el original dice: “Advancing technology has created unprecedented opportunities for the near-instantaneous, global exchange of voluminous amounts of information and data. However, increased computer literacy and lack of control over enterprise networks create an open, global invitation to fraud, deception, and theft on a worldwide scale through the manipulation of corporate records (...) unlike paper records, where we have a strong set of tools to detect tampering, electronic records are wide open to change either the contents, or the time of creation.”

Los documentos electrónicos firmados digitalmente son parte del concepto general de documento y en lo concerniente a la firma, lo cual contribuye a que puedan crear los mismos efectos⁷⁰:

- a) Inalterabilidad: si se ha perfeccionado cualquier acto jurídico y el documento contiene los alcances de dicho acto, debe ser conservado de manera tal que no sea alterado por alguna de las partes o un tercero de modo que el documento contenga estrictamente lo pactado.
- b) Ser legible con un procedimiento apropiado: un documento contiene información, la cual es valiosa de acuerdo a la importancia de la información, sin embargo, si no pudiera recuperarse perdería todo valor.
- c) Ser identificado respecto del tiempo de origen: de esta manera se podrá determinar la hora de perfeccionamiento de un contrato u otro acto jurídico.

⁷⁰ Ver además: KEMPER, Ana María. Seguridad Jurídica en la contratación por medios electrónicos. EN: ANOTA. Boletín Informativo de la Asociación de Notarios de Puerto Rico (INC). Num. 3. Junio-Julio 1997. Año XI. P.5.

- d) **Que el soporte donde se encuentra sea estable: a fin que la información continúe intacta aún cuando se hagan copias o se traslade de disquete a disquete la información, por ejemplo.**

A continuación se explicará como la *Firma Digital* condyuva a satisfacer los requerimientos mínimos de certeza en la autoría, integridad y vinculación con el mensaje.⁷¹

3.1- Concepto de *Firma Digital* en el Perú y en el extranjero

Según el artículo 3 de la *Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N° 27269*, la *Firma Digital* es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la llave pública no pueden derivar de ella la clave privada⁷².

⁷¹ Podemos citar el Utah Digital Signature Act de 1996 (en adelante la denominaremos “Ley de Firma Digital de Utah) que en su sección 403 dice: “un mensaje tiene la misma validez y puede ser exigido judicialmente y es efectivo como si estuviera escrito en papel, en los siguientes casos:

1. Si porta en su totalidad una firma digital, y
2. si dicha firma digital es verificada mediante la clave pública mencionada en un certificado que:
 - a) haya sido emitido por una autoridad certificante acreditada, y
 - b) haya sido válido al momento en que se efectuó la firma digital.

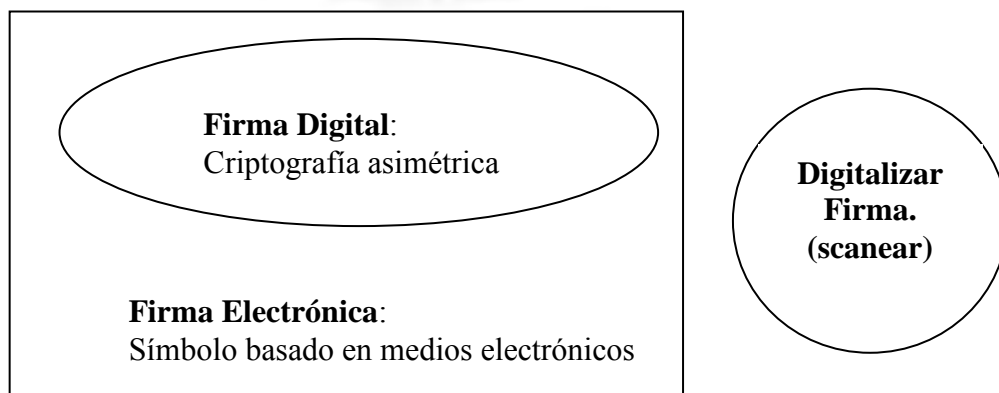
Sin embargo, el presente capítulo no impide que un mensaje, documento o registro sea considerado escrito bajo alguna otra ley aplicable.”

⁷² El uso de términos que maneja el legislador no siempre es homogéneo. Puede observarse que trata de la “firma o signatura informática” en el D.S. N° 001-2000-JUS (publicado el 26 de marzo del

En la definición mencionada encontramos varios conceptos conexos: firma electrónica, claves pública y privada.

En la ley se define a la firma electrónica como cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. Siendo la *Firma Digital* una forma de *Firma Electrónica*, consiste en un símbolo basado en medios electrónicos y su función es cumplir las funciones de la firma manuscrita.

Lo que hace especial a la *Firma Digital* es el uso de la técnica de la criptografía asimétrica, por tanto, no consiste en escanear una firma (en términos estrictos "digitalizar la firma") sino en una técnica especial de encriptación que explicaremos a continuación.



2000) y en la Ley N° 27269 de Firmas y Certificados Digitales, publicada el 28 de mayo del 2000, o sea tan sólo 63 (sesenta y tres días) después, se plasmó el término general Firma Electrónica.

La característica especial de la Firma Digital es el uso de las claves asimétricas, por oposición a las claves simétricas que son conocidas por los usuarios que intervienen⁷³.

La clave simétrica, no es más que una clave común en la cual las partes se han puesto de acuerdo para encriptar sus mensajes, es decir, que el método para leer el mensaje sólo debe ser conocida por las partes que poseen la clave simétrica. Si ambas partes conocen una Clave Simétrica entonces los riesgos de interceptar el mensaje y modificarlo son altos, porque basta que una de las partes se descuide o se intente descifrar el código secreto a partir de varios mensajes⁷⁴. Existen otros inconvenientes como la distribución de las claves, que tiene que hacerse de forma cuidadosa, y de que no puede ser considerada firma a pesar que proporcione integridad (si se manipula el mensaje se vuelve

⁷³ Según Martínez Nadal en la criptografía simétrica o de clave secreta “las partes deben compartir una clave común que es usada para cifrar, y que se ha acordado de forma previa. Esta clave debe ser secreta para evitar el acceso no autorizado a datos confidenciales. Por ello, la seguridad de este tipo de criptografía reside en la protección de la clave, pues si ésta se difunde, cualquiera puede descifrar el mensaje”. MARTINEZ NADAL, Apollonia. Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación. Madrid: Civitas. 1998. p.42

⁷⁴ Según Ana María Kemper, en los sistemas actuales comunes de encriptación de mensajes se utiliza una sola clave tanto para la encriptación como la desencriptación (criptografía simétrica). La Criptografía asimétrica es considerada más segura y confiable. KEMPER, Ana María. Seguridad Jurídica en la contratación por medios electrónicos. **EN:** ANOTA-Boletín Informativo de la Asociación de Notarios de Puerto Rico. Núm. 3. Año II. Junio-Julio 1997. p.8.

ininteligible) o autenticación inter partes (sólo la otra persona con la que se comparte la clave pudo cifrar el mensaje). Entonces, la clave simétrica:

*(...) no ofrece todos los servicios de seguridad necesarios para cumplir las exigencias legales: ofrece (...) autenticación e integridad frente a las dos partes que comparten la clave secreta, pero no frente a terceros: una tercera persona sería incapaz de determinar con seguridad quién es el emisor del mensaje, cuál es su contenido, o quién ha modificado ese contenido, porque una de las partes que comparte la clave secreta común (A) podría haberla usado para falsificar el nombre de la otra parte (B) atribuyéndole una autoría que no le corresponde, o podría haberse alterado secretamente el contenido actual del mensaje por el emisor o el receptor, sin que una tercera persona pudiera determinar a ciencia cierta cuál de las dos partes lo hizo. En definitiva, no hay firma, porque el mensaje, frente a terceros, es atribuible a las dos partes que comparten la clave secreta común: frente a un tercero, una de las partes podría rechazar la autoría del mensaje cifrado con esa clave común, atribuyéndolo a la otra parte”.*⁷⁵ (Subrayado es nuestro).

En cambio, la bondad de la criptografía denominada de “Clave Pública” (clave asimétrica)⁷⁶ radica en que no es necesario compartir la clave. Los usuarios tienen dos claves complementarias y relacionadas entre sí, una de ellas conocida públicamente y la otra es privada o secreta⁷⁷. La clave privada es aquella que sirve para firmar siendo conocida únicamente por el usuario

⁷⁵ MARTINEZ NADAL, Apollonia. Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación. Madrid: Civitas. 1998. p.43.

⁷⁶ Este sistema fue creado en 1976 por los Estados Unidos en la Universidad de Stanford.

⁷⁷ Según el INEI, en la criptografía de llave pública “se usan llaves separadas para encriptar y desencriptar un mensaje, de manera que nada más que el mensaje encriptado es transmitido. Cada parte de la transacción posee “un par de llaves”, que consiste en dos llaves, con una relación muy particular, que permite que una encripte un mensaje que la otra puede desencriptar. Una de estas llaves está disponible al público y la otra es una llave “privada”. Un mensaje encriptado con la llave pública de una persona no puede ser desencriptado con la misma llave, pero puede ser desencriptado con la llave privada a la que corresponde. Si usted autoriza una transacción con su banco usando su llave privada, su banco puede leerla con la llave pública correspondiente y sabe que sólo usted puede haberla enviado. Esto es el equivalente de una firma digital.”

(incluso puede desconocerla, porque la clave privada puede conservarse en una tarjeta inteligente o residir en el disco duro de su computadora) y la clave pública se publica y es utilizada para verificar la firma, pero su conocimiento no permite descubrir a la clave privada por el diseño matemático del criptosistema. El uso de esta criptografía permite **CONFIDENCIALIDAD** incluso a través de redes abiertas como Internet, también proporciona **AUTENTICIDAD, INTEGRIDAD Y VINCULACIÓN (O NO REPUDIO)**, los cuales son características de la firma digital.

Los requerimientos mínimos de la *Firma Digital* se encuentran en el artículo 3, concordante con el artículo 2, de la Ley N° 27269. El mencionado artículo 3, define a la *Firma Digital* como una técnica de criptografía asimétrica que cumple con las condiciones de estar basada en un par de claves único: las claves privada y pública, que están relacionadas matemáticamente entre sí y las personas que conocen la clave pública no pueden derivar de ella la clave privada. Podemos indicar que estos son las características que identifican una *Firma Digital* según la legislación peruana.

Un aspecto importante que debemos recalcar y que hemos venido mencionando a lo largo de nuestra exposición es que la Firma Digital tiene 4 características:

- a) **Integridad del Mensaje:** es decir que el mensaje esté completo y no sea alterado de manera alguna. La integridad alude a que alguien tenga la certeza de que el mensaje llegó totalmente “entero” y que por tanto no haya sido alterado en su traslado ya sea modificándolo, reduciéndolo o deformándolo.⁷⁸

- b) **Confidencialidad:** el documento electrónico debe ser visto sólo por la persona a quien va dirigida. Debe preservarse el contenido del documento de miradas ajenas a las partes que intervienen en la comunicación, la cual podría referirse a las negociaciones para un contrato, datos que las partes desean mantener dentro de escrupulosa reserva para no afectar a terceros o a sí mismos, etc. Entonces, la

⁷⁸ “En el mundo físico generalmente la verificación de la integridad de los “datos” se ha hecho en forma visual. La ausencia de señales de alteración significa que los datos no han sido cambiados. Cuando firmamos un contrato, cualquier cambio hecho en la página impresa debe ser iniciado por ambas partes, para asegurar que ellos son una parte del acuerdo y no una señal de alteración que ocurrió después de la firma.

Esto no es tan fácil sobre el Internet o Intranet pues la duplicación es fácil y cada uno está virtualmente en todos lados. Puede alterarse fácilmente las cosas cuando se almacenaron sobre una computadora y muchas personas podrían potencialmente ganar acceso, haciendo la integridad de datos mucho más difíciles en el mundo de la red. Para asegurar la integridad de datos, usted necesita de algún modo crear un sello que no pueda alterarse y pueda ser usado luego de verificar que los datos no han sido cambiados.”

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMATICA. Seguridad en Internet. Lima: INEI. 1997. p. 50-51.

confidencialidad es la capacidad de asegurar que sólo las personas destinadas tienen acceso a algo. En el mundo físico se usan llaves, cerraduras, candados, etc. para mantener las cosas a salvo de miradas y manos extrañas. Si se permite la licencia, una cerradura es abierta por un solo tipo de llave, es decir que habrá un original y varias copias para los que tengan acceso. De alguna manera podemos decir que son *simétricas*, porque todos tienen una llave de acceso común. Como se ha explicado, la criptografía de clave pública tiene ventaja sobre la criptografía de clave simétrica o secreta, consistente en que existen dos llaves relacionadas matemáticamente y el descubrimiento de la clave pública no permite el descubrimiento de la clave privada que permanece siempre con el firmante y a veces este ni siquiera la conoce.⁷⁹

- c) **Autenticidad:** certidumbre sobre quién manda el mensaje o el documento electrónico. Es uno de los aspectos más fáciles de entender sobre la *Firma Digital*: se trata simplemente de verificar la identidad. En nuestra vida diaria generalmente la autenticación se hace

⁷⁹ “La posesión de una llave permite la autenticación y la autorización y la privacidad. Por ejemplo si alguien robó sus llaves, ellos tienen acceso a todas las cosas que las llaves abren y su “privacidad” será infringida. El ladrón tendrá acceso a no ser que usted cambie las cerraduras. En el mundo físico usted puede advertir la pérdida de sus llaves y lo pone en alerta para tomar medidas necesarias tal como cambiar las cerraduras, pero esto no ocurre en el mundo de la red, es posible que alguien tome sus “llaves” sin su conocimiento, simplemente haciendo una copia de ellas. A causa de la conectividad de una red, si alguien puede conseguir el acceso a sus llaves, ellos lo pueden copiar”. INEI. Seguridad en Internet. Lima: INEI. 1997. p. 49-50.

de manera informal y en ocasiones, sin pensarlo, en realidad todo el tiempo estamos autenticando personas, lugares, compañías, etc. Un caso claro es cuando luego del trabajo regresamos a casa, en la memoria autenticamos el medio de transporte que nos llevará, el lugar donde bajaremos, la casa donde tenemos que entrar, etc. Cuando entramos a un banco lo autenticamos por su logo y señales de la misma forma que el cajero de un banco tiene que verificar nuestra identidad examinando la foto de nuestro documento de identidad con nosotros al momento de cobrar un cheque.⁸⁰ Por eso en la Ley N° 27269 es importante la presencia de las entidades de certificación que se encargarán de certificar que la página web que se visita verdaderamente existe y pertenece verdaderamente a quien se indica en la misma. Según el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales (D.S. N° 019-2002-FUS) la autenticación es el proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma electrónicamente, en función del mensaje firmado por éste y al

⁸⁰ “La forma más popular de autenticación individual es una firma. Una firma se usa para autenticar a un tenedor de cuenta en el banco, para comprometer a una persona para alojarse en un hotel y para autenticar la tarjeta del tenedor en transacciones de tarjeta de crédito. La firma se usa no solamente para autenticar la identidad, sino también para dar autorización. La comprobación visual no es práctica porque la persona no está allí. Lo mismo es válido de un sitio web que se visita sobre el internet: es difícil estar seguro que el servidor web que se está visitando verdaderamente pertenece a la compañía especificada.”

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMATICA. Seguridad en Internet. Lima: INEI. 1997. p. 47

cual se le vincula; este proceso no otorga certificación notarial ni fe pública.

- d) **No repudio: que nadie pueda negar que el mensaje ha sido recibido y que lo vincule efectivamente al mismo.**⁸¹

El artículo 2 está referido al ámbito de aplicación de la Ley, la cual se aplica a aquellas Firmas Electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas lógicamente a los mismos, puedan vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos. Como se recordará, la Firma Digital es una especie de la

⁸¹ Existen problemas para elegir la denominación del concepto:

“La palabra repudio, traducido de “non repudiation” es incorrecta. En inglés “repudiate” quiere decir “rechazar”, con el concepto asociado de “desconocer”(podría decirse que quiere decir “rechazar por desconocimiento”). En español repudiar quiere decir rechazar o no aceptar algo (se suele utilizar en el sentido de “rechazar a la esposa” con ciertas connotaciones bíblicas).

Cuando se intenta traducir el concepto, para el que en inglés está acuñado el término “non repudiation” se emplea ampliamente el término “no repudio” o “no repudiación”. Posiblemente el término esté mal escogido en inglés, pero seguro que está mal escogido en español.

El concepto para el que se emplea la denominación es “el autor de una acción no puede negar que la ha llevado a cabo” y tampoco sería correcto, puesto que no se trata de que en efecto la niegue, sino de que existe para quien lo afirme la posibilidad de sustentar el argumento con algún componente de carácter probatorio.

Por eso preferimos términos alternativos tales como “carácter probatorio”, “irrefutabilidad”, “incuestionabilidad”, “irrebatibilidad” u otros semejantes con un significado de este tenor: “el autor de una acción genera una prueba de que la ha llevado a cabo” es decir “carece de argumentos que oponer a quien cuenta con alguna prueba de que es autor de la acción”.

Esta opinión recogida de una lista de interés de Comercio Electrónico, es bastante sugerente, sin embargo el estado actual de la doctrina es denominar a este principio como “No repudio”. En nuestra legislación no se indicó explícitamente este término, por lo que aún no hay debate sobre el tema y debería ocuparse el reglamento sobre el particular. En cambio se ha escogido el término “vinculación”. (e-mail recibido por el autor de este trabajo el día Miércoles 12 de julio del 2000, siendo la hora de recibo las 23:37:48+0200 proveniente la lista de interés comercio-electronico@feste.es).

Firma Electrónica diferenciándose en que hace uso de la criptografía asimétrica y no de la simétrica.

Consideramos que la estructura de la Ley tiende a confundir a un lector no avisado de los términos técnicos (que se encuentran en el Reglamento de la Ley, aprobado con D.S. N° 019-2002-JUS, publicado el 18 de mayo del 2002; modificado por D.S. N° 024-2002-JUS, publicado el 12 de Julio del 2002).

- **En primer lugar, la Ley N° 27269 se denomina de Firmas Digitales (no de Firmas Electrónicas, que es más amplio).**
- **En segundo lugar, tanto el Objeto de la Ley (artículo 1) y su Ámbito (artículo 2) mencionan la Firma Electrónica y no a la Firma Digital. Pecién en el artículo 3 se norma sobre la Firma Digital. Afortunadamente se indica que la Firma Digital es una Firma Electrónica, pero se necesita del conocimiento de los términos técnicos involucrados para comprender las condiciones que debe cumplir para tener validez y eficacia.⁸²**

⁸² En mi opinión la estructura de la Ley Española es más didáctica. El Real Decreto Ley 14/1999 del 17 de setiembre en su artículo 1 indica que su ámbito de aplicación es la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Legal (la cual cumple con determinados requisitos para su eficacia jurídica en la

Aclarados estos conceptos podemos ver como definen a la Firma Digital otras legislaciones.

Según la sección de Definiciones 103-10 de la Ley de Firma Digital de Utah, se la define como la transformación de un mensaje empleando un criptosistema asimétrico tal, que una persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar con certeza:

- 1. Si la transformación se creó usando la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante; y**
- 2. Si el mensaje no ha sido modificado desde que se efectuó la transformación.**

En el art. 2 inc. c) de la Ley Colombiana sobre Mensajes de Datos, Comercio Electrónico y Firma Digital, Ley 527 del 18 de agosto de 1999, se

celebración, formalización, validez y eficacia de los actos jurídicos) que es la única que es válida y tiene efectos jurídicos plenos (art. 3.1) al contrario de la Firma Electrónica Simple que es válida pero no tiene efectos automáticos teniendo que demostrarse en juicio o arbitraje su seguridad conforme se indica en el artículo 3.2: “(...) a la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.” Dentro de la Firma Electrónica encontramos a la Firma Electrónica basada en criptografía asimétrica (es decir, la Firma Digital) la cual es Legal o es simple, pero esa calificación depende de que cumpla con las condiciones que indica la Ley para tener eficacia aunque sin negarle su validez.

indica que se entenderá como *Firma Digital* a 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.

En otras legislaciones no se legisla directamente sobre la *Firma Digital* sino sobre el género, es decir sobre la *Firma Electrónica*. Así, encontramos en la *Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del 13 de diciembre de 1999* que definen a la *Firma Electrónica* y la *Firma Electrónica Avanzada*. Se entiende por *Firma Electrónica* (art. 2 inc. 1) a los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación y la *Firma Electrónica Avanzada* (art. 2 inc. 2) como aquella que cumple los requisitos de estar vinculada al firmante de manera única, permitir la identificación del firmante, haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior a los mismos sea detectable. En España han recogido las nociones de *Firma Electrónica* (art. 2 inc. a) y

Firma Electrónica Avanzada (art. 2 inc. b) en el *Real Decreto Ley 14/1999* de 17 de setiembre .

Ya sea legislando sobre la *Firma Electrónica Avanzada* o *Digital*, el objetivo es el mismo: permitir identificar al autor, vincularlo al documento y proteger su inalterabilidad. Nuestra legislación ha optado por legislar sobre *Firma Digital*, pero no significa comprometerse con una tecnología en especial. La *Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final* establece que la autoridad administrativa competente (*INDECOPI*) podrá aprobar la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas siempre que cumplan los requisitos legales. Actualmente (febrero del 2003) se encuentra prepublicado un proyecto de normatividad en la página web de dicha institución (www.indecopi.gob.pe).

Puede observarse que en nuestro primer capítulo, hemos hecho énfasis en que la forma de manifestación de voluntad cuanto más compleja produce mayor certeza sobre el autor, la integridad del contenido y su vinculación con el mensaje. En general, lo mismo puede decirse de una manifestación de voluntad escrita, sin embargo tenemos que hacer notar que dadas las características del medio informático se agrega el aspecto de confidencialidad. Las partes al realizar un acto jurídico, no necesariamente están pensando en que el documento

a través del cual manifiestan su voluntad sea confidencial, salvo oportunidades excepcionales. En la aplicación de la *Firma Digital*, el elemento de confidencialidad se añade a los que ya hemos visto.

3.2- Funcionamiento de la *Firma Digital*

Cada clave efectúa una transformación unívoca sobre los datos y es función inversa de la otra clave: sólo una clave puede “deshacer” lo que su par ha hecho. El poseedor de una clave pública la da a conocer, manteniendo secreta su clave privada. Para enviar un mensaje confidencial, el autor lo codifica (encripta) con la clave pública del receptor. En sentido inverso, el emisor puede codificar sus datos con su clave privada, o sea que la clave puede ser utilizada en ambas direcciones. Si un usuario puede descifrar un mensaje con la clave pública de una persona, sólo esta última pudo haber usado su clave privada inicialmente para encriptarlo.

Los pasos para crear y verificar una firma digital son los siguientes⁸³:

⁸³ INEI. Seguridad en Internet. op. cit. P. 83.

- **Antes de la comunicación, el Emisor del mensaje procura un certificado que verifica su identidad y compromete su llave pública a ella.**
- **El Emisor crea una reducción de mensaje del documento (se denomina función "Hash") y lo firma, usa un algoritmo de criptografía de llave pública y su clave privada.**
- **El mensaje y la firma digital se envían al Receptor del mensaje.**
- **El receptor del mensaje verifica que la llave recibida es la llave del Emisor usando su certificado.**
- **El Receptor verifica que el certificado del Emisor no haya caducado o anulado.**
- **El Receptor descripta la reducción del mensaje (Hash) con la llave pública del Emisor.**
- **El Receptor crea una nueva reducción del mensaje para el documento que él recibió y compara la nueva reducción con el que estuvo en firma digital.**
- **Se verifica si el mensaje reducido concuerda con el documento recibido.**

3.3- Certificado de Titularidad de la Firma Digital⁸⁴

⁸⁴ MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Firma Digital y Certificado Digital de Titularidad. EN: Revista Jurídica del Perú. Lima: Normas Legales. Octubre 2002. Año LII. N° 39. p. 121-154.

En las diversas legislaciones se entiende al certificado como un documento electrónico o un registro informático que contiene información mínima sobre el titular. *La Ley de Firmas y Certificados Digitales peruana* en su artículo 7 indica que deben contener al menos los datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor, que identifiquen a la Entidad de Certificación, la clave pública, la metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos, el número de serie del certificado, su vigencia y la firma digital de la Entidad de Certificación. El Reglamento de la Ley en su artículo 4 indica que el Certificado Digital es un "Documento Electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación el cual vincula un par de claves con una persona natural o jurídica confirmando su identidad."

En Colombia la Ley 527 del 18 de agosto de 1999 reproduce en su artículo 35 los mismos requisitos que en Perú. Sin embargo, existen normas como la Directiva 1999/93 del Parlamento Europeo que en su Anexo J, (lo cual es recogido en la legislación española) enuncia detalladamente el contenido del Certificado, entre otras cosas debe indicarse el límite del valor de las transacciones, indicar que es un certificado reconocido, el Estado en que el Proveedor de Servicios se encuentra establecido y como un aspecto interesante cabe indicar que acepta seudónimo (en Perú, la ley no ha mencionado dicha

posibilidad por lo que tendríamos que remitirnos al *Código Civil Peruano*, en cuyo artículo 32 se indica que el seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste. Esta última cuestión, que a primera vista parece superflua, podría ser de interés para los usuarios de *Internet*, quienes están acostumbrados a interactuar con su nombre y varios alias, siendo conocidos por cualquiera de estas denominaciones. En *Estados Unidos*, el *Código de Utah* menciona que el *Certificado de Firma Digital* es un registro basado en computadora y acepta la aparición del representante del Titular de la firma, aspecto que no contempla la *Ley de Firma Digital*, sino el *Reglamento* en el glosario de su artículo 4.

Según el artículo 11 de la *Ley de Firmas y Certificados Digitales*, los *Certificados de Firmas Digitales* emitidos por entidades extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida en la *Ley*, siempre que sean reconocidos por la autoridad administrativa competente (*INDECOPI*)⁸⁵.

⁸⁵ Una vez publicado el Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, corresponde ahora al INDECOPI asumir las extensas atribuciones del artículo 36 del mencionado Reglamento, además: determina estándares para la Infraestructura Oficial de Firma Digital según las prácticas internacionales y el principio de neutralidad tecnológica (art. 12 del Reglamento), pronunciarse cuando los titulares piden sin previa justificación que se cancele el certificado digital (art. 25 del Reglamento), criterios de respaldo financiero para las entidades de certificación acreditadas o reconocidas para operar en la Infraestructura de Firma Digital (art. 30 del Reglamento), indicar requerimientos adicionales que necesite una entidad de certificación para ser acreditada (art. 29 inc. j) del Reglamento), mecanismos que deben utilizar las entidades de registro o verificación para cesar sus funciones (art. 35 del Reglamento), supervisar la correcta prestación de servicios de registro o de verificación y los requisitos para las entidades que operen bajo la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica (art. 50 del Reglamento), precisar el procedimiento administrativo de acreditación (art. 41 del Reglamento), comprobación de las solicitudes de acreditación de las entidades de certificación (art. 38 del Reglamento); entre otras.

En Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio, se encarga de registrar a las Entidades de Certificación. (art. 29 de la Ley 527 del 18 de agosto de 1999).

4. ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN, VERIFICACIÓN Y DE REGISTRO⁸⁶

El artículo 12 de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, establece que la Entidad de Certificación cumple con la función de emitir o cancelar certificados digitales, así como brindar otros servicios inherentes al propio certificado o aquellos que brinden seguridad al sistema de certificados en particular o del comercio electrónico en general y pueden asumir las funciones de Registro, aunque deben contar con un Registro disponible en forma permanente, que servirá para constatar la clave pública de determinado certificado, el cual no podrá ser usado para fines distintos a los que la ley indique, lo cual es muy conveniente porque de esta manera se protege la intimidad de las personas. Además, este registro indicará los certificados

⁸⁶ Puede consultarse además: MENDOZA LUNA, Amílcar Adolfo. Firma Digital y Certificado de Titularidad. EN: Revista Jurídica del Perú. Lima: Normas Legales. Año LII. N° 39. Octubre 2002. p. 121-154

emitidos y las circunstancias que originen la cancelación o vigencia de los certificados⁸⁷.

Según el artículo 28 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales las entidades de certificación tienen las siguientes funciones:

- a) Emitir certificados digitales manteniendo su numeración correlativa
- b) Cancelar certificados digitales
- c) Gestionar certificados digitales emitidos en el extranjero
- d) Adicionalmente a las anteriores las señaladas en el artículo 32 del Reglamento, en caso que opten por asumir las funciones de entidad de registro o de verificación. Vale la pena indicar que el artículo 32 mencionado se refiere específicamente a las funciones de las entidades de registro o de verificación.

⁸⁷ La legislación al respecto es variada. En Perú la Ley de Firmas y Certificados Digitales en sus artículos 9 y 10 indican las razones para la cancelación y revocación del certificado digital; aunque no mencionan supuestos de suspensión del Certificado Digital como en el Código de Utah. Respecto a la cancelación del certificado, se indican como causas la solicitud del titular, la revocatoria de la entidad certificante, la expiración del plazo de vigencia (que la Ley no establece) y cese de operaciones de la Entidad de Certificación. Respecto a la Revocación del Certificado las causas son la inexactitud de la información que contiene o su modificación, la muerte del titular e incumplimiento derivado de la relación contractual con la Entidad de Certificación. Podrá notarse que no se ha previsto la intervención del representante del titular del certificado, ya sea persona natural o jurídica, lo cual indica que el Reglamento deberá ocuparse de los temas de incapacidad del titular o extinción de personas jurídicas cuyos representantes usen firmas digitales.

Las Entidades de Registro o Verificación, según el artículo 13 de la Ley, cumplen con la función de levantamiento de datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital; identificación y autenticación del suscriptor de la firma digital; aceptación y autorización de solicitudes de emisión de certificados digitales; aceptación y autorización de las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

Según el artículo 32 del Reglamento (ya mencionado) indica que las entidades de registro o verificación tienen las siguientes funciones:

- a) Identificar al solicitante del certificado digital mediante el levantamiento de datos y la comprobación de la información brindada por aquél.*
- b) Aceptar, autorizar según sea el caso, la conformidad de las solicitudes de emisión, modificación o cancelación de certificados digitales, comunicándolo a la entidad de certificación bajo responsabilidad.*

En lo que respecta al INDECOP, su participación es relevante por cuanto en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 019-2002-JUS y en el artículo 36 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales lo designó como Autoridad Administrativa Competente para la acreditación de entidades de

certificación, de registro o verificación así como reconocer los estándares tecnológicos aplicables en la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, la supervisión de ésta, establecer el respaldo financiero que deberán tener las entidades de certificación, de registro o verificación y las funciones indicadas en el Reglamento o anexas a sus funciones⁸⁸.

Por último, y para abundar en detalles, tanto las entidades de certificación, como las de registro o verificación tienen obligaciones propias y la forma en que cesan sus operaciones está prevista en el Reglamento⁸⁹ siendo común entre ambas las siguientes situaciones:

- a) Por decisión unilateral comunicada ante la autoridad administrativa competente, asumiendo la responsabilidad del caso por dicha decisión.**
- b) Por extinción de su personería jurídica.**
- c) Por revocación de su registro.**
- d) Por orden judicial**

⁸⁸ Lo cual según las Definiciones del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales significa: “Organismo público responsable de acreditar a las entidades de certificación y a las entidades de registro o verificación, de reconocer los estándares tecnológicos aplicables en la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, de supervisar dicha Infraestructura, y las otras funciones señaladas en el Reglamento o aquéllas que requiera en el transcurso de sus operaciones.”

⁸⁹ Las obligaciones de las entidades de certificación se encuentran en el artículo 29 y las de las entidades de registro o verificación en el artículo 33. La forma del cese de las operaciones de la entidad de certificación se encuentra en el art. 31 del Reglamento y de la entidad de registro o verificación en el art. 35 con el supuesto adicional de la sanción dispuesta por la autoridad administrativa competente, es decir el INDECOPI.

- e) *Por liquidación, decidida por la junta de acreedores en el marco de la legislación concursal o resolución judicial de quiebra.*

5. EFECTOS DEL USO DE LA FIRMA DIGITAL EN LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

En nuestra opinión, sería restrictivo asociar la noción de documento a lo estrictamente procesal, es decir sólo vincularlo con la posibilidad de ser materia de prueba en un proceso. Hemos indicado que un documento es cualquier objeto que consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos. De esta manera, el documento sirve para probar hechos pero también es medio para la comunicación de la manifestación de la voluntad y por tanto, sirve para la realización de actos jurídicos y, no está demás decirlo, en varias ocasiones la existencia de un documento es necesaria para la realización de un acto jurídico válido; este aspecto es aplicable a los actos *ad solemnitatem* que requieren documentos escritos firmados por las partes o la intervención de un tercero: el notario, quien convierte un documento privado (realizado entre las partes y con pleno valor para ellas) en escritura pública (con el elemento de la fe pública).

A partir de lo dicho cabe preguntarse si es posible que los documentos electrónicos tengan totalmente estas características. Podemos admitir que pueden consignar cosas o esclarecer hechos de acuerdo a su complejidad o a las seguridades con que se les revista (ya sea mediante la criptografía, el uso de firma electrónica o digital, etc.); sin embargo, ¿los documentos electrónicos en verdad pueden transmitir la manifestación de voluntad conforme a las formalidades del Código Civil? Notemos que la respuesta es fundamental para nuestro ordenamiento jurídico porque influye directamente en la materia contractual y en aspectos tan relevantes como la oferta, la aceptación, el acuse de recibo, entre otras.

La Ley N° 27291, publicada el 24 de junio del 2000, modificó los artículos 141 y 1374 al Código Civil y añadió el artículo 141-A, al citado cuerpo normativo, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la firma electrónica. Además, ha mencionado nuevas maneras de efectuar manifestaciones de voluntad expresa, cabe indicar que no presenta una lista cerrada sino que abarca desde lo más simple a lo más complejo, lo que es conocido para nosotros y las nuevas formas que aún están por inventarse y escapan a nuestra imaginación (no encontramos otra interpretación al término "otro análogo"), la

redacción de este artículo se orienta a ser lo más amplia posible en lo que corresponde a los citados “medios”.

Si bien esta modificatoria contribuye a aclarar el aspecto de la posibilidad de manifestar la voluntad a través de medios electrónicos, la pertinencia de la misma es objeto de crítica en la doctrina como en el caso de Mario Castillo

Freyre:

“¿Realmente era necesaria esta reforma?

Estamos absolutamente convencidos de que la respuesta que se impone es la negativa, por cuanto el artículo 141 original, cuando hacía referencia a las maneras como se podía expresar la voluntad, es decir, de forma oral, escrita o por cualquier otro medio directo, nunca se negó la posibilidad de que dicha voluntad se transmitiera o se formulara a través de un medio manual, mecánico, electrónico u otro análogo (...)

Nunca, persona alguna interpretó el texto original del artículo 141 como restrictivo, en el sentido que la voluntad no pudiese transmitirse a través de medios electrónicos, lo que venía ocurriendo perfectamente hasta el sábado 24 de junio del año 2000 (fecha de publicación de la Ley N° 27291) y siguió ocurriendo a partir de esa fecha. (...) Similar crítica podría formular en torno al agregado artículo 141-A ya que jamás el Código Civil, en su texto original, había prohibido que la manifestación de voluntad, en los casos en que la ley establezca que deba hacerse a través de alguna formalidad expresa, o requiera de firma, ésta podría ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier medio análogo.⁹⁰

El legislador tomó la decisión de modificar el mencionado artículo 141 e introducir el artículo 141-A para evitar cualquier interpretación restrictiva y

⁹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario & HORNA, Pierre Martín. Tratado de la Teoría General de los Contratos. Lima: Fondo Editorial PUCP. Setiembre 2002. Tomo I. P. 390.

ello es notorio en la propia redacción del artículo, vale la pena repetirlo, por cuanto ha intentado ser lo más amplio posible en el acogimiento de cualquier medio análogo. Sin perjuicio de nuestro comentario, reparamos en que podría formularse la crítica de que los artículos 141 y 141-A sólo serían útiles para actos *ad probationem*, o donde no haya mayor exigencia de formalidad legal, pero que en el caso de las formalidades que involucren actos *ad solemnitatem* no serían aplicables las normas del Código Civil. Este razonamiento tiene importantes consecuencias, porque restringiría los efectos del artículo 141. Según este raciocinio una importante variedad de actos jurídicos, que dependen de una manifestación de voluntad que contemple formalidades emanadas de la ley, no podrían ser válidos en caso que se hagan con firma digital. Consideramos que este aspecto es de la mayor importancia y en el próximo capítulo nos ocupamos directamente del tema a fin de comprobar los alcances de este cuestionamiento.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 141-A es de particular relevancia: para que una manifestación de voluntad genere un acto jurídico válido, no solamente dependerá de lo que acuerden las partes respecto al medio a través del cual se comunicará el acto jurídico; las partes deberán cumplir con las formalidades legales previstas mediante medios electrónicos, e independientemente de lo que hayan acordado, tendrán efectos jurídicos válidos.

Por tanto, esta norma está en directa vinculación con el artículo 144 del Código Civil, el cual establece que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto, o sea sólo sería una forma *ad probationem* y no cumpliría las formalidades del acto *ad solemnitatem*.

Sobre el acuerdo de las partes de acoger formalidades en sus actos solemnes

Mario Castillo Freyre señala que:

“El artículo 141, modificado, se refiere únicamente a la formalidad esencial proveniente de la ley; por lo que deviene en insuficiente, en principio, el aspecto relacionado a las formalidades que las mismas partes se imponen en el iter contractual.

*Es preciso señalar que las formalidades impuestas por las propias partes resultan perfectamente posibles; y, según De la Puente, si las partes pactan que estas formalidades determinan un requisito indispensable para la validez del contrato, entonces el contrato será nulo. Desde luego, si resulta del convenio que las partes han pactado la forma *ad probationem*, no funcionará la presunción; y la inobservancia de la forma no determinará la nulidad del contrato, sino simplemente la dificultad o imposibilidad de probar su existencia (argumento del artículo 1411)“.*

Entonces, encontramos que en principio, la forma de los actos jurídicos es libre, pero existen determinadas situaciones en que se exige una formalidad para la validez del acto jurídico (*ad solemnitatem*) o sólo constituye medio de prueba. Dichas situaciones en que la formalidad impuesta repercute en la

validez del acto puede ser establecida por la ley y las propias partes en caso lo acuerden.



CAPÍTULO III

FE PÚBLICA Y DOCUMENTOS FIRMADOS DIGITALMENTE

En este capítulo nos proponemos esclarecer si los documentos firmados digitalmente y las microformas que contienen firma digital conforme a las normas vigentes son susceptibles de ser considerados documentos con fe pública, siendo pertinente conocer quiénes tienen atribuciones para otorgarla y bajo qué condiciones. El concepto de fe pública es relevante porque facilita que exista certeza sobre la diversidad de actos jurídicos que no presenciamos y de cuyo origen no tenemos conocimiento o certeza cabal a menos que nos sea proporcionada por un tercero confiable.

Los documentos producidos por medios informáticos o telemáticos en computadoras o medios similares como los procedimientos técnicos de microfilmación, están comprendidos en el concepto de microforma en tanto cumplen con los requisitos planteados en el D. Leg. N° 681 (inalterabilidad, fijeza, durabilidad y que su autenticidad sea demostrable de manera indubitable por los medios técnicos idóneos)⁹¹, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) establece las normas técnicas para la creación de las microformas y su duplicación⁹², para los procedimientos técnicos empleados en las microformas digitales con el objetivo de garantizar los procesos técnicos y los resultados de idoneidad y calidad en la confección de las mencionadas microformas⁹³, duplicados y copias fieles. Los resultados de esta atribución

⁹¹ Numeral 1 del art. 1 del D. Leg. N° 681. Los requisitos previstos en la mencionada Ley para los procedimientos técnicos de microfilmación están contemplados en el artículo 5 de la misma, concordante con el artículo 11 y 12 del Reglamento. Entre ellos se incluyen:

- a) Que las microformas reproducen los documentos originales con absoluta fidelidad e integridad.
- b) Que las microformas obtenidas poseen cualidades de durabilidad, inalterabilidad y fijeza superiores o al menos similares a los documentos originales.
- c) Que los microduplicados sean reproducciones de contenido exactamente igual a las microformas originales y con similares características.
- d) Que a partir de las microformas y de los microduplicados pueden recuperarse en papel u otro material similar, copias fieles y exactas al documento original que se halla micrograbado en aquellas.
- e) Que las microformas bajo la modalidad de documentos producidos por procedimientos informáticos y medios similares tengan sistemas de seguridad de datos e información que aseguren su inalterabilidad e integridad. Asimismo, cuando es esta modalidad de microforma se incluya signatura o firma informática, ésta deberá ser inalterable, fija, durable y comprobable su autenticidad en forma indubitable; esta comprobación deberá realizarse por medios técnicos idóneos.

⁹² Según el inciso 2 del artículo 1 del D. Leg. N° 681, el Microduplicado es la reproducción exacta del elemento original que contiene microformas, efectuada sobre un soporte material idóneo similar, en el mismo o similar formato, configuración y capacidad de almacenamiento, y con efectos equivalentes.

⁹³ Decreto Legislativo N° 681

normativa son de necesario conocimiento para los notarios y fedatarios que deben acreditar capacidad técnica idónea para otorgar fe pública a los documentos comprendidos dentro del ámbito del mencionado *D. Leg. N° 681*, conforme lo vamos a examinar.

1. CONCEPTO DE FE PÚBLICA

En nuestro ordenamiento, la fe pública se encuentra mencionada en la *Ley del Notariado (D. Ley N° 26002*, publicado el 27 de diciembre de 1992), en el *Código Penal* y la *Ley Orgánica del Ministerio Público* al señalar los delitos documentales. Aunque nuestra legislación no indica un concepto explícito al respecto, encontramos algunas definiciones doctrinarias que permitirán formular una noción sobre el tema.

Artículo 1.- En esta Ley, las expresiones que a continuación se indica tienen los significados siguientes:

- 1) Microforma: Imagen reducida y condensada, o compactada o digitalizada de un documento, que se encuentra grabado en un medio físico técnicamente idóneo, que le sirve de soporte material portador, mediante un proceso fotoquímico, informático, electrónico, electromagnético, o que emplee alguna tecnología de efectos equivalentes, de modo que tal imagen se conserve y pueda ser vista y leída con la ayuda de equipos visores o métodos análogos; y pueda ser reproducida en copias impresas, esencialmente iguales al documento original.
Están incluidos en el concepto de microforma tanto los documentos producidos por procedimientos informáticos o telemáticos en computadoras o medios similares como los producidos por procedimientos técnicos de microfilmación siempre que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley(...).”

Según Florez Barrón⁹⁴ la fe pública es el atributo soberano del Estado para dar testimonio de verdad de los actos y hechos en que interviene la sociedad. Dicha fe pública es otorgada de manera oficial por las personas encargadas para ello.

El aspecto referido a la atribución estatal es común en las diversas opiniones doctrinarias, Gustavo Bacacorzo desde un punto de vista administrativo indica que la fe pública no es otra cosa que la autoridad legalmente atribuida a secretarios judiciales, fedatarios administrativos, cónsules, traductores juramentados, agentes de cambio y bolsa y obviamente a los notarios.

"(...) la fe pública es un privilegio que solamente corresponde ejercitar al Estado y a los órganos estatales para el exclusivo fin acordado por la ley de creación o de funcionamiento. Mientras un ente estatal puede ejercer esta facultad en sus propios actos o en los de terceros en relación directa con dicho ente, de modo exclusivo y excluyente corresponde al Estado mismo —además de un uso per se, claro está— delegarlo o concederlo a personas naturales seleccionadas mediante procedimientos administrativos preestablecidos: declaración de vacante (o su creación), concurso público (jurado, día, hora, lugar, materias a examinarse, requisitos legales o reglamentarios, antecedentes, etc.)".

Según Pedro Ávila:

"La vida jurídica —se dice— sería imposible si pudiéramos negar o poner en duda todos los actos y contratos cuya celebración no hubiéramos presenciado. Es preciso arbitrar algún medio para que los mismos no puedan ser desconocidos o negados por los que en ellos no han intervenido.

⁹⁴ FLOREZ BARRÓN, Alberto. La Función Notarial. EN: Notarius. Año IV. 1993/94. N° 04. P. 145.

Atendiendo a esa necesidad, el Poder público, cuando aquellos actos se han celebrado en presencia de un "testigo público", impone a todos la creencia en su certeza"⁹⁵.

La consecuencia de la atribución estatal de la fe pública consiste en que los hechos, actos o contratos ejecutados o producidos en su presencia tienen fuerza probatoria *per se*, autenticidad plena, que puede ser destruída *juris tantum*, en caso de probarse su falsedad.

En el supuesto de que las partes contratantes establecen vínculos de confianza y están en proximidad para comunicarse entre sí, el tráfico de bienes y servicios es rápido, prescinde de formalidades, así como de excesivos documentos. Sin embargo, limitarse a establecer relaciones contractuales en una localidad no favorece el intercambio masivo de bienes y servicios. En muchas ocasiones es preciso ponerse en contacto con otras partes distantes y para ello es necesario emitir documentos que generen confianza en las relaciones establecidas. Es en este contexto que la fe pública facilita el tráfico por cuanto los documentos que se emiten crean certeza entre las partes sobre la identidad de las mismas, su vinculación a los mensajes remitidos y por tanto, la autenticidad de la integridad de las comunicaciones y actos jurídicos que se concreten.

⁹⁵ ÁVILA ALVAREZ, Pedro. Derecho Notarial. Barcelona: Bosch. 1986. 6° edición. P.19.

1.1. Función notarial

Quando las partes se ponen en contacto entre sí, no necesariamente encontramos que son empresas, también pueden ser particulares que no siempre cuentan con la asesoría de un abogado para plasmar su voluntad en las estipulaciones de un contrato. En lo cotidiano, numerosos contratos privados se realizan sin que las partes consideren otorgarles alguna formalidad especial.

Sin embargo, la voluntad de las partes no garantiza que un contrato o acuerdo sea eficaz si es contrario a Ley, o si esta última prescribe alguna formalidad.

Las partes prefieren la mayor libertad de formas posible para poder realizar sus negocios rápidamente⁹⁶, pero los casos que consideran relevantes optan por establecer una formalidad que de no ser cumplida ocasione la invalidez del acto.

En los capítulos precedentes ya hemos abordado el tema de las formalidades *ad probationem* y *ad solemnitatem*, pero conviene recordar que no sólo la ley impone formas (artículo 144 del Código Civil), sino que los propios

⁹⁶ “Lo que interesa destacar es que se podrá elegir con carácter general la forma, oral, escrita privada o pública que se crea conveniente. Esta decisión, sin embargo, afecta muy especialmente a ciertos efectos del contrato elegido. Así, si se pretende que el contrato tenga efectos ejecutivos, que produzca una presunción de legitimidad y veracidad en el tráfico, que haga prueba aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que las declaraciones contenidas en el mismo, sólo puedan dejarse sin efecto por resolución judicial, que sirva de título para el tráfico, de vehículo adecuado para la inscripción en los registros públicos, que se considere como un principio de prueba privilegiado, deberá entonces optarse por la forma del documento público, que es el que produce estos efectos evidentemente superiores a la forma del documento privado.”

BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier. El papel del notariado en el uso de la firma digital. **EN:** Notariado y Contratación electrónica. Madrid: Colegios Notariales de España. 2000. p.11.

interesados pueden acordar alguna que juzguen conveniente (art. 143 del Código Civil). Además, según el artículo 1411 del Código Civil se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad. El consejo de un profesional en el derecho es particularmente relevante en aquellos actos jurídicos que son importantes para las partes y para el legislador, y que por tanto revisten formas previstas en los acuerdos o en la misma ley. Asimismo, se necesita la intervención de un tercero, con atribución recibida del Estado de otorgar fe pública y que confirme en cuanto sea requerido que el acto jurídico realizado se efectuó, indicando en qué condiciones y sus alcances. Como se recordará, dicha atribución puede recaer en personas como los notarios y fedatarios, sobre cuyas funciones nos ocuparemos a continuación.

Conforme al artículo 2 de la Ley del Notariado, presentaremos esquemáticamente las funciones del notario a fin de facilitar nuestra exposición:

- El notario es un profesional del derecho.
- Autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran.
- Formaliza la voluntad de los otorgantes.
- Redacta los instrumentos a los que confiere autenticidad.

- **Conserva originales.**
- **Expede los traslados correspondientes.**
- **Comprueba hechos**
- **Tramita asuntos no contenciosos conforme a la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, N° 26662, publicada el 22 de setiembre de 1996.**

Podemos observar que el notario formaliza la voluntad de las partes y redacta los documentos a los cuales da autenticidad⁹⁷, las mismas que son de particular relevancia para este trabajo porque nos conducen a evaluar su intervención dentro del proceso de creación del acto jurídico con forma solemne. Puede entenderse entonces que su labor no se reduce a conservar originales, expedir copias, comprobar hechos o dar fe de actos y contratos celebrados frente a él. Como profesional del derecho su función empieza desde que las partes acuden a su despacho y él las asesora para que lleguen a expresar su intención conforme a las formas que haya previsto la ley⁹⁸. Su imparcialidad

⁹⁷ Estas características hacen distinto al notario latino frente al notary anglosajón cuya principal función es certificar hechos o documentos.

⁹⁸ “Expresa Larraud, que tratándose de la doctrina que concibe a la función como dadora de forma únicamente, podemos caer en el extremo de dejar “en sombras toda la actividad de jurista consultor, asesor y consejero que el escribano realiza por lo regular y que representa –cualitativa y cuantitativamente- lo más importante de su labor”. Es que el ministerio notarial no es sólo dador de forma, sino que él también es constitutivo de relaciones jurídicas, en virtud de la eficacia que se le confiere al contenido del instrumento, tanto por emanar de él presunción de veracidad, como por la intervención con carácter técnico jurídico y calificada del notario (...) Ahora bien: esa actividad autenticante del notario va aparejada con la trascendente función asesora, en cuanto preside la voluntad negocial al recoger la declaración de las partes, interpretando los fines que ellas buscan y

está a salvo porque lo que está haciendo es colaborar en la creación de la declaración de la voluntad y su formalización.

La Función Notarial ha sido esquematizada por Zárate Osorio de esta manera:

Estadíos en el ámbito de la función notarial⁹⁹.	Contenido de la Función Notarial.
Labor directiva o asesora	Es actividad asesora, formativa y autenticadora, realizada por un profesional, que la ejerce teniendo como medio el documento notarial.
Labor formativa y legitimadora.	
Labor documental o autenticadora.	Es una función que se desarrolla en el campo de los hechos jurídicos para procurar seguridad, valor y permanencia al acto notarial.

aconsejándolas en el camino de sus propósitos, para verter a formas jurídicas el contenido preciso de sus manifestaciones”.

ZÁRATE OSORIO, Luis Fernando. Función Notarial. Poder fideifaciente. Autonomía del Notario. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1979. p. 87.

⁹⁹ Según Juan Bolás Alfonso:

“En rigor, la participación de la función notarial en la tarea común de hacer efectivo para los ciudadanos el principio de seguridad jurídica va más allá del mero hecho de la dación de fe en la autorización del documento o escritura pública. Porque la complejidad de la actuación notarial evidencia unas características que la convierten en un mecanismo de indudable utilidad en orden al logro de ciertas cuotas de seguridad jurídica.

Así, la actuación notarial se manifiesta en la práctica en tres fases o etapas:

- En una fase previa, en la que el Notario, como jurista, recibe la voluntad de las partes, a las que asesora en orden a los requisitos y efectos del negocio que se proponen realizar.
- La fase de redacción y autorización del documento, conforme a la voluntad de las partes y ajustado a la legalidad que el Notario controla.
- Y la fase posterior al otorgamiento, en la que el Notario custodia la escritura matriz u original, que forma parte de su protocolo, expide cuantas copias autorizadas sean precisas, velando por el secreto del protocolo, y presta su colaboración, a petición del interesado, en la posterior gestión o tramitación del documento.

Todo ello trae como consecuencia el reconocimiento de unos efectos singulares a la escritura, privilegiados, frente al documento privado, e incluso respecto de otros documentos intervenidos por fedatario público”.

BOLAS ALFONSO, Juan. La documentación pública en el tráfico mercantil. **EN:** La Seguridad Jurídica y el tráfico mercantil. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Madrid: Civitas. 1993. p. 41.

Es una función de carácter jurídico, privado y legal en cuanto es impuesta por la ley.

El artículo 2 de la Ley del Notariado no sólo contiene los elementos distintivos de un notario latino sino también de la propia función notarial que debe ejercerse de manera personal, autónoma, exclusiva e imparcial (art. 3 de la Ley). A partir de todo lo expuesto, consideramos que la función de asesoramiento trasciende las tareas de expedir copias, autenticar documentos, certificar hechos y la conservación del protocolo notarial¹⁰⁰. El asesoramiento del notario contribuye en gran medida a evitar inútiles procesos en el Poder

¹⁰⁰ Desde un punto de vista muy especial (analizando costos y beneficios) acogemos la opinión de Garrido Chamorro: “(...) la actuación del notario podría haberse configurado con un contenido mínimo, limitado a la autenticación de firmas, conservación del documento privado en el que se hubiera plasmado el negocio y la expedición de copias del mismo para facilitar su prueba, pero quedando la formación del documento, de su contenido, encomendada a las propias partes en el contrato, que para ello acudirían al asesoramiento de otros profesionales. Ello tendría sin duda la ventaja de que permitiría abaratar enormemente los costes de la actuación notarial, tanto por lo menguado de su contenido como por la innecesariedad de una preparación específica para ello. Pero, a la vez, presentaría numerosos inconvenientes, que no deben olvidarse: por una parte, *al gasto bastante más reducido de la autorización notarial se habría de añadir el coste del asesoramiento de otro profesional para cada una de las partes* (coste que en la práctica es –cuando se usa- superior al del asesoramiento del notario, fundamentalmente debido a la ausencia de las ventajas derivadas de las economías de escala y de la especialización, además de que la falta de imparcialidad obligaría a la duplicación de la intervención asesora con una nueva duplicación de la misma). Y esa forma de asesoramiento *resultaría bastante menos eficaz*, por diversas razones, como la *carencia de un estándar homogéneo de calidad*, que asegura el servicio notarial tal como actualmente está organizado, y que proporciona a todo contratante, aunque no tenga demasiada información y experiencia en la actividad de contratación, un asesoramiento dotado de una calidad y seguridad mínimas y sin duda suficientes; la *desaparición de la ventaja derivada de la especialización en la actuación asesora e intermediadora* en la formalización de las transacciones que presencia el notario; y la distinta naturaleza que consustancialmente tienen los asesoramientos prestados en interés exclusivo de una de las partes (...) A ello debe añadirse *el peligro que para la seguridad jurídico-económica de los usuarios del servicio y para el tráfico en general representaría dotar de fehabencia a un documento carente de un riguroso control sustantivo*, que asegure la correspondencia de la voluntad negocial plasmada en el mismo con la verdaderamente formada por cada una de las partes y su ajuste a la legalidad (...)”.

GARRIDO CHAMORRO, Pedro. La función notarial, sus costes y sus beneficios. Madrid: Consejo General del Notariado. 2000. p. 43-44.

Judicial, logra cristalizar adecuada y formalmente la voluntad de las partes y contribuye a la paz social.

La doctrina trata este concepto de manera diversa, Gattari¹⁰¹ menciona que Francisco Martínez Segovia ha hecho el estudio más profundo e insuperado sobre el estado de la cuestión, considerando las siguientes teorías:

a) *Funcionarista*

El notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del Estado, con una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, pero siempre como funcionario público.

b) *Profesionalista*

Esta otra niega el carácter de funcionario público y destacan el valor de una profesionalidad libre, aunque especialmente reglamentada por su trascendencia social.

c) *Escléticas o combinadas*

¹⁰¹ GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires: Depalma. 1988. p. 315-318.

En medio de las anteriores tenemos tres posiciones eclécticas:

- **Notario se halla dentro de la administración de justicia preventiva, ejerciendo función pública, sin pertenecer a la esfera administrativa.**
- **La notarial es función administrativa comprendida dentro de la jurisdicción voluntaria; goza de ejecutoriedad y cosa juzgada.**
- **La notaría es una función a cargo de un particular, profesional de derecho que no es funcionario público.**

d) Autonomistas

El notario es el oficial público que, siendo profesional libre, asesora las voluntades negociales de los requirentes, instrumentándolas por medio de su redacción para constituir las con plena certeza, seguridad y permanencia.

Por su parte, Pedro Ávila Álvarez¹⁰² comenta que doctrinalmente, no puede darse un concepto de la función notarial sin examinar las variadas teorías existentes:

¹⁰² ÁVILA ALVAREZ, Pedro. Derecho Notarial. Barcelona: Bosch. 1986. 6° ed. P. 19-20.

a) *Legitimadora*

La función notarial está destinada a dar carácter jurídico a las personas, cosas y actos, aplicando el Derecho.

b) *Aseguradora de derechos*

Contribuye a la seguridad jurídica en la normalidad de la vida previniendo los conflictos al adecuar la intención de las partes a las normas vigentes.

c) *Legitimadora especial*

La función legitimadora comprende las normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y derechos de ellos derivados. El notario es el órgano más importante de esta función y además, asesora, autentica, conserva expedientes y expide copias certificadas.

d) *Promulgadora de normas jurídicas privadas*

Su intervención contribuye para el perfeccionamiento de los actos jurídicos que las partes realizan para regular sus relaciones.

Podríamos abundar en más detalles, pero sería un catálogo exuberante de opiniones . Puede observarse que en las opiniones expresadas por Martínez Segovia hay un gran interés en definir el ámbito del cargo del notario aunque poco énfasis en su actividad, cosa que sí encontramos en las teorías que expone Ávila Alvarez.

En nuestra opinión, es correcto que en la Ley del Notariado se haya optado por zanjar la discusión denominándolo como un profesional y enumerando a continuación las actividades que realiza. Por tanto, consideramos que el notario es un profesional del derecho, que realiza una actividad jurídica al recibir a las partes, de quienes indaga su voluntad o la recibe ya formada, con el fin de asesorar, darle forma jurídica a su voluntad, o acogerla con las atenciones que sean necesarias a fin de que vaya de acuerdo con la Ley, previniendo ulteriores conflictos, con la consecuencia de poder autorizar la emisión del instrumento notarial¹⁰³ correspondiente, el cual conserva en su

¹⁰³ La noción de instrumento notarial e instrumento público merece mayor atención por su falta de delineamiento doctrinal. Según CESTAU la expresión instrumento público es genérica y comprensiva del instrumento público propiamente dicho y del instrumento notarial. Pero hay que tener cuidado si solamente entendemos que el instrumento público es aquel generado por un funcionario público dentro del ejercicio de sus funciones con adecuación a su competencia y según las formas requeridas. Esta opinión es incompleta si confrontamos otros autores como JUAN BOLAS que nos advierte que

acervo documental denominado *Protocolo* y expidiendo copias certificadas para acreditar la existencia y contenido del original, otorgando fe pública por los documentos que se exhiben o los actos que se realizan ante él.

En el caso del tratamiento de las microformas digitales comparte requisitos que cumplir junto con el fedatario juramentado, sobre cuyo caso nos referiremos a continuación.

1.2. Función del fedatario

a diferencia de otros fedatarios e incluso los notary estadounidenses, el notario es autor y responsable del documento y porque lo asume es público. Si un fedatario o funcionario de la administración pública se limita a intervenir las firmas en un documento privado, el documento como tal no podría merecer la consideración de instrumento público. GATTARI refuta tajantemente de que por el sólo hecho de que un funcionario sea público se entienda que expide documentos o instrumentos públicos: “Esta decena de diferencias, de repente en la mentalidad de algunos tratadistas sufre una asimilación total: son todos instrumentos públicos y gozan de la misma fe pública. Sin embargo la competencia material, los sujetos, formas, funciones intermediación, imparcialidad, asesoramiento, su carácter de derecho local o nacional no justifican la igualdad que se pretende.

En realidad (...), lo de público es un epíteto. Si la administración es pública, manifiesta su voluntad pública, por medio de un funcionario público, en actuaciones públicas, por actos públicos que se refieren a un interés público, siendo sus fines públicos y todo ello pertenece al derecho público, ¿quién adivina qué calificativo merecen tales documentos? Con pequeños cambios, podemos aplicar el razonamiento al expediente judicial y al asiento registral.

En todo esto ha existido un razonamiento falaz.”

Gattari indica que existen muchas diferencias entre un notario, un juez, un registrador u otro tipo de funcionario público. Entre las razones que esgrime es que entre ellos el notario es el que tiene, por su propia actividad, mayor intermediación con las partes, su imparcialidad con las partes se diferencia de la del juez porque favorece a la formación de voluntades apoyando activamente a la parte que está desprotegida, y no se haya en situación de superioridad, como la administración frente a los administrados; además asesora a las partes esclareciendo la voluntad de las partes y dándole forma jurídica.

CESTAU, Saúl D. El Documento notarial en las fuentes del Código Civil Uruguayo. **EN:** El documento notarial y su eficacia. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1961. p. 26-28; BOLAS ALFONSO, Juan. La documentación pública en el tráfico mercantil. Op. cit. p. 50-51; GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Op. cit. p. 311-313.

En el caso de los fedatarios públicos, encontramos que son personas designadas para dar fe de los documentos internos que genera la administración pública para su funcionamiento o dirigido a sus administrados. Sus funciones se circunscriben dentro del ámbito de la administración pública y por tanto, se sujetan a las directivas propias de cada institución y su texto único de procedimientos administrativos. En la administración pública no se establece que necesariamente tengan que ser abogados, limitándose a autenticar y dar fe pública de los documentos que tengan ante sí, o de las copias de estos; pero ello no se extiende a brindar consejo legal sobre la validez de los actos administrativos.

En el caso especial de los fedatarios juramentados mencionados en el *D. Leg. N° 681*, ellos son depositarios de la fe pública y los actos y certificaciones que realicen para las materias regidas por el *D. Leg. N° 681* tienen el mismo valor que los provenientes de notarios públicos¹⁰⁴. En efecto, según el artículo 3 del *Decreto Legislativo N° 681*¹⁰⁵, los fedatarios públicos y particulares juramentados son competentes para actuar como funcionarios de la fe pública; sin embargo, dicha actuación se circunscribe a los

¹⁰⁴ Esta precisión la podemos encontrar en el artículo 3 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 681 sobre microformas empresariales organizados con la tecnología de las microformas mediante procesos de microfilmación por medios fotoquímicos y electrónicos, aprobado por D.S. N° 009-92-JUS, publicado el 27 de junio del 2002.

¹⁰⁵ Normas que regulan el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información tanto respecto a la elaborada en forma convencional cuanto la producida por procedimientos informáticos en computadoras

efectos de la citada norma. Además, el fedatario juramentado debe acreditar idoneidad técnica y los requisitos del art. 4 del D. Leg. 681 como reunir las condiciones exigibles para postular a la plaza de notario público y acreditarlo ante el Colegio de Abogados de la jurisdicción.

En su actuación, los fedatarios mantienen su independencia con respecto de las empresas a las que ofrecen sus servicios¹⁰⁶. Es interesante notar que el legislador se dirige a la actuación del funcionario frente a las empresas y no necesariamente frente a cualquier particular.¹⁰⁷

Según el artículo 4 del Reglamento del D. Leg. N° 681, los fedatarios particulares juramentados son los que ofrecen sus servicios profesionales a una o más de las empresas que organizan sus propios archivos¹⁰⁸; en cambio, los fedatarios públicos juramentados actúan adscritos a una Notaría Pública; o ejercen en las empresas que ofrecen sus servicios al público

¹⁰⁶ En el mismo artículo se indica que actúan como “funcionarios de la fe pública” y que se consideran como “depositarios de la fe pública”. El legislador no está usando estos términos como sinónimos sino que en el primer caso indica que actúan como si fuesen funcionarios, y en el segundo caso, es el mismo Estado quien delega la función notarial y por eso se les llama depositarios de la fe pública.

¹⁰⁷ En los considerandos de esta norma se indica que este Decreto Legislativo proviene de la delegación del Congreso de la República mediante Ley N° 25327, a fin de legislar sobre materia de crecimiento de la inversión privada, entre otros asuntos; y la lógica del D. Leg. N° 681 es otorgar facilidades a las empresas y regular el uso de tecnologías avanzadas para el archivo de documentos convencionales o informáticos, por otra parte “(...) el reconocimiento de valor legal a los archivos conservados mediante microformas, con procedimientos técnicos de micrograbación o microfilmación permitirá considerable ahorro de espacio y costos en las empresas, colaborando en su eficiencia y productividad”. Esto puede explicar porque, en principio, se ha tenido en cuenta a las empresas y no a cualquier particular que realice actos jurídicos.

¹⁰⁸ Conforme al Artículo 14 del D. Leg. 681 (las empresas de derecho privado pueden armar sus propios archivos mediante la tecnología de las microformas).

conforme al *Artículo 15 del D. Leg. N° 681* (si la institución o empresa no cuenta con sistemas de microarchivo propio). Asimismo, según el artículo 7 del mencionado *Decreto Legislativo*, debe participar en los procesos de micrograbación (así como los notarios) estando los mismos bajo su dirección y responsabilidad.

2. FE PÚBLICA APLICADA A LAS MICROFORMAS INDICADAS EN EL D. LEG. N° 681

Como se recordará, el artículo 141-A del *Código Civil* indica respecto de los instrumentos públicos que la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta. Cabe preguntarse si es posible que a un documento público firmado digitalmente se le pueda atribuir fe pública, lo cual permitirá posteriormente evaluar si puede convertirse en escritura pública conforme a las normas vigentes para el notariado.

Como un aspecto preliminar, tenemos que precisar que el artículo 141-A del *Código Civil in fine* (supuesto de la manifestación de voluntad hecha mediante formalidad expresa o con firma y que se requiera realizarla a través de

instrumentos públicos) nos obliga a interpretar quién es la autoridad competente que debe dejar constancia del medio empleado y conservar una versión fidedigna del instrumento público para ulterior consulta. No es posible que sea el *INDECOP* por cuanto no está previsto en el artículo 36 del Reglamento de la *Ley de Firmas Digitales*, referido a las funciones que le han sido designadas que este órgano administrativo y entre ellas no se indica el otorgar fe pública sobre documentos electrónicos o microformas. Sin embargo; la ley no prohíbe que los fedatarios públicos de dicha Institución, que cumplan con los requisitos establecidos, puedan ejercer la capacidad de otorgar fe pública conforme al *D. Leg. N° 681*.

La autoridad competente mencionada en el art. 141-A del Código Civil puede conservar en su acervo documental la manifestación de voluntad emanada a través de formalidad expresa o firma a través de medios electrónicos y por tanto, el artículo concordante es el artículo 10 del Reglamento de la *Ley de Firmas Digitales* referido a la conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos,¹⁰⁹ en el cual se menciona la participación de fedatarios

¹⁰⁹ Artículo 10 del Reglamento de Firmas Digitales, aprobado con D.S. N° 019-2002-JUS:

“Cuando el usuario lo solicite o la legislación exija que los documentos, registros o informaciones requieran de una formalidad adicional para la conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos firmados electrónicamente, deberá cumplirse con lo siguiente:

- a) Que sean accesibles para su posterior consulta.
- b) Que sean conservados con su formato original de generación, envío, recepción u otro formato que reproduzca en forma demostrable la exactitud e integridad del contenido digital o electrónico.

y notarios para los documentos y mensajes conservados con microformas y almacenados en microarchivos¹¹⁰. No cabe la confusión con la Autoridad Administrativa Competente que se menciona en la Ley de Firmas y Certificados Digitales y su Reglamento.

Con respecto a la integridad del instrumento público, en el caso de las microformas es necesario tener en consideración al Decreto Legislativo N° 681 en lo que se refiere a la propia definición de microforma. Por ello, si bien las microformas conservadas deben ser íntegras conforme al Código Civil, por interpretación sistemática debe tener otras características como fidelidad, durabilidad, inalterabilidad, fijeza superior o igual al documento original, que puedan recuperarse en papel u otro medio para su consulta posterior. En el caso especial de las microformas bajo la modalidad de documentos producidos por procedimientos informáticos y medios similares deben tenerse sistemas de seguridad de datos e información que aseguren precisamente la inalterabilidad e

Que sea conservado todo dato que permita determinar el origen, destino, fecha y hora de envío y recepción, en concordancia con lo establecido en Decreto Legislativo N° 681 y sus normas complementarias.

Cuando los documentos y mensajes de datos firmados electrónicamente sean conservados mediante microformas y almacenados en microarchivos, se sujetarán a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias. El notario o fedatario responsable, que cuente con certificado o diploma de idoneidad técnica, certifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo.”

¹¹⁰ Decreto Legislativo N° 681:

Artículo 1.- En esta Ley, las expresiones que a continuación se indica tienen los significados siguientes:

(...)

4) Microarchivo: Conjunto ordenado codificado y sistematizado de los elementos materiales de soporte o almacenamiento portadores de microformas grabados provisto de sistemas de índice y medios de recuperación que permiten encontrar, examinar visualmente y reproducir en copias exactas los documentos almacenados como microformas.”

integridad y más aún cuando se incluye firma electrónica (o su especie, la firma digital) ésta deberá ser inalterable, fija, durable y su autenticidad comprobable en forma indubitable a través de medios técnicos idóneos.

El Decreto Legislativo N° 681 claramente delimita la actuación de los fedatarios y notarios a las microformas que cumplan con requisitos como durabilidad, fijeza e inalterabilidad previstos en el artículo 5 (procesos técnicos y formales de microformas) y 6 (cumplimiento de las normas técnicas internacionales que adopte o incorpore el INDECOPI o que el mismo Instituto apruebe) y que estén en microarchivos. A partir de todo lo expresado, para los instrumentos públicos que las partes realicen junto con sus actos jurídicos y que requieran una formalidad expresa o firma; el Código Civil permite que la autoridad competente (en nuestra opinión se refiere a las que otorgan fe pública) deje constancia del medio empleado y conserve una versión íntegra para su ulterior consulta. La norma no impide que sea aplicable este artículo a las microformas digitales que conservan la versión íntegra del instrumento público mencionado.

Es conveniente apreciar que en el caso de los documentos creados por computadoras, existe una particularidad especial, la cual consiste en que no son inteligibles a los sentidos sino se usan otras herramientas. Se entenderá que

para dar fe pública de la autenticidad de esta clase de documentos no basta con la simple intervención de una persona con atribuciones de otorgar fe pública sino que a ello deben agregarse otras condiciones que le permitan comprobar la integridad y autenticidad del mencionado documento. Lo mismo ocurre si se hacen actos jurídicos en línea; quien certifica dicho acto debe tener acceso al medio que las partes utilizan para estar en condiciones de dar certeza sobre algún hecho o documento. Por esta razón, encontraremos en la legislación que intervienen notarios y fedatarios pero con especiales condiciones que desarrollaremos a continuación.

En el caso que los documentos y mensajes de datos sean conservados mediante microformas (que incluyen documentos producidos por procedimientos informáticos o telemáticos en computadoras o medios similares) y almacenados en microarchivos se sujetan a lo establecido en el D. Leg. N° 681 y sus normas reglamentarias. Para efectos del mencionado Decreto Legislativo, los notarios públicos (y los fedatarios juramentados) son competentes para actuar como funcionarios de la fe pública siendo considerados como sus depositarios.

Sobre la comprobación de la autenticidad de las firmas electrónicas (o digitales) en las microformas producidas por procedimientos informáticos o

similares cabe señalar que *“La firma o signatura informática, incluida la firma digital deberá ser comprobable su autenticidad en forma indubitable. Tratándose de firma digital ésta será utilizada por depositario de la fe pública, la comprobación de su autenticidad se hará por medios técnicos idóneos incluyendo los telemáticos en general, la certificación digital y otros que proporcionen certeza y fiabilidad, así como garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información”¹¹¹.*

Según el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales la autenticación es un *“Proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma electrónicamente en función al mensaje firmado por éste y al cual se le vincula; este proceso no otorga certificación notarial ni fe pública”*. Según este artículo, la autenticación en lo que se refiere a Firma Digital, no produce fe pública porque aún está restringida a la realización de procesos técnicos y no a la certificación notarial ni fe pública, por lo que la aplicación del D. Ley N° 681 es restringida al caso de microformas provenientes de documentos con firma digital¹¹².

¹¹¹Artículo 4 del Reglamento sobre la aplicación de las normas que regulan el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos e información a entidades públicas y privadas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 001-2000-JUS, publicado el 26 de marzo del 2000.

¹¹² Sobre la autenticación cabe añadir que cuando nos referimos a otorgar fe pública, no se realiza a través de particulares como las entidades de certificación, sino personas a quienes se les otorgue la capacidad de dar fe pública.

“Ahora bien, desde mi punto de vista y el de autores como DÍAZ FRAILE, Registrador y Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal identificación es una potestad del Estado que se puede delegar en los funcionarios públicos pertinentes; tal función tiene un carácter

Se aquí que el *D. Leg. N° 681* y su *Reglamento* están referidos a procesos técnicos y formales para el archivo de microformas o sea imágenes reducidas, condensadas, compactadas o digitalizadas de un documento grabado en un soporte idóneo. No está referida a la creación de un acto jurídico, no se aplica la intermediación del notario con las partes, tampoco su asesoría como profesional del derecho, ni su intervención para darle forma jurídica a la voluntad de las partes; lo relevante es que participa de un procedimiento técnico para lo cual tiene un certificado de idoneidad técnica, que involucra cumplir las condiciones exigibles para postular a plaza de notario público (que sea profesional en *Derecho* es un requisito implícito, que se deduce por remisión a la *Ley del Notariado*, que contiene los requisitos para ser notario).

Cabe indicar que las microformas reproducen los documentos originales con absoluta fidelidad e integridad. En el art. 9 del *D. Leg. 681* se indica que las copias de los documentos archivados en microformas tienen el mismo valor legal, en proceso o fuera de proceso, que los documentos originales que reproducen sin modificar la calidad de instrumentos públicos o privados que

público. Es una consecuencia del *Imperium* del Estado que sólo se podrá realizar fehacientemente a través de los funcionarios públicos en quien se delegue. De lo contrario, nos encontraríamos ante una privatización de funciones públicas; en detrimento de la protección del consumidor y de la seguridad jurídica de la contratación”.

BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier. El papel del notariado en el uso de la firma digital. **EN:** Notariado y Contratación Electrónica. Madrid: Colegios Notariales de España. 2000. p. 17-18.

ellos tuvieran, ni su mérito intrínseco. Es decir, que si el original era un documento privado cualquiera, este proceso técnico no lo convierte en instrumento público, lo cual es evidente pero conviene resaltarlo para evitar confusiones; asimismo ocurre con un instrumento público cuya copia tendrá el mismo valor, por el sólo hecho de ser copia con absoluta fidelidad e integridad. Sin embargo, el art. 9 in fine del D. Leg. 681 menciona que la autenticación de la copia no implica legalización o comprobación de las firmas ni certificación del contenido. Con todo ello podemos deducir que la fe pública está dirigida a la imagen de un documento previo, pero no a la creación de un documento distinto.

Nuestra conclusión es que para efectos del D. Leg. 681, el notario no puede ejercer plenamente su función notarial, a tal extremo que un fedatario juramentado puede ejecutar la misma labor o una empresa que cumpla con los requisitos de la normativa¹¹³.

Este razonamiento puede sustentarse mejor con la revisión de los artículos siguientes:

¹¹³ Puede objetarse de que el fedatario juramentado forzosamente es abogado. Si bien esta es una afirmación correcta, no nos parece exacto que pudiera estar en condiciones de ejercer función notarial a pesar de que estemos dentro de los alcances del D. Leg. N° 681 porque su actuación se restringe al archivo y elaboración de microformas, no está referida a la verificación de la legalidad de las intenciones de las partes ni su participación en la forma del acto jurídico. Únicamente está referida a la manifestación del acto, cual es el documento realizado por las partes.

Artículo	Contenido
D. Leg. N° 681	
5	Procedimientos técnicos para la creación de microformas, sus duplicados y copias fieles.
7	Dirección y responsabilidad de los depositarios de la fe pública en los procesos de micrograbación (actas de inicio, cierre, de conformidad)
9	Expedición de copias fieles de las microformas para su utilización en un proceso o fuera de él.
15	Las notarías pueden organizar el servicio de microarchivo pero deben contar por lo menos con un fedatario juramentado, aparte del notario y pueden conservar en sus locales los microarchivos a su cargo.
Reglamento del D. Leg. N° 681	
13	Toda empresa o notaría que cuente con infraestructura y tecnología idóneas para efectuar micrograbaciones, microduplicados y microformas; recuperarlas visualmente, y emitir copias de ellas puede solicitar al INDECOP que le otorgue certificado de cumplimiento de normas e idoneidad técnica.
18	Deben establecer una codificación de identificación, con numeraciones correlativas, de las diversas actas que suscriben.
20	El notario o fedatario puede extender una sola acta de apertura para la grabación del archivo o conjunto documental que programa con la empresa interesada, aún cuando para ello se prevea la utilización de más de un rollo o soporte.
26	Los notarios y fedatarios tomarán las providencias razonables para la supervisión del proceso de grabación. No tienen obligación de estar presentes durante todo el procesamiento técnico pero harán las comprobaciones necesarias para dar fe de lo actuado y emitir las actas de conformidad y pueden emplear ayudantes técnicos.
28	Las copias fieles se autentican mediante sello ad hoc, bajo el cual suscribe el notario o fedatario juramentado y coloca su signo o sellos propios, que deben incluir firma protegida con signatura informática que incluye la firma digital. Igual tratamiento se debe aplicar a las copias fieles obtenidas telemáticamente.
31 inc. a)	Empresas pueden organizar sus propios microarchivos y puede tener contrato de servicios de micrograbación con empresa titular de certificado de idoneidad técnica bajo responsabilidad del notario o fedatario competente
35	Se entiende que una empresa o notaría pública que organiza un archivo especializado, cuenta con un equipo apropiado.

De esta manera queda establecido que el notario ve reducido su campo de acción y apenas hace uso de una de las facetas de la función notarial, quedando

al mismo nivel que un fedatario juramentado. Ambos no pueden emitir opinión sobre la legalidad o la forma del acto que está acreditado en el documento.

La Ley N° 26279, de Firmas y Certificados Digitales no contempla expresamente la participación de quienes tienen la capacidad de otorgar fe pública para los actos en que se aplicase firma digital (o electrónica) sobre documentos electrónicos.

El artículo cuarto de las Disposiciones Finales del Proyecto de Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, publicado el 21 de junio del 2001 indicaba que:

(...) Los notarios y fedatarios con Certificado de Idoneidad Técnica expiden testimonios, copias fieles, legalizan y autentican documentos y mensajes de datos de acuerdo a la Ley de la materia”.

Como puede observarse, era una atribución amplia que sólo necesitaba desarrollarse normativamente para abrir el paso a escrituras públicas originadas a partir de documentos electrónicos. Sin embargo, el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 019-2002-JUS publicado el 18 de mayo del 2002, indica que los notarios (o fedatarios responsables) que cuenten con certificado o diploma

de idoneidad técnica, certifican el cumplimiento de los requisitos del mencionado artículo (accesible para posterior consulta, mantener formato original, conservar todo dato de origen, destino, fecha y hora de envío y recepción)¹¹⁴ y las normas del D. Leg. N° 681 y reglamentos, en lo referente a la conservación de mensajes de datos o documentos electrónicos firmados electrónicamente cuando el usuario lo solicita o la legislación exija formalidad adicional.

El artículo 7 del Reglamento (modificado por el D.S. N° 024-2002-JUS publicado el 12 de julio del 2002) indica:

“En el caso de las firmas electrónicas que estén asociadas a un documento o mensaje de datos incorporado en un micro archivo adjunto por medio de la

¹¹⁴ REGLAMENTO DE LA LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES
Aprobado con D.S. N° 019-2002-JUS

“Artículo 10.- Conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos
Cuando el usuario lo solicite o la legislación exija que los documentos, registros o informaciones requieran de una formalidad adicional para la conservación de mensaje de datos o documentos electrónicos firmados electrónicamente, deberá cumplirse con lo siguiente:

- a) Que sean accesibles para su posterior consulta.
- b) Que sean conservados con su formato original de generación, envío, recepción u otro formato que reproduzca en forma demostrable la exactitud e integridad del contenido digital o electrónico.
- c) Que sea conservado todo dato que permita determinar el origen, destino, fecha y hora del envío y recepción, en concordancia con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas complementarias.

Quando los documentos y mensajes de datos firmados electrónicamente sean conservados mediante microfórmats y almacenados en microarchivos, se sujetarán a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias. El notario o fedatario responsable, que cuente con certificado o diploma de idoneidad técnica, certifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo”.

*Intermediación Digital*¹¹⁵, el notario o fedatario, con Certificado de Idoneidad Técnica, interviniente cumplirá con las normas del Decreto Legislativo N° 681 y cuidará de cumplir aquellas normas que sean pertinentes de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y de este Reglamento”.

Mediante la intermediación digital, de manera facultativa, los notarios o fedatarios con idoneidad técnica conforme al D. Leg. N° 681 velarán por el cumplimiento de la normatividad vigente. Esta norma sirve para aclarar el marco normativo en el que se desenvuelven quienes otorgan fe pública y el alcance de la misma porque se recordará que el D. Leg. N° 681 está referido a la microforma, su conservación y archivo; además el Reglamento de la Ley de Firmas Digitales indica que la autenticación es un procedimiento técnico con especiales características.

¹¹⁵ El D.S. N° 024-2002-JUS, también modificó el glosario del Reglamento añadiendo el término Intermediación Digital:

“Procedimiento facultativo al que se accede expresa y voluntariamente, por el cual, en la transmisión de un mensaje de datos o documento por vía electrónica, con firma digital, interviene un Tercero Neutral que cumple con lo establecido por el Decreto Legislativo N° 681 con el fin de grabar, almacenar y conservar los contenidos de mensajes de datos y documentos en un microarchivo; y certificar respecto de ellos, a solicitud de los interesados o de las autoridades competentes, los datos sobre su envío, fecha y hora de recepción por el destinatario; identificación del emisor; y el contenido, autenticidad y no alteración de los textos; y cualquier otro legalmente posible. Pueden prestar este servicio aquellas personas que cumplen con las normas establecidas en el Decreto Legislativo N° 681 y sus normas modificatorias y reglamentarias.”

CAPÍTULO IV

PROBLEMAS QUE DEBEN SUPERARSE PARA EMITIR ESCRITURAS PÚBLICAS A PARTIR DE DOCUMENTOS FIRMADOS DIGITALMENTE

En este capítulo nos ocuparemos de los principales problemas que encontramos en la aplicación de la *Ley de Firmas Digitales* y los artículos 141 y 141-A del *Código Civil* en lo que corresponde a la forma *ad solemnitatem* y los documentos electrónicos con firma digital. Veremos los problemas que se encuentran en la autenticación del titular del *Certificado Digital*, el reconocimiento de entidades de certificación (nacionales y extranjeras), el

problema de la estrechez del concepto reglamentario de autenticación que sólo contempla el proceso técnico de las entidades de certificación, pero no la labor del notario, y examinaremos una muestra de artículos del Código Civil que establecen la forma *ad solemnitatem* con el fin de verificar la aplicación de la normativa que hemos estudiado con el fin de encontrar las precisiones legales que deben hacerse y extraer propuestas.

1. Autenticación del titular del Certificado Digital

La manifestación de voluntad es exterior, no puede conocerse mientras pertenece al ámbito subjetivo de la persona. Sin embargo, una vez que se dirige a un destinatario, es necesario conocer de quién proviene o quién asume sus efectos. Lo contrario, sería como atender a la voz de un desconocido a quien no podemos ver o reconocer.

En los medios electrónicos existe la particularidad del uso extendido de nicknames (sobrenombres), de identidades creadas para cada situación. Un claro ejemplo son los correos gratuitos como hotmail, yahoo, y otros: para obtener una cuenta basta llenar un formulario y no hay quien confirme si lo afirmado es cierto. En otras palabras, no se puede autenticar la información.

El artículo 32 del Código Civil indica que el seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de su misma protección jurídica. En las redes abiertas (comunidades amplias como la Internet)¹¹⁶ ni siquiera podemos saber si el mensaje con seudónimo que hemos recibido ayer, ha sido creado por la misma persona que ha usado el seudónimo en el mensaje que hemos recibido hoy o es verdaderamente quien dice ser. Podemos prestar la computadora a otra persona para que envíe mensajes, y delegarle la posibilidad de escribirlos, y en el peor de los casos podría ocurrir que la persona pierda el control de la clave privada bajo su responsabilidad.¹¹⁷

A partir de lo expuesto, es necesario comentar que en los medios electrónicos hay algunos que ofrecen mayor seguridad que en otros, obviamente una red

¹¹⁶ “Los riesgos más importantes derivados de un intercambio de información a través de redes abiertas son:

- que el autor y fuente del mensaje haya sido suplantado
- que el mensaje sea alterado, de forma accidental o de forma maliciosa, durante la transmisión,
- que el emisor del mensaje niegue haberlo transmitido o el destinatario haberlo recibido, y
- que el contenido del mensaje sea leído por una persona no autorizada”

MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia. Comercio Electrónico, Firma digital y Autoridades de Certificación. Madrid: Civitas. 1998. 1º ed. P.30.

¹¹⁷ “(...) incluso cuando un par de claves se ha asignado de forma segura a una determinada persona, esto no prueba ni garantiza que esa persona haya firmado efectivamente un determinado documento: aunque la situación normal es que el titular de la clave sea el que firme el documento, las firmas digitales permiten que un tercero, autorizado o no, firme un documento si está en posesión de la clave privada. Lo que podría situarnos ante un nuevo supuesto de falsificación de firma digital, por acceso y utilización ilegítima por parte de un tercero no autorizado de la clave privada. Con lo que resulta que una firma puede de hecho ser asociada con certeza a una determinada clave privada, e incluso vinculada a una determinada persona, pero no de forma absoluta, pues no puede garantizarse que sea siempre esa persona la que firme digitalmente, en la medida que el titular de la clave privada puede perder el control de la misma.”

MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia. Op. cit. p. 58-59.

cerrada (como la Intranet de una empresa) tiene menos problemas en verificar la autenticidad de los mensajes enviados y recibidos, que una red abierta donde hay correos gratuitos y pagados, con distintos grados de protección.

Precisamente, entre las ventajas de la Firma Digital, encontramos que se conoce la autoría del mensaje firmado, por cuanto el titular tiene acceso a una clave privada que podemos comparar con la clave pública. Lo que no podemos saber es la verdadera identidad del firmante. Sabemos que esa firma le corresponde únicamente a una persona, pero no hay manera indubitable de afirmar que la persona es quien dice ser. La razón es muy sencilla: se puede obtener una firma digital, pero tiene que haber un medio para confirmar los datos de la persona al momento que esta recibe el certificado digital.

Por esa razón entran en juego las autoridades de Registro o de Verificación.

Según el artículo 13 de la Ley de Firmas Digitales se encargan de:

- a) **Levantar datos y comprobación de la información de un solicitante de certificado digital;**

b) *Identificación y autenticación del suscriptor de Firma Digital; entre otras funciones.*¹¹⁸

Notemos un aspecto importante, en el artículo 4 de la Ley N° 27269, no se dice que el titular de la Firma Digital sea la persona que pretende ser. Sólo dice que es la persona a “quien se le atribuye” de manera exclusiva un certificado digital que contiene una firma digital, identificándolo objetivamente en relación con el mensaje de datos. Por supuesto que tiene la obligación de brindar información exactas y completas, pero en la Ley no se mencionan sanciones o apremios para entregar la información relevante de manera pertinente y rápida (no hay plazos establecidos para los supuestos en que se modifica la situación de la persona).

El artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, incluye las Definiciones de Titular de Certificado Digital y Titular de Firma Digital; en el primer caso, se trata de aquella persona natural o jurídica a quien se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital y en el segundo caso, es la persona natural a quien se la vincula de

¹¹⁸ Como:

- Aceptar y autorizar las solicitudes de emisión de certificados digitales
- Aceptar y autorizar las solicitudes de cancelación de certificados digitales.

manera exclusiva con un mensaje de datos firmado digitalmente utilizando su clave privada.

Por excepción, en el caso de firmas digitales generadas a través de agentes automatizados, se considera titular de la firma digital a la persona natural o jurídica titular del certificado digital a partir del cual se generan dichas firmas digitales.

En estas definiciones es interesante subrayar que:

- a) **Las personas jurídicas pueden ser titulares de certificados digitales¹¹⁹ (o sea el documento electrónico generado por una entidad de certificación que vincula un par de claves a una persona natural o jurídica, confirmando su identidad) pero no son titulares de firmas digitales a menos que dichas firmas sean generadas por agentes automatizados.**

- b) **En el supuesto de que la firma sea generada por una persona natural y no por un agente automatizado¹²⁰, quien es titular de la firma digital es**

¹¹⁹ Según el artículo 4, Definiciones, del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, se entiende por Titular de certificado digital: “Persona natural o jurídica a quien se le atribuye de manera exclusiva un certificado digital”.

¹²⁰ Según el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, se entiende por Agente Automatizado: “Procesos y equipos programados para atender requerimientos predefinidos y dar una respuesta automática sin intervención humana, en dicha fase.” Asimismo, en el citado artículo se

la misma persona natural a quien se le vincula con el mensaje de datos utilizando la clave privada.

La razón por la cual esta persona natural usó la clave privada (siendo titular del Certificado una persona jurídica) se deberá a que es un representante de la persona jurídica, actúa a nombre de esta y la vincula al mensaje. En un caso anómalo podría deberse a que tuvo acceso a la clave privada (su poder expiró y de mala fe aún lo usa, o de alguna manera tuvo acceso a las claves públicas y privadas)

- c) Se atribuye o se vincula la titularidad del certificado o la firma digital. Pero no se dice que la persona firmante es necesariamente quien dice ser.

Podemos plantear la situación en este cuadro:

Supuesto	Persona	Titular Certificado Digital	Titular de Firma Digital

indica que el Titular de la Firma Digital es la “Persona natural a quien se le vincula de manera exclusiva con un mensaje de datos firmado digitalmente utilizando su clave privada. Por excepción, en el caso de firmas digitales generadas a través de agentes automatizados, se considera titular de la firma digital a la persona natural o jurídica titular del certificado digital a partir del cual se generan dichas firmas digitales”.

General	<i>Natural</i>	Confirma identidad	Se le vincula con mensaje de datos
	<i>Jurídica</i>	Confirma identidad	No es titular
Excepción: “a través de agente automatizado”	<i>Natural</i>	Será considerada titular de la Firma Digital	Tiene un certificado digital
	<i>Jurídica</i>	Será considerada titular de la Firma Digital	Tiene un certificado digital

Si bien en el caso de los certificados digitales, este documento electrónico confirma la identidad del titular de las claves pública y privada, la entidad de certificación intervino generando y firmando digitalmente dicho documento electrónico. Ello no puede llevarnos a confundir la actuación de una entidad de certificación con la de un notario que es depositario de la fe pública¹²¹. Entre

¹²¹ El autor español Barreiros Fernández expone conforme a la experiencia española: “Las entidades de certificación no pueden identificarse con los notarios y por lo tanto no puede hablarse de **notarios electrónicos**, ya que la única función coincidente con los notarios será la de la identificación del sujeto, supuesto este que ya ha sido criticado, pero aún admitiendo que puedan realizar esta función, aquí acaban las coincidencias. Creo que además es especialmente peligroso el hecho de que tales entidades puedan calificar los poderes que una persona exhiba para solicitar la firma electrónica a nombre de otro. Ello porque, en la normativa sobre la materia, Decreto-Ley de firma electrónica y orden de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación, no se exige ninguna cualificación jurídica o título al personal de dichas entidades. ¿Quién calificará tales poderes y en virtud de que cualificación o título profesional? Las funciones notariales son más amplias y refieren a la determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación a la Ley del documento, funciones estas ajenas a las de las Entidades de certificación. Así pues, la función de las entidades de certificación será la de expedir los certificados en los que se basa la firma electrónica. Dependiendo de que sean o no reconocidos, la firma será avanzada o simple. También pueden prestar otros servicios, como la estampación de fecha y hora en documentos digitales, a cuya eficacia no creo que sea de aplicación el artículo 1,277 relativo a los documentos privados, pues sería necesario una norma específica en tal sentido, que no existe. En conclusión, las entidades certificantes tienen su ámbito de actuación diferenciado del fedatario público. La intervención de aquéllas tiene, desde luego, un cierto valor; pero es una intervención del fedatario, que en el mundo de la firma digital está preparado para ello, lo que determinará la creación

las definiciones del artículo 4 del Reglamento encontramos que la autenticación se entiende como un proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma electrónicamente, en función al mensaje firmado por éste y al cual se le vincula; pero este proceso no otorga certificación notarial ni fe pública. En otras palabras, dentro del ámbito del sector privado puede haber confianza, pero no podemos decir que ello crea fe pública, ni que los terceros puedan tener seguridad de que el titular de un certificado es verdaderamente quien dice ser, siendo necesario confiar en el buen trabajo de la entidad de certificación. Los artículos 19 y 20 del Reglamento de la Ley N° 27269, indican los requisitos para ser titular de un certificado digital:

Reglamento	Personas Naturales	Personas Jurídicas
Artículo 19	Tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.	Acreditar la existencia de la misma y su vigencia mediante los instrumentos públicos o norma legal respectivos.
Artículo 20	Solicitud de certificado digital y el registro o verificación de su identidad son estrictamente personales.	Solicitud a través de representante debidamente acreditado, indicando a quien se le asignará la generación y uso de la clave privada.
Entrega de información que solicite la entidad de registro o de verificación, asumiendo responsabilidad por la veracidad y exactitud de la información proporcionada.		

de un título legitimador, de una presunción de veracidad y exactitud, de efectos ejecutivos y de un valor probatorio verdaderamente privilegiado, así como el camino adecuado para la toma de razón en los Registros Públicos.

Por otra parte, las entidades de certificación ofrecen servicios que no son propios de los notarios como los certificados de servidores o los certificados corporativos”.

BARREIROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier. El papel del notariado en el uso de la firma digital. EN: Notariado y Contratación Electrónica. Madrid: Colegios Notariales de España. 2000.

El titular del certificado digital tiene obligaciones que cumplir, las cuales están establecidas en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales:

- a) **Actualizar permanentemente la información proveída, asumiendo responsabilidad por la exactitud y veracidad de ésta.**
- b) **Solicitar la cancelación de su certificado digital si la reserva se ha visto comprometida.**
- c) **Observar las condiciones de la entidad de certificación sobre el uso del certificado digital.**

Nuevamente tenemos el problema de la confianza que debemos depositar en la actuación de las partes. Si el titular se demora en remitir la información, la responsabilidad recae en él, no en la Entidad de Certificación.

Notemos que en el momento de expedir el Certificado Digital, la entidad de certificación recibe pasivamente la información que se le remite. La legislación indica que la responsabilidad de los datos proporcionados corresponde a quien solicita el certificado, sin perjuicio de comprobación (que podría ser potestativa

o aleatoria y no una comprobación total). Si se trata de una persona cuyo interés es cometer un fraude, la Entidad de Certificación debe verificar la información y no sólo esperar a que ésta le llegue, como un medio de evitar dicho fraude. Sería necesario tener contacto con RENJEC para comprobar los datos de identidad de la persona natural y si se encuentra apta para realizar actos jurídicos (por ejemplo, que haya votado), también deberá tener conocimiento que en el Registro de su Estado Civil corresponda al estado marital que le informó. En el caso de personas jurídicas, es imprescindible tener contacto con notarías y Registros Públicos con el fin de conocer la vigencia de los poderes del Representante de la empresa. Nada de esto aparece como una obligación en la ley, quedando a discreción de la entidad como parte de la diligencia que debiera efectuar.

¿Qué pasa si renuncia el Gerente General acreditado para realizar firmas electrónicas por una empresa? En este caso, corresponde avisar a la Entidad de Certificación.

Las causales de cancelación están previstas en el artículo 25 del Reglamento, dentro de ellas encontramos la cancelación por revocación, para lo cual se necesita que la entidad de certificación tenga procedimientos detallados en su declaración de prácticas de certificación, lo cual hasta la fecha aún está en

implementación porque en este punto la norma reglamentaria todavía no es aplicable ya que aún faltan directivas en lo que compete a las entidades de certificación y registro, que deben ser resueltas por el **INDECOPI**, como **autoridad administrativa competente**¹²².

2. Reconocimiento de Certificados Digitales emitidos por entidades de certificación

Originalmente, el artículo 11 de la *Ley N° 27269, de Firmas y Certificados Digitales*, publicada el 28 de mayo del 2000, establecía que:

“Los Certificados de Firmas Digitales emitidos por entidades extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida en la presente ley, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por una entidad de certificación nacional que garantice, en la misma forma que lo hace con sus propios certificados, el cumplimiento de los requisitos, del procedimiento, así como la validez y la vigencia del certificado” (subrayado es nuestro).

El principal problema que debió advertir el legislador es obvio. La dificultad y el tiempo que tomaría el que se forme una entidad de certificación nacional que cumpla con estándares internacionales podría ser excesivo y contribuir a la ineficacia de esta ley. El mencionado artículo se modificó por el artículo único

¹²² En Enero del año 2003 se han prepublicado en la página web del INDECOPI (www.indecopi.gob.pe) las disposiciones complementarias sobre los servicios de acreditación por parte del INDECOPI, así como los requisitos de orden técnico que deben cumplir las entidades de acreditación de firmas digitales que deseen acreditarse en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Digital que administra el INDECOPI (en una Guía Anexa al proyecto de norma).

de la *Ley N° 27310*, publicada el 17 de Julio del 2000 con el siguiente

texto:

“Los Certificados de Firmas Digitales emitidos por Entidades Extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocidas en la presente Ley, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente.”

Con esta norma dictada pocos días después de la vigencia de la *Ley*, se hace patente el cambio de perspectiva del legislador por cuanto la validez y eficacia jurídica de los certificados de entidades extranjeras será competencia de la autoridad administrativa competente, actualmente el *INDECOPI*, conforme al Reglamento de la *Ley N° 27269*, ya no por una entidad de certificación peruana¹²³.

¹²³ Cabe añadir que conforme al proyecto prepublicado en la página web del INDECOPI, para efectos del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, las entidades que postulen deben observar los parámetros señalados en la Guía anexa, en la cual se incluyen como requisitos:

- a) Dominios de confianza en el país, que permitan verificar los sistemas en que se soporta la prestación de los servicios de certificación digital.
- b) Política de confidencialidad, que esté de acuerdo a la normatividad de manejo de información de terceros vigente en el país.
- c) Políticas de Integridad, Autenticación y No repudio, deberán contar con los procedimientos y mecanismos necesarios fijados en la Ley.
- d) Políticas y Normas de Monitoreo, Reporte y Auditoría de los servicios de PKI (“Public Key Infrastructure”, según la terminología de la normativa vigente en el país se refiere a la Infraestructura Oficial de Firma Digital que administra el INDECOPI), deberán contar con un detallado documento sobre Seguridad y Disponibilidad de los servicios brindados.

Asimismo, se detallan dos secciones: de requisitos de funcionalidad y de arquitectura. Respecto al primero, está referido a los requisitos que deben cumplir adoptando el estándar técnico internacional denominado X.509 en su versión actualizada u otro estándar compatible a éste como base de los servicios de certificación digital. Respecto al segundo, está referido a los componentes que deben tener las entidades de certificación para estructurar sus servicios.

Las Entidades de Certificación son relevantes porque cumplen con la función de emitir o cancelar certificados digitales, brindar otros servicios inherentes al certificado, pueden asumir las funciones de Entidades de Registro o Verificación (para levantar los datos y comprobar la información de un solicitante de certificado digital), llevar un registro de los certificados digitales emitidos, entre otras funciones.

Según el artículo 15 de la Ley N° 27269, el INDECOPJ tiene la función de crear un Registro de Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación, las cuales deben cumplir estándares técnicos internacionales. Mientras ello no ocurre, la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la mencionada Ley estableció que la validez de los actos celebrados por las Entidades de Certificación y Entidades de Registro o Verificación, en el ámbito de la Ley, estarán condicionados a la inscripción respectiva dentro de los 45 (cuarenta y cinco) días siguientes a la creación del Registro. Es decir, que los certificados digitales que provengan del extranjero aún no tienen completamente establecida la solución al problema de su validez porque deben esperar que funcione el Registro que el INDECOPJ debe crear, así como ser evaluados por esta entidad a fin que verificar que cumplen estándares internacionales.

El artículo 42 del Reglamento indicó que el *INDECOPJ* reconocerá las evaluaciones sobre los requisitos de competencia técnica de la entidad de certificación solicitante realizadas en el extranjero siempre que se cumplan con las normas que establezca en el marco del Reglamento. Nuevamente, encontramos aspectos sobre los cuales aún no hay un pronunciamiento normativo definitivo que ayude a aplicar la firma digital y la Ley. Según el artículo 48 el *INDECOPJ* puede reconocer certificados digitales emitidos por entidades extranjeras pero debe ser de acuerdo con las prácticas y políticas que se aprueben en el futuro.

Sin embargo, en el artículo 47 encontramos los "Acuerdos de reconocimiento mutuo" que pueden ser suscritos por el *INDECOPJ* con entidades similares a fin de reconocer la validez de los certificados digitales otorgados en el extranjero. El problema es que se trata de una solución parcial porque no involucra a más de dos países.

Como puede observarse, a pesar de la legislación ya emitida, en lo que concierne a los certificados que provienen del extranjero, aún no hay nada establecido, siendo el caso que mientras las definiciones normativas aún no son emitidas, el mercado y la realidad no esperan y la Ley se convierte en ineficaz.

Teniendo en cuenta los aspectos de la autenticación del titular del Certificado Digital, y las condiciones para el reconocimiento de los mismos que ha establecido la legislación, conviene preguntarse si un notario podría convertir un documento firmado digitalmente en una escritura pública, más aún si consideramos que en el Código Civil se acepta la manifestación de voluntad por cualquier medio electrónico.

3. **¿El notario puede extender escrituras públicas para documentos firmados digitalmente observando las formalidades que prescribe la Ley bajo sanción de nulidad en el articulado del Código Civil?**

Antes de examinar los supuestos de formalidades ad solemnitatem en el Código Civil conviene preguntarnos:

- a) **¿Cuántos casos de forma ad solemnitatem encontramos en el Código Civil?**

- b) **En los casos en que se requiere escritura pública para la forma ad solemnitatem, ¿es posible aplicarla a partir de documentos con firma digital?**

Las mencionadas preguntas nos ayudarán a desarrollar este aspecto de la manera más ordenada posible.

Empezaremos estableciendo preliminarmente el corpus de los artículos que se evaluarán. Conviene destacar los distintos requerimientos para las situaciones indicadas, de esta manera podrá apreciarse en cuántas ocasiones se prevén escrituras públicas, testamentos, escritos, etc. Ello no quiere decir que los artículos que no se refieran a escritura pública serán ignorados. Lo previsto es diferenciar aquellos artículos que prevén expresamente a la escritura pública de aquellos en que por remisión normativa la escritura pública también podría intervenir.

FORMAS AD SOLEMNITATEM

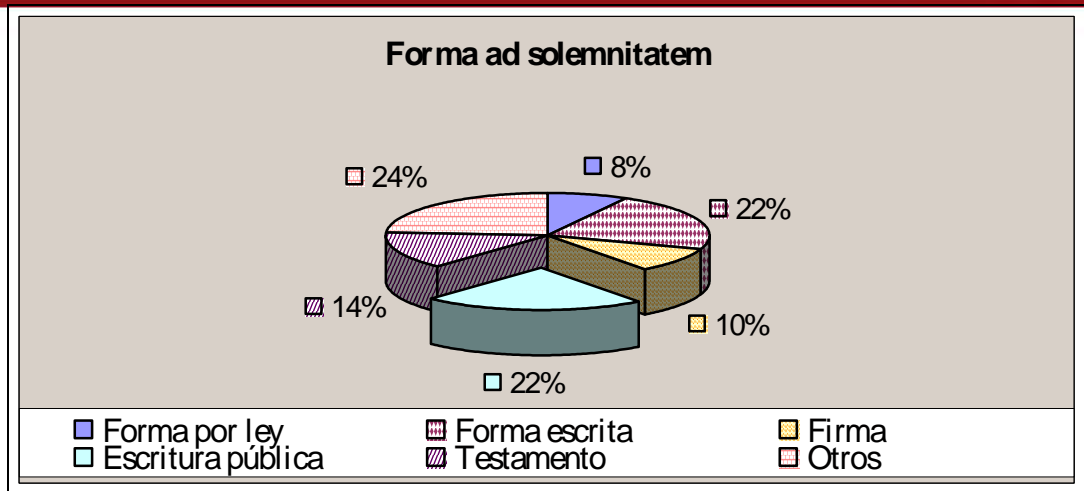
Diversos requerimientos establecidos en el articulado del Código Civil

Requerimiento	Artículos	Total
Ley impone forma	144, 811, 1352, 1412, 1425	5
Forma prescrita	219	1
Forma acordada por partes	1411, 1412	2
Forma indubitable	156	1
Forma escrita	695, 707, 713, 717, 813, 1207, 1304, 1411, 1412, 1605, 1734, 1817, 1858, 1871	14
Fecha de otorgamiento	695, 707	2
Nombre autor	695	1
Firma	695, 696, 707, 713, 717, 813	6
Lectura del documento	697	1
Sobre cerrado	699, 721	2

<i>Acta por notario</i>	699	1
<i>Ante determinada persona (no es notario)</i>	713, 717	2
<i>Escritura pública</i>	156, 243, 264, 280, 295, 296, 675, 696, 721, 1092, 1098, 1625, 1650, 1925	14
<i>Testamento</i>	243, 696, 697, 699, 707, 713, 717, 721, 813	9
<i>Inscripción en Registro Civil</i>	268	1
<i>Inscripción en Registro Personal</i>	296	1

A fin de precisar mejor las áreas más importantes sobre el particular presentamos el siguiente gráfico que nos mostrará la participación de las menciones de escritura pública sobre el total de formalidades indicadas en el Código Civil para las formas *ad solemnitatem* y a la vez nos mostrará su predominancia sobre las demás.

CUADRO RESUMEN DE REQUERIMIENTOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARA FORMAS AD SOLEMNITATEM



Cabe hacer algunas constataciones:

1. *En Fuentes de las Obligaciones y en Sucesiones aparecen más formas ad solemnitatem.*
2. *La fórmula más usual en la que aparecen es cuando se dice expresamente "bajo sanción de nulidad".*
3. *Existe mayor aparición de requerimientos de escritura pública (22%), forma escrita (22%), testamentos (14%) y firma (10%).*
4. *La forma escrita aparece muy vinculada a la firma (arts. 695, 707, 713, 717, 813 del Código Civil), así como la firma al testamento (arts. 696, 707, 713, 717, 813 del Código Civil). Hay un bloque de artículos (707, 713,*

717 y 813) que es común a la forma escrita, firma y testamento. Estos artículos están referidos a los testamentos especiales como el ológrafo, militar y marítimo.

5. Cuando aparece la escritura pública como requerimiento, lo hace de manera independiente a la inclusión de los supuestos de requerimiento de firma y testamento.

a) ¿Cuántos casos de forma ad solemnitatem encontramos en el Código Civil?

Contamos con una lista de 36 artículos del Código Civil: 144, 156, 219, 243, 264, 268, 280, 295, 296, 675, 695, 696, 697, 699, 707, 713, 717, 721, 811, 813, 1092, 1098, 1207, 1304, 1352, 1411, 1412, 1425, 1605, 1625, 1650, 1734, 1817, 1858, 1871, 1925. Los mencionados artículos corresponden a la forma ad solemnitatem dentro del Código Civil

Podemos notar que la muestra elegida está distribuída a lo largo de los siguientes libros del Código Civil

<i>Libro del Código Civil</i>	<i>Artículos</i>	<i>Total</i>
<i>Acto Jurídico</i>	144, 156, 219	3
<i>Familia</i>	243, 264, 268, 280, 295, 296	6
<i>Sucesiones</i>	675, 695, 696, 697, 699, 707, 713, 717, 721, 811, 813	11
<i>Penales</i>	1092, 1098	2
<i>Obligaciones</i>	1207, 1304	2
<i>Fuentes de las Obligaciones</i>	1352, 1411, 1412, 1425, 1605, 1625, 1650, 1734, 1817, 1858, 1871, 1925	12
Total		36

Si bien en la mayoría de estos artículos podemos encontrar la frase “bajo sanción de nulidad”, existen casos de remisión a otros artículos que contienen dicha fórmula, se refieren a prohibiciones, condicionan la validez del acto jurídico a un hecho, incluso indican que deben constituirse mediante cierta formalidad salvo disposición distinta de la ley.

Fórmula	Artículos
Bajo sanción de nulidad	144, 156, 219, 264, 268, 280, 295, 675, 811¹²⁴, 813, 1092, 1207, 1304, 1352, 1411, 1412, 1425, 1605, 1625, 1650, 1734, 1817, 1858, 1871, 1925
No se permite	243
Condición de validez del negocio	296
Remisión normativa	695, 696, 696, 697, 699, 707, 713, 717, 721
Salvo disposición legal diferente	1098

Esta relación de artículos constituirá nuestro corpus, y serán objeto de nuestro comentario conforme se desarrolle la exposición.

En los artículos que nos sirven de muestra, debemos tener en cuenta que algunos de ellos no indican expresamente que la formalidad sea la escritura pública; sin embargo, en determinados casos esta podría constituirse en una de las formalidades del negocio por remisión a la prescripción de la ley o al acuerdo previo de las partes. Vamos a agruparlos en tres categorías:

PRIMER GRUPO

¹²⁴ La excepción a los supuestos mencionados en el art. 811 es el artículo 697.

Los artículos 144, 219, 1352, 1411, 1412 y 1425 del Código Civil se remiten a la prescripción de la ley o de las partes, que podrían indicar como forma la escritura pública.

<i>Prescripción de la Ley</i>	<i>Acuerdo de las Partes</i>	<i>Ambas</i>
144, 1352, 1425	1411	219, 1412

Cuando la ley o el convenio de las partes prescriben como formalidad a la escritura pública, el problema que debemos comentar es cómo cumplir lo establecido. Estas normas tienen un contenido general por lo que constituyen un marco normativo para la aplicación de cada caso concreto. Cuando veamos el segundo grupo observaremos casos específicos en que un acto jurídico tiene el carácter de ser *ad solemnitatem*.

SEGUNDO GRUPO

Los artículos 243 (matrimonio prohibido), 268 (inscripción del matrimonio por inminente peligro de muerte), 697 (para el testamento del ciego, sordo y analfabeto), 699 (formalidades esenciales del testamento cerrado), 707 (formalidades esenciales del testamento ológrafo), 713 (testamento militar), 717 (testamento marítimo) 811 (nulidad por defecto de formalidad en testamento), 813

(nulidad de testamentos especiales), 1207 (formalidad de la cesión), 1304 (formalidad de la transacción), 1605 (suministro), 1734 (comodato), 1817 (depósito), 1858 (secuestro), fianza (1871) no se refieren expresamente a escritura pública ni la contemplan como formalidad o requerimiento adicional para la validez del acto. Sin embargo, cabe examinar si no hay impedimentos para que puedan ser elevados a escritura pública como documentos electrónicos con firma digital, como resultado de la voluntad de las partes.

En este grupo encontramos algunos problemas para la aparición del documento electrónico firmado digitalmente, sobre los cuales formularemos los siguientes comentarios:

- a) En el caso del artículo 243 tiene que haber autorización por testamento¹²⁵ para la validez del matrimonio. El problema sería la clase de testamento a la que se acudiría. Para dicho examen nos remitimos a las dificultades que apreciaremos en los siguientes ítems.

- b) El artículo 268 está referido al supuesto que si un contrayente de matrimonio está en peligro de muerte, el matrimonio se realiza sin formalidades, pero antes del año debe inscribirse presentando copia

¹²⁵ Dentro del mismo artículo se recoge el supuesto de que también pueda haber escritura pública para la autorización del matrimonio.

certificada de la partida parroquial, bajo sanción de nulidad. La mencionada copia certificada es un documento en soporte papel. Si asumiéramos que fuese un documento electrónico como una microforma, habría que asumir que el matrimonio se realizó y se emitió la partida parroquial a través de un documento electrónico que las partes firmaron digitalmente. Sabemos que lo normal es que los matrimonios no sean así. No hay matrimonios por Internet, ni aún cuando uno de los contrayentes otorgase poder para casarse en ausencia. La práctica nos indica que este supuesto sería muy peculiar en caso que alguna vez se realice y de difícil aplicación.

- c) En el caso del artículo 697 sobre el testamento emitido por ciego, analfabeto o sordo. Para la actuación de estas personas, su interacción en línea con el notario puede ser provechosa. Para los analfabetos o ciegos: a través de la videoconferencia porque podría escuchar lo que le digan. Para los sordos: la videoconferencia sólo sería útil cuando se utilice lenguaje de manos o mímica que pueda ser observada. Los problemas que surgen para aplicar este artículo son:

- Debe participar un testigo testamentario designado por el testador. La actuación del testigo testamentario en esta norma

es importante porque lee el testamento al ciego o analfabeto y firma a ruego del analfabeto.

- Hay que asumir que el testigo testamentario debe tener firma digital, independientemente que la tenga o no el analfabeto.
- Esta forma de comunicación debe ser en tiempo real para ciegos y analfabetos. No puede ser por correo electrónico porque no hay forma de saber si el testigo testamentario leyó bien el mensaje para el ciego o analfabeto, siendo necesaria la intermediación del notario para comprobarlo. Para tal efecto, es imprescindible que se realice mediante videoconferencia. Posiblemente el correo electrónico podría funcionar para los sordos.
- Esta forma de realizar testamento todavía resulta onerosa. Usualmente los analfabetos proceden de zonas deprimidas del país con poco acceso a las computadoras, y si tal fuera el caso es dudoso que puedan tener firma digital (a no ser que sea trate de una gratuita, la cual ofrece poca certeza sobre su autor porque en tales casos no hay autoridad de certificación que autentique la firma).

- d) *No debemos creer que la misma naturaleza del "testamento cerrado" (art. 699 del Código Civil) dificulta que se pueda realizar a través del documento electrónico. En un primer momento, da la impresión que debiera ser un documento dentro de un sobre o cubierta clausurada. Sin embargo, un CD ROM o un diskette pueden ser considerados documentos cerrados porque el contenido no es legible a primera vista, lo cual es precisamente el objeto de esta clase de testamento. Cabe la posibilidad de realizar el documento en microforma como un archivo WORM (Write Once Read Many, es decir que sea sólo de lectura) y firmado digitalmente en cada página con intervención de notario o fedatario juramentado que haya emitido las correspondientes actas de inicio, cierre y las contempladas por el D. Leg. 681. Al recibirlo, el notario con idoneidad técnica puede crear su propia microforma en base al citado D. Leg. 681 sin ningún problema para transcribirlo a su registro y con firmas digitales de testigos.*
- e) *Un tema de polémica mayor, lo constituye el testamento ológrafo (art. 707 del Código Civil). Según su etimología ("holos" y "graphos"), se aplica al testamento de puño y letra del testador. Puede sustentarse que en dicho caso, está fuera de lugar hablar de documentos electrónicos.*

*Sin embargo, nos parece poco exacto. Es conocido que en la actualidad existen accesorios para computadora denominados **Palm Pilot**, en los cuales la persona escribe con un lápiz óptico y puede pasar directamente a la computadora (sin teclado) o posteriormente. Además, el Código Civil dice que las formalidades esenciales del testamento ológrafo es que sea escrito, fechado y firmado por el propio testador. Todas estas situaciones pueden ser realizadas usando la tecnología actual porque a un documento electrónico se le puede aplicar firma digital indicando con "time stamp" (fechador electrónico) cuando se emitió el documento y otorgando una gran seguridad sobre la fecha cierta del documento.*

- f) *En el artículo 713 del Código Civil existe la dificultad en el propio supuesto de la norma del testamento militar. El testador está herido o enfermo. Tenemos que asumir que puede tener a su disposición una computadora (a pesar que es más fácil tener acceso a lápiz y papel). Luego, partimos del supuesto que se encuentra ante un oficial, jefe de destacamento, médico o capellán y dos testigos; quienes firman el testamento. En este supuesto encontramos serias dificultades de que se pueda realizar en la práctica:*

- *El testador recurre a una computadora, no al papel y lapicero*

- **El testador debe tener firma digital**
- **Las personas presentes también deben tener firma digital**

Como abstracción teórica podemos entender que puede realizarse un testamento militar mediante documento electrónico con firma digital.

Pero es poco probable en términos prácticos.

- g) **Las mismas objeciones podemos hacer para el testamento marítimo (art. 717), si bien teóricamente son posibles, en la práctica su uso es complicado para las partes y no favorece la rapidez del acto.**
- h) **El artículo 811 se remite a las formalidades de los testamentos en general; al testamento de los ciegos, sordos y analfabetos; al testamento cerrado y al ológrafo; asimismo, el artículo 813 está referido a los testamentos especiales. Hemos abordado dichos supuestos en los literales previos, llegando a la conclusión de que si bien teóricamente son posibles, en la práctica aplicar un documento con firma digital hace más complicado realizar el acto.**
- i) **En los casos de los artículos 1207, 1304, 1605, 1734, 1817, 1858 y 1871; encontramos que es necesario que el documento conste por escrito, bajo**

sanción de nulidad. Como se recordará, consideramos que el documento electrónico es un documento escrito, por lo que cumpliría dicho requerimiento, no siendo necesario mayor comentario al expresado en el **Segundo Capítulo de este trabajo.**

TERCER GRUPO

En los artículos 156, 243¹²⁶, 264, 280, 295, 296, 675, 696, 721, 1092, 1098, 1625, 1650, 1925 del Código Civil, expresamente se indican que la escritura pública es un requerimiento *ad solemnitatem*.

Respecto de este grupo cabe comentar:

- a) Se requiere escritura pública para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes y dicho encargo debe constar en forma indubitable. En la práctica no se acudiría a un Poder general sino a un Poder Especial para realizar estos actos. El problema en primer término sería ¿puede constar dicho encargo en forma indubitable a través de un documento electrónico?. Retomando lo expuesto a lo largo de este trabajo, podemos decir que el documento electrónico por sí sólo no

¹²⁶ Cabe hacer la salvedad que en este artículo, la escritura pública aparece como uno de los supuestos de la norma.

ofrece certeza, necesitamos saber quién es verdaderamente el autor del documento, tener la certeza de que lo podemos vincular al mensaje (no puede repudiarlo), y que el documento donde consta el encargo está íntegro, de manera que no haya distorsiones en el alcance del encargo.

La Firma Digital es la herramienta que colabora a obtener estas certezas con el añadido que puede permitir la confidencialidad del mensaje. De este modo, tecnológicamente, un documento electrónico puede servir como medio donde conste el encargo en forma indubitable, lo cual ha sido recogido por el legislador debido que el artículo 141 del Código Civil indica que la manifestación de voluntad puede ser por medios electrónicos o análogos. Queda por resolver el aspecto del requerimiento de escritura pública, sobre el cual es necesario que el notario ejerza la función notarial, que incluye la asesoría a las partes y el examen de la legalidad del acto (lo cual involucra revisar la vigencia del poder y sus alcances), en cuanto ambas condiciones queden satisfechas se superará el mayor obstáculo para crear escrituras públicas, como veremos a lo largo de estos ejemplos.

- b) Respecto al matrimonio que se contrae por apoderado autorizado por escritura pública (art. 264 del Código Civil), hay que indicar que el otro contrayente debe estar presente en el acto matrimonial. El mencionado

acto es diferente al acto de otorgar la autorización, que debe recaer en escritura pública, con respecto a éste último debemos examinar si la *Ley del Notariado* permite la escritura pública a partir del documento electrónico. El supuesto del artículo 264 del *Código Civil* es distinto al supuesto de inscripción del matrimonio por peligro de muerte (art. 265) sobre el cual ya nos pronunciamos.

- c) En el caso del art. 280, referido a la demanda de invalidez del matrimonio iniciada por un apoderado, nos encontramos ante un trámite procesal. Si bien nuestra legislación permite las notificaciones por vía electrónica, al presentar su demanda el apoderado debe tener en consideración los artículos 63 a 80, 424 inc. 11) y 425 inc. 2 del *Código Procesal Civil*. Dentro de estos artículos cabe resaltar que el art. 72 del *Código Procesal Civil* indica que el poder para litigar se puede otorgar sólo por escritura pública o por acta ante el *Juez* del proceso, salvo disposición legal diferente y no necesita estar inscrito en *Registros Públicos*; el artículo 424 inc. 11) indica que el apoderado debe firmar la demanda que se presenta por escrito; y el artículo 425 establece que entre los anexos de la demanda debe haber: una copia legible del documento de identidad del representante (inc. 1) y el documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúe

por apoderado (inc. 2). Cabe entender aquí que otorgar una escritura pública para una representación procesal será un acto ineficaz si el juez no acepta que se presente junto con la demanda el poder especial otorgado a partir de un documento electrónico (aunque sea con firma digital). Para salvar el problema, el documento que contiene el poder tendría que ser sometido a peritos, quienes darían certeza al Juez para elaborar un acta o aceptar el documento; sin embargo, en el primer caso, pierde sentido emitir un documento electrónico con firma digital, ya que menos engorroso hubiera resultado emitirlo a través de un simple soporte papel.

- d) Cuando los futuros cónyuges optan por la separación de patrimonios (art. 295 del Código Civil) deben otorgar escritura pública que surte efecto al inscribirse en el registro personal. De otra manera se presumirá que optaron por el régimen de sociedad de gananciales. Como ya indicamos, examinaremos en la sección correspondiente el problema de otorgar escritura pública a partir de documentos electrónicos con firma digital.
- e) El caso del artículo 296 del Código Civil tiene similares parámetros del anterior, para sustituir válidamente el régimen patrimonial elegido,

los cónyuges deben otorgar escritura pública e inscribirlo en el registro personal.

f) El artículo 675 tiene similares parámetros al art. 280 del Código Civil, por cuanto la renuncia a la sucesión debe hacerse por escritura pública o en acta otorgada ante el Juez al que le corresponda conocer la sucesión, la cual deberá protocolizarse notarialmente.

g) Existen formalidades esenciales del testamento otorgado por escritura pública (art. 696 del Código Civil) que son un obstáculos para aceptar que puedan ser emitidos a partir de un documento electrónico (aunque fuese con *Firma Digital*):

- que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles (inc.1). En este caso, podría superarse el problema indicando que la reunión no necesariamente debe aludir a un ámbito físico, sino que podría incluir el ciberespacio. Si tal fuera el caso, hay que considerar que no puede recurrirse al correo electrónico (no sería una comunicación en tiempo real) sino a una videoconferencia o un chat. Por tanto, es

necesario recalcar que los medios para cumplir con la formalidad establecida son restringidos.

- **Si tenemos chat o videoconferencia no encontramos problema para que el testador pueda expresar por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole por escrito las disposiciones que debe contener (inc. 2).**
- **Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas (inc. 3), definitivamente nos pone frente a un problema que no tiene solución en el corto plazo. Sabemos que existe la tecnología de los lápices ópticos y las *Palm Pilot*, pero la exigencia radica en que el propio notario escriba con su puño y letra en el registro de escrituras públicas. Para superar este obstáculo habría que asumir que el mencionado registro es informatizado y se le puede ingresar información mediante lápices ópticos. No es algo que razonablemente podamos esperar que ocurra en la práctica actual.**

- **Que cada uno de las páginas del testamento sean firmadas por el testador, los testigos y el notario (inc.4) puede ocurrir en tanto sea posible aplicar el procedimiento del D. Leg. 681.**

- **Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija (inc. 5) puede aplicarse mediante la comunicación en tiempo real (chat, videoconferencia, etc.)**

- **Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido (inc.6). Para ello nos remitimos a lo dicho sobre la comunicación en tiempo real.**

- **Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto (inc. 8). También en este caso los medios son restringidos a los que proporcionen comunicación en tiempo real.**

Como conclusión, este artículo ofrece dificultades en el cumplimiento de las formalidades especiales previstas para el testamento otorgado en escritura pública que pueden subsanarse con el uso de comunicación en

tiempo real (videoconferencia, chat) aunque descartando otros como el correo electrónico; asimismo se requiere la participación del testador, notario y testigo que firmen en el testamento en el mismo acto en el que participan de inicio a fin. El mayor problema es la formalidad que el notario escriba el testamento de su puño y letra en su registro de escrituras públicas. Tal situación no es posible de subsanarse de otra manera.

- h) Con respecto a la anticresis (art. 1092 del Código Civil) se indica que el contrato se otorgará por escritura pública por lo que este artículo se relaciona con los comentarios que emitiremos en la sección correspondiente a la creación de escritura pública a partir de documentos electrónicos con firma digital.
- i) Lo que hemos dicho de la anticresis, se aplica para la hipoteca (art. 1098), mutuo entre cónyuges (art. 1650), y renta vitalicia (art. 1925).
- b) En los casos en que se requiere escritura pública para la forma ad solemnitatem, ¿es posible aplicarla a los actos jurídicos contenidos en documentos con firma digital?

En el tercer grupo ya está prevista la escritura pública como requerimiento y se examinaron los requerimientos que la acompañan en cada uno de los artículos seleccionados. Lo que quedaría examinar es si puede crearse una escritura pública a partir de un documento firmado digitalmente que contenga al acto o negocio jurídico. En otras palabras, que el documento electrónico firmado digitalmente sea el documento que se eleva a escritura pública. Para ello nos interesa examinar si la Ley del Notariado es compatible con la materia estudiada.

Antonio Rodríguez Adrados refiere que:

“La ley francesa de este año 2000 ha introducido en el Derecho positivo del país vecino, como forma y como prueba, el instrumento público negocial informático, en la terminología española escritura pública informática, que ha dejado de ser, por tanto, una mera elucubración doctrinal. Algo habrá, pues, que decir de ella, aunque quizá no pase de la elucubración legal y nuestro Derecho la excluya en el artículo 1.2.1 del Real Decreto-ley 14/1999 “Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos”. Recordemos que el Reglamento italiano tampoco acepta esa variedad instrumental, pues se detiene, según acabamos de ver, en la autenticación notarial de la firma digital, extendida por el Notario en documento papel.”¹²⁷

¹²⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. La Firma Electrónica. EN: Revista de Derecho Privado. Madrid: Nueva Imprenta. Diciembre 2000. p. 937.

A partir de esta exposición es posible notar que existe resistencia en diversas legislaciones para aceptar incluir la denominada “escritura pública informatizada”, es decir, una escritura pública proveniente de un documento electrónico, en vez de un documento en soporte papel.

Recordemos que el notario latino no se limita a ser un tercer sujeto de confianza a las partes que tiene poderes de certificación, existen otras atribuciones más amplias como la determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación a la ley de lo que las partes le expresan (totalmente ajeno a la realidad del sistema anglosajón). Por tanto, en la creación de una escritura pública estas funciones también deben ser aplicadas.

Según el Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, aprobado con Decreto Supremo N° 019-2002-JUS, la Autenticación es un proceso técnico que permite determinar la identidad de la persona que firma electrónicamente, en función del mensaje firmado por éste y al cual se le vincula; este proceso no otorga certificación notarial ni fe pública. Es decir, que la autenticación de una firma electrónica (o digital) no constituye un documento que pueda ser asumido notarialmente.

La Entidad de Registro o de Verificación de Firmas Digitales no tiene capacidad de otorgar fe pública. Otro aspecto importante, es que según el artículo 10 del Reglamento se limita a establecer que el notario o fedatario juramentado con idoneidad técnica certifican el cumplimiento de los requisitos previstos para una microforma conforme al D. Leg. 681 y su reglamento, en lo que se refiere a la conservación de las mencionadas microformas. Si bien la conservación de un acervo documental es una de las atribuciones notariales, no es la principal.

Se ha procurado resolver este problema a través del Decreto Supremo N° 024-2002-JUS que modifica al Reglamento. En esta norma se introduce el concepto de Intermediación Digital como un procedimiento facultativo en el cual interviene un "Tercero Neutral" con el fin de grabar, almacenar y conservar los contenidos de los mensajes de datos y documentos en un micro archivo; y certificar respecto a ellos, a solicitud de los interesados o de las autoridades competentes, los datos sobre su envío, fecha y hora de recepción por el destinatario; identificación del emisor; y el contenido, autenticidad y no alteración de los textos; y cualquier otro legalmente posible.

El tercero neutral (fedatario o notario facultado conforme al D. Leg. 681) tiene la facultad de conservar documentos, expedir copias certificadas de los

mensajes de datos e insertos, certificar quién es el titular, cuándo se expidió el mensaje, la no alteración del texto y cualquier otro dato legalmente posible.

Nótese que a pesar de ser una norma que otorga mayores facultades al notario, no cubre la gama de atribuciones propias de la función notarial, sino que se restringe a la conservación del documento, expedición de copias y certificar datos. Pero aún no se aborda el tema del consejo legal, redacción o la verificación de la legalidad del acto jurídico, lo cual aún está ausente en la normatividad de firmas digitales.

“Especiales dificultades presenta el asesoramiento notarial. La normalidad del documento informático no es otra cosa que la contratación a distancia; cada uno de los otorgantes está en un lugar geográfico distinto, con su respectivo Notario; la indagación de la voluntad “común” de las partes, el consejo “imparcial”, a una y a otra, al mismo tiempo, no parece posible (...) se cierne el riesgo de que un solo consejo notarial sea sustituido por dos consejos unilaterales, que poco tendrían de notariales. No se aprecian, por otra parte, las ventajas de este sistema sobre el de otorgamiento separado de cada consentimiento en una escritura papel y comunicación telemática entre ambos Notarios, que operando en tiempo real, eliminan muchas de las inseguridades jurídicas de los otorgamientos sucesivos.”¹²⁸

Esta opinión, expresada para la normatividad española, es posible de aplicar en Perú, por lo que coincidimos con lo expresado por Rodríguez Adrados. La Ley del Notariado, D. Ley N° 26002, ofrece a su vez otros problemas.

¹²⁸ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. Op. cit. p. 938.

El artículo 27 es claro en indicar que “El notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos legales que autoriza”.

El Decreto Legislativo N° 681 no contempla este supuesto, por lo que esta atribución notarial no haya su correlato para los fedatarios juramentados y/o notarios con idoneidad técnica.

Por otra parte, la escritura pública es un documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídicos (art. 51 del D. Ley N° 26002). En la Ley del Notariado, el protocolo notarial es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en los que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares, siendo uno de dichos registros el que corresponde a las escrituras públicas (art. 37 inc. a) de la Ley).

El tratamiento del protocolo notarial en la mencionada Ley está claramente previsto para un documento escrito en soporte papel; por ejemplo, en el art. 38 se indica que el registro que integra el protocolo notarial se compone de 50 fojas ordenadas correlativamente y las fojas son papeles emitidos por el Colegio de Notarios; a ello se añade que se forman tomos que deben ser encuadernados y empastados (art. 41).

La redacción de estos artículos afecta la aplicación de microformas al inc. 3 del art. 696 del Código Civil (formalidades esenciales de testamento otorgado en escritura pública) por cuanto en él se indica que se escriba el testamento de puño y letra en el registro de escrituras públicas del notario. La lógica de la Ley del Notariado impide recurrir a interpretaciones o soluciones como el uso del Palm Pilot o lapicero óptico. El notario puede escribir con un lapicero óptico el testamento, pero igualmente el protocolo notarial aún está concebido como un documento tangible.

Como conclusión de lo expuesto; no es posible extender escritura pública para testamentos, a partir de documentos electrónicos firmados digitalmente, ya que no es posible cumplir con la facultad esencial de la escritura de puño y letra del testamento por el notario en el registro correspondiente a las escrituras públicas y por la propia lógica prevista en la legislación civil y notarial.

Debe tenerse en cuenta que los artículos 36 a 49 de la Ley del Notariado están referidas al tratamiento general de los instrumentos públicos protocolares, entre los que se encuentran las escrituras públicas. Ello involucra no sólo los casos de testamentos sino cualquier otro en el que se

quiera extender escritura pública como cuando las partes acuerdan que la escritura pública sea un requerimiento bajo sanción de nulidad.

Con respecto a los artículos del Tercer Grupo que ya comentamos, encontramos el problema de que la comunicación debía ser en tiempo real (no correo electrónico) y la dificultad de la participación del notario para una y otra parte, lo cual tiene una solución que involucre el uso de la tecnología para que éste pueda acceder en línea a la comunicación entre las parte. Hemos visto también el problema de llenar el Registro de escrituras públicas conforme del Protocolo Notarial conforme a lo indicado en la Ley del Notariado.

Podemos concluir que pueda haber escrituras públicas a partir de documentos electrónicos con firma digital existen aspectos que requieren precisiones del legislador a través de desarrollo normativo como:

- *La Ley del Notariado debe ser cambiada de manera que no obligue al notario a escribir de su puño y letra en un Registro de Escrituras Públicas o recurrir a folios especiales del Colegio de Notarios. Deberían exceptuarse tales condicionamientos si se trata de microformas que cumplan con el D. Leg. 681.*

- **Debe incluirse en la *Ley del Notariado* remisiones al *D. Leg. 681* con el fin de cubrir el tema de las microformas y permitir que formen parte del protocolo notarial.**

- **El *Reglamento de la Ley de Firmas Digitales* sólo contempla parcialmente algunas de las funciones de los notarios y fedatarios juramentados. Deberá indicarse que el concepto técnico de autenticación corresponde a las entidades de verificación y certificación, y que el mismo no perjudica la fe pública que puedan emitir los notarios o fedatarios informáticos conforme al *D. Leg. 681*.**

- **El *D. Leg. 681* menciona a los notarios y fedatarios juramentados en lo que corresponde al tratamiento y conservación de las microformas. Eso no quiere decir que involucre temas como el consejo o la evaluación de la legalidad de los actos jurídicos. Si embargo, el notario y el fedatario juramentado tienen conocimientos de derecho y podrían cubrir este aspecto, el cual es propio del notario latino.**

Las ideas mencionadas están orientadas a servir como guía en la orientación de una modificatoria en la *Ley del Notariado* que complemente a la legislación civil y que permita la emisión de escrituras públicas a partir de

documentos electrónicos con firma digital de manera que pueda efectuarse una importante gama de actos jurídicos ad solemnitatem que de otra manera no podrían tener validez.



CONCLUSIONES

La forma es el aspecto exterior del acto jurídico, la posibilidad objetiva en que se conoce la manifestación de voluntad ya sea expresa o tácita, si se infiere indubitablemente de determinadas actitudes o circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. En términos generales, una declaración o manifestación de voluntad expresa está dirigida al exterior y por tanto, a destinatarios quienes identifican (autentican) a su autor, teniendo la certeza que conocen la integridad del mensaje, el autor queda vinculado al mismo y no puede desconocerlo o repudiarlo. Cualquier documento, y sobre todos aquellos que descansan en soporte papel, deben tener estas condiciones. La práctica más extendida es emitir documentos escritos sobre papel con firma del autor, lo cual tiene la ventaja de ser legible a primera vista. No sorprende entonces que las partes acudan mayoritariamente para su mayor protección a la forma escrita y

con firma, que es un signo distintivo del autor con el cual expresa que hace suyo el mensaje y sus efectos.

No obstante lo dicho anteriormente, el artículo 141 del Código Civil establece que la manifestación de voluntad es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. De este modo, se puede declarar la voluntad de manera expresa a través de documentos electrónicos (que constituyen documentos con forma escrita), que tienen características especiales que los distinguen de aquellos que residen en soporte papel.

La forma se constituye en el mejor vehículo para dirigir lo querido en el fuero interno y darlo a conocer al exterior. Aunque siempre existe forma en la manifestación de voluntad, puede tener o no tener requerimientos impuestos por las leyes o las propias partes que intervienen en el acto jurídico; es así que existen formas libres, *ad probationem* o *ad solemnitatem*. Siendo este último caso muy importante porque la falta de observancia de la formalidad establecida ocasiona la nulidad del acto.

Si un acto jurídico con forma *ad solemnitatem* se realiza a través de documentos electrónicos, deberá cumplir con los requerimientos previstos en la

ley para cada caso; sin embargo, ello no lo exime de un análisis previo sobre las características que debe compartir con los documentos escritos en soporte papel para examinar si cumple con las condiciones de otorgar certeza sobre el autor de la manifestación, sobre la integridad del mensaje y su vinculación al mismo de manera que no pueda repudiarlo.

Un documento electrónico tiene determinadas características que lo distinguen de los documentos escritos como la flexibilidad de su uso, la lectura por hipervínculos, la movilidad para pasar de un soporte a otro (por ejemplo, de un archivo en disquete a CD ROM), la posibilidad de otorgar privilegios de edición del texto a varias personas en línea que pueden interactuar a la vez y alterar el documento gracias a un rápido acceso; pero también a la dificultad de hablar de originales y copias, que no es legible a primera vista y por tanto, no es susceptible de ser firmado con puño y letra. Cabe decir que estas últimas características gracias a la técnica pueden ser superadas, de manera que mediante la técnica de firma criptográfica asimétrica (firma digital) puede otorgarse una gran certeza sobre la autenticidad, integridad y vinculación del mensaje con su autor. A todo ello, se agrega la opción de confidencialidad frente a terceros que no deban tener acceso al mensaje.

Un documento electrónico por sí sólo no ofrece tanta certeza sobre su contenido y firma como un papel escrito firmado, aunque estaría en igualdad de condiciones en relación a un escrito sin firma. La Firma Electrónica contribuye a tener certeza sobre la autoría, integridad y vinculación del autor con el mensaje. Dentro de este género de firmas, la técnica de la firma digital consiste en un par de claves única (privada y pública) relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la llave pública no pueden derivar de ella la clave privada. Entre las ventajas que ofrece están la certeza sobre la autenticidad, integridad y vinculación del mensaje con su autor así como la confidencialidad. Además, es necesaria la participación de entidades de registro, verificación y certificación de los titulares de las firmas.

La Ley de Firmas y Certificados Digitales y su reglamento, regulan el uso de las firmas digitales, y abarcan aspectos como los certificados de titularidad y las entidades de certificación que los otorgan, así como las autoridades de verificación y registro de los titulares de dichos certificados. El INDECOPI es la autoridad administrativa con facultades para supervisar a las mencionadas entidades, dictar parámetros para el uso de la firma digital y además para la actuación de las autoridades que se dediquen a conservar instrumentos públicos a partir de documentos electrónicos, por lo que

es necesario tener en cuenta lo establecido en el *Decreto Legislativo N° 681* sobre estándares de las microformas digitales, que son imágenes digitalizadas de un documento que abarca a los que contienen firma electrónica (el género de la firma digital).

La firma digital tiene sus propios procedimientos e incluso su autenticación del titular es un procedimiento técnico, no siendo previsto en ello la participación de un notario o al menos un fedatario informático juramentado con idoneidad técnica. Según el *Reglamento de Firmas y Certificados Digitales*, ambos personajes participan en el caso de firmas asociadas a un documento electrónico en cumplimiento del *D. Leg. 681* lo cual se ciñe a su conservación y conforme al *D.S. N° 024-2002-JUS*, se ha extendido a expedición de copias y certificar datos. En nuestra opinión, la función notarial excede la conservación de un documento o la expedición de copias, porque incluye entre otras cosas la autenticación, certificación de hechos, consejo a las partes, verificación que el acto jurídico que las partes pretenden concretar se ajuste a las leyes, asesoramiento a las partes para moldear al acto jurídico en la forma más apropiada, etc. Si la autenticación entendida en la *Ley y Reglamento de la Firma Digital* sólo se refiere a un procedimiento técnico que no otorga fe pública, puede observarse que el notario tiene una participación

muy reducida en cuanto a los actos jurídicos que están contenidos en documentos electrónicos con firma digital.

Por tanto; un notario puede actuar dentro de la amplitud de funciones que se le otorga en la Ley del Notariado en lo que respecta a los documentos escritos en soporte papel, sin embargo no ocurre lo mismo para los documentos electrónicos que contienen firma digital por cuanto tiene un ámbito más reducido de acción en vista de las particularidades de dicha técnica que la Ley recoge.

Es legítimo preguntarse si son posibles los actos *ad solemnitatem* a partir de dicha clase de documentos, considerando que en estos casos la forma que prescriben la ley o las partes tiene que ser cumplida para que el acto sea válido; para ello es conveniente examinar si es posible emitir escrituras públicas en los casos de documentos electrónicos considerados como originales que incluyen firma digital. Un importante aspecto que debe considerarse es que en nuestro Código Civil al examinar los casos en los cuales se prevé la forma *ad solemnitatem*, los requerimientos predominantes son la escritura pública (22%), forma escrita (22%), testamento (14%) y firma (4%). A partir de esta constatación, es importante evaluar si se puede emitir escrituras públicas a partir de documentos electrónicos con firma digital.

Nuestra conclusión es que el notario tiene limitaciones para otorgar fe pública a documentos electrónicos con firma digital cuando no participa directamente, ya que como se ha dicho, aspectos como la autenticación son procesos técnicos de acuerdo al Reglamento de Firmas y Certificados Digitales. Más aún, tiene impedimentos para incorporarlos en su protocolo notarial cuando no siempre está presente en la realización de actos jurídicos que se realizan en línea y ni siquiera está presente para efectuar la verificación de la legalidad de los actos o indicar a las partes si la forma establecida por ellas es la más conveniente, siendo este último aspecto, el asesoramiento a las partes, de la mayor importancia porque es uno de los aspectos que distinguen a las funciones del notariado latino. En los casos de testamentos, se concluye que en varios casos como los testamentos especiales del militar o del ciego, sordo y analfabeto, se puede recurrir a la técnica (mediante videoconferencia o similar que incluya al notario), siendo la mayor objeción de que generalmente no es la vía más rápida al alcance de las partes. En el caso del testamento ológrafo se concluye que la ley permite la aparición de la firma digital.

Por otra parte, siendo la escritura pública un documento matriz que se incorpora al protocolo notarial, podrá superarse dicha limitación si se modifica la Ley del Notariado de manera que no obligue al notario a escribir de su

puño y letra en su *Registro de Escrituras Públicas* o recurrir a folios especiales del *Colegio de Notarios*, siendo lo aconsejable exceptuar de tales condicionamientos a las microformas que cumplan con el *Decreto Legislativo N° 681* y que la *Ley del Notariado* se remita al mencionado *Decreto Legislativo* en lo que corresponde a las microformas.

Es conveniente que la *Ley del Notariado* contemple la forma en la cual el notario o persona que otorga fe pública puede autenticar documentos electrónicos con firmas digitales sin impedimento del procedimiento técnico que realizan las entidades de certificación, registro y/o verificación. Del mismo modo, deberá atenderse a la manera como el notario asesora a las partes en la emisión del documento que acredita el acto jurídico con forma *ad solemnitatem*, lo cual es de especial importancia si el acto mencionado debe cumplir con determinados requerimientos previstos por la ley para ser válido.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADAÑO, Manuel.

1993. *El negocio jurídico.* Barcelona: Bosch. 453 p.

ALTMARK, Daniel Ricardo

1987 *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional.* Buenos

Aires: Depalma. 3 volúmenes.

AVILA ALVAREZ, Pedro

1986 *Derecho Notarial.* Barcelona: Bosch. 6° ed.

BARANDJARAN, José León

2002 *Tratado de Derecho Civil.* Lima: Gaceta Jurídica..3 CD ROM.

BARREJROS FERNÁNDEZ, Francisco Javier

2000 *El papel del notariado en el uso de la firma digital. EN: Notariado y Contratación Electrónica. Madrid: Colegios Notariales de España. 434 p.*

BETTI, Emilio

1969 *Teoría General del acto Jurídico. Madrid: Revista de Derecho Privado. 465 p.*

BETTI, GALGANO, SCOMAMIGLIO, FERRI

2001 *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales. Lima: ARA Editores. 279 p.*

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio

1990 *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia. Barcelona: Bosch. 268 p.*

CARRASCOA LOPEZ, Valentín.

1992 *Informática y Derecho. Mérida: Universidad de Educación a distancia. 6 volúmenes.*

CASTILLO FREYRE Mario & BORNIA Pierre Martín

2002 *Tratado de la Teoría General de los Contratos. Lima: Fondo Editorial*

PUCP. Setiembre 2002. Tomo J.

CASTRO Y BRAVO, Federico de

1985 *El Negocio Jurídico. Madrid: Civitas S.A. 550 p.*

DE LOS MOZOS, José Luis

1987 *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil). Madrid:*

Montecorvo. 629 p.

ESPINOZA CÉSPEDES, José Francisco

2000 *Contratación Electrónica, medidas de seguridad y derecho informático.*

Lima: Editora RAO S.R.L. 373 p.

FERRI, Giovanni Battista

2002 *El Negocio Jurídico. Lima: Ara Ed. 523 p.*

GAEETE GONZÁLES, Eugenio Alberto

2000 *Instrumento Público Electrónico. Barcelona: Bosch. p. 532.*

GARIBOTTO, Juan Carlos

1991 *Teoría General del Acto Jurídico. Buenos Aires: Depalma.. 350 p.*

GATES III, William S.

1995 *Camino al futuro. New York: Penguin Book. 279 p.*

SANCE Oliver

1997 *Leyes y negocios en Internet. México D. F.: Mac Graw Hill. 371 p.*

**INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E
INFORMÁTICA**

1997 *Seguridad en Internet. Lima: Oficina de Difusión del INEI. 186 p.*

LOSMANN LIZCA DE TENA Juan Guillermo

1994 *El Negocio Jurídico. Lima: Grijley. 2da. Ed.. 629 p.*

MARTINEZ NADAL, Apol-lonia

1998 *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación.*

Madrid: Civitas. 288 p.

MENDOZA LUNA Amílcar Adolfo

1998 *Desmaterialización de valores mobiliarios: Rol de CAVALLI JCLV S.A. en el mercado de valores peruano. Tesis (PUCP) para optar por el Título de Abogado.. 358 p.*

MORALES SERVIAS Rómulo

2002 *Estudios sobre Teoría General del Negocio Jurídico. Lima: ARA Editores. 1° ed. 318 p.*

MOLINA MATEOS, José María

1994 *Seguridad, información y poder: una perspectiva conceptual y jurídica de la criptología. Madrid: Incipit. 156 p.*

NEGROPONTE Nicholas

1998 *Ser digital. Buenos Aires: Atlántida. Traducido por Dorotea Placking. 7ma. edición. 239 p.*

OLIVERA CAVARRI, Moisés.

El valor de la forma como elemento esencial del acto jurídico. Tesis (Bach). PUCP.

**OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo & OSPINA
ACOSTA Eduardo**

1987 *Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Bogotá: Temis. 3° ed.*
633 p.

PRJETO ACOSTA, Margarita Gabriela.

1984 *Informática Jurídica: el derecho ante un gran reto. Bogotá: Pontificia
Universidad Javeriana. 201 p.*

RONDINEL SOSA Rocío

1995 *Informática jurídica. De la teoría a la práctica. Lima: Preni. 128 p.*

STOLFI, Giuseppe

1991 *Teoría del negocio jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho
Privado. 310 p.*

UNIVERSIDAD DE LIMA

2000 *DERECHO E INFORMATICA. PONENCIAS
DEL VII CONGRESO IBEROAMERICANO
DE DERECHO E INFORMATICA. (24-29
ABRIL 2000). Lima: Editora Perú.. 572 p.*

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

2000 *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica. 5ta. Ed. 574 p.

ZÁRATE OSORJO, Luis Fernando

1979 *Función Notarial. Poder fideifaciente. Autonomía del Notario*.

Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

*ARTÍCULOS DE REVISTAS
ESPECIALIZADAS*

BECERRA PALOMINO, Enrique

1996 *El notariado latino y la seguridad jurídica*. *EN: Notarius*. Lima:

Colegio de Notarios de Lima. Año IV. N° 6. p. 65-70

BEKERMAN, Jorge B.

1987 *El documento electrónico en el proyecto de ley de unificación de la*

legislación civil y comercial de la nación. *EN: Revista Jurídica La*

Ley. Buenos Aires. Tomo 1987-E Sección doctrina. p. 885-889.

BENAVIDES CORREA, Alfonso

1990 *Sentido y Justificación del formalismo en el Derecho. En defensa de la seguridad Jurídica. EN: Notarius. Lima: Colegio de Notarios de Lima. Año I. N° 1. p. 145-148.*

DESANTES GUANTER, José María

1992 *El progreso técnico de los soportes documentarios y su repercusión jurídica. EN: NOTARJUS. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año III. (1992/1993). N° III.*

DE LA FUENTE Juan Angel

1998 *Contratación electrónica, la criptografía y la firma digital. EN: Revista Internacional del Notariado. Buenos aires: ONPJ. Segundo Semestre. N° 96. p.173-177.*

DEVOTO, Mauricio

1999 *El Notario y las transacciones jurídicas electrónicas. EN: Revista Internacional del Notariado. Buenos Aires: ONPJ. Primer Semestre. N° 97. p. 126-132.*

FERREYROS SOTO, Carlos

1995 *Relación entre Notariado, informática y derecho. EN: Notarius.*

Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año V. N° 5.

FLOREZ BARRÓN, Alberto

1990 *Los Documentos y la Seguridad Jurídica. EN: Notarius. Lima:*

Colegio de Notarios de Lima. Año J. N° 1. p. 171-177.

1992 *La Seguridad Jurídica. EN: Notarius. Lima: Colegio de Notarios*

de Lima. Año III. N° 3.

KEMPER, Ana María

1997 *Seguridad Jurídica en la contratación por medios electrónicos. EN:*

ANOTA. Boletín Informativo de la Asociación de Notarios de

Puerto Rico (JNC) Núm. 3. Junio-Julio. Año XI. P.5-7.

MENDOZA LUNA Amílcar Adolfo

2002 *Firma Digital y Certificado Digital de Titularidad. EN: Revista*

Jurídica del Perú. Lima: Normas Legales. Octubre 2002. Año

LII. N° 39. p. 121-154.

MICCOLI, Mario

1996 *Cibernotary. EN: Revista Internacional del Notariado. Buenos*

Aires: ONPJ. Primer Semestre. N° 91. p. 128-139.

MORGENSTERN, Susana Nora

1998 *Seguridad en la contratación por medios electrónicos. EN: El Notario*

Peruano. Lima: Junta de Decanos del Colegio de Notarios del Perú.

p. 189-193.

NÚÑEZ PALOMINO, Germán

1998 *La identificación de las personas naturales por vía electrónica como*

factor de contratación. EN: El Notario Peruano. Lima: Junta de

Decanos del Colegio de Notarios del Perú. p. 184-188.

REVER-FALLER, Sigrun

1998 *Electronic Legal Transactions and Digital Signatures in Germany-*

Current Developments and Outlook for the future from the Notarial

Point of View. EN: Notarius International. The Netherlands:

Kluwer Law International. Vol III. N°1. p. 47-58.

RENGIFO GARCIA Ernesto

1997 Comercio electrónico, documento electrónico y seguridad jurídica *EN:*

Investigaciones Jurídicas. Vol. 4 N° 62. Ene-Junio.

REVISTA INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

1996 Nacimiento del Cibernotario. Buenos Aires: *ONPI. Segundo*

Semestre. N° 94. p. 102-106.

1997 Documento electrónico en Italia. Buenos Aires: *ONPI. Segundo*

Semestre. N° 94. p. 96-99.

1998 El Notariado y el Comercio Electrónico. Buenos Aires: *ONPI.*

Primer Semestre, N° 97. p. 48-52.

REVISTA NOTARIUS

1992 Conclusiones del XX Congreso Internacional del Notariado latino

(Tema *II:* el documento informático y la seguridad jurídica) *EN:*

NOTARIUS. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año

III. Lima, Perú. Año III.

RODRÍGUEZ ADRADOS

2000 La Firma Electrónica. *EN: Revista de Derecho Privado. Madrid:*

Nueva Imprenta S.A. Diciembre. p. 913- 939.

TRAZEGNYES GRANDA Fernando de

1998 *La desmaterialización del Derecho. Del derecho de penada al Internet.*

EN: Thémis Revista de Derecho. 2da época N° 38. p. 7-14.

INTERNET

ABA SECTION OF SCIENCE AND
TECHNOLOGY-ELECTRONIC COMMERCE
DIVISION

Cyber Notary Committee Home Page *EN:*

www.abanet.org/scitech/ec/cn/home.html

CUERVO ALVAREZ, José

La firma digital y entidades de certificación. EN: www.

Geocities.com/SiliconValley/Horizon/4299/doc_4.html. 15 de mayo de 1997.

ECUADOR

*Ley N° 67 de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de datos del 17 de
abril del 2002.*

<http://www.alfa-redi.org/documento/data/70.asp>

FARINELLA, Favio

Venezuela: su ley de firma electrónica. *EN:* www.omdi.net/boletin/index.htm.

Diciembre 2001.

Sobre la adaptación de la legislación peruana al uso de la firma electrónica.

Octubre 2000.

La regulación de las firmas electrónicas y digitales. Sobre ciertos proyectos de ley en Argentina. Setiembre 2000.

Artículos recibidos por correo electrónico del 3 de marzo del 2001.

FLINN, Patrick J. & JORDAN, James M.

Can you encrypt, decrypt, sign and verify without infringing the RSA patent?

EN: www.cyberlaw.com/rsa.html. 1997

ILLINOIS ELECTRONIC COMMERCE

SECURITY ACT S.B.3180 *EN:* www.mbc.com/ceccmsg.html

LEY N° 527 DE COLOMBIA

<http://www.sic.gov.co/Normatividad/Leyes>

MERRILL, Charles R.

The Digital Notary(tm) Record authentication system-A practical guide for legal counsel on mitigation of risk from electronic records **EN:**
www.surety.com/in_news/legalgid.html. Junio 1995.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL)

International Electronic Authentication Laws **EN:**
www.perkinscoie.com/resource/ecom/digsig/intl.htm

VAN DER BOF, Simone

Digital Signature Legislation. **EN:** cwis.kub.nl/~frw/people/hof/DS-lawsu.htm

UTAH DIGITAL SIGNATURE ACT (46-3-101 to 46-3-104)
EN: www.jmls.edu/cyber/statutes/uds-a-1.html

ZANGER, Larry M. & OEN, Lorijean G.

Digital Signatures Guidelines with Model Legislation. **EN:**
www.imginfo.com/caug/ca_1195a.htm

LEGISLACIÓN

- Argentina** *Ley de la Firma Digital y Documentos Electrónicos*
Decreto N° 427/98 del 16 de abril de 1998
Plan Piloto de Firma Digital
- Chile** *Decreto N° 81 (10. Jun. 99) Regula el Uso de la Firma Digital y los Documentos Electrónicos en la Administración del Estado.*
- Colombia** *Ley 527 del 18 de agosto de 1999*
- Ecuador** *Ley N° 67 RO Sup 557 de 17 de abril del 2002, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos*
- España** *Real Decreto Ley 14/1999 del 17 de setiembre sobre Firma Electrónica*
Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica Española (27 de Diciembre del 2001)
- EEUA** *Código de Utah de 1999*

Parlamento

Europeo **Directiva 1999/93**

Perú **Código Civil**

Ley N° 26612, 27269, 27291, 27310, 27323

D. Leg. 681, 827

D.S. N° 009-92-JUS, 001-2000-JUS

R.M. N° 169-2000-JUS

Circular N° JNTA-CR-91 (publicada el 27 de abril del 2000)

Norma Técnica Peruana para Microformas. NTP 392.030-

2. R.068-97-INDECOP/JCRT. Publicada el 16 de enero de 1998.

Proyecto de Reglamento de Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N° 27269

Proyecto de Disposiciones Complementarias al Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales pre publicado por el INDECOPJ en su página web: www.indecopi.gob.pe

Portugal **Decreto Ley N° 290-D/99 (publ. 02 de setiembre 1998)**

***Aprueba Régimen Jurídico de documentos electrónicos y
signatura digital***

***Venezuela Decreto Ley N° 1204 del 28 de febrero del 2001, sobre
mensajes de datos y firmas electrónicas.***

