

LA FIRMA ELECTRÓNICA

Aspectos generales. Su uso en la contratación electrónica y su
empleo por la Administración Pública
(Especial referencia al Régimen Jurídico Salvadoreño)

Ana Yesenia Granillo de Tobar

*A Dios que me permitió alcanzar la meta,
Para mi amado esposo José y
Nuestro querido hijo Alejandro
A mis padres, por su apoyo incondicional
A la Dra. Isabel Martínez,
Mi más profundo agradecimiento*

INDICE GENERAL

	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE.-	
MARCO NORMATIVO	
CAPÍTULO I	
LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL SALVADOR	
1. Importancia de la firma electrónica y su problemática actual en El Salvador	24
1.1. Contratación electrónica y el empleo de la firma electrónica	24
1.2. Uso de la firma electrónica por la Administración Pública	27
2. Referencias a la firma electrónica en la normativa salvadoreña	30
2.1. Aspectos relevantes de la Ley de Simplificación Aduanera L.S.A. (Decreto 529 de 3 de Febrero de 1999): Autodespacho, Firma Electrónica y Entidades Certificadoras.	30
2.2. Uso de La Firma Electrónica en los documentos emanados para la recepción de mercaderías prevista en la Ley General Marítimo Portuaria (Decreto 994 de 19 de Diciembre de 2002)	33
CAPÍTULO II	
TRATAMIENTO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO	

3. Consideraciones generales sobre el análisis de derecho comparado	35
3.1. Análisis comparado de legislación sustentada en el Sistema de Derecho Romano-Germánico.	36
3.1.1. Reformas puntuales a los diversos cuerpos legales o promulgación de leyes especiales entorno a la aplicación de la firma electrónica.	37
3.1.2. Comercio electrónico, Firma electrónica y Protección de Datos Personales. Una misma regulación o diferentes cuerpos legales.	38
3.1.3. Regulación acerca del uso de La Firma Electrónica por la Administración Pública	39
3.1.4. Reconocimiento legal del Notario Electrónico	41
3.1.5. Análisis individualizado de diversos ordenamientos jurídicos que se fundamentan en el Sistema de Derecho Romano-Germánico.	42
3.1.6. Análisis de proyectos de ley especial sobre firma electrónica con fundamento en el Sistema Romano-Germánico.	52
3.2. Análisis de la legislación de los Estados Unidos de América comprendida en el Sistema de <i>Common Law</i> .	53
3.3. Cuadro comparativo de legislaciones pertenecientes al sistema romano-germánico en torno a la firma electrónica.	56

CAPÍTULO III

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL AMBITO INTERNACIONAL

3.4. La firma electrónica en el ámbito comunitario europeo	58
3.5. Breve comentario acerca de Ley Modelo sobre Firma Electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).	60

SEGUNDA PARTE.-

**LA FIRMA ELECTRÓNICA.
ASPECTOS GENERALES.**

CAPÍTULO IV

LA CRIPTOGRAFÍA Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

4. Empleo de La Criptografía en la firma electrónica	66
4.1. Rasgos generales de La Criptografía	67
4.2. Sistemas de criptografía empleados por La Firma Electrónica	68
4.2.1. Sistema de Clave Simétrica	68
4.2.2. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Simétrica	70
4.2.3. Sistema de Clave Asimétrica	72
4.2.4. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Asimétrica	74
4.2.5. Combinación de los Sistemas de Clave Simétrica y de Clave Asimétrica	75
4.2.6. Empleo de los algoritmos <i>hash</i> en los métodos criptográficos	78
4.3. Sistemas utilizados para la aplicación de La Firma Digital	79
5. Firma Electrónica, Firma Digital Y Firma Electrónica Avanzada; conceptos, diferencias y aplicación legal	81
6. Funciones o características de La Firma Electrónica	84
7. Elementos adicionales aparejados a la aplicación de La Firma Electrónica	85
7.1. La hora de envío del mensaje	86
7.2. Sistema de presunciones que surgen de La Firma Electrónica	87

8. Relación entre las Entidades de Certificación y La Firma Electrónica	88
8.1. Intervención de las Entidades de Certificación en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica al mensaje	89
9. Efectos legales de la aplicación de La Firma Electrónica en los mensajes	91

CAPÍTULO V

ENTIDADES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA

10. Surgimiento histórico de las Entidades de Certificación	92
11. Definición de Las Entidades de Certificación y requisitos necesarios para su funcionalidad	97
12. Naturaleza Jurídica de las Entidades de Certificación. Entidades públicas o entidades privadas	99
13. Partes intervinientes en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica, con intervención de las Entidades de Certificación	106
13.1. El Suscriptor o titular del certificado	106
13.2. Las Entidades de Certificación	109
13.3. El Usuario del certificado	109
14. El Certificado Digital. Concepto, contenido y funcionalidad dentro de la aplicación de La Firma Electrónica	110
14.1. Concepto de Certificado Digital	110
14.2. Contenido del Certificado Digital. Especial referencia a los elementos que lo conforman	112
14.3. Procedimiento necesario para la generación de un certificado digital	115
14.4. Diferentes tipos de Certificados Digitales. Clasificación	117

A) Primera Clasificación	117
B) Segunda Clasificación	118
14.5. Obligaciones generales que debe cumplir toda entidad de certificación	118
A) Comprobar la identidad y demás circunstancias personales del solicitante de un Certificado Digital	119
B) Poner a disposición del solicitante los sistemas de creación y verificación de la Firma electrónica	119
C) No Almacenar, guardar o copiar los datos de creación de firma	120
D) Informar al solicitante acerca de las condiciones particulares derivadas de la utilización del certificado	120
E) Crear y conservar actualizado el Registro de Certificados	121
F) Deber de colaboración y de información	122
G) Regulación especial acerca de la cesación de actividades de las entidades de certificación	122
14.6. Otras Obligaciones requeridas para las entidades de certificación que extiendan certificados reconocidos	123
15. Responsabilidad civil de las entidades de certificación con respecto al suscriptor, usuario y/o terceros	124
15.1. Responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones previamente establecidas en la ley	126
15.2. Responsabilidad civil por el uso indebido de parte de terceras personas de los certificados reconocidos y extendidos por las Entidades de Certificación	127
16. Control de las Entidades De Certificación por parte de la Administración Pública y sanciones a imponer en caso de incumplimiento	128

SEGUNDA PARTE.-

EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

CAPÍTULO VI

LA FIRMA ELECTRÓNICA. UN NUEVO MÉTODO PARA LA TRADICIONAL FORMA DE CONTRATACIÓN

17. Fases de la contratación. Especial referencia a la contratación electrónica	131
18. Oferta Electrónica	134
19. Requisitos de la Oferta Electrónica	135
19.1. Oferta a través de correo electrónico (<i>e-mail</i>)	138
19.2. Oferta por correo electrónico, que trata de un envío masivo	139
19.3. Oferta a través de páginas web	140
19.4. Oferta a través de correo interactivo	141
19.5. Consideraciones finales	142
19.6. Revocabilidad y vencimiento de la oferta electrónica	143
19.7. Caducidad de la oferta electrónica	144
20. Aceptación electrónica y contraoferta	145
21. Formación del consentimiento	148
21.1. Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo electrónico (<i>e-mail</i>)	148
21.2. Perfeccionamiento del consentimiento a través de páginas web	152
21.3 Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo interactivo	153
21.4 Consideraciones Finales	154

22. Perfeccionamiento de los contratos	155
23. Sistema de confirmaciones y reconfirmaciones	158
24. Vicios de la voluntad expresada a través de medios electrónicos	160
25. Ausencia de voluntad en la implementación de La Firma electrónica. Uso por otra persona de la clave privada del titular	163

CAPÍTULO VII

EL CIRBERNOTARY. SU PAPEL COMO ENTIDAD DE CERTIFICACIÓN

26. Breve análisis del papel del <i>Cibernotary</i> y su comparación con las funciones del notario latino en el marco de la función concedida a las entidades de certificación	167
26.1. Diferencias entre las Entidades de Certificación y el <i>Cibernotary</i>	170
27. Aspectos del documento electrónico, de los que el notario podrá dar fe	171
28. El nuevo concepto de <i>Cibernotary</i> . Una mezcla del <i>Public Notary</i> del derecho anglosajón y del Notario Latino de tradición germánica	174
28.1. Áreas en las que el <i>Cibernotary</i> tiene competencia para actuar	175
28.2. Competencia territorial de la actuación del <i>Cibernotary</i>	176
A) La adopción de un Sistema Territorialista para la función del <i>Cibernotary</i>	177
B) La adopción de un sistema de competencia universal para la función del <i>Cibernotary</i>	178
29. Requisitos legales mínimos, necesarios para la adecuada regulación del <i>Cibernotary</i>	179

CAPÍTULO VIII

EI USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL SISTEMA BANCARIO

30. Intervención del <i>Cibernotary</i> en el sistema bancario y en la contratación relacionada con éste	183
31. Banca electrónica y contratación electrónica	185
32. Especial referencia a la Hipoteca Electrónica dentro de la contratación electrónica.	187
33. Breve comentario a la Bolsa de Valores y el uso de la Firma Electrónica.	191

CAPÍTULO IX

EI DOCUMENTO ELECTRÓNICO

34. Breve análisis del entorno del Documento Electrónico	192
35. Documento Electrónico y Documento Digital	195
36. El Documento Electrónico. Soporte de otra prueba o un tipo de prueba documental.	198
37. Características del Documento Electrónico	200
38. Clasificación del Documento Electrónico	207
39. Determinación de la legislación aplicable para la valoración del Documento Electrónico	212
40. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en un instrumento internacional	213
40.1. Aplicación de convenios particulares	214
A) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías	214

B) Tratado De Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana Y Los Estados Unidos De América	217
C) Otros instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales	219
40.2. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en las reglas generales del Derecho Internacional. Aplicación del Código De Bustamante	221
41. Determinación de tribunal judicial o tribunal arbitral para resolver el problema presentado entre las partes contratantes	226
42. El documento electrónico y la naturaleza del contrato electrónico	231
43. Validez del Documento Electrónico de acuerdo al perfeccionamiento de los contratos en la legislación secundaria salvadoreña	234
43.1. Validez del Documento Electrónico en los contratos consensuales	235
43.2. Validez del Documento Electrónico en los contratos reales	239
43.3. Validez del documento electrónico en los contratos solemnes	239
44. Validez del Documento Electrónico según la clasificación de las solemnidades en los diferentes tipos de contratos	241
45. Valor probatorio del documento electrónico de acuerdo al régimen procesal salvadoreño	245

TERCERA PARTE.-

FIRMA ELECTRÓNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

CAPÍTULO X

LA FIRMA ELECTRÓNICA Y SU APLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

46. El cambio desde la Administración Pública hasta la Administración Electrónica; algunos comentarios generales al respecto	249
47. Primeros pasos de la Administración Pública de El Salvador hacia la Administración Electrónica. Especial referencia a la Comisión Nacional Para la Sociedad de la Información	259
48. Administración Pública y Entidades de Certificación. Fiscalización y Control o una entidad de certificación más	261

CAPÍTULO XI

LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL RESPETO POR LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (HABEAS DATA)

49. Aspectos generales del Derecho a la Protección De Datos o Habeas Data y su situación actual en la legislación salvadoreña	264
50. Principios básicos contenidos en la Protección de Datos o Habeas Data	275
51. La Protección de Datos Personales y su relación con la Administración Pública y con el empleo de la Firma electrónica	279

CAPÍTULO XII

LA TUTELA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS VENTAS A DISTANCIA Y SU RELACIÓN CON EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

52. Principios básicos de la protección de los derechos de los consumidores. Especial referencia al comercio electrónico y su relación con la firma electrónica	281
---	-----

CAPÍTULO XIII

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LOS CIUDADANOS A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

53. Uso de la firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta a través de internet	287
54. Imposición de tributos derivados de las operaciones verificadas a través de internet	289
55. Principios generales aplicables a la tributación en el comercio electrónico	289
56. Imposición del <i>Bit Tax</i> o falta de fiscalidad de las operaciones verificadas a través de internet	292
56.1. Problemas que se presentan en la imposición de tributos para el Comercio Electrónico	295
57. Uso de la Firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto derivado por el pago de aduanas	300

CAPÍTULO XIV

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA APLICADA A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CON LOS PARTICULARES

58. Presentación de escritos, solicitudes y recursos por medios electrónicos	301
59. Procedimiento Administrativo Electrónico. Emisión de actos administrativos “ <i>on line</i> ”	304

CAPÍTULO XV

UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA PARA LOS REGISTROS PÚBLICOS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL

60. Consulta abierta de los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil, por el público a través de internet	307
61. La presentación de documentos vía telemática aplicando la Firma electrónica en los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil	310
61.1. Modificación de la Ley de Notariado (L.N.) de El Salvador	313
61.2. Modificación de la regulación relacionada con el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca	315
61.3. Otros elementos relacionados con la presentación de documentos vía telemática aplicando la firma electrónica en los registros	316
62. Requisitos necesarios para la emisión de la Firma electrónica de los notarios y registradores	318
63. El Registro Mercantil y la constitución de sociedades. Comentarios al referente español de la Sociedad Nueva Empresa	321

CAPÍTULO XVI

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA POR EL ORGANO JUDICIAL

64. Acceso a la jurisprudencia dictada por los tribunales y necesidad de aplicación del Habeas Data	331
65. Publicación de la jurisprudencia dictada por los tribunales. Especial referencia a la aplicación de las Reglas de Heredia	335
66. Acceso a la información de procesos judiciales	337
67. Actos de comunicación judicial a través de medios electrónicos, con especial referencia al uso de la Firma electrónica	337
68. Elementos que necesita el sistema judicial para que funcione el uso de los medios electrónicos	340

CAPÍTULO XVII

LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LOS DELITOS INFORMÁTICOS

69. Aspectos generales de los delitos informáticos. Una nueva forma de delinquir	341
70. Empleo de la firma electrónica. Prevención y sanción de los delitos informáticos	348
CONCLUSIONES	350
INDICE BIBLIOGRAFICO	360
INDICE LEGISLATIVO	372
OTROS DOCUMENTOS	376
INDICE DE JURISPRUDENCIA	377

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AE	Administración Electrónica
AMPS	Asociación Salvadoreña de Medios Publicitarios Salvadoreños
ANEP	Asociación Nacional de la Empresa Privada,
Art.	Artículo
ASDER	Asociación Salvadoreña de Radiodifusores,
BMI	Banco Multisectorial de Inversiones,
C A	<i>Certification Authority</i>
C.Com.	Código de Comercio
CNR	Centro Nacional de Registros
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)
CONACYT	Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología,
C.Pr.C.	Código de Procedimientos Civiles
D. E.	Decreto Ejecutivo
D. L.	Decreto Legislativo
DES	<i>Data Encryption Standard</i>
D.N.I.	Documento Nacional de Identidad Electrónico
D. O.	Diario Oficial
DSA	<i>Digital Signature Algorithm</i> (Algoritmo de Firma Digital)
DUE	Documento Único Electrónico
EAT	Agencia Tributaria
EDI	<i>Electronic Data Interchange</i>
FEAN	Firma Electrónica Avanzada Notarial
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social,
ISO	<i>International Standards Organization</i>
LFD-AR	Ley de Firma Digital de Argentina
L.N.	Ley de Notariado

LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
L.S.A.	Ley de Simplificación Aduanera
MAC	<i>Messages Authentication Codes</i>
MDC	<i>Modification Detection Codes</i>
OECD	Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAIT	Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación
PIN	<i>Personal Identification Number</i> (Número de Identificación Personal)
RCE	Revista de Contratación Electrónica
RCDI	Revista Chilena de Derecho Informático
R.D.	Real Decreto Ley
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Busátil
RDP	Revista de Derecho Privado
RSA	<i>Rivest, Shamir, Adleman</i>
SASCCSJ	Sentencia de Amparo de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.
SIGET	Superintendencia General de Electricidad y Comunicaciones
SLNE	Sociedad Limitada Nueva Empresa
TLC	Tratado de Libre Comercio
UES	Universidad de El Salvador,
UNCITRAL	<i>United Nations Commission for International Trade Law</i> (CNUDMI)

INTRODUCCIÓN

La aparición del internet en el mundo moderno conlleva el empleo de medios electrónicos que en menor o mayor medida han suplido las tradicionales formas de contratar, esta nueva herramienta nos acerca en minutos a cualquier país del mundo, nos permite la agilización de las comunicaciones con cualquier persona y su costo es mucho más bajo.

Ante el fenómeno de la globalización en el que el uso de medios electrónicos es parte del mismo, era de suponer que las ya conocidas formas de contratar iban a sufrir un cambio radical en su forma, lo que ha repercutido en el nacimiento de nuevos contratos y en nuevos métodos para los contratos ya regulados, por ende, es necesaria la regulación legal adecuada en ambos casos.

Con igual sentido, los gobiernos de los países del mundo han apostado por la implementación de medios electrónicos en sus actividades diarias con la finalidad de acercarse más a los gobernados o permitir que la administración pública preste un servicio más ágil y efectivo, por esta razón es que surge el fenómeno de *e-goverment*, con más aceptación en aquellos países que por su grado de desarrollo, los ciudadanos pueden acceder a la administración pública a través de medios electrónicos o informáticos.

Con el deseo de los gobiernos y de las personas particulares de utilizar día a día y en mayor medida el internet y sus beneficios, surge la necesidad de dotar de seguridad a aquellas comunicaciones electrónicas entre la administración y los particulares o entre los particulares mismos, creando nuevas figuras inicialmente de carácter técnico como la Firma Electrónica, para luego dar paso al marco jurídico apropiado que permita su implementación en los países, generando la confianza necesaria para servir al quehacer diario con los aspectos legales necesarios.

El Salvador no se ha visto excluido frente al fenómeno de la globalización, ya que el uso del internet se ha generalizado a todos los niveles de la sociedad, su bajo costo permite que cualquier persona ingrese y conozca los diferentes sitios web que se han multiplicado con gran rapidez en los últimos años, de igual manera, el gobierno apoya el uso de los mismos a través de una estrategia pública previamente diseñada.

El surgimiento de la firma electrónica en El Salvador data desde los inicios del año 1999, sin embargo, se presenta en un marco reducido que únicamente incluye la parte de aduanas, en la misma ley se reconoce la necesidad de un nuevo marco legal que permita su empleo por cualquier persona natural o jurídica en los diversos aspectos de la vida cotidiana.

La falta de una ley especial que norme acerca de la Firma Electrónica en El Salvador con carácter general, constituye el fundamento del presente trabajo, ya que ante la ausencia de la misma, se presentan un sinnúmero de vacíos legales y de dudas de aplicación en los aspectos relacionados con esta figura, así por ejemplo: la forma en que se perfeccionan los contratos celebrados por internet, los efectos jurídicos de su ausencia o de su uso en su caso, el valor probatorio del documento firmado electrónicamente, el tribunal competente y la ley aplicable en conflictos internacionales, la legalidad de su empleo por la administración pública y de justicia.

Hemos realizado un análisis amplio e integral de la Firma Electrónica, haciendo especial referencia a la legislación salvadoreña, dicho análisis comprende un estudio jurídico apoyado en la legislación nacional vigente por una parte y por otra, nos hemos auxiliado del análisis de legislaciones que como la de España, tienen mayor experiencia en esta materia, lo que nos ha permitido examinar áreas aún no exploradas por nuestro legislador pero que en otras sociedades ha producido beneficios para los usuarios, con la finalidad de llevar a cabo propuestas de reforma de leyes o la creación de nuevas leyes que los comprenda.

La presente investigación se ha estructurado en cuatro partes, cada parte comprende aspectos con características comunes entre sí, de la siguiente manera: la primera parte, se refiere al marco normativo, comprendiendo dentro de sí la problemática jurídica de la firma electrónica en El Salvador y el estudio de la misma en el derecho comparado, así como en el ámbito comunitario europeo y en el derecho internacional.

Primero, se hace una presentación de las escasas referencias jurídicas de la legislación interna que recogen la aplicación de dicha figura en El Salvador, así como los convenios multilaterales sobre comercio, que a la vez promulgan e impulsan el empleo de la firma electrónica en un corto plazo, citando concretamente el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América.

Segundo, hemos hecho un bosquejo general de los diversos cuerpos legales en diversos países alrededor del mundo acerca de la firma electrónica agrupados en los sistemas romano-germánico y de *common law*, en el cual se destacan los aspectos de mayor relevancia y tercero, hacemos referencia a la normativa internacional que rige al respecto, la que denota el interés de los Estados por armonizar sus legislaciones y crear un área común de libre comercio en el que cada vez resulta más necesario concretar la seguridad de las transacciones comerciales por vía electrónica.

La segunda parte, comprende los aspectos generales de la firma electrónica. Su relación con la ciencia de la Criptografía y los sistemas de aplicación, además incluye una descripción sencilla y detallada a través de pasos, que explican y demuestran el empleo de dicha ciencia por la firma electrónica y de cómo ésta finalmente, otorga la seguridad deseada a las comunicaciones electrónicas.

Otro aspecto que conforma las generalidades de la firma electrónica, es la existencia misma de las entidades de certificación, a quien se debe en gran medida la seguridad de las comunicaciones, constituyéndose como creadores y fedatarios de las identidades

electrónicas a través de la emisión de certificados digitales que pueden clasificarse de diferentes formas atendiendo a su contenido y grado de seguridad. Se señalan además, las obligaciones que necesariamente deben cumplir dichas entidades así como las sanciones que por su incumplimiento se pueden imponer y los casos en los cuales sean responsables civilmente.

La tercera parte se refiere al empleo de la firma electrónica y su uso en el ámbito de la contratación electrónica, en la cual se ha hecho un análisis jurídico de la oferta, la aceptación y del momento del perfeccionamiento del consentimiento en los contratos celebrados por medios electrónicos, como un preámbulo para la intervención del *cibernotary* o notario electrónico, en un nuevo rol que conjuga la función propia del notariado y las señaladas para las entidades de certificación con la finalidad de utilizar la firma electrónica en este nuevo proceso contractual.

Como un agregado de la firma electrónica en esta moderna forma de contratar, hemos incorporado una referencia al empleo de la misma en el sistema bancario y bursátil a fin de analizar la situación actual de la *e-banca* en El Salvador y de cómo el empleo de la firma electrónica puede multiplicar los beneficios al sistema bancario permitiendo una disminución en sus costos, asimismo, hacemos un estudio de la hipoteca electrónica como un ejemplo de reciente aparición.

Finalmente, debe hacerse un estudio legal obligatorio del documento electrónico, determinando si se trata de un soporte de otra prueba o si es un tipo de prueba diferente, señalando sus propias características y su clasificación, para luego profundizar en la problemática de su valoración en el ámbito del derecho internacional a fin de señalar la legislación que será aplicable al caso en concreto y el tribunal con competencia para conocer del asunto en cuestión, todo con arreglo a los diferentes instrumentos ratificados por El Salvador y a la misma legislación interna.

La cuarta parte abarca un análisis de los diversos aspectos en los cuales la administración pública puede usar de la firma electrónica y aprovechar de sus ventajas, ya que tal como expresamos con anterioridad, los gobiernos del mundo han decidido hacer del internet una herramienta que les permita llegar hasta los administrados de una manera más ágil, práctica y a bajo costo, a fin de informarles del quehacer administrativo, brindarles consultas o servicios en línea hasta que finalmente, todo el procedimiento administrativo pueda descansar en un soporte meramente electrónico.

Entre los aspectos que hemos considerado se citan los siguientes: a) la protección por parte de la administración pública de los datos personales de los usuarios, capturados y/o empleados en las comunicaciones electrónicas, teoría que marca el inicio del *Habeas Data* en la legislación salvadoreña y que se ve incrementado con el uso de las nuevas tecnologías.

b) De igual manera, se incluye la tutela de los derechos de los consumidores en las ventas a distancia, ya que debido al empleo creciente de los medios electrónicos, se convierte en necesario ampliar la tutela de los derechos de los consumidores a esta área, determinando la utilidad del uso de la firma electrónica.

c) Otro aspecto a considerar consiste en el cumplimiento de obligaciones tributarias por internet, analizado desde un doble aspecto, en lo referente a la imposición de tributos que generen las operaciones por internet y la presentación de declaraciones o formularios que contengan el cumplimiento de otros impuestos presentados con auxilio de medios electrónicos y con firma digital.

d) El uso de la firma electrónica en los procedimientos administrativos con los particulares o e) en los registros de la propiedad y de comercio, en los cuales se destaca la facilidad de acceso a la administración o a los registros de propiedad y comercio y la seguridad en la identidad de los suscriptores de documentos a presentarse en los mismos.

f) En cuanto al uso de la firma electrónica por el Órgano Judicial, pueden señalarse varios aspectos como la publicación de jurisprudencia, el acceso a la información de procesos judiciales y la comunicación judicial por medios electrónicos, los cuales contribuirán a la transparencia e inmediación que debe caracterizar al propio proceso.

g) Finalmente y no siendo menos importante, nos referiremos a la relación que existe entre la firma electrónica y los delitos informáticos, en la cual se hará una presentación general del surgimiento de los delitos informáticos y el empleo de la firma electrónica para la prevención de los mismos.

PRIMERA PARTE

MARCO NORMATIVO

CAPITULO I

**LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN
EL SALVADOR**

SUMARIO: 1. Importancia de la firma electrónica y su problemática actual en El Salvador. 1.1. Contratación electrónica y el empleo de la firma electrónica. 1.2. Uso de la firma electrónica por la Administración Pública. 2. Referencias a la firma electrónica en la normativa salvadoreña. 2.1. Aspectos relevantes de la Ley de Simplificación Aduanera L.S.A. (Decreto 529 de 3 de Febrero de 1999): Autodespacho, Firma Electrónica y Entidades Certificadoras. 2.2. Uso de La Firma Electrónica en los documentos emanados para la recepción de mercaderías prevista en la Ley General Marítimo Portuaria (Decreto 994 de 19 de Diciembre de 2002)

1. Importancia de la firma electrónica y su problemática actual en El Salvador

Se ha tomado en cuenta el escaso marco regulatorio que existe en El Salvador acerca de la Firma Electrónica, tema de reciente aparición para el análisis jurídico-legal que se llevará a cabo en los siguientes apartados.

Es necesario destacar que el empleo de la Firma Electrónica en la contratación en general, así como su aplicación por la Administración Pública; presenta en El Salvador sus primeras manifestaciones, que tienden a buscar la implementación de tal figura en un futuro cercano, permitiendo a sus ciudadanos y a los juristas en particular, aprovechar los beneficios que representa.

1.1. Contratación electrónica y el empleo de la firma electrónica

Actualmente puede afirmarse que la regulación sobre la aplicación de la Firma Electrónica en la regulación legal de las obligaciones y particularmente, en el sistema de

contratación salvadoreña, es escasa e insuficiente para dar respuesta a los problemas jurídicos que su uso suscita. El único marco legal que existe y que hace alguna referencia a la contratación electrónica es el Tratado de Libre Comercio (TLC), entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América.

Este último instrumento ha llegado a obtener la categoría de ley secundaria dentro de la legislación salvadoreña de acuerdo al sistema constitucional adoptado para la incorporación del mismo.¹ Por medio de él, las partes reconocieron en el Capítulo Catorce, denominado “Comercio Electrónico”, que éste último genera crecimiento económico y oportunidad, y por tal razón, las partes se han comprometido a no gravar con impuestos internos, directa o indirectamente los productos digitales por transmisión electrónica, entre otros, lo que constituye un claro incentivo para el comercio a través de esta vía.

En ese mismo sentido, existe un compromiso de los Estados Partes tendiente a poner a disposición del público sus leyes, regulaciones y medidas de aplicación general que se relacionen con el comercio electrónico, lo que implica promulgar con anterioridad una ley que incluya los aspectos importantes del comercio electrónico, cuyo ejercicio incluirá como es lógico suponer, la implementación pertinente sobre la firma electrónica.²

Para alcanzar los objetivos propuestos en el TLC, las partes además se comprometieron a trabajar en conjunto con la finalidad de superar obstáculos, compartir información en las áreas básicas del comercio electrónico, incluyendo la firma electrónica,

¹ El sistema salvadoreño es considerado Monista, puesto que de conformidad con el Art. 144 de la Constitución de la República de El Salvador, los tratados internacionales como el que se analiza, constituyen leyes de la República al entrar en vigor y conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución, necesitan de mayoría calificada, correspondiente al voto de 2/3 de los votos de los diputados en la Asamblea Legislativa para su correspondiente promulgación.

² Existe dentro de la legislación interna, la elaboración de un Anteproyecto sobre Comercio Electrónico y Firma Electrónica, con el cual se presente responder al compromiso internacional contraído en el TLC con Estados Unidos, este Anteproyecto se encuentra siendo elaborado en el Ministerio de Economía de El Salvador, contando con la colaboración de la Cámara de Comercio de El Salvador, su fase de discusión ha sido suspendida y la comunidad jurídica está a la espera de que el Ministerio de Economía retome su elaboración y sea presentada a la Asamblea Legislativa, constituye por tanto, el primer intentó de elaborar una ley de tal naturaleza.

mantener flujos transfronterizos de información, estimular el desarrollo de modelos de control y finalmente, la participación en foros internacionales, a nivel hemisférico como multilateral; buscando la finalidad última de utilizar efectivamente el desarrollo del comercio.

Ante la entrada en vigor de este instrumento internacional, prevista para el día 1 de febrero de 2006, debe reconocerse el enorme tráfico comercial que traerá consigo la su implementación así como la situación de desventaja en la que nos encontramos, si consideramos que los Estados Unidos de América ha sido de los primeros países en reconocer y crear el marco jurídico necesario para el uso adecuado de la firma electrónica, y que República Dominicana cuenta ya con un ley sobre firma electrónica,³

Por tanto y considerando que no existe una regulación en El Salvador sobre la Firma Electrónica con aplicación general, la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos nos otorga la certeza que pronto se gestará la legislación necesaria sobre esta materia.

Debe recordarse además, que El Salvador ha participado en la negociación de otros instrumentos internacionales que tienen como finalidad proveer a los estados de convenios que establezcan las normas atinentes para el empleo de los medios electrónicos en la contratación internacional. Es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que fue elaborada por el Grupo de Trabajo número Cuatro, denominado “Comercio Electrónico” de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.⁴

³ Vid. Ley No. 126-02, sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, promulgada el día 4 de septiembre de 2002 y su Reglamento General de Aplicación de la ley 126-02 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, emitido mediante decreto No. 335-03 del 14 de abril de 2003.

⁴ Vid. El texto de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, cuyo texto fue aprobado por Resolución 60/21 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 9 de diciembre de 2005, la cual puede ser encontrada en la página web de UNCITRAL.

La participación de El Salvador en foros de análisis como el antes citado, nos demuestran el compromiso internacional que como nación se ha adquirido para aplicar con prontitud instrumentos legales acerca del comercio electrónico.

1.2. Uso de la firma electrónica por la Administración Pública

Debemos advertir de forma inicial que el Gobierno de El Salvador ha implementado la denominada Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico,⁵ la que ha servido de fundamento para que los diversos Ministerios del Órgano Ejecutivo comenzaran a dar los primeros pasos en el uso de los medios electrónicos en las diversas actividades realizadas por los mismos.⁶

Como complemento de la Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico, se creó mediante Decreto Ejecutivo la denominada Comisión Nacional para la Sociedad de la Información,⁷ la cual se encuentra compuesta por una serie de entidades, cuya finalidad principal es asesorar al Presidente de la República acerca del empleo de las nuevas tecnologías por parte de la Administración.

⁵ Vid. <http://www.redgealc.net/archivos/documentos/elsalvador.pdf>, desde la cual se puede descargar el documento relacionado.

⁶ Vid. Informe del Proyecto de Investigación a través de la Cooperación Interuniversitaria de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y la Escuela Universitaria de Informática de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, que en sus conclusiones se reconoció “El Gobierno de El Salvador ha identificado la necesidad de apostar por el uso de nuevas tecnologías y su regulación, tal como se establece en el documento Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico, formulado por la Secretaría de la Presidencia de la República de El Salvador, de febrero de 2004, en el cual se señala “El concepto de gobierno electrónico (...) trata de una forma de Estado, más ambiciosa, más allá del uso de la tecnología o de la prestación de servicios en línea. Se trata de una reforma del Estado, que busca transformar la forma en que el Gobierno se relaciona con los ciudadanos, la empresa privada y diversas organizaciones de la sociedad, por medio de un cambio radical en la gestión administrativa que fomente la eficacia y transparencia en la interacción del Gobierno con sus usuarios”.

⁷ Vid. Decreto Ejecutivo Número 79 de fecha 23 de diciembre de 2004, publicada en el Diario Oficial Número 11, Tomo 366 de fecha 17 de enero de 2005. Por medio del presente Decreto se creó la Comisión Nacional para la Sociedad de la Información.

La Administración Pública, a través del Ministerio de Hacienda, ha sido la entidad que ha innovado en el ámbito nacional con la utilización y su correspondiente regulación sobre la Firma Electrónica a través de la L.S.A., que como explicaremos a continuación, busca el desarrollo de nuevas modalidades de despacho que por su agilidad otorguen ventajas a los productores nacionales, usando para ello el intercambio de información a través de medios digitales y asegurando la autenticidad de tal información con la Firma Electrónica. Esta es la primera regulación que se ha creado acerca del empleo de la Firma Electrónica en El Salvador, la cual ha sentado las bases del sistema criptográfico empleado, el régimen de las Entidades de Certificación, los efectos del Documento Electrónico, entre otros.

Recientemente, el Ministerio de Hacienda, como la cartera de Estado encargada de la recaudación fiscal y precursora de la utilización de la Firma Electrónica, también ha promovido e incentivado la utilización de medios electrónicos para la presentación de declaraciones de impuesto, como las que se generan en aplicación de la Ley de Impuesto sobre la Renta, permitiendo que el acceso para declaraciones de este impuesto llegue con facilidad a los salvadoreños y que los costos en la recolección física de los mismos disminuya notablemente.⁸

Actualmente, no existe una ley, propuesta de reforma o proyecto, que promulgue la aplicación de los medios electrónicos para notificaciones judiciales y/o administrativas y consecuentemente, el uso de la firma digital para aquellas; así como tampoco se ha regulado legalmente su uso para los Registros Públicos, como el Registro de la Propiedad y el Registro de Comercio o Mercantil.

No obstante, recientemente el Colegio de Registradores de España ha suscrito un Acuerdo de Cooperación con el Centro Nacional de Registros de El Salvador para la

⁸ Vid. Infra Apartado 53.

implementación de la Firma Electrónica en el mismo,⁹ lo que hace pensar que muy pronto el uso de esta figura jurídica se irá haciendo extensivo para toda la administración.

Por otra parte, la autorización para ejercer la Función Notarial,¹⁰ al menos por el momento, no incluye la función de certificación de Firmas Digitales,¹¹ como consecuencia lógica de la ausencia de regulación sobre dicho tema, esto no obsta para que el legislador salvadoreño puede contemplar la posibilidad de conceder la función de certificación de firmas digitales a los notarios, más aún si tomamos en cuenta que el impulso hacia los nuevos tipos de contratación viene representado por el TLC antes señalado y por la intención del registro salvadoreño de hacer uso de la firma electrónica a fin de obtener mejores beneficios.

También debe destacarse la notable importancia que ha adquirido la legislación referente a la protección de los derechos de los consumidores, lo cual se hace más palpable con la reciente Ley sobre Protección del Consumidor, aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador.

Con el uso masivo de los medios electrónicos, se hace más viable la transferencia de información entre entidades o entre personas, razón por la cual es de vital importancia, reconocer y tutelar la protección de datos personales de los particulares o *Habeas Data*, como un derecho derivado del derecho constitucional a la Intimidad y que recientemente ha sido incorporado a través de la antes mencionada Ley de Protección del Consumidor.¹²

⁹ Vid. Infra Apartado 60.

¹⁰ Vid. Art. 1 de la L.N. de El Salvador, el Notariado o Función Notarial, es considerado como una función pública y por lo tanto, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, de conformidad con la ley.

¹¹ Lo que actualmente se refiere a la función del *Cibernotary*, Vid. Infra Apartado 26.

¹² Vid. Ley de Protección al Consumidor de fecha 18 de agosto de 2005, publicada en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco, la cual derogó en todas sus partes la anterior Ley de Protección al Consumidor, publicada con fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Por su parte la Administración de Justicia actualmente no ha podido observar los beneficios de la implementación de la firma electrónica, debido a la falta de regulación legal que permita los actos de comunicación a través de este tipo de medios así como la falta del equipo necesario para llevarlos a cabo, por una parte y por otra, que en la actualidad son pocos los juicios en los que se presentan pruebas como la contenida en los documentos electrónicos y en consecuencia, no existe jurisprudencia al respecto en muchos casos, provocando con ello el desconocimiento acerca de estos temas de actualidad.

2. Referencias a la firma electrónica en la normativa salvadoreña

Como se afirmó anteriormente, El Salvador no ha promulgado una Ley que verse sobre la Firma Electrónica de la misma forma en que no ha promulgado una Ley sobre Comercio Electrónico o la Sociedad de la Información, nombre con el que se denomina en países como España a la regulación referente al Comercio Electrónico en general.¹³

Sin embargo, se han aprobado decretos aislados que de alguna forma prevén que en un futuro próximo, el uso de la firma digital será un medio alternativo para suscribir declaraciones, acuerdos o convenios y como ejemplo citaremos y analizaremos algunos de estos decretos.

2.1. Aspectos relevantes de la Ley de Simplificación Aduanera L.S.A. (Decreto 529 de 3 de Febrero de 1999): Autodespacho, Firma Electrónica y Entidades Certificadoras.

¹³ Vid. CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*, Editorial Reus, Barcelona, 2005, p. 24 y 31. Como bien lo ha reconocido la autora formular un concepto de comercio no es tarea fácil y su significado normalmente identifica al Comercio Electrónico, sin embargo, el concepto se encuentra enmarcado en una categoría más amplia la de Servicios de la Sociedad de la Información y en ese sentido la Directiva 2000/31/CE de fecha 8 de junio de 2000 o también denominada Directiva sobre Comercio Electrónico no presenta una definición sobre Comercio Electrónico, sino más bien, lo comprende en el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información.

Promulgada mediante Decreto número 529¹⁴, el propósito de la ley fue plasmado en los Considerandos de la misma y por medio de ellos, se señala la necesidad de adecuar los servicios aduaneros a los estándares de calidad y eficiencia en términos de facilitación del comercio internacional, control de recaudación fiscal y protección de la sociedad así como la integración regional encaminada a la simplificación y facilitación de los procedimientos aduaneros a través del uso de la modalidad de despacho o también llamada autodeterminación o autoliquidación, preceptuada en el Art. 75 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, permitiendo el desarrollo de nuevas modalidades de despacho que por su agilidad otorguen ventajas competitivas a los productores salvadoreños.

Con el texto de dicha Ley, se permite proporcionar la información requerida en el manifiesto general de carga, que están obligados a proporcionar los transportistas, sean estos terrestres, marítimos o aéreos o los agentes de transporte en su caso, mediante transmisión electrónica,¹⁵ surgiendo con ello, el marco legal más completo con el que hasta la fecha se cuenta sobre la firma electrónica a nivel nacional.

La modalidad de Teledespacho constituye¹⁶ “un conjunto sistematizado de elementos tecnológicos de carácter informático y de comunicaciones que permiten, dentro de un marco de mutuas responsabilidades y mediante los procedimientos autorizados, el intercambio por vía electrónica de información de trascendencia tributaria entre la Dirección General y los usuarios y auxiliares del servicio aduanero, bancos y en general, los operadores e instituciones contraloras del comercio exterior”; dicho de otra manera, pretende regular el conjunto de relaciones entre las personas jurídicas o entes que intervienen en el intercambio de información por vía electrónica.

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial No. 23, Tomo No. 342, de fecha 3 de febrero de 1999; fue presentada a iniciativa del Ministerio de Hacienda

¹⁵ Vid. Art. 2 de la L.S.A. (Decreto 529 de 3 de febrero de 1999).

¹⁶ Vid. Art. 6 párrafo 2º de la L.S.A. (Decreto 529 de 3 de febrero de 1999), disposición que provee el concepto apuntado.

Además, el Art. 8 párrafo 3º presenta ya, una definición legal de firma digital o electrónica, estableciendo que “es el producto de la vinculación de ambas llaves o pareja de llaves únicas y correspondientes entre sí, una pública y una privada, de tal manera que ambas se corresponden de manera exclusiva y excluyente”;¹⁷ finalmente concluye, que se convierte en el sustituto digital de la firma manuscrita, concediendo certeza al intercambio electrónico de datos.

En razón de lo anterior, se confiere plena validez a los documentos generados a través de medios informáticos y de vía electrónica, otorgándole los mismos efectos jurídicos que produciría la entrega de esa misma información en soportes físicos.¹⁸ En definitiva, puede afirmarse que se otorga base legal al “Principio de No Discriminación”, contemplado en aspectos doctrinarios del Comercio Electrónico y de la Firma Electrónica.¹⁹

El texto de la Ley contempla, desde su fecha de promulgación, la creación de Entidades Certificadoras, encargadas de garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información y de impedir su posterior repudiación, siendo éstas las encargadas de proveer los servicios de certificación de dicha información. Además, de conformidad con esta misma ley, la autorización para operar será ejercida por el Ministerio de Hacienda, siendo manifiestamente clara la voluntad del legislador de establecer que será tal autoridad la encargada, en tanto no se dicte una ley que regule de manera general todos los aspectos relacionados con el comercio electrónico. Para el cumplimiento de tal fin, a través de la ley que se analiza, se regulan las funciones, deberes y sanciones impuestas a dichas entidades certificadoras.²⁰

¹⁷ Con esta regulación legal, el legislador salvadoreño opta por el Sistema de Asimétrico o Sistema de Clave Pública, en el cual es necesario un juego de llaves, una pública y una privada. Vid. Infra Apartado 4.2.3.

¹⁸ Vid. Art. 7 párrafo primero de la L.S.A..

¹⁹ Vid. Este Principio se encuentra retomado en el concepto de Documento Público Electrónico, considerando a este último como aquel emanado del resultado de aplicación del proceso de firma electrónica.

²⁰ Vid. Arts. 8-A, 8-B y 8-C L.S.A.

Otro aspecto de vital relevancia se ubica dentro de las disposiciones transitorias de la Ley en cuestión,²¹ ya que se estipula el plazo máximo de dos años contados desde la fecha de vigor del decreto para que se aprueben las disposiciones legales que regulen de manera general lo relacionado con el intercambio electrónico de datos y los sistemas de certificación de firma digital; más sin embargo, cinco años han transcurrido ya desde la fecha estipulada sin que se emitiera la ya esperada Ley de Firma Electrónica y por tal razón, actualmente, es el Ministerio de Hacienda el único ente encargado de autorizar Entidades de Certificación, debido a que la figura de la firma electrónica que se concibió se realizó en el seno de las obligaciones aduaneras, tal como hemos venido exponiendo.

2.2. Uso de La Firma Electrónica en los documentos emanados para la recepción de mercaderías prevista en la Ley General Marítimo Portuaria (Decreto 994 de 19 de Diciembre de 2002)

La Ley General Marítimo Portuaria de reciente creación en El Salvador, por medio de Decreto Legislativo No. 994 de 19 de diciembre de 2002,²² regula bajo el título denominado “Régimen de Responsabilidad de los Armadores”, varias obligaciones de dichos armadores, y entre ellas se encuentra la de emitir documentos necesarios por medio de los cuales se acuse recibo de la recepción de mercaderías, pudiendo en este caso emitir tal documento a través de cualquier medio por el que quede constancia de la información que contenga

²¹ Vid. Art. 14 párrafo segundo de la L.S.A.

²² Vid. La ley General Marítimo Portuaria, publicada en el Diario Oficial No 182, Tomo 357 de fecha 1 de octubre de 2002, regula las actividades relacionadas con la promoción, desarrollo y defensa de los intereses marítimos además de la vigilancia en los asuntos relacionados con el mar, el ejercicio de la soberanía y la jurisdicción en el territorio marítimo y aguas continentales de El Salvador, incluye además, la regulación de los espacios marítimos y acuáticos continentales respecto al transporte acuático y finalmente, establece regulaciones para la construcción, administración, operación y mantenimiento de los puertos nacionales en general.

Y en los casos en que exista acuerdo entre el usuario y el armador o transportador para comunicarse electrónicamente, tales documentos podrán ser sustituidos por un mensaje de intercambio electrónico de datos; permitiendo que la firma en ese caso, pueda ser manuscrita o bien estampada mediante facsímil o autenticada por un Código electrónico; confiriendo sustento legal a la utilización de la firma electrónica en nuestra reciente legislación marítima.²³

Con la regulación necesaria sobre Firma Electrónica y la disposición en comento, en la cual se prevé la posibilidad de utilizar la firma electrónica, nace el llamado “Documento Electrónico Marítimo” del que ya se hace uso en el Comercio Internacional.

²³ Vid. Art. 90 de la Ley General Marítimo Portuaria de El Salvador, “Intercambio Electrónico de Datos. Para la emisión de los documentos a que se refieren los artículos anteriores, podrá emplearse cualquier medio por el que quede constancia de la información que contenga. Cuando el usuario y el armador o transportador hayan convenido en comunicarse electrónicamente, dichos documentos podrán ser sustituidos por un mensaje de intercambio electrónico de datos. La firma podrá ser manuscrita o bien estampada mediante facsímil o autenticada por un Código electrónico”

CAPITULO II

TRATAMIENTO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 3. Consideraciones generales sobre el análisis de derecho comparado. 3.1. Análisis comparado de legislación sustentada en el Sistema de Derecho Romano-Germánico. 3.1.1. Reformas puntuales a los diversos cuerpos legales o promulgación de leyes especiales entorno a la aplicación de la firma electrónica. 3.1.2. Comercio electrónico, Firma electrónica y Protección de Datos Personales. Una misma regulación o diferentes cuerpos legales. 3.1.3. Regulación acerca del uso de La Firma Electrónica por la Administración Pública. 3.1.4. Reconocimiento legal del Notario Electrónico. 3.1.5. Análisis individualizado de diversos ordenamientos jurídicos que se fundamentan en el Sistema de Derecho Romano-Germánico. 3.1.6. Análisis de proyectos de ley especial sobre firma electrónica con fundamento en el Sistema Romano-Germánico. 3.2. Análisis de la legislación de los Estados Unidos de América comprendida en el Sistema de *Common Law*.

3. Consideraciones generales sobre el análisis de derecho comparado

El presente análisis de derecho comparado parte de los principales sistemas legales o de derecho²⁴ que existen, refiriéndonos a los Sistemas Romano-Germánico y de *Common Law*. Hemos seleccionado estos sistemas jurídicos considerando la cercanía geográfica y los intereses económicos y contractuales entre los países latinoamericanos y de los Estados Unidos de América, que los unen.

En el transcurso de la presente investigación, se ha tomado a la legislación española como referente legal en cuanto a la regulación que ciñe al uso de la firma electrónica ya sea

²⁴ DAVID, RENÉ, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 2ª Ed., Aguilar s.a. de ediciones, Madrid, 1973. p. 10. debe entenderse por sistemas de derecho a la expresión que nos sirve, al margen de toda comparación, para designar el conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el derecho nacional. Una nomenclatura menos empleada, pero más adecuada a juicio del autor, es la de familias jurídicas.

en el ámbito contractual o en el uso por las Administraciones Públicas, no solo por el la experiencia que en la aplicación de esta figura ha sumado, sino también por compartir el mismo sistema de derecho, el romano-germánico.

Pasaremos luego a hacer un análisis dividido en los sistemas de derecho ya apuntados, incorporando a la mayoría de legislaciones de América Latina en el Sistema Romano Germánico y a la legislación de los Estados Unidos de América en el Sistema de *Common Law*.

Otro aspecto que debe incluirse en el análisis que estaremos próximos a realizar, es la legislación que en el derecho comunitario, han proveído las Directivas Comunitarias que rigen en la Unión Europea, dentro de su intento de uniformizar las leyes para lograr un adecuado proceso de integración entre los países que la conforman, ya que similar situación puede adoptarse en nuestro propio intento integracionista a través del Sistema de Integración Centroamericana.

Finalmente debemos hacer referencia a aquellas propuestas de legislación modelo, que si bien es cierto, no tiene el carácter de ley y no obliga en su adopción a los estados parte del organismo internacional que los promueve, son sin embargo, una buena fuente de información para aquellos países que como El Salvador, no han promulgado una Ley sobre Firma Electrónica.

3.1. Análisis comparado de legislación sustentada en el Sistema de Derecho Romano-Germánico.

Comenzaremos por señalar que para la implementación de la Firma electrónica en los diversos órdenes legislativos pertenecientes a este sistema de derecho, se han adoptado básicamente dos métodos: a) la promulgación de una ley especial sobre firma electrónica aunada o no, al comercio electrónico en general, o b) la reformas de los cuerpos legales más importantes que permitan la adecuación de la firma electrónica, entre ellos, el

código civil, el código de procedimientos civiles y la ley de notariado en ciertos casos. A estos métodos nos referiremos a continuación.

3.1.1. Reformas puntuales a los diversos cuerpos legales o promulgación de leyes especiales entorno a la aplicación de la firma electrónica.

A partir del análisis de las legislaciones que ya han regulado la Firma Electrónica en sus aspectos generales, podemos obtener dos métodos de regulación que hemos apuntado con antelación, estos son: La promulgación de un decreto que comprenda reformas puntuales que generalmente se encuentran contenidas en los diferentes cuerpos legales o la promulgación de una ley especial sobre la Firma Electrónica, que obviamente reforma de forma expresa o tácita estas normas contenidas en los códigos antes citados,

El primer método, consistente en reformas puntuales fue adoptado por países como Francia, México y Perú, estas reformas tienen por objeto principal:

a) El valor probatorio de la prueba instrumental. México hizo un reconocimiento, estableciendo como prueba, a cualquier información generada o comunicada por medios electrónicos; con igual propósito. Perú incorporó reformas acerca de la validez en la forma de comunicación de la manifestación de la voluntad, reconociendo que la misma podía expresarse de forma oral o escrita y ésta última contenida por medios electrónicos y Francia, en cambio, reguló la validez del documento electrónico de forma más amplia y sin hacer referencia a la manifestación de la voluntad contractual.

b) Igualdad de efectos legales entre la firma manuscrita y la firma digital. Reconociendo que con el empleo de la firma electrónica se cumplen condiciones similares a las que caracterizan a la firma manuscrita, es decir, seguridad e integridad, pudiendo finalmente identificar el contenido del documento con la persona que lo generó.

El segundo método que consistente en la promulgación de una ley especial sobre la Firma Electrónica, ha sido adoptado por la mayoría de legislaciones de los diferentes países, entre ellas, España, Italia, Alemania, Venezuela, Colombia y Argentina.

Mientras que otros países con similar propósito, han presentado sendos proyectos de ley especial sobre la Firma Electrónica entre los que destacan Guatemala, Costa Rica y El Salvador.

Las leyes y proyectos de ley, se caracterizan por regular aspectos básicos relacionados con la aplicación de la Firma Electrónica; los cuales suelen abarcar tres componentes: el comercio electrónico, la firma electrónica y la protección de datos personales a que nos referiremos a continuación.

3.1.2. Comercio electrónico, Firma electrónica y Protección de Datos Personales. Una misma regulación o diferentes cuerpos legales.

Esta unión entre las tres áreas mencionadas, se presenta en aquellas legislaciones que han promulgado una ley especial sobre la firma electrónica, que aunque afines, no tiene igual significado.

España por ejemplo, emitió la Ley 34/2002, del 11 de julio de ese mismo año, denominada “Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, que habría de regular el comercio electrónico en general, mientras que, ha emitido separadamente de la primera, una Ley Especial sobre Firma Electrónica.

La misma situación sucedió en Italia, Alemania, Venezuela y Argentina, países que emitieron una ley especial sobre firma electrónica que incluía todos los aspectos relacionados con su implementación, tales como la regulación necesaria del sistema de clave asimétrico, de las entidades de certificación, de la emisión de certificados, del valor probatorio de la firma electrónica y del documento emanado a través del uso de la misma,

sin hacer referencia al comercio electrónico en general, cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio en comparación con el de la firma electrónica.

En cambio, otros países como Colombia han emitido una ley en la que se conjugan las normas jurídicas relacionadas con el comercio electrónico y la firma electrónica. Siguiendo esta corriente, Guatemala, Costa Rica y El Salvador han elaborado proyectos de ley en el mismo sentido.

Ahora bien, es característico de la mayoría de legislaciones que en la misma ley en la que se ha regulado la transferencia o mensajes de datos por medios electrónicos, a la vez se ha regulado la protección de datos personales, sin embargo, esta apreciación nos puede hacer pensar equivocadamente que la protección de tal derecho solo puede llevarse a cabo en el ámbito informático, lo que no es verdad.

Esta diferencia jurídica entre la regulación legal sobre comercio electrónico y la regulación legal acerca de la protección de datos personales, ha sido reconocida por otras legislaciones como la de España y de Argentina, que han emitido legislaciones sobre Habeas Data o protección de datos personales con separación de la primera.

Debido al análisis anterior, podemos concluir que las tres áreas mencionadas: comercio electrónico, firma electrónica y protección de datos personales merecen una regulación especial y separada una de la otra, ya que sus efectos no dependen unos de otros, sino por el contrario, tienen independencia.

3.1.3. Regulación acerca del uso de La Firma Electrónica por la Administración Pública

El auge del comercio electrónico se ha presentado debido al interés de los comerciantes de obtener un método diferente para ofrecer sus productos y por lo tanto, el empleo de la firma electrónica surgió en este sector, sin embargo, no podemos olvidar que

siendo los medios electrónicos una herramienta que nos proporciona el internet para lograr comunicaciones más fluidas, puede la Administración Pública aprovechar sus beneficios, que son muy variados y que son desarrollados con más detenimiento en otro apartado de nuestra investigación.

Han sido muy pocas los países que han optado por regular el uso de la firma electrónica por parte de la Administración Pública, entre ellos podemos mencionar España, México, Venezuela, Perú y Argentina, pero tal decisión seguramente se encuentra unida al grado de confiabilidad que los usuarios encuentran en los medios electrónicos. Ahora bien, esta regulación ha sido adoptada de dos maneras: que tal regulación legal se encuentre ubicada dentro de la misma que trata acerca del uso de la firma electrónica en general o emitir una ley especial para el uso por la Administración Pública separada de aquella.

Como sucede en la legislación venezolana, algunas legislaciones han optado por hacer extensiva la regulación de la firma electrónica a las personas jurídicas públicas, dentro del mismo marco jurídico general en el que se regula el uso de la firma electrónica.

Otras sin embargo, se han atrevido a promulgar leyes especiales que regulen el uso de la firma electrónica por la Administración Pública, tal es el caso de España, que ha emitido el Real Decreto 1317/2001 del 30 de noviembre de ese mismo año, sobre prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las administraciones públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, con las administraciones públicas.

De igual manera, Argentina ha promulgado la legislación denominada “Ley sobre firma digital para el Sector Público Argentino”, con clara y evidente separación de la ley especial sobre firma electrónica, que regula de forma generalizada.

México por su parte se ha encargado de emitir un Acuerdo de cooperación entre el Registro Público de comercio, la secretaría Nacional de Economía y la Asociación

Nacional del Notariado Mexicano, cuya finalidad ha sido conceder el marco regulatorio apropiado para que sea más ágil el proceso de presentación e inscripción de instrumentos que deban registrarse.

Especial mención merece la legislación de Perú, ya que se atrevió a promulgar una ley que regula el uso del correo electrónico para llevar a cabo notificaciones judiciales, regla legal que desde luego tiene sus propias excepciones, que responden a los principios generales del proceso en los que se requiere de la notificación personalizada del interesado, como es el emplazamiento y la declaratoria de rebeldía. No obstante, representa un gran paso en el uso de los medios electrónicos por la administración de justicia.

3.1.4. Reconocimiento legal del Notario Electrónico

Otro aspecto importante a considerar en el campo de las comunicaciones electrónicas es la función atribuida al notario electrónico. Son pocos los países que a su vez han regulado esta nueva función, entre ellas podemos mencionar la legislación italiana²⁵ y la colombiana que han atribuido al notario, una nueva función, la de entidad de certificación en el proceso propio de firma electrónica.

Por su parte, en la legislación de Colombia, además de atribuir al notario la calidad de entidad de certificación abierta²⁶, le atribuyó el valor de instrumento auténtico y

²⁵ GARCÍA MÁZ, F.J. "La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), 1999, No 652, Mayo Junio, p. 784. En uno de los Reglamentos de la legislación italiana, se hace referencia específica a la actuación del notario, en relación a los actos, documentos y contratos en forma electrónica. Del comentario resumen de esta normativa italiana en la propia documentación del Consejo General del Notariado, se revela, las referencias que se hacen con respecto a los notarios "en primer lugar, el artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen a todos los efectos legales a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático."

²⁶ Vid. Art. 5° del Decreto No. 1747 de 2000, de fecha 11 de septiembre de ese mismo año, que a la letra establece "Acreditación de requisitos de las entidades de certificación abiertas. Quienes pretendan realizar las actividades propias de las entidades de certificación abiertas deberán particularizarlas y acreditar ante la Superintendencia de Industria y Comercio: 1. Personería jurídica o condición de notario o cónsul.", y a su vez, el Art. 1° del mismo decreto define como Entidad de Certificación abierta, la que ofrece servicios propios de

consecuentemente de plena prueba, al documento emanado de esta actividad notarial, siempre que reúna los requisitos técnicos de seguridad establecidos para la transmisión de mensajes de datos²⁷.

Puede citarse finalmente a la legislación española, que tiene ya cierta experiencia en el sentido de permitir la incorporación del notario electrónico en la actividad propia de la función notarial, con mayor énfasis en el otorgamiento de escrituras públicas suscritas por el mismo con su firma digital y luego, presentadas al registro respectivo, sin embargo, esta incorporación se llevó a cabo a través de una reforma a la Ley de Notariado, la cual fue posterior a la emisión de la primera ley sobre Firma Electrónica.²⁸

3.1.5. Análisis individualizado de diversos ordenamientos jurídicos que se fundamentan en el Sistema de Derecho Romano-Germánico.

Para continuar con el derecho comparado, analizaremos algunos de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema romano-germánico con los cuales El Salvador guarda estrecha relación, por pertenecer al mismo sistema de derecho, por compartir características similares o por sostener relaciones comerciales. Entre ellos, el de España.

Haciendo una breve reseña de la legislación española sobre el tema, debe señalarse que los primeros atisbos sobre la necesidad de implementar la Ley de Firma electrónica en

las entidades de certificación, tales que: a) Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o b) recibe remuneración por éstos.

²⁷ Vid. Art. 1º Parágrafo 2º del Decreto No. 588 de 2000, de fecha 5 de julio de 2000, por medio del cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial, regula que “las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal a) del artículo 2º de la Ley 527 de 1999, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas. Dichos documentos serán auténticos cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad que para transmisión de mensajes de datos establece la Ley 527 de 1999.

²⁸ Vid. Infra Apartado 26. Esta incorporación tuvo lugar antes de la implementación del R.D. sobre Firma Electrónica 14/1999 y antes de la entrada en vigor del Ley sobre Firma Electrónica 59/2003.

España, se presenta con la Ley de Acompañamiento de los presupuestos de 1998²⁹ por medio de la cual se habilita en el Art. 81 a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para que tal entidad pudiera actuar como entidad de certificación.

Posteriormente se desarrolla la Ley 66/1997 en materia de prestación de servicios de seguridad por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre Real o también llamada Casa de la Moneda, determinando con ello la autoridad que se encargaría de ente certificador de firma electrónica.

Otro aspecto relacionado con la Firma Electrónica, se presenta cuando la Comisión Nacional de Mercado de Valores procede a regular un intercambio de información a través de línea telemática, promoviendo con ello la necesidad de la ya ansiada Ley encargada de regular la firma electrónica.³⁰

Pero, finalmente, la legislación sobre firma electrónica da inicio con la aprobación del Real Decreto-Ley sobre La Firma Electrónica 14/1999, mismo que tomó por sorpresa a la comunidad jurídica en general, ya que se presentaba en un entorno dentro del cual estaba pronta a aprobarse la Directiva Europea que normaría sobre la Firma Electrónica, para todos los miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, en fecha reciente, fue aprobada la nueva Ley de Firma Electrónica bajo el Real Decreto Ley número 59/2003 de fecha 19 de diciembre del año 2003, normativa que sustituyó al anterior Real Decreto Ley sobre La Firma Electrónica

²⁹ Debe destacarse que la legislación española cuenta ya con más de quince años de experiencia legislativa en la implementación de la firma electrónica, lo que ha permitido que goce ya de una ley sobre firma electrónica que ha superado los errores del primer Real decreto-Ley, emitido en el año 1999.

³⁰ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *La ley de Firma Electrónica*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 18.

14/1999,³¹ sobre la base de la ya acumulada experiencia en la aplicación de esta normativa particular.

De la legislación española destaca señalar que la nueva normativa sobre firma electrónica, le ha permitido definir algunas situaciones, mejorar figuras ya existentes e introducir algunas nuevas, como lo concerniente al documento nacional de identidad electrónico (DNI).

Destaca en la legislación española la regulación del régimen aplicable a las personas jurídicas como firmantes, guardando perfecta armonía con la regulación general que en materia de representación existe en el código civil y mercantil.

También es de vital importancia la regulación del documento electrónico como un “soporte” de otros tipos de documentos, permitiendo que en definitiva, los documentos electrónicos obtengan el valor probatorio de documentos públicos, expedidos y firmados por funcionarios públicos o documentos privados; según sea el caso.³² A diferencia de la L.S.A. que los define como documentos contenidos en un soporte magnético, digital o electrónico, los cuales producirán los mismos efectos jurídicos que los escritos en soporte de papel”, cuya redacción no es clara al establecer si el documento electrónico es solo un soporte o si es una nueva clase de instrumento.

Debemos señalar que la mayoría de países en Europa cuentan ya con una normativa aprobada sobre la Firma Electrónica, tales como: Italia, Alemania, Portugal, España, Austria, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Dinamarca y Suecia.

³¹ Vid. De manera general, MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2001. MARTÍNEZ NADAL, A., *La ley de Firma Electrónica...*, cit.

³² Si en la legislación salvadoreña se adoptara tal medida, significaría que el documento electrónico sería soporte de un documento público, auténtico o privado, según sea el caso y en tal sentido, el valor probatorio del documento electrónico sería el que correspondería a cada clase de documento.

Se presentó en Italia, la primera regulación sobre la Firma Electrónica y su origen data del Art. 15 de la *Legge* del 15 de marzo de 1997, número 59, emitida por Decreto del Presidente de la República del día 10 de noviembre de 1997, tal disposición contempla la creación de un Reglamento de aplicación, en el cual se desarrolló la normativa relacionada con la Firma Digital, en términos generales, el Reglamento comprendió entre otras cosas, el concepto de firma digital como el formado por un par de claves asimétricas, es decir, clave privada y uso de un certificado, la validez y eficacia del documento electrónico y la indicación de reglas técnicas que deben respetarse para la validación, formación y transmisión de documentos electrónicos.

Este Decreto a su vez fue sustituido por el Decreto Legislativo No. 10 del 23 de enero de 2002, denominada *Attuazione della direttiva 1999/93/CE*, relativa a los parámetros comunitarios para la firma electrónica, con la que busca adecuar la legislación secundaria a los parámetros comunitarios acerca del tema.

En Alemania por su parte, se promulgó una Ley Federal de Firmas Digitales,³³ de fecha 13 de junio de 1997, aprobada por el *Bundestag*, misma que establece las condiciones generales para los servicios de comunicación e información. Sin embargo, esta legislación a su vez fue sustituida por Ley del 16 de mayo de 2001, de la Gazz O No. 22 del 21 de mayo de 2001, que con igual propósito a la reciente legislación italiana, intentan adecuar la legislación alemana a los parámetros generales emitidos para la Comunidad Europea.

En la legislación francesa se aprobó la denominada Ley número 2000-230, de fecha 13 de marzo de 2000, publicada en el Diario Oficial número 62, del 14 de marzo de 2000,

³³ GARCÍA MÁS, F.J. "La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), 1999, No 652, Mayo Junio, p. 780. "Esta ley forma parte integrante de una Ley Multimedia, que regula con carácter general las condiciones de los servicios de información y documentación. La ley de firmas digitales, debe ser objeto de desarrollo mediante un reglamento del que existen ya varios anteproyectos, esta ley empieza por hacer cuatro definiciones, la definición de firma digital la definición de certificador, define dos tipos de certificados, el de firma digital y el de atributos especiales y define el sello temporal". Idem. Vid. GARCÍA MÁS, J., "La firma electrónica: Directiva 1.999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-ley 14/1999", de 17 de septiembre en Revista Chilena de Derecho Informático (RCDI), 2000, No 659, Mayo Junio, p. 1947 y siguientes.

normativa que modifica algunas reglas del Código Civil en lo relacionado al valor probatorio de la prueba instrumental a fin de reconocer la existencia del documento electrónico, de esta manera ya no sería necesaria la materialización del documento, bastando el soporte informático. En este aspecto se equipara la firma digital a la firma manuscrita, garantizando la identidad de la persona de la que emana la firma así como el contenido del texto y conservando este último las condiciones originales de su integridad.

En la legislación mexicana, no se promulgó una Ley sobre Firma Electrónica, empero, su reciente historia acerca de su incursión en el tema, comienza con la promulgación del Decreto de fecha 29 de mayo de 2000, en el que el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León, decretó reformas y adiciones de diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, tales adiciones se encontraban orientadas al reconocimiento como “prueba” de la información generada o comunicada que constara en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología,

Al igual que otras legislaciones que ya hemos comentado, se crea y determina el valor probatorio del llamado “documento electrónico”, más sin embargo, la fuerza probatoria de este último se encuentra determinada en gran medida a la fiabilidad del método con el que hubiese sido generada, pudiendo además, determinar con certeza la procedencia del documento y atribuir a cierta persona el contenido del mismo.

En el decreto se destaca la operación automatizada del Registro Público de Comercio, el cual debía iniciarse a más tardar el día 30 de noviembre de 2000, previendo además, la creación de un Reglamento que desarrollara esta iniciativa legislativa, Ahora bien, en cumplimiento a dicho precepto, el día 6 de octubre de 2000 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Convenio de Colaboración para establecer los mecanismos de emisión y administración de los certificados digitales, mismos que serían

utilizados para acceder al Registro Público de Comercio y para realizar transacciones comerciales, entre la Secretaría Nacional de Economía y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano,³⁴ determinando la entidad encargada de la autorización, vigilancia y control de las entidades certificadoras.

Finalmente, la Secretaría de Economía y la Asociación Nacional del Notariado Mexicano suscribieron el Convenio de Colaboración para participar en los programas de modernización registral y de economía digital, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha treinta y uno de mayo de dos mil uno,

Este último Convenio tiene como finalidad participar en el desarrollo de las empresas y comercios; así como coadyuvar en su modernidad, promoviendo la utilización de los medios electrónicos para impulsar una “economía digital”, objetivos que se contemplan en los considerandos del Convenio y que redundan en la colaboración que la Asociación Nacional del Notariado Mexicano prestará al Programa de Modernización Registral, a través del uso, difusión e instrucción de la firma electrónica para el envío y consulta de información al Registro Público de Comercio.

En la legislación mexicana se optó por el método de reformas a los diferentes cuerpos legales, sin embargo, lo que se ha regulado acerca del vasto campo de la firma electrónica resulta ser mínimo, dejando un enorme vacío legal en torno a los efectos de su aplicación, con ello no se quiere afirmar que este método sea inadecuado, sino que la particular promulgación de estas reformas sí son inconvenientes, ya que es necesario mayor amplitud en tales reformas.

Por otra parte, en Suramérica la mayoría de países cuenta ya con una Ley especializada que regula la aplicación de la Firma Electrónica y aspectos básicos del

³⁴ Un convenio similar podría suscribirse en El Salvador con la finalidad de hacer efectivo el Acuerdo de Cooperación suscrito entre el Colegio de Registradores de España y el Centro Nacional de Registros (CNR) de El Salvador.

comercio electrónico. Sin embargo, algunas legislaciones han progresado en la implementación de la firma electrónica, tal es el caso de Argentina, que cuenta además con una Ley que en su seno establece el conjunto de normas necesarias para la aplicación de la Firma Electrónica en el Sector Público con clara diferencia del comercio nacional o internacional,

Igual situación sucede en Perú, en donde se ha emitido una Ley que determina la utilización del correo electrónico como un medio válido para las notificaciones. También debe mencionarse la existencia de ciertas leyes como la dictada por Colombia, que ha establecido la función del notariado en la función de certificación de la Firma Electrónica.

Considerando la cercanía de los países de la región sur, citaremos para su análisis algunos ordenamientos jurídicos. En Colombia, el Presidente Hugo Chávez Frias promulgó el Decreto- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.³⁵ Este Decreto- Ley establece en su letra la necesidad de otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, que puedan ser usadas por personas naturales o jurídicas, privadas o públicas y de la misma manera regula lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos. Para tal efecto se creó la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, encargada de la acreditación, supervisión y control de los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados.

En la legislación de Colombia, como se apuntó con anterioridad, se han emitido un conjunto de normas especiales relacionadas con el uso de la Firma Electrónica, entre ellas: La Ley 527 de 1999, de fecha 18 de agosto de 1999, emitida bajo la Presidencia de Andrés Pastrana Arango, la cual consta tiene por objeto definir y reglamentar el acceso y uso de los

³⁵ El Presidente promulgó el Decreto- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas haciendo uso de la atribución conferida en el Art. 236 numeral 8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en coordinación con el Art. 1 numeral 5, literal b de la Ley que autoriza al Presidente a dictar Decretos con Fuerza de Ley en las materias que se delegan, en Consejo de Ministros.

mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, estableciendo las entidades de certificación y otras disposiciones,

En su texto se contemplan dos casos en los que no se aplicará la ley comentada:³⁶ las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales y las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos que implica su comercialización, uso o consumo, en la misma ley y siguiendo los ejemplos anteriores se pretendía regular los aspectos necesarios acerca de las entidades de certificación y sus certificados,

Por otra parte, el Decreto número 1747 de fecha 11 de septiembre de 2000, emitido por el señor Presidente Andrés Pastrana Arango, a propuesta del Ministerio de Desarrollo Económico, busca reglamentar parcialmente la Ley 527 de 1999, estableciendo los parámetros necesarios para el funcionamiento de las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales

Finalmente, merece un comentario no menos relevante, la Ley 588 de fecha 5 de julio de 2000, este conjunto de normas, compuesta por once artículos, determina con mayor claridad el ejercicio de la actividad notarial dentro de la función de certificación de la Firma Electrónica, para ello se determina un concepto nuevo de notariado,³⁷ que entre sus atribuciones se encuentra la de transmitir mensajes de datos por medios electrónicos, ópticos y similares a otros notarios o cónsules, documentos que tengan en sus archivos y documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otras personas,

³⁶ Estas restricciones contempladas en el Art. 1 de la Ley 527 de 1999, son las mismas que se establecen en el Proyecto de Ley para la Promoción del Comercio Electrónico y Protección de la Firma Digital, propuesto por Guatemala, por lo que debemos recordar que en la exposición de motivos de este último proyecto se menciona haber tomado como referencia otras legislaciones y entre ellas, indiscutiblemente la de Colombia, que ahora se cita.

³⁷ Según la Ley 588 de 2000 de Colombia, El Notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial, las Notarías son autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Estos documentos podrán ser considerados como auténticos, cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad para transmisión de mensajes de datos que establece la ley 527 de 1999, como se analizó con anterioridad. Por otra parte, la misma ley contempla el procedimiento necesario para someter a concurso de méritos, las plazas vacantes de notarios.

En Perú, destaca la Ley número 27291, promulgada el día 2 de junio del año 2000, por el Presidente Alberto Fujimori Fujimori y denominada Ley que modifica el Código Civil, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de la Firma Electrónica. Esta normativa integrada por tres artículos presenta la modificación a los artículos 141 y 1374 y la adición del Art. 141 -A del Código Civil de esa nación, de esta manera el concepto de manifestación de voluntad expresa, se verifica en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo

Además, se establece una presunción en lo concerniente a la formación del consentimiento entre personas ausentes, de tal manera que se presume la recepción de la declaración contractual verificada a través de medios electrónicos, cuando el remitente recibe el acuse de recibo. Por otra parte, la adición del Art. 141 -A, indica que cuando la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta puede ser generada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Con esta ley, se incorpora al Código Civil la modalidad de los medios electrónicos para la celebración de negocios jurídicos a fin de ver materializada la expresión de la voluntad a través de ellos

También, se ha promulgado la Ley número 27419, emitida por el entonces señor Presidente de la República Valentín Paniagua Corazao, el día 25 de enero de 2001, esta breve ley, compuesta por un único artículo y denominada Ley sobre Notificación por Correo Electrónico, contempla la modificación a los Artículos 163 y 164 del Código Procesal Civil de ese mismo país, siendo ésta una de las máximas expresiones de la

aplicación de la Firma Electrónica por la Administración Pública y particularmente por la Administración de Justicia.

En Argentina, se promulgó con fecha 14 de noviembre de 2001, la llamada Ley de Firma Digital o simplemente denominada LFD-AR³⁸, que como dato importante incorpora en el texto legal una clara diferencia entre la Firma Electrónica y la Firma Digital, constituyendo un aspecto que deja atrás la diferencia doctrinaria y la convierte en legal, además, se ha querido conceder igualdad de valor jurídico a la firma digital y la firma manuscrita para una gran cantidad de actos jurídicos, exceptuando las disposiciones de última voluntad, los actos jurídicos en las relaciones de familia, los actos personalísimos en general y aquellos en los que exista incompatibilidad establecida por la ley o por las partes.³⁹ La ley en comento consta de once capítulos y de cincuenta y tres artículos, además, de un anexo que contiene el significado de vocablos utilizados en el texto mismo de la ley o en la práctica diaria sobre el comercio electrónico.

En Argentina se ha observado el fenómeno de dividir con claridad el ámbito de aplicación de la Firma Electrónica, situación que puede observarse al emitir una legislación denominada “Ley sobre firma digital para el Sector Público Argentino”, esta ley aún más breve que la anterior, busca regular a través de tan solo doce artículos y un anexo; el uso y aplicación de la firma digital en el sector público, reconociendo la necesidad de optimizar la actividad de la Administración Pública Nacional,⁴⁰ en el contexto de la legislación

³⁸ Vid. En términos generales CABANELLAS, G. – PALAZZI, P., “Derecho de Internet en Argentina” en AAVV Derecho de Internet, Dirigido por Cabanellas de las Cuevas G., Coordinado por Montes de Oca, A., Heliasta, Buenos Aires, 2004. p. 11 y siguientes.

³⁹ Al momento de su aprobación, la comunidad jurídica reflexionaba sobre su inconstitucionalidad que se podría traducir en un veto parcial referente a los artículos que protegen la privacidad de los usuarios, es decir, de la figura denominada en doctrina “Habeas Data”, sin embargo, tal veto no se llevó a cabo y fue promulgada sin cambios, otro aspecto, trata sobre los derechos a la privacidad y a la intimidad de los usuarios en los llamados depósitos de claves criptográficas, lo cual cobra mayor importancia en las recientemente creadas legislaciones contra el terrorismo.

⁴⁰ Esta ley tiene su antecedente en la resolución No 45 del 17 de marzo de 1997 de la Secretaría de la Función Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros por medio de la cual autorizaba su empleo en todo el ámbito del Sector Público Nacional.

comentada, se reconoce nuevamente el principio impuesto en la ley anterior, Principio de Igualdad Jurídica entre el documento ológrafa y el documento electrónico, Principio denominado por la doctrina como de No Discriminación.

3.1.6. Análisis de proyectos de ley especial sobre firma electrónica con fundamento en el Sistema Romano-Germánico.

Son pocos los países que no se hubieran decidido por adoptar una ley especial sobre firma electrónica o un conjunto de reformas a los diversos códigos, sin embargo, debe destacarse que los países de Centroamérica, sin excepción no lo han hecho, pero han preparado sendos proyectos de ley.

En Guatemala, se ha presentado un proyecto de Ley para la Promoción del Comercio Electrónico y Protección de la Firma Digital,⁴¹ cuyo ámbito de aplicación es bastante amplio y solo restringe su uso únicamente en dos casos: las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de Convenios o Tratados Internacionales y en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso y consumo, el objetivo primordial de la ley es establecer un marco regulatorio sobre el uso de la firma digital, este proyecto de ley que consta de cincuenta y dos artículos, pretende regular de forma general los aspectos básicos sobre la Firma Electrónica.

⁴¹ La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley establece que el intercambio electrónico de información representan un tema importante para las comunicaciones electrónicas así como para el sector público, que se traduce en una herramienta fundamental para mejorar la gestión estatal, mejorando la calidad del trabajo y favoreciendo la transparencia y el uso de los recursos, la ley propuesta toma su fundamento en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico, considerando además, las legislaciones de Colombia, Chile, Argentina, Alemania e Italia. Por otra parte, los objetivos de la ley permiten o facilitan el empleo del comercio electrónico, concediendo igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, configurando de esta manera el llamado “Principio de No discriminación”.

Al igual que Guatemala, Costa Rica ha preparado un Proyecto de Ley de Firma Digital y Certificados Digitales, el tenor literal del Art. 1 del cuerpo normativo que se pretende aprobar, contempla el objetivo de la mencionada ley, el cual se circunscribe en regular el uso y el reconocimiento jurídico de la Firma Digital, otorgando validez y eficacia de la misma forma con la que cuenta la firma manuscrita que conlleve manifestación de voluntad, permitiendo al Estado su uso; por otra parte, se desarrolla dentro de la normativa comentada, lo relacionado a los servicios de certificación digital así como la acreditación e inspección de los prestadores de servicios de tal certificación.⁴²

Finalmente, El Salvador ha trabajado en un Proyecto de Ley sobre Comercio Electrónico y Firma Electrónica del que muy poco o nada se conoce entre la comunidad jurídica, pero pareciera incluir similares principios a los que ya fueron adoptados en la L.S.A., que actualmente sirve de marco jurídico de la firma electrónica en El Salvador.

3.2. Análisis de la legislación de los Estados Unidos de América comprendida en el Sistema de *Common Law*.

Después de que Estados Unidos de América se posicionara como el primer país que aprobara una legislación sobre el tema en comento, fueron apareciendo de poco a poco más legislaciones en diferentes países de América, al respecto, debemos considerar que existen países como Estados Unidos de América con un sistema de legislación diferente, el sistema *Common Law*⁴³, contrario a los países latinoamericanos, que se fundamentan en el sistema

⁴² Los proyectos de ley presentados en países centroamericanos guardan una similitud peculiar, tanto en su regulación como en su contenido, por tanto, pretenden regular el uso de la Firma Electrónica tanto para los particulares contratantes como para el uso de la Administración Pública, además, busca regular la utilización de la Firma, su vigilancia y el ente encargado de llevar a cabo tales funciones.

⁴³ Vid. DAVID, RENÉ, *op cit*, p. 16. El *Common Law* ha sido elaborado por los jueces, en el curso de dirimir los litigios entre particulares, y este origen es hoy todavía evidente. La norma jurídica del *Common Law*, menos abstracta que la de los derechos romano-germánicos, es una norma que proporciona solución a un proceso, no a una norma de conducta general para el futuro. Entre los países del *Common Law* hay algunos, como Estados Unidos o Canadá, en los que se ha conformado una civilización que, en muchos aspectos, es muy diferente de la civilización inglesa; a causa de ello, el derecho de estos países está en condiciones de reivindicar un grado considerable de autonomía dentro de la familia del *Common Law*.

de derecho romano-germánico, o conocido de manera como de derecho escrito o tradicional, opuesto al antes citado.

Las primeras expresiones de la firma electrónica, se concentran precisamente en los Estados Unidos de América y particularmente en el Estado de Utah, expresión que se ve materializada con la primera legislación sobre el tema, denominada *Utah Digital Signature Act* de 1995, la cual fue modificada en 1997 y nuevamente en el año 2000, retomando la primera legislación y las iniciativas de otros Estados en regular la firma digital.

Con esta primera iniciativa, se presentó en Estados Unidos la Ley Federal sobre la Firma Electrónica, denominada a su vez *Federal E-sign Act*⁴⁴, nombre con el que es conocida mas comúnmente, pero que hace referencia a la *Signature in Global and Nacional Commerce Act (2000)*.⁴⁵

⁴⁴ Vid. En términos generales, Vid. BICK, JONATHAN, *101 things you need to know about internet law*, Three Rivers Press, New York, 2000. LESSING, LAWRENCE, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999. Vid. CHISSICK, M., *Electronic Commerce, Law and Practice*, 3th Ed, Sweet & Maxwell Limited, London, 2002. Vid. KATSH, M. E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New Cork, 1995.

⁴⁵ Vid. <http://usembassy.state.gov/colombia/wwwsbcec.shtml> consultada el día 20/febrero/2004. Cuando la ley intitulada *Signature in Global and Nacional Comerse Act (2000)* fue promulgada a través de firma electrónica, por el Presidente Bill Clinton el día 30 de junio de 2000, en el Parque Histórico Nacional del Palacio del Congreso de la Independencia en Filadelfia, Pensilvania, en su discurso, el Presidente manifestó que un verano, 213 años atrás de esa fecha, los fundadores de la nación americana, redactaron la Constitución de Estados Unidos de América estableciendo en el primer artículo, que el gobierno no aprobaría leyes que perjudicara las obligaciones contractuales, James Madison calificó esa cláusula como un “baluarte constitucional a favor de la seguridad personal y de los derechos privados”, tal norma fue redactada debido a que los constituyentes consideraron como derecho fundamental, el derecho de los ciudadanos de suscribir contratos comerciales. Y ahora en la Era de la Información, la ley que se promulgaba abriría nuevas fronteras a la oportunidad y la expansión económica, impulsada por el crecimiento de la tecnología y particularmente de internet y posiblemente ninguna otra invención desde el ferrocarril había tenido tanto potencial para expandir oportunidades y ampliar horizontes, potencial que ha sido frenado por leyes viejas que irónicamente fueron escritas para proteger los contratos y que requieren de firmas manuscritas con pluma y tinta para ser obligatorios. Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad Civil y Contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, p. 143. “Es una ley federal, cuya aplicación se dirige esencialmente al comercio interestatal o internacional. Debe advertirse que esta ley emplea un concepto amplio de firma electrónica, que incluye simples procesos como hacer click en un botón de aceptación; es decir, que la expresión se emplea como equivalente a consentimiento electrónico, no en un sentido más estrecho de medio de autenticación. La ley es destacable en particular, por la especial atención que presta a la protección de los consumidores.”

En este sistema de derecho se ha recopilado ya una serie de jurisprudencia⁴⁶ que rige en temas como el ejercicio de la jurisdicción personal en una corte específica, basada en las actividades de los demandados en internet, entre ellas: “*American Network Inc. c/ Access America/Connect Atlanta Inc.*”, 975 F. Supp. 494; 1997 U.S. Dist. LEXIS 12030 (S.D.N.Y. 1997), “*Bensusan Restaurant Corp. c/ King*”, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y., 1996), “*Bensusan Restaurant Corp. c/King*”, 126 F.3d 25 (CA2 1997), “*Blackburn c/ Walter Oriental Rug Galleries Inc.*”, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4517 (ED PA 4/9/98)”, “*Bunn-O Matic Corp c/ Bunn Coffee Service Inc.*”, 1998 U.S. Dist. LEXIS 7819, 46 U.S.P.Q.2D (BNA) 1375 (C.D. IL 1998)”, “*CompuServe Inc. c/ Patterson*”, 89 F.3d 1257 (Cir. 6o, 1996), “*Cybersell Inc. c/ Cybersell Inc. et al.*” 1997 LEXIS App americanos 33871, 130 F.3d 414 (Cir 9º, 1997), “*Digital Equipment Corporation c/Altavista Technology Inc.*” 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 12/3/97), “*EDIAS Software Int`l, L.L.C. c/BASIS Int`l Ltd.*”, 947 F. Supp. 413 (D. Ariz. 1996), “*Hearst Corporation S.A. c/Goldberger*”, 1997 U.S. Dist. LEXIS 2065 (S.D.N.Y. 26/2/97), “*Heroes Inc. c/Heroes Foundation*”, 958 F. Supp 1 (D.D.C. 19/12/96), “*Inset Systems Inc. c/ Instruction Set Inc.*”, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996), “*Maritz Inc. c/ CyberGold Inc.*”, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996), “*McDonough c/Fallon McElligott Inc.*”, 1996 U.S. Dist. LEXIS 15139, nº 95-4037, slip. Op. (S.D. Cal. 6/8/96), “*Minnessota c/Granite Gates Resorts Inc.*”, 568 NW 2d 715 (Minn. Ct. App. 1997), “*Panavision Int`l, L.P. c/Teoppen*”, 938 F. Supp. 616 (C.D. Cal. 1996), “*Playboy Enterprises Inc. c/Chuckleberry Publishing Inc.*” 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996), “*Resuscitation Technologies Inc. c/Continental Health Care Corp.*”, 1997 U.S. Dist LEXIS 3523 (S.D. Ind. 1997), “*Telco Communications Inc. c/An Apple A Day Inc.*”, 977 F. Supp 404; 1997 U.S. Dist. LEXIS 14543 (ED VA 1997), “*Weber c/Jolly Hotels, et al.*”, 977 F. Supp. 327 (DNJ 1997), “*Zippo Manufacturing Company c/Zippo Dot Com Inc.*”, 952 F. Supp 1119 (W.D.Pa. 16/1/97) (NO. CIV. A. 96-397 ERIE)

⁴⁶ Vid. PARDINI, A.A., *Derecho de Internet*, La Roca, Buenos Aires, 2002, p. 190 y siguientes. El autor en su obra hace la traducción de partes importantes de estas sentencias citadas así como de otras, que en el sistema de *Common Law* han marcado principios jurídicos de notable relevancia.

3.3. Cuadro comparativo de legislaciones pertenecientes al sistema romano-germánico en torno a la firma electrónica.

Con los gráficos 1 y 2, obtendremos algunas conclusiones que a continuación señalaremos, con el propósito de presentar las diversas legislaciones, ámbitos de aplicación y otros elementos que los legisladores de estos países consideraron para crear su propia normativa jurídica.

Gráfico 1.

ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN	PAISES					
	ESPAÑA	ITALIA	ALEMANIA	FRANCIA	MÉXICO	GUATEMALA
REFORMAS A LOS CÓDIGOS GENERALES				X	X	
LEY O PROYECTO DE LEY ESPECIAL	X	X	X			X
COMERCIO Y FIRMA ELECTRÓNICA JUNTAMENTE						X
APLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	X				X	
APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES						
REGULACIÓN DEL NOTARIO ELECTRÓNICO	X	X			X	

Gráfico 2.

ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA NORMATIVA	PAISES				
	COSTA RICA	VENEZUELA	COLOMBIA	PERÚ	ARGENTINA
REFORMAS A LOS CÓDIGOS GENERALES				X	
LEY O PROYECTO DE LEY ESPECIAL	X	X	X		X
COMERCIO Y FIRMA ELECTRÓNICA JUNTAMENTE	X		X		
APLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA		X		X	X
APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES				X	
REGULACIÓN DEL NOTARIO ELECTRÓNICO			X		

CAPITULO III

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL AMBITO INTERNACIONAL

SUMARIO: 3.4 La firma electrónica en el ámbito comunitario europeo. 3.5. La firma electrónica en el derecho internacional. Breve comentario acerca de Ley Modelo sobre Firma Electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

3.3. La firma electrónica en el ámbito comunitario europeo

En la Unión Europea,⁴⁷ se inició con una comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones en la cual se garantizaba la seguridad y confianza de las comunicaciones electrónicas, marcando con ello el inicio de la regulación comunitaria sobre el tema.

Pero la aprobación final se obtuvo con la Directiva 1999/93 del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999⁴⁸, mediante la cual se emiten parámetros generales y comunes sobre la Firma Electrónica, para todos sus miembros, cuya finalidad principal era la de armonizar las diferentes legislaciones sobre aquella, sin llegar a regular otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos por las legislaciones

⁴⁷ MATEU DE ROS, R. "El consentimiento electrónico en los contratos bancarios" en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), 2000, p. 21. La declaración conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 5 de diciembre de 1997, sobre Comercio Electrónico, ha representado un hito importante.

⁴⁸ Vid. GARCÍA MÁZ, F.J., *Comercio y Firma Electrónicos, (Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)*, LexNova, España, 2002, p. 31 y siguientes. Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *Aproximación a la Sociedad de la Información: Firma, Comercio y Banca Electrónica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002. p. 179 y siguientes.

nacionales o comunitaria o afectar las normas y límites contenidos en estas, que rigen el uso de documentos⁴⁹.

Debemos recordar que para la fecha en que entró en vigor la Directiva Comunitaria, ya existían legislaciones promulgadas sobre firma electrónica que en alguna medida diferían de los parámetros generales, razón por la que los países se vieron en la necesidad de promulgar una nueva ley que comprendiera los principios concebidos de forma general para la Comunidad Europea.

Dentro de las finalidades de la Directiva Comunitaria se ha reconocido a través de sus considerandos que la comunicación y el comercio electrónico requieren de firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos, y que la presentación de un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentaría la confianza en las nuevas tecnologías y se obtendría la aceptación general de las mismas, razones entre otras, por la que se consideró que la Directiva contribuiría al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad.

Debemos destacar dentro de los aspectos que comprende la Directiva en mención, el de facilitar el uso de la firma electrónica y establecer su reconocimiento legal, pretendiendo desde luego, excluir a determinados tipos de contratos o negocios jurídicos, sin embargo, esta labor se dejó a cargo de la legislación nacional de cada Estado Parte

Posteriormente, presenta una serie de definiciones, tales como: firma electrónica, firma electrónica avanzada, signatario, proveedor de servicios de certificación, entre otros, y luego, hace mención de la obligación de los estados miembros de no condicionar la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa⁵⁰, con lo que

⁴⁹ Vid. Art. 1. Ámbito de Aplicación en la Directiva Comunitaria 99/93 para la Regulación del Comercio Electrónico en la Unión Europea.

⁵⁰ Vid. Art. 3 Acceso al Mercado, párrafo 1. de la Directiva Comunitaria 99/93 para la Regulación del Comercio Electrónico en la Unión Europea.

se busca no solo uniformizar las legislaciones sino que además, beneficiar a los prestadores de servicios de los estados miembros, característica propia del Derecho de Integración.

Por otra parte, la Unión Europea ha emitido la denominada Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000⁵¹, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico o simplemente Directiva sobre Comercio Electrónico. Instrumento legal que proporciona el fundamento básico y necesario para que los Estados parte pudieran interiorizar y regular de forma similar el ejercicio del comercio electrónico en general.

En esta última directiva se presenta la regulación de los contratos celebrados por vía electrónica y especialmente del momento en el que debía entenderse celebrado el contrato en cuestión, reconociendo la existencia y el valor probatorio del documento electrónico pero dejando su regulación puntual a la legislación interna de los Estados.

Para que en Centroamérica se pueda observar un comportamiento similar al de la Unión Europea, es necesario primero que los países que la conforman reflejen interés por promover su propia legislación nacional, ya que esto obligaría a que el Sistema de Integración Centroamericana busque regular con cierto grado de uniformidad la figura de la firma electrónica y del comercio electrónico en general.

3.4. La firma electrónica en el derecho internacional. Breve comentario acerca de los instrumentos elaborados por el Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁵¹ Vid. GARCÍA MÁS, F.J., *op. cit.*, p. 91 y siguientes.

En cuanto a las labores de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a través del Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico, debe destacarse la propuesta que ha presentado a los países miembros a fin de que se adopte una legislación con rasgos comunes en Latinoamérica sobre el comercio electrónico y particularmente sobre la firma electrónica.

La Asamblea General de la ONU, aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico mediante Resolución 51/162 de fecha 16 de diciembre de 1996⁵². Esta Ley Modelo consta de 16 artículos y se encuentra dividida en dos partes, la primera parte sobre comercio electrónico en general y comprende básicamente el ámbito de aplicación, las definiciones, interpretación, reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, la firma, el original, la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, la conservación de los mismos, la formación y validez de los contratos, el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, su atribución, el acuse de recibo, el lugar y tiempo del envío y la recepción de un mensaje de datos. La segunda parte, trata sobre el comercio electrónico sobre materias específicas y hace referencia a cuestiones sobre transporte de mercancías y los documentos de transporte.

A su vez, la Asamblea General de la ONU, aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico mediante Resolución 56/80 de fecha 24 de enero de 2002, la cual se encuentra acompañada de una guía para su incorporación en el derecho interno. Si bien es cierto, la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas no es ningún instrumento de obligatorio cumplimiento para los países, es al menos, la primera iniciativa para uniformar las legislaciones a nivel mundial, la cual cobra mayor importancia cuando se refiere a las transacciones comerciales derivadas de las relaciones internacionales, que en un mundo globalizado se convierten en más frecuentes.

⁵² Vid. GARCÍA MÁS, F.J., *op. cit.*, p. 181 y siguientes.

En el texto de la Guía de Incorporación de la Ley Modelo se presentan las ventajas de que se trate como una ley modelo y no como una Convención, señalando entre ellas que los Estados partes tienen la posibilidad de hacer modificaciones al texto uniforme y no requiere de la notificación a las Naciones Unidas y a los otros Estados parte, cuando se decida adoptarse.

Otro aspecto que con mayor importancia destaca en la Ley Modelo, es la igualdad entre la firma electrónica y la firma ológrafa, llegando a considerarlas de similar valor jurídico, lo que incorpora uno de los principios que rigen el documento electrónico resultante de la aplicación de la firma electrónica, tal principio es el de No Discriminación.

Incluye además, una serie de normas tendientes a regular las obligaciones de cada una de las partes que intervienen en el proceso de la firma electrónica, incluyendo a las entidades de certificación que tan decisivo papel cumplen en el mismo.

La guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo, representa un régimen uniforme con la idea de facilitar a los legisladores la difícil tarea de incluir este tipo de normativa tan moderna. Sin embargo, es decisión de cada país adoptar e interiorizar la figura jurídica de la firma electrónica, es por esta razón que se ha optado por la promulgación de una ley especial o por la reforma de los diferentes cuerpos legales, tal como hemos apuntado con antelación.

El último trabajo de la CNUDMI se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales que recientemente fue aprobada mediante Resolución 60/21 de la Asamblea General de fecha 9 de diciembre de 2005.

Esta Convención ya firmada y abierta a la ratificación de los Estados, contiene además de una serie de definiciones para mejor aplicación de la misma, los parámetros necesarios para determinar el momento en el que un contrato internacional formado a través

de medios electrónicos, se entienda perfeccionado; incluyendo además un apartado para el error en tales comunicaciones.

Este último instrumento representa la clara preocupación de los Estados alrededor del mundo por legislar el fenómeno de la contratación electrónica que avanza a paso rápido y por regular de manera uniforme cuando se trate del ámbito de la contratación internacional.

SEGUNDA PARTE

FIRMA ELECTRÓNICA. ASPECTOS GENERALES

CAPITULO IV

LA CRIPTOGRAFÍA Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

SUMARIO: 4. Empleo de La Criptografía en la firma electrónica. 4.1. Rasgos generales de La Criptografía. 4.2. Sistemas de criptografía empleados por La Firma Electrónica. 4.2.1. Sistema de Clave Simétrica. 4.2.2. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Simétrica. 4.2.3. Sistema de Clave Asimétrica. 4.2.4. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Asimétrica. 4.2.5. Combinación de los Sistemas de Clave Simétrica y de Clave Asimétrica. 4.2.6. Empleo de los algoritmos *hash* en los métodos criptográficos. 4.3. Sistemas utilizados para la aplicación de La Firma Digital. 5. Firma Electrónica, Firma Digital Y Firma Electrónica Avanzada; conceptos, diferencias y aplicación legal. 6. Funciones o características de La Firma Electrónica. 7. Elementos adicionales aparejados a la aplicación de La Firma Electrónica. 7.1. La hora de envío del mensaje. 7.2. Sistema de presunciones que surgen de La Firma Electrónica. 8. Relación entre las Entidades de Certificación y La Firma Electrónica. 8.1. Intervención de las Entidades de Certificación en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica al mensaje. 9. Efectos legales de la aplicación de La Firma Electrónica en los mensajes.

La criptografía es uno de los elementos de mayor importancia para que la implementación de la firma electrónica produzca la seguridad necesaria y obtenga el éxito esperado, por ello, en este apartado abordaremos los elementos esenciales de la criptografía que se encuentran relacionados con la firma electrónica, detallando los sistemas de criptografía mayormente empleados en el uso de la firma electrónica.

Es imperativo comprender en qué consiste la firma electrónica, aunque ello signifique una explicación eminentemente técnica y no jurídica, ya que de la primera surgen las consecuencias jurídicas-legales de la misma, es por ello, que dedicaremos esta primera parte del trabajo de investigación a explicar en términos sencillos el proceso de la firma electrónica.

Otro aspecto importante a tratar, además del propio proceso de la firma electrónica es el de los elementos anexos a los métodos criptográficos, como el sistema *hash*, los sellos temporales y sistemas de presunciones aplicables al mismo, los que también se explicarán a continuación.

Debe destacarse en este capítulo, la importancia de la intervención de las Entidades de Certificación en el proceso de envío y recepción de mensajes a través de Internet y para mayor facilidad de comprensión, se detalla el uso de la firma electrónica a través de la descripción detallada de pasos a seguir y se ilustra de mejor forma a través de gráficos.

4. Empleo de La Criptografía en la firma electrónica

Es necesario señalar que existen diversos medios o sistemas de seguridad a fin de obtener la identidad de una persona, entre ellos, el sistema biométrico,⁵³ cuya identificación de la persona se realiza a través de los rasgos físicos únicos de la misma, como por ejemplo, la huella digital, la voz o el iris del ojo humano, sin embargo, tal sistema se encuentra con un inconveniente y es que para su aplicación es necesario, el equipo tecnológico adecuado, capaz de llevar a cabo la identificación y por ser de alto costo, su aplicación en el ámbito de la contratación es mínima o casi nula.

⁵³ Vid. CASTELLANOS DE UBAO. L.G-E, “*La Firma Electrónica*” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid, 2003, p. 614. Sostiene que aquellos que se basan en la identificación de rasgos físicos de la persona (por ejemplo, leyendo la huella dactilar o la configuración facial, de la mano o del iris); son los sistemas de identificación biométrica o simplemente biométricos. Vid. VILLAR, J.M., “*Una aproximación a la firma electrónica*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 170. De entre todos los instrumentos que se han experimentado para garantizar dicha confianza (claves de paso secretas, identificación biométrica mediante el conocimiento de la voz o de las huellas digitales, la utilización de una misma clave para encriptar y desencriptar un mensaje.), la firma digital basada en el uso de claves asimétricas o criptografía de clave pública es la que mejor satisface las exigencias de seguridad y confianza que requieren las comunicaciones electrónicas.

Pero en la búsqueda por un sistema que garantice la seguridad en la contratación por medios electrónicos y que a la vez se encuentre al alcance de cualquier persona, el método más usado en la práctica es el que proporciona la Criptografía.

4.1. Rasgos generales de La Criptografía

La criptografía⁵⁴ es la ciencia que estudia la escritura oculta o el arte de escribir en un lenguaje convenido mediante el uso de claves o cifras. La criptología, perlustración o descriptación, términos usados como sinónimos, hacen referencia a la actividad que tiene por objeto el descifrado de criptogramas o documentos configurados con elementos secretos desconociendo la clave.

La Criptografía cuyo uso se remonta a la antigüedad.⁵⁵ Sin embargo, la criptografía actual se inicia en la segunda mitad de la década de los años 70,⁵⁶ pero no es hasta la invención del sistema conocido como DES (*Data Encryption Standard*), en 1976, que se da a conocer más ampliamente, principalmente en el mundo industrial y comercial.

⁵⁴ Vid. GALENDE DÍAZ, J.C., *Criptografía, Historia de la Escritura Cifrada*, Complutense, Madrid, p.15. La Criptografía enseña a diseñar cifrarios (expresión sinónima de código secreto o escritura secreta); la expresión inversa es “criptoanalizar”, interpretar mediante análisis los cifrarios contruidos por los criptógrafos. Idem. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 45. La Criptografía es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. Idem. 39) Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *La Firma Electrónica, Aspectos Legales y Técnicos*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004. p. 179. La palabra Criptografía proviene del griego Kryptos, que significa esconder y graphein, escribir, es decir, escritura escondida. Desde la antigüedad, el hombre ha hecho gala de su ingenio para enviar información confidencial por canales inseguros y cuyo propósito principal era que solo las personas autorizadas fueran capaces de acceder al texto original. El entorno militar por razones obvias es quien más ha desarrollado y usado esta tecnología.

⁵⁵ Vid. GALENDE DÍAZ, J.C., *op. cit.*, p.21. La Criptografía es usada desde la mas remota antigüedad, pues indios, chinos persas, asirios, babilonios y egipcios poseían ya signos convencionales –equivalentes a las letras de sus alfabetos- con los que comunicaban órdenes secretas a sus emisarios. A lo largo de la historia se han empleado diferentes sistemas, siendo los dos principales el de transposición y el de sustitución. El primero fue inventado por los griegos y el segundo por los romanos al final de la República. Además existe el sistema de ocultación. Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 45. La criptografía se ha usado durante siglos y ha sido especialmente útil durante las guerras. El uso de Criptografía moderna basada en medios informáticos, comenzó durante la Segunda Guerra Mundial. Y el desarrollo del comercio electrónico ha provocado actualmente la difusión del uso de técnicas criptográficas para fines no bélicos o militares.

⁵⁶ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*,p. 179.

Posteriormente con el algoritmo RSA (*Rivest, Shamir, Adleman*) en 1978, se abre el comienzo de la criptografía en un gran rango de aplicaciones, como por ejemplo, en las transmisiones militares, financieras, comunicaciones de satélite, redes de computadora, líneas telefónicas, transmisiones de televisión, etc.

La criptografía es utilizada modernamente para el proceso de encriptación y descripción de la firma digital, valiéndose de un algoritmo matemático para cifrar datos que los haga parecer ininteligibles a los ojos de terceras personas ajenas al documento y que no posea la clave necesaria para su descripción.

Actualmente el valor de los algoritmos no radica en mantenerlos ocultos, ya que tarde o temprano se pueden descubrir; en la criptografía actual, el valor de los algoritmos radica en su nivel de resistencia a ser vulnerados, por lo tanto, la única forma de demostrar su nivel de seguridad es a través de la prueba teórica y práctica de los mismos.

4.2. Sistemas de criptografía empleados por La Firma Electrónica

La criptografía, considerada como una ciencia y en aplicación de la Firma Electrónica o Firma Digital, puede hacer uso de dos sistemas o combinación de los mismos y a partir de ellos,⁵⁷ suelen confundirse con métodos o clases de la Firma Electrónica, ellos son: El Sistema de Clave Simétrica y el Sistema de Claves Asimétrica.

4.2.1. Sistema de Clave Simétrica

⁵⁷ El *Data Encryption Standard* (DES) pertenece al sistema de clave simétrica y el *Rivest, Shamir, Adleman* (RSA) pertenece al sistema de clave asimétrica.

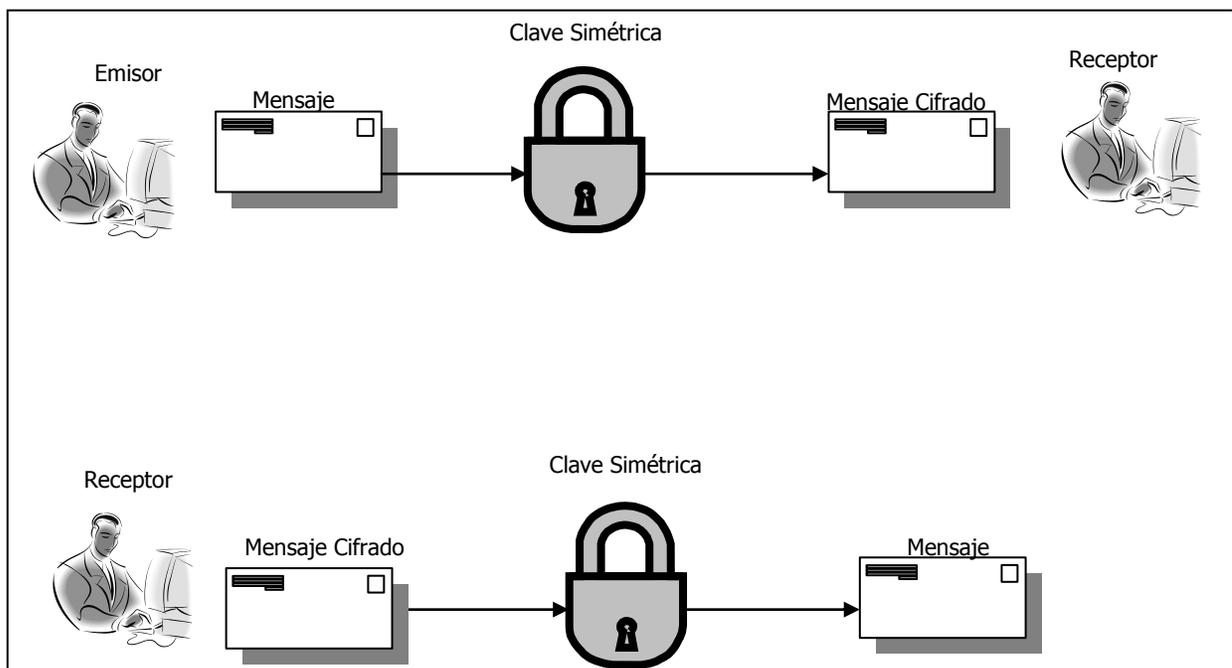
Llamado también sistema de clave secreta,⁵⁸ en este sistema las partes que intervienen en el mensaje, emisor y receptor utilizan una clave común conocida previamente por ambos, la cual es utilizada para cifrar y descifrar el mensaje enviado.⁵⁹

La aplicación del sistema de clave simétrica es bastante simple,⁶⁰ opera de la siguiente manera: el emisor toma su mensaje en texto normal y claro, le aplica su clave simétrica y obtiene como resultado un mensaje cifrado, el cual envía al receptor; debido a que la clave es previamente conocida por ambas partes, al recibir el mensaje, el receptor le aplica la clave asimétrica y como resultado obtiene el texto normal y claro; como afirmamos al inicio es bastante simple y puede evidenciarse del siguiente gráfico.

⁵⁸ Vid. En términos generales, NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *PKI Infraestructura de claves públicas*, Osborne MacGraw-Hill, Bogotá, 2002, p. 21 y siguientes. Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 46

⁵⁹Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 22. Los autores presentan un análisis práctico del sistema y determinan que las claves simétricas no son nada más que un número aleatorio de la longitud correcta. Señalan además, que es muy importante que la clave simétrica se cree con un buen generador numérico aleatorio. En el mejor de los casos, que el generador genérico aleatorio elija al azar los números distribuidos uniformemente a lo largo del espacio en bits de la longitud de la clave, sin que se presente ninguna desviación hacia o desde determinados valores. Si usted desea contar con una firma digital en algún documento, se necesita que sea algo único asociado solo con la persona que firma. Si dos personas tienen la misma clave simétrica (una para cada cifrado y la otra para decodificar), cualquiera que sea el cálculo matemático que haga una de ellas, también lo puede hacer la otra. Por esta razón las claves simétricas no se eligen para las firmas digitales o para soportar la aceptación. Con la criptografía simétrica, se utiliza la misma clave para cifrar y descifrar, el cifrado simétrico es rápido, el cifrado simétrico es seguro, el texto cifrado que resulta de un cifrado simétrico es compacto, dado que la clave simétrica debe llegar al receptor, el cifrado simétrico está sujeto a la interceptación, el número de claves en la criptografía simétrica es, aproximadamente, el cuadrado del número de participantes y, por tanto, no tiene una buena estabilidad en poblaciones muy numerosas, la criptografía simétrica requiere una administración compleja de claves y finalmente, la criptografía simétrica no se ajusta a las firmas digitales o a la aceptación.

⁶⁰ Los algoritmos más comunes en la criptografía simétrica son DES, 3DES, IDEA y AES.



4.2.2. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Simétrica

El Sistema de Clave Simétrica tiene diversas ventajas, que al menos enunciaremos:

- Otorga confidencialidad al mensaje, ya que solo las dos personas que comparten la clave simétrica y la conocen, pueden cifrar y descifrar el contenido de dicho mensaje, respectivamente.⁶¹
- Se trata de un sistema bastante sencillo, que ha sido utilizado desde la antigüedad y por lo tanto, puede ser usado con bastante frecuencia por cualquier persona aún quienes tienen poco conocimiento de sistemas computacionales.

⁶¹ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 46, Puede ser útil y adecuada para dar confidencialidad a la información (porque solo las dos partes que comparten la clave secreta pueden descifrar el mensaje).

- Para la aplicación del sistema, solo se necesita de una misma clave para cifrar el mensaje y para descifrarlo.⁶²

En cuanto a sus desventajas, al Sistema de Clave Simétrica pueden atribuírsele las siguientes:

- Tomando en cuenta que se trata de un número aleatorio de la longitud correcta el que se utilizará para formar la clave simétrica, significa que si el mensaje es corto. La clave será corta y si por el contrario, el mensaje es extenso, la clave será extensa,
- Como el empleo del Sistema de Clave Simétrica será utilizado en el tráfico de datos del internet, resulta poco probable que el emisor y el receptor puedan tener conocimiento previo acerca de la clave y por esta razón, es necesario que la clave sea enviada con el mensaje mismo, obteniendo como consecuencia, la vulneración del mensaje ya que cualquier persona puede intervenir durante su transferencia y obtener el mensaje y su clave, pudiendo descifrarlo, alterarlo, anularlo, suplantarlos por otro, etc.
- Por la naturaleza misma del sistema, es necesaria la creación de diferentes claves según el número de mensajes que se quieran cifrar, uno por mensaje,⁶³ por lo tanto, si se quisiera enviar a dos personas el mismo mensaje, sería necesario dos claves diferentes, una para cada persona. Por esta característica, el Sistema que comentamos requiere de una administración de claves bastante compleja.

⁶² Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 181. La criptografía simétrica es una técnica criptográfica muy rápida y consume pocos recursos del procesador, por lo tanto, su uso es recomendable en muchas situaciones.

⁶³ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 181. La criptografía asimétrica tiene el inconveniente de ser poco escalable, es decir puede ser muy efectiva en entornos controlados pero aumentan las dificultades cuando el número de usuarios crece. Para hacernos una idea ¿podemos imaginarnos intercambiando y gestionando claves con 100 o 200 personas?.

- Finalmente, el sistema no puede ser utilizado para la aplicación de la Firma Electrónica, ya que no presenta seguridad alguna de la identidad del emisor y del receptor, del lugar de envío y de otros datos necesarios para su aplicación,

4.2.3. Sistema de Clave Asimétrica.

Llamada también sistema de clave pública,⁶⁴ se basa en un sistema de claves asociadas, una clave privada conocida solo por el autor del mensaje, la cual se mantiene en secreto y una clave pública, a la cual puede acceder cualquier persona y por tratarse de dos claves diferentes, es imposible que la persona que posee la clave pública pueda obtener, mediante una derivación u operación matemática, la clave privada del autor, otorgando mayor confianza y seguridad al mensaje.⁶⁵

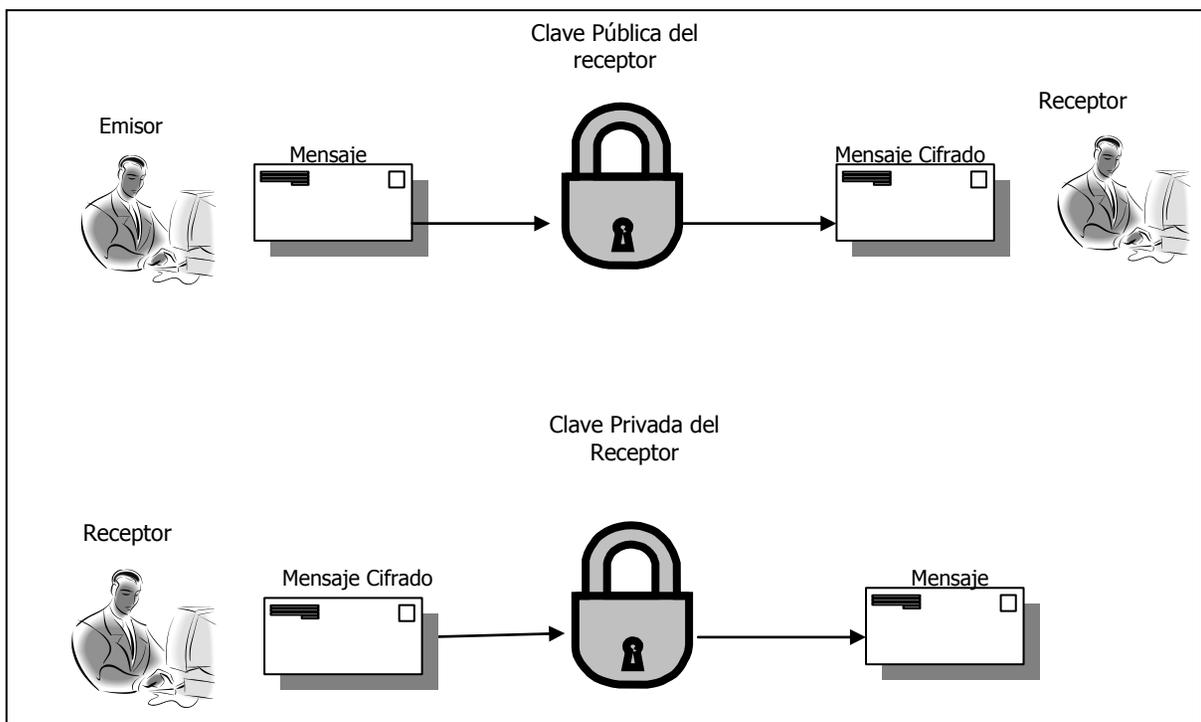
Una característica importante en el Sistema de clave pública/privada es que la clave empleada para cifrar el mensaje no puede ser usada para descifrarlo, en tal caso, el sistema falla y no puede obtenerse el texto inicial; de tal suerte, que si para cifrar el mensaje se usó la clave pública, para descifrarlo se usará la clave privada y viceversa; pero es imposible o extremadamente difícil averiguar una a partir de la otra.

⁶⁴ Vid. En términos generales, NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 28 y siguientes. Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 47.

⁶⁵ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 29. Se requiere una longitud de clave mayor en la criptografía asimétrica para lograr el mismo nivel de seguridad que usted obtiene con un logaritmo simétrico, utilizando una clave más corta. Además, usted no puede comparar directamente las longitudes de clave entre dos algoritmos asimétricos diferentes o, en ocasiones, incluso entre dos variantes del mismo algoritmo asimétrico. Existen pocos algoritmos criptográficos asimétricos y, por lo general se basan en matemáticas mucho más complejas y obtusas. Whitfield Diffie y Martin Hellman fueron los primeros en introducir el concepto de criptografía asimétrica a mediados de la década de 1970. El algoritmo criptográfico Fiffie-Hellman se desarrollo específicamente para manejar los problemas que acabo de tratar sobre la distribución segura de claves de cifrado simétrico, se basa en las matemáticas de algoritmos discretos, es un algoritmo de uso común. El algoritmo RSA es el algoritmo más famoso de clave pública/privada. Fue inventado en el MIT por *Rivest, Shamir y Adleman* (de allí el nombre de RSA), ha superado muchos ataques través de su larga vida. En la actualidad, típicamente utiliza claves de 1024 bits para individuos y quizá es el algoritmo criptográfico más popular y complejo computacionalmente que se encuentra en uso. Idem. Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*,p. 184. Los algoritmos de clave asimétrica o pública más comunes son RSA y DSA; también se está desarrollando tecnología de clave pública basada en curvas elípticas pero aún no está muy difundida. Realmente el algoritmo más usado con diferencia es RSA.

La aplicación del Sistema de Clave Asimétrica es un poco más complicada que en el primer sistema y, en general, en su procedimiento se emplea el juego de clave pública y clave privada como hemos expresado con anterioridad y su procedimiento operaría de la siguiente manera:

El emisor toma su mensaje en texto normal y claro, obtiene por medio de un directorio público, la clave pública del receptor y con ella, procede a cifrar el documento, posteriormente lo envía a través de internet, cuando el receptor recibe el documento cifrado, procede a descifrarlo con su propia clave privada (recordemos que la clave pública y la clave privada forman una sola combinación), obteniendo el mensaje original en texto normal y claro. Existe otra forma de llevar a cabo el procedimiento antes descrito y consiste en que en lugar de cifrar el mensaje original con la clave pública del receptor, se cifrará con la clave privada del receptor si es de su conocimiento y en tal caso, el receptor descifrará el mensaje con su clave pública, tal como se ha representado en el siguiente gráfico.



4.2.4. Ventajas y desventajas del Sistema de Clave Asimétrica

El Sistema de Clave Asimétrica goza de ciertas ventajas diferentes al Sistema de Clave Simétrico, las cuales señalaremos a continuación:

- Los algoritmos asimétricos necesitan de dos claves diferentes; una para cifrar y otra, para descifrar, ambas claves se generan juntas y por esa razón, no se requiere de un intercambio previo entre emisor y receptor.
- En el Sistema de Clave Asimétrica ya no es necesario la creación de diferentes claves según el número de mensajes que se quieran cifrar, la misma clave funciona para diferentes mensajes y por tanto, ya no se requiere de una administración de claves compleja para la generación de diferentes mensajes, como en el sistema anterior,
- La pareja de claves que se producen comprenden una clave pública y una clave privada, la primera es conocida de cualquier persona y la segunda, es conocida solo por la persona que la creó, debido a esta situación, no es necesario el envío de la clave a través de internet, evitando que la misma sea interceptada y vulnerada por terceros,
- Se trata de un sistema seguro que proporciona una respuesta certera para la seguridad de la identidad del emisor y receptor, lugar de envío y de otros datos necesarios para su aplicación y por esta razón es generalmente utilizado para las firmas digitales.

En cuanto a sus desventajas, al Sistema de Clave Simétrica pueden atribuírsele las siguientes:

- Se requiere de una longitud de clave mayor que en el Sistema de Clave Simétrica, para obtener un nivel de seguridad igual.⁶⁶
- La protección de la clave privada le corresponde a la persona que la guarda, por lo tanto, cualquier clase de descuido en su administración, le será culpable.
- Los algoritmos del Sistema de Claves Asimétrica es comparativamente lento, lo cual no es importante si el mensaje a cifrar es corto o de muy pocos bits, pero si el mensaje que se va a cifrar es grande, la operación se complicaría aún más.

4.2.5. Combinación de los Sistemas de Clave Simétrica y de Clave Asimétrica

Después de que hemos expuesto la forma de cifrar y descifrar mensajes, utilizando los Sistemas de Claves Simétrica y Asimétrica y de haber puntualizado sus ventajas y desventajas, podríamos validamente preguntarnos si existe una combinación de ambos sistemas, que pueda hacer uso de las ventajas de ambas y desechar las debilidades de cada una; ante tal interrogante, afortunadamente puede contestarse que si existe una forma de combinar ambos métodos

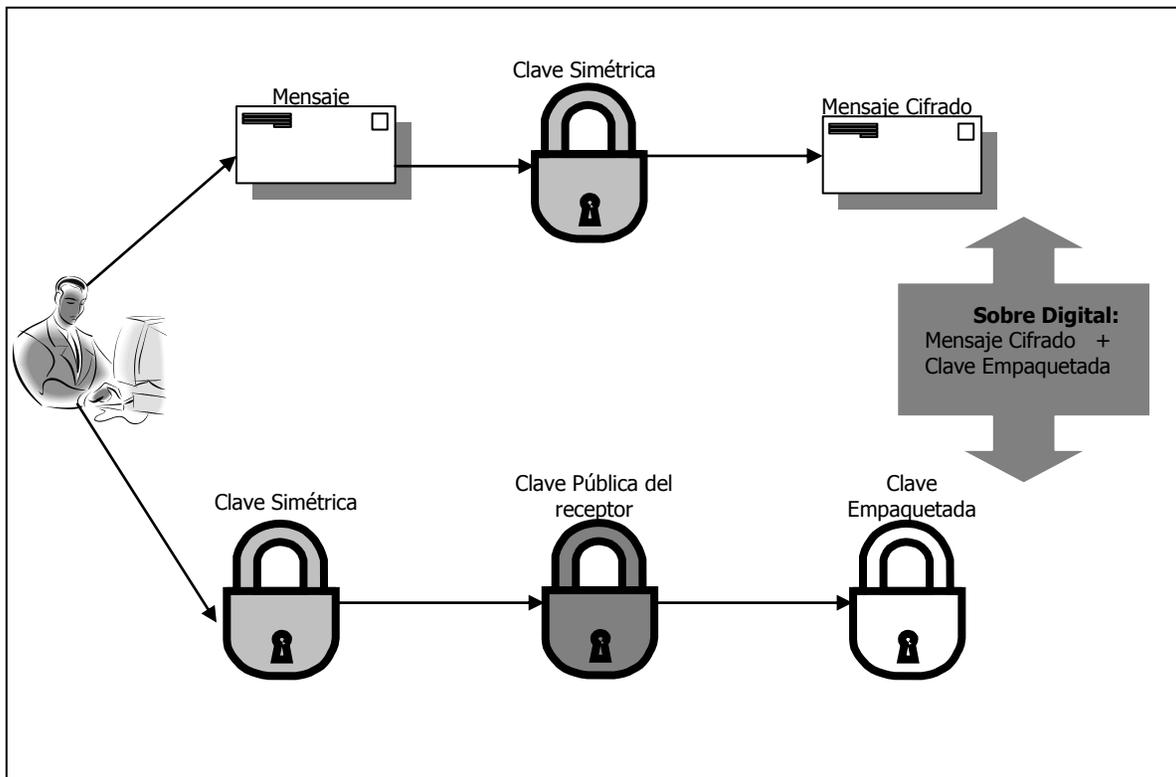
Para la aplicación de este nuevo sistema, al que podríamos denominarle “Mixto”, por tratarse de un método más complicado que los anteriores y por referir, su procedimiento en gran parte al que se emplea para la Firma Digital, vamos a exponer el proceso por medio de pasos, para hacer mas expedita su comprensión, de la siguiente manera:

Primer paso: el emisor toma su mensaje en texto normal y claro y lo cifra, utilizando un algoritmo simétrico, con ello se obtiene la aplicación de un sistema que es rápido, sencillo y seguro.

⁶⁶ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 184. Los algoritmos de clave simétrica consumen muchos más recursos de máquina al ser mas complejos y necesitar claves de encriptación más grandes.

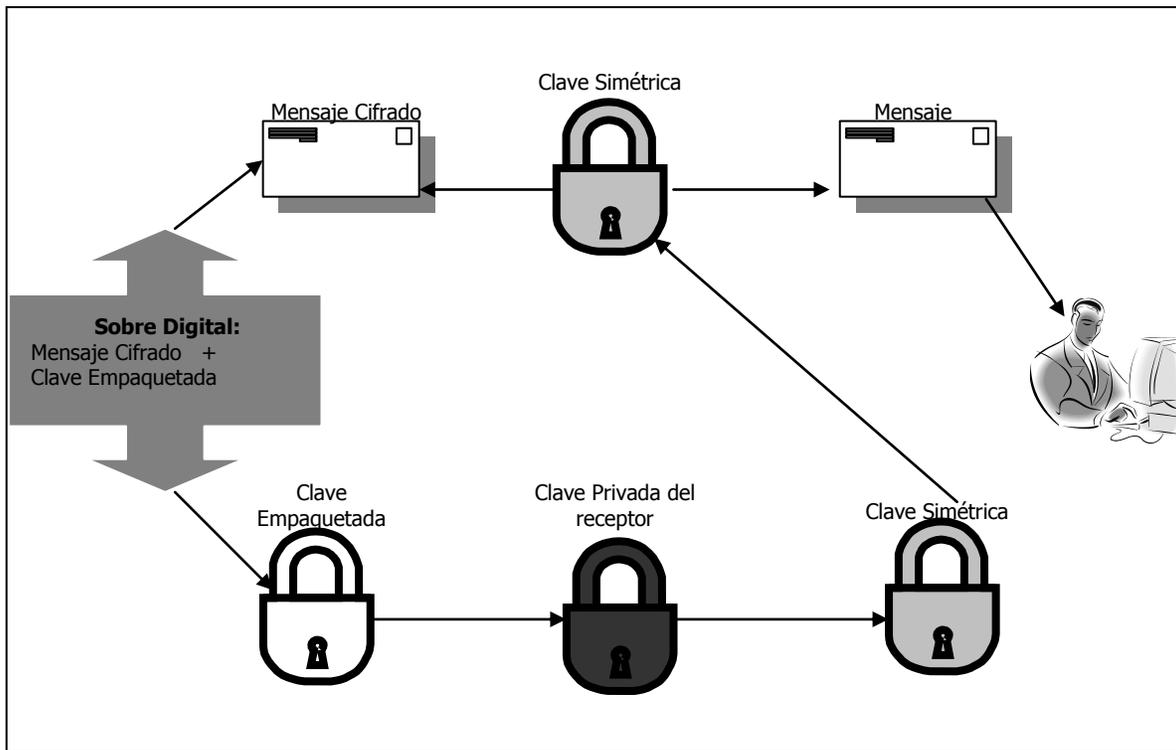
Segundo paso: se refiere al envío del mensaje por internet, pero siendo esta etapa en la que se presenta la vulnerabilidad del mensaje, es aquí cuando interviene el Sistema Asimétrico, buscamos entonces, en el directorio público la clave pública del receptor y con ella ciframos únicamente la clave simétrica, a este proceso se le llama “operación de clave empaquetada”

Tercer paso: unimos el texto cifrado del primer paso a la clave simétrica cifrada del segundo paso, a esta combinación se llama Sobre Digital; y la enviamos por internet, con esta operación evitamos que el texto sea vulnerado, porque aunque pueda ser interceptado por cualquier persona durante el tráfico de información, no podrá descifrar la clave empaquetada y por lo tanto, no podrá descifrar el texto. El proceso hasta esta fase se puede evidenciar del siguiente gráfico.



Cuarto paso: a esta etapa denominaremos Comprobación o Verificación de la Firma Digital⁶⁷ y comienza con la recepción del Sobre Digital, el cual debe descomponerse en el texto cifrado y en la clave empaquetada, deberá entonces, descifrarse la clave empaquetada con la clave privada del receptor y con ello obtenemos la clave simétrica con la que se cifró el texto original.

Quinto paso: se emplea la clave simétrica en el texto cifrado y obtenemos de esta manera el mensaje original en texto normal y claro, tal como se representa en el siguiente gráfico.



⁶⁷ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 195. El proceso de verificación de la firma se realiza también en dos pasos. Para ello se necesitará: La clave pública del firmante, El algoritmo de clave asimétrica o pública usado y el algoritmo de *hash* usado. La verificación se realiza en dos procesos paralelos. Por un lado se calcula la función *hash* del documento al que va asociado la firma, obteniendo así el código resumen o *hash* del documento. Por otro lado se utiliza la clave pública del signatario que previamente deberemos haber obtenido para aplicarla sobre la firma. La comprobación se realizara enfrentando los códigos obtenidos en las dos operaciones realizadas. Si estos coinciden sabremos que: el documento no ha sido alterado y que fue enviado por la persona a la que pertenece la clave privada asociada a la clave pública que hemos utilizado en la validación.

Si observamos con atención, podremos ver que con la operación detallada habremos obtenido un sistema que es sencillo, seguro, compacto, rápido y que no es vulnerable en caso de ser interceptado por terceras personas, que reúne las ventajas y desecha los inconvenientes de ambos sistemas; sin embargo, falta agregar un ingrediente más al procedimiento descrito: el empleo de la función *hash*.

4.2.6. Empleo de los algoritmos *hash* en los métodos criptográficos

Los algoritmos de *hash* o algoritmos de resumen tratan de una herramienta criptográfica que garantizan la integridad de los datos. En su implementación, los algoritmos *hash* siempre dan como resultado un código de longitud fija, independientemente de la longitud del original,

Son características de los algoritmos *hash* las siguientes: a) proporcionan un resultado de longitud fija, por lo tanto, no importa que el mensaje que será enviado sea corto o extenso, ya que a través del *hash* tendrá siempre una longitud fija, b) es muy difícil que en su aplicación, se encuentren dos mensajes diferentes que produzcan la misma secuencia *hash*, c) Una vez empleado este algoritmo, es sumamente dificultoso que se pueda recuperar el mensaje que lo ha generado con una operación inversa.

Los *hash* pueden operar de dos formas: MDC (*Modification Detection Codes*) o MAC (*Messages Authentication Codes*). Los primeros sirven para detectar modificaciones en la información enviada, de tal forma que se aplica el algoritmo al mensaje y se envía adjunto con el mismo mensaje, como prueba de la integridad y cuando el receptor recibe el mensaje, aplica el *hash* al mismo y si el resultado coincide con el *hash* enviado adjunto, entonces habríamos concluido que el mensaje se ha transmitido sin alteración.

En cambio en el MAC, sirve también para autenticar el origen de los mensajes, para esto se adjunta al mensaje una clave simétrica y se aplica el *hash* al conjunto, cuando llega

a su destino, el receptor comprueba la integridad del mensaje completo y posteriormente se utiliza la clave adjunta para comprobar su origen, este último sistema es el que ejemplificaremos a continuación, dentro del empleo de la firma electrónica.

4.3. Sistemas utilizados para la aplicación de La Firma Digital

Para exponer el empleo del sistema criptográfico en el procedimiento para envío de mensajes por internet y particularmente, de la Firma Digital, continuaremos con el método antes adoptado por medio de pasos,⁶⁸ así:

Primer paso: el emisor toma el mensaje en texto normal y claro, luego selecciona un algoritmo *hash* que le sea apropiado y se procesa el mensaje a través de este algoritmo, obteniendo una reseña o resumen del documento original, a su vez, este resumen es cifrado con la clave privada del emisor.

Segundo paso: el resumen cifrado se hace acompañar del mensaje en texto normal y claro, además de cierto bloque de información, que incluye la identificación del algoritmo *hash* que se utilizó para hacer el resumen y se envía al receptor por medio de internet.

Tercer paso: de nuevo llamaremos a esta etapa Comprobación o Verificación de la Firma Digital, es aquí cuando el receptor recibe el paquete que contiene toda la documentación, deberá hacer un procedimiento similar al que hemos descrito, tomará el texto normal y claro que se le envió y lo procesará a través del algoritmo *hash*, con lo que obtendrá una reseña o resumen del mensaje.

⁶⁸ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*,p. 191. El proceso se compone de dos pasos, para realizarlos necesitaremos los siguientes ingredientes: la clave privada del firmante y su correspondiente clave pública, un algoritmo *hash*, un algoritmo de clave pública, un documento a firmar. Inicialmente se realiza el *hash* del documento, o de los datos a los que queremos aplicar la firma. Este proceso nos dará como resultado el código *hash* o resumen, que considerando las propiedades ya descritas anteriormente será un código que identificará de forma única el documento a firmar. A este código *hash* se le aplica el algoritmo asimétrico elegido con la clave privada del signatario. El código resultante se adjunta al documento. Este código adjunto, está asociado matemáticamente con los datos firmados y también esta asociado a la identidad del signatario debido a la aplicación la clave privada que éste custodia de forma única.

Cuarto paso: el receptor descifrá el resumen encriptado que se le ha enviado con la clave pública del emisor que será buscada en el directorio público de claves públicas, con lo cual obtendrá un resumen descifrado,

Quinto paso: la computadora del receptor comparará el resumen que obtuvo de la aplicación de su propio procedimiento y el que se le ha enviado y si ambos resúmenes son iguales, el receptor tendrá la seguridad que el mensaje no fue violentado en su tránsito por internet pero si, por el contrario, existe alguna variación entre los resúmenes será suficiente evidencia para concluir que fue vulnerado de alguna manera

Podríamos preguntarnos cuál es el aspecto del mensaje cuando se encuentra encriptado,⁶⁹ ya que tal como hemos advertido su lectura no será fácil, el mismo tendrá una presentación similar a la siguiente:

```
cwz.w&dl17h#yβ 'bU,βATL<%c (?βGr) duJlQUh1%0a$2v
K(Qfo>MgYVn1BvL>*'oS>!GβXk'q5tf|cTm2CXD<;KD-
x-CD|C!i?rZeQCfc0b*qwwyBDMJbROF1bCV_h>wKsA-
V~Ktk?Hv6LDyqH*%Q2vEi1QQD0Dq><DAXK
```

Como podemos observar su presentación es irracional y su lectura imposible de realizar, solamente el receptor con su clave privada podrá llevar a cabo la lectura del párrafo anterior, luego de haber procedido a su descifrado.

Sin embargo, existen otros elementos que por el momento de los que nos ocuparemos más adelante. La función que cumple el directorio público de claves públicas o Entidades Certificadoras, con la cuales se puede determinar con bastante acierto que una

⁶⁹ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 194. Cuando alguien alejado de estos escabrosos temas de la firma electrónica, se quiere imaginar su aspecto, normalmente lo hace con algo que se parece mucho a lo que utilizamos habitualmente de forma manuscrita. Lo más normal es imaginarla como un dibujo dentro del documento electrónico como por ejemplo, la firma escaneada dentro de un documento realizado en soporte electrónico, sin embargo, no es la correcta visión de un documento encriptado.

clave pública en particular pertenece a una persona cierta y determinada; y por otra parte, la seguridad de incluir en el documento, el día y la hora en que el mensaje fue enviado, esto último nos será de mucha utilidad para efectos de determinar el momento en el cual se envió una respuesta, ya que como recordaremos eso determina la formación del consentimiento a través de medios electrónicos.

5. Firma Electrónica, Firma Digital Y Firma Electrónica Avanzada; conceptos, diferencias y aplicación legal

Debemos partir definiendo que podemos comprender como firma, en términos amplios o generales,⁷⁰ y suele resumirse diciendo que se trata de un trazo peculiar mediante el cual una persona autoriza lo manifestado o se obliga a lo declarado. Este trazo puede ser la representación de su nombre y apellido, solo su apellido, iniciales o puede que no represente ningún significado de importancia. En aplicación a la firma electrónica, otros autores,⁷¹ consideran que la firma no está constituida por trazos sino por claves, que le pertenecen de un modo indubitable al autor.

Existen diversos tipos de firma y la originariamente conocida es la firma ológrafa,⁷² que responde al concepto antes presentado de símbolo o gráfico que vincula el documento impregnado con su autor y cuyo nacimiento data del mismo tiempo en el que apareció la escritura.

⁷⁰ Vid. DE SANTO, V., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 446. Idem. Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, "La Firma Electrónica" en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 2000, Diciembre, p. 920.

⁷¹ Vid. LORENZETTI, R.L.; *op. cit.*, p. 70. Es importante recordar que si bien hablamos de firma, ésta no está constituida por trazos manuales del autor, sino por claves, que le pertenecen de un modo indubitable. El fundamento técnico para que ello sea posible lo da la criptología.

⁷² Vid. CASTELLANOS DE UBAO. L.G-E, "La Firma Electrónica" en *AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico...*, cit., p. 611. Le llama firma manuscrita y la define como aquella que necesariamente ha de constatar en un papel físico y que, por tanto, tiene una clara configuración material o física.

Sin embargo, podemos concluir que la función de la firma en términos generales es la de ser un símbolo o símbolos utilizados por una persona para demostrar su conformidad o su expresión misma de voluntad. La firma en el ámbito de la contratación identifica a las partes intervinientes de la obligación, es decir, identifica al acreedor y al deudor y por tanto, a la voluntad de ellos en participar de la obligación.

En doctrina se considera⁷³ que el concepto de la firma electrónica es más amplio y genérico que el de la firma digital, su relación es la que existe entre el género y la especie, por tanto, todo trazo o clave que se vea expresado por un medio electrónico como por ejemplo el correo electrónico o *e-mail*, el correo interactivo o *Chat* o cualquier otro semejante, es llamada firma electrónica. Esta situación es similar a la que sucede con el consentimiento y las formas de expresarlo, como recordaremos, le hemos llamado consentimiento electrónico, a aquel expresado por medios electrónicos como los antes citados, lo importante en conclusión, será el medio a utilizar.

La firma digital, por otra parte, responde a la especie como hemos afirmado y suele definirse⁷⁴ como aquella que confiere mayor seguridad, utilizando un método criptográfico

⁷³ Vid. De manera general, MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2001. MARTÍNEZ NADAL, A., *La ley de Firma Electrónica.*, cit. ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid. Vid. GARCÍA MÁZ, F.J., *op. cit.*, BERREIROS F., J., “El papel del notariado en el uso de la firma digital”, en AAVV., *Notariado y Contratación Electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000. FERNÁNDEZ- CABRERA, J.G., *Derecho y Administración Pública en Internet*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000. DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., *La Firma Electrónica. Marco legal y aplicaciones prácticas*, Difusión Jurídica y Técnicas de Actualidad, Barcelona, 2004. ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *La Firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la legislación vigente*. Aranzadi, Navarra, 2000. *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España. Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p.44 y siguientes. LORENZETTI, R.L.; *op. cit.*, p. 78. La firma electrónica es un género caracterizado por el soporte: todo modo de identificación de autoría basado en medios electrónicos es firma electrónica. Vid. CARLINO, B.P., *Firma Digital y Derecho Societario Electrónico*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 37 y siguientes.

⁷⁴ Vid. LORENZETTI, R.L.; *op. cit.*, p. 70.

para obtener ese fin.⁷⁵ Este método criptográfico se traduce en la aplicación de una ecuación matemática y con mayor precisión algorítmica, sea de Sistema Simétrico o de Sistema Asimétrico.

Existen otras definiciones que merecen una explicación, como la de Firma Electrónica Avanzada, término que ha sido empleado por la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998, y que además, fue incorporado en el texto del Real Decreto- Ley sobre La Firma Electrónica 14/1999 luego sustituida por la Ley sobre Firma Electrónica 59/2003 y del cuerpo legislativo de éstas, pueden extraerse diferencias sustanciales entre la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Avanzada, que abordaremos más adelante.

De conformidad a la ley,⁷⁶ la Firma Electrónica es el conjunto de datos electrónicos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante⁷⁷, mientras que la Firma Electrónica Avanzada, se refiere a la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera

⁷⁵ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 61. Se considera que la firma electrónica es más difícil de alterar que falsificar una firma manuscrita, al ser mayor la dificultad de obtener la clave privada que rompa la firma electrónica que falsificar la firma manuscrita, por lo que se podría decir que se ha logrado el “desideratum” de la equiparación de las firmas manuscrita y digital. A través de la consecución de esa seguridad en la contratación electrónica se aventura la posibilidad de que en el futuro sea éste el cauce ordinario de la contratación jurídica. Idem. Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*, p. 192. La firma digital por lo tanto ofrece funcionalmente garantías superiores a la firma manuscrita. En la firma manuscrita garantizamos la integridad mediante el examen del soporte sobre la que está realizada: examinaremos que no existan borrones ni evidencias de haber sido manipulada. La autenticidad se realizará mediante la comparación de firmas suponiendo que solo esa persona tiene la habilidad de realizar unos trazos concretos que la identifican de forma única.

⁷⁶ Vid. Art. 3 Párrafo 1 de la Ley sobre Firma Electrónica 59/2003.

⁷⁷ El ya derogado Decreto Ley 14/1999 sobre Firma Electrónica, establecía que Firma Electrónica era el conjunto de datos anejos o asociados funcionalmente a otros datos electrónicos de tal forma que permite una identificación formal del signatario o autor de un documento y por Firma Electrónica Avanzada se definía al mismo conjunto de datos electrónicos, que permiten una identificación plena del autor de un documento. En la Exposición de motivos de la Ley 59/2003, se estableció que una de las novedades que dicha Ley establecía respecto del Real decreto Ley 14/1999, es la denominación como firma electrónica reconocida de la firma electrónica que se equipara a la firma manuscrita, es decir, que para que produzca este último efecto, es necesario que la firma electrónica avanzada esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación.

única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

Podemos observar entonces, que siempre que la Firma Electrónica cumpla los requisitos señalados por esta disposición legal, será una Firma Electrónica Avanzada, este requerimiento consiste pues en la identificación de la persona del signatario así como poder detectar cualquier cambio posterior de los datos. Finalmente, podemos citar el concepto de la Firma Reconocida, término éste que ha sido incluido por la ya mencionada Ley sobre Firma Electrónica y que se conceptualiza como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

6. Funciones o características de La Firma Electrónica

Pueden presentarse varios conceptos de Firma Electrónica suministrados por la doctrina, la ley y por la misma práctica, por esta razón es más importante presentar las características o funciones, término último con el que son denominadas por otros autores.⁷⁸

Estas características se observan de la aplicación de la Firma Electrónica y podremos observar que dependiendo del número de características que cumpla el término, así será identificada la firma electrónica, distinguiendo entre los diferentes conceptos que antes señalamos, tal como veremos a continuación:

- a) Se trata de un conjunto de datos y no solo de un símbolo, trazo, sello o grafía como sucede con la firma ológrafa.

- b) A través de ella, se permite identificar al emisor y autor del mensaje, por ello se afirma que cumple una función de Autenticación.

⁷⁸ Vid. VILLAR, J.M., “Una aproximación a la firma electrónica” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital., cit., p.170.

- c) Que la firma electrónica haya sido creada por medios que el firmante mantenga bajo su exclusivo control y que por lo tanto, se traduzca en una vinculación entre el mensaje y el firmante.
- d) Que exista una vinculación entre el mensaje y la firma electrónica que ha sido creada para lograr su envío.
- e) Asegurar que el mensaje se ha mantenido sin alteración alguna en su tránsito por internet y desde el momento en que fue firmado, por ello se sostiene que cumple una función de Integridad.
- f) Que la firma se base en un certificado reconocido.
- g) Que la firma sea creada mediante un dispositivo seguro de creación de firmas.

A partir de las características que hemos expuesto, podemos determinar que cada definición de las antes expuestas, cumple con sus propios requisitos, así: La Firma Electrónica cumple con el literal a) si el sistema que emplea es el Sistema Simétrico, si en cambio emplea el Sistema Asimétrico, cumple además con los literales a), b) y e).

En cambio, la Firma Electrónica Avanzada cumple con las características de los literales a), b), c), d) y e), y como podrá observarse se requiere una vinculación entre el mensaje y el firmante y entre el mensaje y la firma misma.

Pero, si se tratara de una Firma Electrónica Reconocida, cumplirá con todas las características de los literales a) al g), se trata pues, de una firma más completa, porque requiere además, de un certificado emitido por Entidades de Certificación a su vez, reconocidas. De éstas, trataremos más adelante.

7. Elementos adicionales aparejados a la aplicación de La Firma Electrónica

Además del contenido o mensaje que se envía por internet, es necesario que se incluyan otros elementos adicionales que son de mucha importancia y sin los cual es, podría ponerse en grave riesgo el contenido mismo del mensaje y su significación jurídica, tal como veremos a continuación:

7.1. La hora de envío del mensaje.

No debemos olvidar que la hora de envío del mensaje,⁷⁹ también denominada sellos temporales,⁸⁰ es de suma importancia jurídica, para efecto de determinar el momento de formación del consentimiento y el momento de perfeccionamiento del contrato, si se trata de aquellos consensuales. Además, la hora juega un papel decisivo si se trata de ofertas presentadas durante un tiempo determinado, debido a que si la aceptación llegara después de vencido el término, no se habría formado el contrato. Igual situación sucedería si se tratara de la celebración del contrato por medio de mandatarios, en el que el mandato se encuentra próximo a caducar, ya que si la aceptación llegara después de la caducidad del mismo, el contrato se habría celebrado pero sería inoponible al mandante.

Debemos incluir en el mensaje que se enviará la hora de creación y envío del mismo, podríamos pensar que si se trata de correo electrónico, el servidor hará este trabajo por nosotros e incluirá la hora en la que se envió el mensaje, sin embargo, no hablamos en este apartado, simplemente, de los mensajes que enviamos por correo electrónico sino que

⁷⁹ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 48. La hora en que se ejecutó la firma debe quedar codificada dentro del documento antes de crear el *hash*. De esta manera, el momento en que el documento fue firmado no puede ser modificado sin hacer fallar la verificación de la firma.

⁸⁰ Vid. UREBA, A.A. – ALCOVER GARAU, G., “*La Firma Electrónica*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 186. Para que el sistema que estructura la firma electrónica sea operativo, es preciso que se pueda fijar tanto en los mensajes como en los certificados el momento temporal en que se producen, o sea, es preciso introducir los llamados sellos temporales. El sistema precisa como es obvio que los sellos temporales no puedan ser manipulados por las partes y ello conlleva a la necesidad de encomendar su fijación en los mensajes a terceros. Idem. Vid. BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002. p. 38 y siguientes.

hablamos de los mensajes que son creados inicialmente y luego encriptados para ser enviados por internet a través del Sistema de Clave Asimétrico, cuya operación expusimos con anterioridad.⁸¹

La solución estaría en incorporar al mensaje elaborado, la hora de su envío, de tal suerte que al pasar por la función *hash* y crear el resumen del mensaje, la hora no podría ser violentada por terceras personas y, si lo fuera, lo sabríamos al llevar a cabo la verificación de la firma, este método como expusimos anteriormente, define la integridad del documento enviado.

Pero si quisiéramos ser desconfiados o mal intencionados, podríamos incluir una hora incorrecta con el propósito de sustraernos de la obligación, o podría suceder que incluyéramos la hora que aparece en nuestro ordenador o en nuestro reloj de puño u otro cualquiera y que no se encuentre correcta, en el primer caso, existiría dolo o mala intención y, en el segundo, negligencia o ignorancia.

Ante esta situación, pareciera que lo que en principio se ve simple, ya no lo es y por tanto, debemos confiar en un reloj determinado, el reloj nacional por ejemplo, sin embargo, para solucionar esta problemática debemos confiar la fijación o ratificación de la hora a la función de terceros, pensaremos inmediatamente y sin temor a equivocarnos, en las Entidades de Certificación, quienes se encargarán de cumplir esta función como adelante veremos.

7.2. Sistema de presunciones que surgen de La Firma Electrónica

Según el proceso de aplicación de la Firma Electrónica al mensaje previamente elaborado por el emisor, que hemos explicado con anterioridad, podemos determinar una serie de presunciones que deben ser aplicadas al funcionamiento de la Firma Electrónica,

⁸¹ Vid. Supra Apartado 4.2.3.

por ejemplo, cuando el receptor recibe el resumen juntamente con el texto en claro y aplica la función *hash* que le acompaña, enviado por el emisor, hemos afirmado que estará seguro que el mensaje ha sido enviado por quien dice ser su emisor y que además, al ser comparado con el resumen puede determinarse que no fue violentado por ninguna persona durante su tránsito. Por lo tanto, es común que dentro de la legislación se establezcan presunciones como la que determina que el mensaje así enviado pertenece al emisor⁸².

Estas presunciones pueden desde luego ser desvirtuadas, ya que por ejemplo, en el supuesto de la suplantación de la persona del emisor por otra persona que asume su papel, crea una pareja de claves, hace todo el procedimiento ya descrito y logra que el receptor reciba un mensaje que al final no es enviado por quien dice ser su emisor, deberá el interesado en consecuencia, demostrar la suplantación.

8. Relación entre las Entidades de Certificación y La Firma Electrónica

Como hemos visto en el proceso de aplicación de la Firma Electrónica, hemos determinado que, en ciertas ocasiones, es necesario avocarnos a un Registro Público de claves públicas; es aquí en donde intervienen las Entidades de Certificación, que juegan diversos papeles tales como el de servir de Registro Público de claves públicas y además, de intervenir y mediar como un tercero de confianza a quien se le pedirá que le impregne la hora y su propia clave con el propósito de garantizar el envío del mensaje que ya ha sido cifrado por el emisor.

⁸² Vid. GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tutela judicial del Comercio Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 65. El autor comenta el ya derogado RD 14/1999 sobre Firma Electrónica en lo referente al sistema de presunciones y señalaba que se establece una presunción *iuris tantum* de difícil contradicción, de manera que para evitar la prueba de unos determinados requisitos se exige la acreditación de otros superiores, concretamente, que el certificado reconocido ha sido emitido por un prestador de servicios de certificación acreditado y mediante un dispositivo seguro de creación de firma certificado. Una vez acreditado el cumplimiento de estos requisitos dispondremos de una firma electrónica que será admitida como prueba en juicio, valorándose conforme a los criterios previstos por las normas procesales.

Las Entidades de Certificación emitirán un documento denominado Certificado, que contendrá los datos necesarios para colegir que una determinada clave pública o privada pertenece a cierta y determinada persona, por lo tanto, su papel es muy importante.

8.1. Intervención de las Entidades de Certificación en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica al mensaje

Para la comprensión práctica de la intervención de las Entidades de Certificación en la emisión de un mensaje y su paso a través de internet, debemos recordar la serie de pasos que se llevan a cabo para la implementación de la Firma Electrónica, los cuales fueron expuestos con anterioridad⁸³ y a ésta añadiremos los pasos necesarios en los cuales participan las ya citadas Entidades de Certificación.

Primer paso: el emisor toma el mensaje en texto normal y claro, luego selecciona un algoritmo *hash* que le sea apropiado y se procesa el mensaje a través de este algoritmo, obteniendo una reseña o resumen del documento original, a su vez, este resumen es cifrado con la clave privada del emisor.

Segundo paso: el resumen cifrado se hace acompañar del mensaje en texto normal y claro, además de cierto bloque de información, que incluye la identificación del algoritmo *hash* que se utilizó para hacer el resumen. Deberá además, adjuntarse un Certificado Digital, el cual contendrá la clave pública que corresponde al juego de claves, pertenecientes al emisor, todo el conjunto, se envía al receptor por medio de internet.

En esta etapa debe agregarse que dentro del Certificado Digital se encuentra la fecha de validez, y una serie de información que identifica a la entidad de certificación que lo ha

⁸³ Vid. Supra Apartado 4.2.5.

emitido, incluirá también, la clave pública de dicha autoridad y la firmará, a este tipo de certificado, se le denomina Certificado Autofirmado.⁸⁴

Tercer paso: aquí da comienzo la etapa de Comprobación o Verificación de la Firma Digital. Primeramente, deberá separar los tres elementos que ha recibido por internet: el mensaje en texto normal y claro y el algoritmo *hash*, el resumen del documento original y la copia del certificado digital.

Cuarto paso: el receptor verificará si la firma del certificado digital es válida, si es válida, el software de nuestro ordenador revisará si dentro de sus archivos de origen se encuentra la entidad de certificación que lo ha emitido, si no se encuentra, podremos incluirla a nuestra lista predeterminada, no sin antes verificar la confianza y veracidad de la Entidad,⁸⁵ ahora que hemos determinado que la firma del certificado es válida y que efectivamente se trata de una Entidad de Confianza, deberemos verificar la fecha de validez del certificado y encontrándose vigente, extraeremos la clave pública del emisor, con este procedimiento determinaremos la autoría del mensaje recibido. Ahora el receptor descifrá el resumen encriptado que se le ha enviado con la clave pública del emisor y cuando aplique la clave pública, obtendrá un resumen descifrado.⁸⁶

Quinto paso: deberá hacer un procedimiento similar al que hemos descrito para cifrarlo, tomará el texto normal y claro que se le envió y lo procesará a través del algoritmo *hash*, con lo que obtendrá una reseña o resumen del mensaje.

⁸⁴ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 45.

⁸⁵ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 46. En una nota comentada, el autor expone que dado que los certificados son información pública y usted quiere que todos tengan fácil acceso a ellos, pueden existir muchas copias de su certificado según sea necesario. Cualquier intento de hacer fraudes con el certificado inmediatamente se detectará cuando éste se utilice. El *software* que usa el certificado siempre realizará la verificación de la firma en éste y, si ha sido modificada, los valores *hash* no corresponderán. En este punto el *software* rehusará usar la clave pública en el certificado y anunciará un error.

⁸⁶ Recordemos que después de este paso, no podrá obtener el texto normal y claro, porque es imposible deshacer el resumen de lo resumido y que el algoritmo *hash* no puede ser utilizado a la inversa, por esa razón dentro del proceso de verificación, el receptor deberá preparar otro resumen para poder compararlos.

Sexto paso: el receptor comparará el resumen que obtuvo de la aplicación de su propio procedimiento y el que se le ha enviado y si ambos resúmenes son iguales, el receptor tendrá la seguridad de que el mensaje no fue violentado en su tránsito por internet pero, si por el contrario, existe alguna variación entre los resúmenes será suficiente evidencia para concluir que fue vulnerado de alguna manera. Con este paso se determina la integridad del documento.

Como podemos observar, la descripción del proceso de aplicación de la firma electrónica y el uso de los certificados parece un proceso bastante complicado, pero al final, resulta ser un proceso en el cual se emplean solo algunos minutos, ya que nuestro ordenador se encarga de verificarlo con tal rapidez, obteniendo como resultado, un mensaje cuyo texto es auténtico e íntegro, ya que podemos afirmar que no ha sido objeto de ninguna alteración en su tránsito por internet y fácilmente determinamos la autoría del mismo.

9. Efectos legales de la aplicación de La Firma Electrónica en los mensajes

Debemos recordar que al documento que se produce con la aplicación de la Firma Electrónica en el o los mensajes en los que ha sido empleada, es denominado Documento Electrónico y en general, los efectos legales y principalmente probatorios no son atributivos a la Firma Electrónica sino al Documento que emana de ella, por lo tanto, nos limitaremos a determinar que las funciones o características del documento electrónico se ven cumplidas con el empleo de la Firma Electrónica y especialmente, la autenticidad y la integridad del mensaje salvaguardado por la Firma.

CAPITULO V

ENTIDADES DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA

SUMARIO: 10. Surgimiento histórico de las Entidades de Certificación. 11. Definición de Las Entidades de Certificación y requisitos necesarios para su funcionalidad. 12. Naturaleza Jurídica de las Entidades de Certificación. Entidades públicas o entidades privadas. 13. Partes intervinientes en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica, con intervención de las Entidades de Certificación. 13.1. El Suscriptor o titular del certificado 13.2. Las Entidades de Certificación. 13.3. El Usuario del certificado. 14. El Certificado Digital. Concepto, contenido y funcionalidad dentro de la aplicación de La Firma Electrónica. 14.1. Concepto de Certificado Digital. 14.2. Contenido del Certificado Digital. Especial referencia a los elementos que lo conforman. 14.3. Procedimiento necesario para la generación de un certificado digital. 14.4. Diferentes tipos de Certificados Digitales. Clasificación. A) Primera Clasificación. B) Segunda Clasificación. 14.5. Obligaciones generales que debe cumplir toda entidad de certificación. A) Comprobar la identidad y demás circunstancias personales del solicitante de un Certificado Digital. B) Poner a disposición del solicitante los sistemas de creación y verificación de la Firma electrónica. C) No Almacenar, guardar o copiar los datos de creación de firma. D) Informar al solicitante acerca de las condiciones particulares derivadas de la utilización del certificado. E) Crear y conservar actualizado el Registro de Certificados. F) Deber de colaboración y de información. G) Regulación especial acerca de la cesación de actividades de las entidades de certificación. 14.6. Otras Obligaciones requeridas para las entidades de certificación que extiendan certificados reconocidos. 15. Responsabilidad civil de las entidades de certificación con respecto al suscriptor, usuario y/o terceros. 15.1. Responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones previamente establecidas en la ley. 15.2. Responsabilidad civil por el uso indebido de parte de terceras personas de los certificados reconocidos y extendidos por las Entidades de Certificación. 16. Control de las Entidades De Certificación por parte de la Administración Pública y sanciones a imponer en caso de incumplimiento.

10. Surgimiento histórico de las Entidades de Certificación

El surgimiento de las Entidades de Certificación data de la misma época en la que apareció el uso de la Firma Electrónica, aunque es considerado por algunos autores que su funcionamiento fue concebido desde los inicios de Roma, cuando la figura de los Tabeliones Romanos era la de personas autorizadas por el Estado para extender y legalizar documentos sobre determinados negocios jurídicos.⁸⁷

Como podremos notar la figura de los Tabeliones con que se compara a las Entidades de Certificación es también el antecedente histórico del Notario⁸⁸, por lo tanto, hace pensar que su función es similar a la de los notarios, pero no es verdad que su figura corresponda a la de aquellos, ya que las Entidades de Certificación según la experiencia legislativas de países como España, no se encuentran investidas a fin de otorgar fe pública a los certificados digitales extendidos por las mismas, sino que, por el contrario, carecen de dicha fe pública.⁸⁹

En cambio, la L.S.A. de El Salvador⁹⁰ establece que las Entidades de Certificación están dotadas de otorgar fe pública respecto de fecha y hora específicas, de personas individualizadas que realizaron la transmisión de datos, de la pertenencia de las firmas digitales de personas naturales o jurídicas, de los términos en que se ha generado la firma

⁸⁷ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E. *op. cit.*, p. 255. Estos tabeliones no ejercían, sin embargo, ningún oficio público y sus documentos no tenían fe pública. Pero sí estaban bajo inspección estatal y tenían, sobre todo ante autoridades y tribunales fuerza legal. Debe considerarse que los Tabeliones han sido reconocidos como el antecedente histórico de los Notarios.

⁸⁸ Vid. VÁSQUEZ LÓPEZ, L., *Derecho y Práctica Notarial en El Salvador*, 2ª Ed., Universidad de El Salvador, San Salvador, s/f. p. 7. El autor hace una referencia histórica acerca del apareamiento del notario entre los romanos, señalando que al subir al trono León I, emperador de Oriente, hizo una ley en la cual se exigía a las personas que quisieran optar al cargo de Tabelión, honradez intachable, saber hablar y escribir perfectamente el idioma y tener sólidos conocimientos en jurisprudencia. Muchos fueron los nombres con que se designó en Roma a los notarios, así hubo los Notarii, los scribaes, los Tabeliones o Tabularii, los Cursoris o Logographi, los Argentarii, los Chartularii, etc. Se llamó Tabeliones o Tabulariis a los notarios que escribían los actos o contratos en pequeñas tablas cubiertas de cera o albayalde.

⁸⁹ Vid. Disposición Adicional Primera de la Ley 59/2003 sobre Firma Electrónica, establece que lo dispuesto en la Ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en los que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la Ley.

⁹⁰ Vid. Arts. 7 Inciso 2º, 8 Inciso 3º y 8-A de la L.S.A.

digital, de los términos en que se ha transmitido un mensaje de datos y de los demás datos que la entidad hubiera otorgado fe.

A pesar de que no se trata de una figura similar la existente entre los notarios y las entidades de certificación, nada obsta para que el notario pueda convertirse en una entidad de certificación, si es permitido de esta manera por la legislación correspondiente. Ante tal situación, no debemos confundir la labor del notario como depositario de fe pública y la que podría otorgársele en el ejercicio, como una entidad de certificación.⁹¹

Podemos en este momento determinar que el rol que desempeñan las Entidades de Certificación es de mucha importancia, ya que complementa la autenticidad e integridad del documento cifrado por medio de la firma electrónica y suele considerarse que el papel que desempeñan los servicios de certificación cobra importancia, cuando las personas que contratan a través de correo electrónico, se encuentran separados geográficamente y es por medio de aquellas que puede obtenerse la identificación segura de los contratantes, a través del uso de la firma electrónica.⁹²

Debe entenderse que las partes buscan cierto grado de confianza en los métodos utilizados en el ámbito de la contratación electrónica y cuando la obtienen, consiguen como consecuencia, una seguridad jurídica fundamentada en principios constitucionales.

⁹¹ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *Los Prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2001. p. 73. No se está ante fedatarios públicos, pese a que en ocasiones, vulgarmente y con ausencia de técnica jurídica se les denomine notarios electrónicos, se está ante otro tipo de “mecanismos adicionales de certeza” o “intermediarios repudiacionales”. Vid. Disposición Adicional Primera. 1. Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003. Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley.

⁹² Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *Los Prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2001. p. 55. El destinatario quiere saber que aquél que le remite el mensaje electrónico es efectivamente quien lo firma. De esta forma, es el prestador de servicios de certificación el encargado de garantizar el intercambio de mensajes a través de comunicaciones electrónicas o Internet, lo que permitirá que se desarrolle o incremente su utilización, hasta el punto de que se ha llegado a decir que su existencia es imprescindible para que la firma electrónica sea operativa.

Esta seguridad se alcanza a través del uso de la firma electrónica y de la intervención de las entidades de certificación y como consecuencia se obtienen los siguientes resultados:⁹³

a) Se alcanza un alto nivel de confianza sobre las comunicaciones electrónicas en general, de tal manera que las personas paulatinamente suman confianza a los procesos que se llevan a cabo a través de medios electrónicos, sobre todo si nos encontramos frente al nuevo escenario que representa el comercio electrónico.

Si por el contrario, el consumidor no alcanza el nivel de confianza adecuado, las ventajas que incorpora el uso de estas tecnologías se verán reducidas o hasta anuladas;⁹⁴ parte importante de esta confianza se logra con la creación del marco normativo apropiado no solo para el uso de la firma electrónica sino también, para la protección de los derechos de los consumidores, quienes eventualmente pueden verse temerosos a este tipo de contratación.

b) Se expande el ámbito de aplicación de la firma electrónica. No importa el área a través del cual se hubiera incorporado esta figura a la legislación interna, si fue en el área pública o privada; su empleo, uso, conocimiento y experiencia en la aplicación de la

⁹³ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 57 y siguientes. Hay que insistir en que uno de los problemas fundamentales de la contratación electrónica es el de su posible inseguridad, ya que solo satisfecha la necesidad de seguridad en este ámbito, en realidad uno de los aspectos del principio general de seguridad jurídica, se conseguirá: 1. Que haya una confianza razonable sobre las comunicaciones electrónicas, 2. Que las comunicaciones electrónicas se empleen no solo en la contratación electrónica sino también en el campo de las notificaciones judiciales, 3. Que se utilicen los documentos electrónicos como importante medio de prueba judicial de la contratación electrónica, permitiendo a los Juzgados y Tribunales valerse de los mismos como tales medios, integrados prácticamente en los documentales.

⁹⁴ Vid. NUENO, J.L.-VISCARRI, J.- VILLANUEVA, J., *¿Porqué comercia tan poco el comercio electrónico?*, Instituto de Estudios en Libre Comercio, Madrid, 2000. p. 51. se presenta un análisis detallado del porqué el comercio electrónico no rinde los frutos esperados y en él, los autores señalan que el número de compradores *on line* en la actualidad es más bajo de lo esperado, dado el crecimiento en el número de usuarios y concluyen que obedece a diversas causas fundamentales, entre ellas, la desconfianza en los sistemas *onland*: mensajería, logística de entrega, sistemas de pago y seguridad. Idem. Vid. LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. p. 69. Entre los principales y novedosos problemas que plantea el uso de la banca electrónica, frente a la actividad financiera tradicional, cabe destacar los problemas derivados de la seguridad y privacidad en las transacciones electrónicas.

misma, consecuentemente, provocará que se extienda su implementación a otras áreas, ya que el testimonio de aquellas personas que hicieron uso de estas tecnologías y la seguridad que hubieran podido experimentar, será transmitida de una persona a otra, combatiendo el desconocimiento de la firma electrónica y promoviendo su aplicación.

Citamos como ejemplo el caso de El Salvador, en el cual la implementación de la firma electrónica se llevó a cabo por la Administración Pública y particularmente en el campo de las aduanas, empero, la misma legislación prevé que en algún momento existirá el marco jurídico sobre el uso de la firma electrónica para otras áreas,⁹⁵ incluyendo la contratación electrónica. De tal suerte que no importa desde donde comience su uso, sino lo importante es que si se logra generar la confianza adecuada, su implementación se extenderá hacia otros ámbitos de aplicación.⁹⁶

c) Que los documentos electrónicos en sus variadas clases, sean aceptados como prueba suficiente cuando sean sometidos ante los tribunales judiciales, ya que de existir el mecanismo apropiado que logre la seguridad necesaria, no se podrá cuestionar que el producto resultante de su implementación, se valore de forma diferente a los documentos hasta ahora conocidos que producen plena prueba.

Empero, la validez del documento electrónico será determinada por la legislación que le sea aplicable según el caso,⁹⁷ tomando en consideración además, el Principio de No Discriminación, por medio del cual se sostiene que un documento no puede ser rechazado

⁹⁵ De acuerdo con el Art. 14 Inciso 2º de las disposiciones transitorias de la L.S.A., se establece que “las facultades de autorización y control de las entidades certificadoras a que alude el artículo 8 de la L.S.A., será ejercida transitoriamente por el Ministerio de Hacienda, durante un plazo máximo de dos años contados desde la fecha de vigencia del presente Decreto, plazo dentro del cual, deberán aprobarse las disposiciones legales que regulen de manera general lo relacionado con el intercambio electrónico de datos y los sistemas de certificación de firma digital”.

⁹⁶ La aplicación de la firma electrónica por la Administración Pública en sus diferentes ámbitos es un buen ejemplo de que el uso de la misma puede comenzar de cierta forma e irse extendiendo para casi todos los procesos administrativos y judiciales.

⁹⁷ Vid. Infra Apartado 39.

solamente por el medio que lo contenga, no importando en consecuencia, que sea electrónico o material.

Debemos establecer una clara diferencia entre el documento emanado por las entidades de certificación, denominado certificado digital y el documento que resulta de la implementación del proceso de la firma electrónica, incluyendo el papel decisivo de las entidades de certificación, al cual se le denomina instrumento público electrónico, por lo tanto, el valor probatorio que importa uno es diferente al que pueda significar el otro; trataremos ahora sobre el certificado digital y más adelante abordaremos sobre el instrumento público electrónico.⁹⁸

11. Definición de Las Entidades de Certificación y requisitos necesarios para su funcionalidad

Las Entidades de Certificación son conocidas con otros nombres⁹⁹ como el de Entidades Certificadoras, Autoridades de Certificación,¹⁰⁰ Autoridad Emisora, Proveedor,

⁹⁸ Vid. Infra Apartado 34.

⁹⁹ Vid. En términos generales, NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 67 y siguientes, MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 149 y siguientes. La elección de la terminología utilizada está relacionada con una determinada opción sobre la naturaleza de estas entidades: desde la expresión “autoridad” que parece atribuirles sino una naturaleza, cuanto menos unos atributos, de carácter público, a la expresión “proveedor de servicios” con la que parece querer excluirse cualquier connotación de carácter público y concederle una naturaleza estrictamente comercial; pasando por la intermedia “prestador de servicios de certificación” utilizada en el Real Decreto Español. En la legislación española se adoptó por la denominación de “autoridades de certificación”, no porque consideraran que se deban de tener una naturaleza pública, sino para revestir de una cierta fuerza, seguridad y garantías a la actividad que realizan: la emisión de certificados. Vid. Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p.72. “el legislador español podía haber escogido entre diversas denominaciones, que se venían apuntando en la doctrina científica española y en la práctica comparada: entre otras, autoridades de certificación, entidades de certificación, certificadores, proveedores de servicios de identificación, términos que, como acabo de apuntar, venían siendo empleados por la legislación comparada y los trabajos comunitarios, concretamente, el Proyecto de Directiva, primero, y la Directiva 1999/93, finalmente, se refieren a proveedores, indicando que los mismos prestan servicios de certificación”. Idem. Vid. MARTINEZ NADAL, A., *La Firma Electrónica en el Derecho Español en AAVV Internet y Comercio Electrónico*, Ediciones Universidad, Salamanca, 2003, p. 119 y siguientes.

¹⁰⁰ Certification Authority, o también denominada C. A., por sus iniciales en inglés.

Prestador de servicios de certificación, Certificador, Expedidor, Parte Confiante; su denominación regularmente se encuentra determinada en la ley sobre la materia en cuestión.¹⁰¹

Intentaremos formular un concepto de tales Entidades de Certificación¹⁰², el cual quedará conformado de la siguiente manera: es una entidad dedicada a crear y/o certificar identidades electrónicas, otorgándoles seguridad y confianza.¹⁰³

Observemos que las funciones encomendadas a las precitadas Entidades de Certificaciones, se resumen principalmente en dos: a) crear una identidad electrónica, ya que si una persona física en su nombre o como representante legal de una persona jurídica carece del conocimiento técnico adecuado para crear por sí sola un juego de claves, puede en este caso avocarse a las Entidades de Certificación y solicitar la creación de tales claves.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vid. Art. 8 Inciso 1o y 3o de la L.S.A., establece que “para los efectos de garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información y de impedir su posterior repudiación, se establecen sistemas de certificación de la información transmitida, para lo cual, se autorizará la intermediación de empresas que provean servicios de certificación de dicha información, llamadas en adelante entidades certificadoras. La autorización para operar, la fiscalización y la facultad sancionatoria relacionadas con las entidades certificadoras, será ejercida por el Ministerio de Hacienda, en tanto no se dicte una Ley que regule de manera general todos los aspectos relacionados con el comercio electrónico, en cuyo caso, dicha potestad corresponderá a la autoridad acreditante o licenciante de entidades certificadoras que en la misma se establezca. Las entidades certificadoras, deberán ser personas jurídicas que además de estar capacitadas tecnológicamente para prestar servicios de generación y certificación de firma digital, deberán cumplir para su autorización con los requisitos legales y reglamentarios, que al efecto se establezcan. Una vez autorizadas para operar, dichas entidades están dotas de la potestad de otorgar fe pública respecto a que en una fecha y hora específicas, personas perfectamente individualizadas realizaron una transmisión electrónica de datos en determinados términos. La información así certificada, no podrá ser negada o repudiada posteriormente.”

¹⁰² Vid. En términos generales Vid. CARLINO, B.P., *op. cit.*, p. 46 y siguientes.

¹⁰³ Vid. Art. 2.2 Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003 de España. Se denomina prestador de servicios de certificación la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica.

¹⁰⁴ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 72. También se les podría haber denominado servidores de claves, pues, en realidad, uno de los objetos fundamentales de su actividad es servir las claves públicas que se integran en los correspondientes certificados.

b) el uso más importante de las entidades de certificación es el de certificar identidades electrónicas, función que comprende la de asociar la identidad personal de un individuo a la identidad electrónica, para lo cual, podrá expedir los certificados que sean necesarios de acuerdo al proceso de aplicación de la firma electrónica.

Una persona puede solicitar la instalación de una aplicación en su ordenador, que le permita emitir parejas de claves y las relacione o identifique con su persona, sin embargo, la creación de estas claves no generarían la seguridad y confianza que caracteriza a las claves generadas por las entidades de certificación

Otras funciones que realizan las entidades de certificación, adicionales a las principales ya señaladas, son aquellas que se encuentran ligadas a las primeras, por ejemplo, la emisión de la pareja de claves que han de conformar la firma electrónica son parte integrante de la creación de identidades electrónicas y es por tanto, una función agregada. De allí que otra función que resulta ser característica es la de emisión de certificados.

12. Naturaleza Jurídica de las Entidades de Certificación. Entidades públicas o entidades privadas.

Ha existido una fuerte discusión sobre la naturaleza jurídica de las entidades de certificación, llegando a tomar posturas que pueden ser antagónicamente opuestas, considerándolas como entidades públicas o entidades privadas;¹⁰⁵ parece ser que la decisión queda a opción del legislador en el momento de crear el marco regulatorio de dichas entidades.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *Instrumento Público Electrónico*, Bosh, Barcelona, 2002. p. 515. Los prestadores de servicios de certificación, constituyen como ya lo señala su nombre entidades privadas, comerciales, empresariales, destinadas a la prestación de un servicio, que no es otro que el otorgamiento de Certificados de firma electrónica avanzada.

¹⁰⁶ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 515. Tal denominación que en España ha mantenido el mismo nombre que en la Directiva CE, de prestadores de servicios, ha implicado la tendencia a destacar su carácter

Por una parte, si consideramos la manera en la que hemos descrito el funcionamiento de las entidades de certificación, citando la característica de la publicidad de los certificados por ellas emitidos, su manejo por ende, debe estar confiado a un organismo público, de la misma manera que sucede con el registro público de inmuebles, el registro público de vehículos automotores, el registro de comercio o la bolsa de valores.

Incluso puede considerarse que atribuyéndosele la calidad de entidad pública, pueda generar más confianza en el mercado; conclusión a la que podemos llegar por dos razones: por reconocérsele mayor estabilidad en comparación con una empresa privada y luego, por la actuación tutelar, como característica propia de la administración pública a fin de actuar en función del interés público y no del privado,

Por otra parte, puede concebirse la idea de que se trate de organismos de eminente creación privada o por los particulares, llegando a convertirse en una verdadera actividad empresarial,¹⁰⁷ en tal caso su apareamiento o proliferación sería abundante, lo cual aseguraría el acceso por parte de cualquier persona a la tecnología que se empleará con la intervención de dichas entidades de certificación,

En este caso el funcionamiento y responsabilidades de la entidad, serán determinadas a través de contratos individuales suscritos entre la misma y cada usuario solicitante de un certificado digital, pero además, debe encontrarse amparado por la Ley de Defensa de la Competencia, en caso de existir en la legislación interna de cada país, y en tal

de entes privados, alejando de ellos toda duda en cuanto a su naturaleza pública, como sí lo tiene, por ejemplo, la denominación de Autoridades de Certificación, delineamiento que se ha seguido preferentemente en los diferentes Estados de Norteamérica – Certification Authorities CA – y en sus leyes respectivas.

¹⁰⁷ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 71. Refiriéndose a los prestadores de servicios de certificación se está, pues, ante el nacimiento de una nueva actividad empresarial, que ya antes de haber sido regulada había comenzado su, valga la redundancia, actividad, regida, hasta ese momento, por el contrato establecido entre la persona titular de la clave de identificación y el proveedor de la misma, ya que también imperó el principio de la autonomía de la voluntad en ese sector de la contratación, caracterizado, frente al resto, por la utilización de los instrumentos informáticos.

sentido debe evitarse en todo caso de competencia desleal entre empresas o entre empresarios.

Encontrándonos en esta segunda situación, identificamos inicialmente a personas jurídicas, sin embargo, la experiencia de otras legislaciones ha demostrado, que nada obsta para que esta misma función pueda llevarse a cabo por medio de personas físicas o naturales,¹⁰⁸

Pero como veremos más adelante, las obligaciones y responsabilidades que se le exigen a las entidades de certificación hacen improbable que la persona física o natural pueda llevar a cabo la función encomendada a la primera. Ahora bien, una situación diferente y análisis separado merece el *Cibernotary*, llamado también como notario cibernético o notario electrónico, al que se le atribuyen características diferentes, que atenderemos en adelante.¹⁰⁹

Finalmente, puede encontrarse un término medio, que permita la creación por los particulares de las entidades de certificación pero que incluya cierto control de parte del Estado a través de una licencia o autorización pública para operar, como lo que sucede con el sistema bancario en general o con las Administradoras de los Fondos para Pensiones, siendo éste sistema el más utilizado en la práctica legislativa de muchos países¹¹⁰.

En todo caso, será necesario el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos para la creación de las entidades de certificación, estos requisitos han sido advertidos por

¹⁰⁸ Para la L.S.A. como precedente de la legislación secundaria salvadoreña, para la aplicación de la firma electrónica, debe advertirse que se ha establecido ya, el criterio de que las entidades de certificación serán personas jurídicas y no personas físicas o naturales.

¹⁰⁹ Vid. Infra Apartado 26.1.

¹¹⁰ En la legislación española se sostuvo inicialmente la necesidad de un registro de entidades de certificación, pero luego, se consideró que solo era necesario un aviso a la administración previo al inicio de operaciones de la entidad de certificación; cambio que se debió a la exigencia común implementada por la Directiva Comunitaria sobre Comercio Electrónico.

diferentes legislaciones y para efectos de nuestra explicación tomaremos como marco legal referencial la Directiva sobre un marco comunitario para la Firma Electrónica, y en atención a la misma, tales requisitos son los que a continuación exponaremos:

Debemos iniciar por dividir tales requisitos en tres grandes componentes, componente humano, componente financiero¹¹¹ y componente material. El componente humano,¹¹² hace referencia al requerimiento de personal capacitado y especializado sobre el tema a tratar, con conocimientos básicos sobre procesos de certificación ISO¹¹³ y sobre todo, con alto nivel de confidencialidad. Mientras que el Componente Financiero hace referencia al grado de solvencia y confidencialidad financiera con la que la entidad de certificación debe de actuar, para el cumplimiento de éste será necesario que se establezca un capital mínimo fundacional como el requerido para la constitución de cualquier sociedad mercantil, este capital, podrá desde luego incluir una parte destinada para enfrentar las posibles reclamaciones por responsabilidad de las mismas,¹¹⁴ reclamaciones que más adelante citaremos.¹¹⁵

¹¹¹ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 157. Requisitos financieros para poder afrontar el negocio y requisitos de garantía, para afrontar eventuales responsabilidades por daños, por error o negligencia o como consecuencia de cualquier acción u omisión de la autoridad de certificación.

¹¹² Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 157. Requisitos de personal, que debe ser competente, tanto del punto de vista de la gestión como de la técnica y de confianza.

¹¹³ El Sistema ISO ayudará a maximizar los recursos con los que la Entidad de Certificación pueda contar. Existen ya ciertos estándares internacionales para la aplicación de la firma electrónica, en el caso de ISO, se puede citar ISO 9796 International Standards Organization ("Organización de Estándares Internacionales"), Norma ISO 9796 de Tecnología de la Información - Técnicas de Seguridad - Mecanismo de Firma Digital ("Information Technology - Security Techniques - Digital Signature Scheme")

¹¹⁴ La obligatoriedad de destinar una parte para enfrentar posibles reclamaciones civiles, se encontrará establecida por la ley que rija a tales Entidades de Certificación.

¹¹⁵ Vid. Infra Apartado 15.

El componente material reunirá todo lo necesario para la emisión de certificados de claves, desde su proceso de iniciación hasta la emisión final del certificado, actualizaciones y otros elementos adicionales, puntualizaremos algunos de ellos:

a) Establecimiento y documentación de las actividades que realizarán las Entidades de Certificación.¹¹⁶ Resulta necesario determinar cual será el mecanismo a utilizar para garantizar la autenticidad e integridad de un documento no solo en el momento mismo en que sea creado sino también a largo plazo, si por ejemplo, el certificado digital es objeto de una controversia judicial, probablemente pueda transcurrir algún tiempo desde su emisión hasta que esto suceda, en tal caso, debe asegurarse alguna manera de permitir que la fiabilidad perdure en el tiempo, situación que podría garantizarse a través de un registro, ya sea que fuera en soporte escrito o electrónico.

Debe además, documentarse el método con el que se habrá de comprobar la identidad del firmante, el cual realizarse desde la simple identificación a través de documentos personales hasta la identificación biométrica o física de la persona.

También es necesario mantener un directorio actualizado de los certificados expedidos a una persona, adicionalmente debe incluirse en el directorio si los mismos, se encuentran vigentes o si ya no lo están, así como los límites del uso de los certificados.

¹¹⁶ Generalmente se encuentran determinados en la ley, Vid. En España el Art. 18 lit. b) Ords. 1o, 2o, 3o, 4o; c) y d) Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003. Obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados electrónicos. b) Proporcionar al solicitante antes de la expedición del certificado la siguiente información mínima, que deberá transmitirse de forma gratuita, por escrito o por vía electrónica: 1º) Las obligaciones del firmante, la forma en que han de custodiarse los datos de creación de firma, el procedimiento que haya de seguirse para comunicar la pérdida o posible utilización indebida de dichos datos y determinados dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica que sean compatibles con los datos de firma y con el certificado expedido, 2º) Los mecanismos para garantizar la fiabilidad de la firma electrónica de un documento a lo largo del tiempo, 3º) El método utilizado por el prestador para comprobar la identidad del firmante u otros datos que figuren en el certificado, 4º) Las condiciones precisas de utilización del certificado, sus posibles límites de uso y la forma en que el prestador garantiza su responsabilidad patrimonial, c) Mantener un directorio actualizado de certificados en el que se indicarán los certificados expedidos y si están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida. La integridad del directorio se protegerá mediante la utilización de los mecanismos de seguridad adecuados y d) Garantizar la disponibilidad de un servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados rápido y seguro.

Finalmente, debe crearse y actualizarse un servicio de consulta de vigencia de los certificados, ya que como recordaremos, los certificados pueden ser consultados por cualquier persona para efectos de determinar la validez de ellos.

Ahora bien, existen datos en los que la ley no exige su almacenamiento sino que, por el contrario, lo prohíbe, tales como los datos personales. Este requisito es de mucha importancia para aquellas legislaciones que cuentan con legislación de protección de datos personales, ésta es entonces, una obligación generalmente impuesta a las entidades de certificación, tal como veremos más adelante.¹¹⁷

b) Cumplir con las auditorias o inspecciones que sean necesarias para su correcto funcionamiento

Debemos comenzar por establecer que el requisito de auditoría¹¹⁸ a veces, es sustituido por el de inspección. Requerimiento que es adoptado de acuerdo a la legislación de cada país, tal como sucede en España.¹¹⁹

Además, debemos considerar la diferencia que existe entre el proceso de auditoria o inspección, según el caso y el proceso de certificación, en tanto el primero, es de obligatorio cumplimiento y su exigencia es para efectos de permitir un mejor control de parte del Estado, el segundo, es voluntario, el cual conlleva un reconocimiento por parte de la entidad cualificada¹²⁰.

¹¹⁷ Vid. Infra Apartado 49.

¹¹⁸ Vid. Propuesta presentada por la Ley modelo UNCITRAL.

¹¹⁹ Vid. Art. 29.2 Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003. El Ministerio de Ciencia y Tecnología realizará las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de su función de control. Los funcionarios adscritos al Ministerio de Ciencia y Tecnología que realicen la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.

¹²⁰ Así como ha sucedido con los estándares ISO antes relacionados.

Otra diferencia que podemos puntualizar es acerca de la entidad que realiza la auditoría o inspección. En el primer caso generalmente se trata de una entidad de carácter público facultada para ello, en cambio en el segundo, se realiza la certificación a través de una entidad pública o privada, tal como sucede con las entidades encargadas de verificar el cumplimiento de las normas ISO.

El establecimiento de auditorías o inspecciones permiten que el Estado ejerza un control sobre las entidades de certificación, papel que es determinante en aquellas legislaciones en las que la creación de estas entidades es una actividad empresarial,¹²¹ y, su ausencia significa el cometimiento de infracciones y su correspondiente sanción

La infracción en la que puede incurrir una entidad de certificación por la falta de inspección es considerada como grave, tal como ha sido considerada por la Ley de Firma Electrónica de España, la cual comprende no solo la resistencia, obstrucción, excusa o negativa injustificada para llevar a cabo dicha inspección sino que, además, comprende la falta o deficiente presentación de la información solicitada.¹²²

La sanción que deberá imponerse nuevamente depende de la legislación local aplicable, sin embargo, las sanciones concebidas en muchos de los casos son muy altas, con el propósito de que las Entidades de Certificación cumplan con las auditorías o inspecciones requeridas. En España a manera de ejemplo, tales multas pueden oscilar entre los 30,001 a 150,000 euros,¹²³ que además, puede ir acompañada de otras sanciones accesorias como la publicación de la sanción en el Diario Oficial, periódicos de circulación nacional, portal de internet, etc., esto último, con el propósito de lograr una mejor protección de los derechos de los consumidores.

¹²¹ En España, este papel es adoptado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y permite asegurar el cumplimiento de la ley correspondiente.

¹²² Vid. Art. 31.3 lit f) Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003.

¹²³ Vid. Art. 32 lit. b) Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003.

13. Partes intervinientes en el proceso de aplicación de La Firma Electrónica, con intervención de las Entidades de Certificación

A continuación, expondremos quienes son las partes que intervienen en el proceso de aplicación de la Firma Electrónica cuando intervienen las entidades de certificación e intentaremos esbozar algunos conceptos de los mismos.

Debemos comenzar por señalar que en el proceso mencionado se encuentran: a) el suscriptor o titular del certificado, b) la entidad de certificación, o con cualquier otra identificación con la que haya sido nombrada y c) el usuario del certificado, o persona que consulta y confía en el certificado digital emitido por las segundas.

13.1. El Suscriptor o titular del certificado

Algunos autores han preferido llamarle Propietario del Certificado¹²⁴ y podemos definirlo como aquella persona física o jurídica que solicita de las entidades de certificación la emisión de un par de claves o simplemente acepta la emisión de un certificado, siendo legítimo propietario de una clave privada que se encuentra facultado a usar de acuerdo a sus límites y cuya clave pública es correspondiente a la primera y se encuentra contenida en el certificado mencionado

Recordemos que esta persona inicia en muchos casos el proceso de la firma electrónica tal como hemos expuesto, por lo tanto, se encuentra unido a las entidades de certificación a través de un contrato particular que determina los derechos y obligaciones del suscriptor y de las Entidades de Certificación.

¹²⁴ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 69. nos vamos a referir al individuo u otra entidad identificada por el certificado como el propietario del certificado.

Otra situación que debe considerarse en este apartado es que tratándose de personas jurídicas, la vinculación a la que hemos hecho referencia se lleva a cabo por medio del representante legal de las mismas, tal como si se tratara de cualquier otro tipo de contratación, por lo tanto, no existirá ninguna diferencia en el presente caso y su capacidad se verá regulada a través del régimen general de las obligaciones que corresponde a cada país.

Esta última solución que en principio parece ser bastante simple, realmente ha sido objeto de alguna discusión,¹²⁵ ya que se suele interrogar sobre la manera en que ha de emitirse el certificado, si será entregado a favor de la persona física, de la persona jurídica, o de ambos. Al final, llegamos a la conclusión antes presentada.

Para una mejor comprensión, citemos un ejemplo, si la persona jurídica, quisiera contratar con una persona física determinada, deberá llevar a cabo la formulación final del contrato por medio de su representante legal, que en definitiva será una persona física, es decir, quien al final quien suscribe el documento contentivo del contrato será, la persona física. Igual situación sucederá en la contratación electrónica; la persona jurídica firmará digitalmente el contrato por medio de su representante legal, es decir, una persona física, por tanto, el certificado será extendido a nombre de la persona física.

En ambos casos, la representación de la que es objeto la persona jurídica no se hace constar dentro de la firma, sino, que se hace constar en el documento contentivo del

¹²⁵ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 165 y siguientes. En efecto, esta posibilidad podría articularse, al menos teóricamente, de distintas formas: En primer lugar. Es posible que el titular del certificado sea la persona física con poder de representación de la persona jurídica, En segundo lugar, cabría plantear la posibilidad de que fuera la persona jurídica la titular del certificado. En este caso, se plantea el problema de que la persona jurídica, en tanto que entidad inmaterial no puede actuar directamente, no puede firmar materialmente, ni de forma manuscrita ni tampoco de forma digital, Finalmente, en tercer lugar, cabría plantear la posibilidad de emitir un certificado para una persona jurídica, pero, puesto que, en última instancia, el firmante, el sujeto que materialmente firma en forma digital el documento electrónico, ha de ser una persona física, se hiciera constar en uno de los campos opcionales del certificado de la persona autorizada para firmar digitalmente en nombre de la sociedad titular del certificado.

contrato, que para el caso de la firma electrónica tal representación se hace constar en el certificado extendido a nombre de la persona jurídica.

Por lo tanto, no vale la pena que nos enfrasquemos en la innecesaria discusión de determinar si el certificado será otorgado a la persona jurídica, o si por el contrario, será extendido a la persona física que es la que lo representa, ya que la solución para tal controversia la presentará la legislación de cada país sobre firma electrónica.¹²⁶

También es de vital importancia que señalemos que la Ley Modelo de Firmas Electrónicas de UNCITRAL, sugiere que en caso de tratarse de una persona jurídica, se incorpore doble firma, una perteneciente a la persona jurídica y una más, perteneciente a la persona física, en tal caso, la persona jurídica dará inicio a la suscripción incorporando su clave privada y luego, se incorporará la clave de la persona autorizada para su representación. Notemos que si existen dos firmas, serán necesarios dos certificados, uno que será extendido para la persona jurídica y otro, que será extendido a la persona física, como representante de la persona jurídica.

¹²⁶ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *Instrumento Público Electrónico*, Bosh, Barcelona, 2002, p. 509. Cuando el autor presenta la serie de requisitos necesarios con los que debe contar todo certificado, determina en el literal f) Representación, que cuando se actué en representación de otro, deberá dejarse constancia de las facultades con que actúa el apoderado. Idem. Vid. En la Exposición de Motivos de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica se presenta como una novedad a diferencia del Real Decreto Ley 14/1999 el régimen aplicable a la actuación de las personas jurídicas como firmantes y en ese sentido los Arts. 7 párrafos 1, 2 y 4 de la Ley, regula que podrán solicitar certificados electrónicos de personas jurídicas sus administradores, representantes legales y voluntarios con poder bastante a estos efectos. Los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar el régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica. La custodia de los datos de creación de firma asociados a cada certificado electrónico de persona jurídica será responsabilidad de la persona jurídica solicitante. Se entenderán hechos por la persona jurídica los actos o contratos en los que su firma se hubiera empleado dentro de los límites previstos en el apartado anterior. Si la firma se utiliza transgrediendo los límites mencionados, la persona jurídica quedará vinculada frente a terceros sólo si los asume como propios o se hubiesen celebrado en su interés. En caso contrario, los efectos de dichos actos recaerán sobre la persona física responsable de la custodia de los datos de creación de firma, quien podrá repetir, en su caso, contra quien los hubiera utilizado. Vid. ALAMILLO DOMINGO, I., "Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica" en Revista de Contratación Electrónica (RCE), 2004, No 46, Febrero, p. 3 a 64. Vid. MADRID PARRA, A., "Firmas Digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL" en Revista Actualidad Informática Aranzadi, 1997, No 24, Julio.

Esta solución presentada por el grupo de UNCITRAL, nos hace dudar acerca de la ficción con la que hemos conocido y caracterizado a las personas jurídicas, ya que al ser titular de una firma, pareciera que es titular de una voluntad, como si se tratara de una persona física, situación que desde ningún punto de vista es aceptable, ni aunque fuera solo considerada como una voluntad iniciadora del proceso de suscripción.

13.2. Las Entidades de Certificación

Pueden ser denominadas de muchas maneras, tal como lo hemos estudiado con anticipación,¹²⁷ su función es la de crear y/o certificar identidades electrónicas creadas a solicitud del suscriptor o titular del certificado, otorgándoles seguridad y confianza.

Recordemos que las entidades de certificación pueden actuar en redes cerradas o en redes abiertas, en caso de tratarse de redes cerradas, los certificados serán emitidos para ser utilizados por los miembros que componen la misma red o grupo, pero si se tratara de redes abiertas, como en internet, los certificados pueden ser extendidos a cualquier persona, que podría formar parte de la misma organización o podría ser totalmente ajena a tal organización.

13.3. El Usuario del certificado

Es aquella persona física o jurídica que suele convertirse en receptor del mensaje y, dentro del proceso de la firma electrónica, requiere de la clave pública del emisor o titular del certificado, misma que obtiene a través del certificado emitido por las entidades de certificación y que se le envía juntamente con el mensaje, pudiendo concluir con base en la confianza del certificado, acerca de la autoría del mensaje recibido

A diferencia del suscriptor o titular del certificado, al usuario no le une ningún tipo de relación contractual con las entidades de certificación, sin embargo, es la persona que

¹²⁷ Vid. Supra Apartado 11.

mayor confianza deposita en las entidades que han extendido el certificado digital, por esta misma razón, debe inicialmente considerarse si el usuario es o no un consumidor, porque en tal caso, se verá protegido por aquellos países que hayan adoptado legislaciones especializadas referentes a la protección del consumidor.¹²⁸ En este punto debe considerarse además, la responsabilidad extracontractual en la que puedan incurrir las entidades de certificación frente al usuario del certificado, en relación a los certificados emitidos por ellas.

14. El Certificado Digital. Concepto, contenido y funcionalidad dentro de la aplicación de La Firma Electrónica

14.1. Concepto de Certificado Digital.

Con anterioridad hemos podido establecer la importancia de que las entidades de certificación puedan intervenir en el proceso de envío y recepción de mensajes, empleando el método de firma electrónica para determinar su autoría y garantizar su integridad. También pudimos concluir que las entidades de certificación garantizan cuando un juego de claves pública/privada o de cada una por separado, pertenece a una persona determinada, todo ello con base en la confianza depositada en las entidades en mención.

En este apartado nos dedicaremos a analizar aquél instrumento emanado por las entidades de certificación, es decir, el Certificado Digital.

En términos bastante amplios podemos definir al Certificado Digital como aquel documento que incorpora cierta y determinada información, impregnado por una firma

¹²⁸ Nuestro país cuenta ahora con la nueva Ley de Protección al Consumidor de fecha 18 de agosto de 2005, publicada en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco, el Art. 2 literal a) de la misma, define como “consumidor o usuario a toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan”.

electrónica, extendido por una entidad de certificación reconocida y que goza de confianza por el público.¹²⁹

El concepto antes esbozado, puede ser aplicado al Sistema de Clave Simétrica o Sistema de Clave Secreta o al Sistema de Clave Asimétrica o Sistema de Clave Pública.¹³⁰ Especialmente nos referiremos al segundo sistema ya que como antes se ha expuesto es el que mayoritariamente rige para la aplicación de la Firma electrónica, de allí que podamos presentar un nuevo concepto de Certificado Digital referido únicamente para el segundo sistema.

Podemos entonces determinar que un Certificado Digital es aquel que trata acerca de una forma de asociación entre una identidad y la pareja de claves pública/privada que posee el tenedor de la identidad.¹³¹ Y de una forma más específica podemos decir que el Certificado Digital¹³² es el documento por medio del cual una Entidad autorizada certifica la correspondencia entre cierta clave pública con su titular y, consecuentemente, con la clave privada del mismo; firmándola digitalmente para asegurar al usuario que lo contenido en el documento no será alterado.¹³³

¹²⁹ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 145. Los Certificados Digitales definidos de una forma amplia o general, pueden servir potencialmente para distintas finalidades.

¹³⁰ Vid. Supra Apartado 4.2.3.

¹³¹ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 68. Esta definición ha sido presentada por el autor, desde un punto de vista técnico, más no jurídico.

¹³² Según UNCITRAL, el certificado es un archivo electrónico que indica una clave pública junto con el nombre del suscriptor del certificado como el “sujeto” del certificado y confirma que el firmante potencial identificado en el certificado posee la clave privada correspondiente.

¹³³ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 147. Por ello se denominan también certificados identificativos, por cuanto vinculan un nombre a una clave pública. Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 507. Desde un punto de vista técnico, el Certificado, es un registro electrónico que atestigua que una clave pública pertenece a determinado individuo o entidad.

14.2. Contenido del Certificado Digital. Especial referencia a los elementos que lo conforman

Todo certificado digital comprende elementos generales que cumplen con la finalidad de determinar la pertenencia de cierta clave pública, sin embargo, dependerá de la entidad de certificación, de la legislación nacional, de las exigencias del suscriptor o titular del certificado, que se incorporen más elementos de los generales. A continuación expondremos algunos de los elementos, generalmente incluidos:¹³⁴

a) Identificación del suscriptor o titular del certificado. Incluye el nombre de la persona titular del certificado, que lo utilizará para identificarse, puede incluir la dirección electrónica del mismo.¹³⁵ El modelo que se usa para describir tanto al emisor como al titular esta basado en la estructura de una entrada a un directorio X.500, éste último consiste en un almacén de información estructurado jerárquicamente.

Los atributos que puede comprender el nombre incluyen sus longitudes máximas que impone el estándar y son: país, organización, unidad organizacional, calificador de nombre, provincia o estado, nombre común y número de serie. Además, puede comprender los siguientes valores: provincia, título, apellidos, nombre, iniciales, seudónimo, calificador de orden.

¹³⁴ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 72. Puede observarse mediante un diagrama, los elementos constitutivos de un certificado digital. Idem. Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op. cit.*, p. 205 y siguientes. El certificado digital es un elemento de verificación de firma que no está destinado al titular sino al usuario-parte confiante que va a recibir la información firmada. La criptografía le ofrecerá al verificador la seguridad y el certificado la confianza. En el certificado digital, se pueden distinguir 4 grandes bloques de información: a) Información del titular, la clave pública del titular, la información del emisor y la firma del emisor. Vid. DIAZ MORENO, A., *Certificados de Clave Pública y Entidades de Certificación* en AAVV Seguridad Jurídica en las Transacciones Electrónicas, Civitas, Madrid, s/f, p. 93 y siguientes.

¹³⁵ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. El certificado puede identificar un seudónimo, en tal caso de conformidad con el Art. 15 No. 3º de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003, contemplaba la obligación de constatar la verdadera identidad del suscriptor y conservar la documentación que acredite tal circunstancia, encontrándose obligado a revelar la identidad del mismo, cuando se le solicite judicialmente y sin que ello llegue a constituir una violación al derecho de protección de datos personales.

b) Clave Pública: este espacio aparecerá en el campo del ordenador como la confirmación de que la clave pública efectivamente corresponde a la clave privada del sujeto, puede incluir la identificación del tipo de algoritmo que se empleó para la creación de las claves.¹³⁶

La clave pública también es conocida como algoritmo de firma, el cual identifica a un algoritmo *hash* y a un algoritmo de clave pública, este campo de información es imprescindible para validar la firma incorporada en el certificado.

El valor de la clave pública asociada al titular del certificado, estará basada en algún algoritmo asimétrico o de clave pública RSA, DSA, etc.

c) Expedidor: hace referencia a la entidad de certificación que generó, expidió y firmó el certificado.

d) Número de Serie: este número permite identificar al certificado como único, por tanto, podrá enviarse la misma información a dos o más personas y en tal caso, el número de serie habrá de cambiar. Esto permite un mejor archivo e identificación de cada uno de los certificados que se emitan. Podemos encontrar números de serie secuenciales o aleatorios, siempre que se garantice la unicidad del número.

e) Fecha de validez: este apartado prácticamente se refleja en dos campos, el de la fecha de inicio y el de la fecha de terminación; recordemos que en el proceso de confirmación o validación de la firma electrónica es importante verificar que el certificado se encuentre dentro del período otorgado para su validez.

¹³⁶ Por ejemplo RSA.

Es decir, este campo identifica el período de tiempo en el cual el emisor del certificado garantiza la asociación de la identidad del titular y su clave pública, las fechas que incluye indican los límites para la validez del certificado.

f) Información del uso de clave y del certificado: estos datos se encontrarán ubicados dentro de los aspectos generales del certificado y se refieren a los diferentes usos que puede comprender el certificado, entre ellos, asegurar su envío, asegurar que el mensaje no será violentado, asegurar que el contenido del *e-mail* no será visto por otros, garantizar la identidad del suscriptor o titular del certificado hacia otra computadora.

g) Firma digital de la entidad de certificación: la firma digital se genera utilizando la clave privada de la entidad de certificación y tiene como finalidad verificar la autenticidad de dicha entidad a través de la utilización de algoritmos *hash*.

En los elementos de identificación del suscriptor o titular del certificado y de identificación del expedidor, pueden incluirse otros datos como el nombre de la organización a la cual pertenecen o la dirección de correo electrónico en la cual se puede contactar, a este bloque de datos identificativos, se les conoce como nombre distinguido.¹³⁷

Para la incorporación de nuevos campos dentro del modelo de certificado, se han creado extensiones a través de versiones de los mismos, estos nuevos elementos nos permitirán la identificación del titular y del emisor de una forma más precisa.

En general, existen dos tipos de extensiones:¹³⁸ informativas y restrictivas. Las informativas como su propio nombre indica se encargan de informar sobre aspectos del certificado, mientras que las restrictivas reflejan algún límite en su uso.

¹³⁷ Vid. NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*, p. 73. Un nombre distinguido puede incluir el uso de información diferenciadora, tal como la organización para la que el individuo trabaja, la dirección en donde se le localiza o la manera de contactarlo a través de internet.

¹³⁸ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op. cit.*, p. 213 y siguientes. Las extensiones pueden venir marcadas como críticas. Cuando una aplicación se encuentra con

14.3. Procedimiento necesario para la generación de un certificado digital

Para emitir un certificado digital es necesario que se presente una solicitud en soporte material a la entidad de certificación, manifestando el deseo de que se emita un certificado,¹³⁹ esta solicitud deberá firmarse y el suscriptor o titular del certificado deberá solicitar además, su inclusión en el registro público; la información que contiene el registro de certificados no será la misma información que contendrá el Certificado, la primera es más escueta y la segunda, es más amplia.¹⁴⁰

Algunos autores¹⁴¹ sostienen que el requerimiento de la firma debe realizarse necesariamente en soporte material de la solicitud y evitar de cualquier manera la suscripción y consecuente registro *on line*, ya que la entidad certificadora será garante de la correspondencia entre el par de claves generadas y el titular o propietario de las mismas,

una extensión crítica en un certificado, dicha aplicación debe obligatoriamente gestionarla, en caso contrario, debería rechazar el certificado. El objetivo principal de estas marcas de criticidad es proteger al emisor del certificado de usos inadecuados o prohibidos del certificado. Por otro lado, incluir una extensión crítica en el certificado puede traer consecuencias, ya que haría que las aplicaciones que no sepan manejarla consideren el certificado inválido. La incertidumbre sobre si una aplicación va a saber tratar una extensión crítica hace que los emisores de certificados eviten, salvo necesidad imperiosa, marcar las extensiones como críticas.

¹³⁹ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 177. Una autoridad de certificación no debe emitir certificados sin el consentimiento del suscriptor, consentimiento que se presume por la entrega de una solicitud.

¹⁴⁰ Puede hacerse constar otros datos de identificación, además del nombre del suscriptor del certificado, aquí es de suma importancia, los datos que habrán de formar parte del nombre distinguido, ya que si se incluyen más datos, se verán publicados en el Registro Público.

¹⁴¹ Vid. MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación...*, cit., p. 178. En relación al ya derogado R.D. 14/1999, la autora sostiene que debe considerarse que la Autoridad de Certificación, se ve en la necesidad de autenticar al suscriptor, con el propósito de asegurar que se trata de la persona quien dice ser, esta autenticidad se obtiene por medio de la presentación de un documento de identidad, cotejo de firmas, huellas digitales, etc., es decir, con muchos medios tradicionalmente aceptados, sin embargo, no se recomienda que se utilice el registro *on line* a través de Internet, por dificultad que se presenta al llevar a cabo la autenticación del suscriptor. Idem. Vid. Arts. 12 literal a) y 13 de la Ley 59/2003 sobre Firma Electrónica, por medio de los que se establece que una de las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación será la de comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados, que tratándose de personas físicas se exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho.

por esta razón, debe asegurarse en el momento inicial de la identidad de la persona que garantizará.¹⁴²

Luego de presentada la solicitud, la entidad certificadora admitirá la misma y procederá a la autenticación, en esta etapa podemos tomar en cuenta los métodos tradicionales, tales como la comprobación con documentos de identidad, cotejo de huellas, etc, en tal caso, será un procedimiento similar al que se lleva a cabo cuando solicitamos una licencia de conducir.

Sin embargo, no debemos descartar la posibilidad de tomar algunas muestras para llevar a cabo la identificación biométrica del suscriptor, entre ellas podríamos citar las huellas dactilares, el tono de la voz o incluso el iris del ojo; datos que sin lugar a dudas podrán servir a la entidad de certificación para llevar a cabo la verificación y validación del suscriptor de la firma electrónica.

Ahora bien, es totalmente viable que una vez que se ha llevado a cabo el registro en la forma tradicional, pueda el suscriptor acceder nuevamente a su cuenta de creación o a establecer comunicación con la entidad de certificación a través de internet, ya que sus datos de identificación se habrán anotado por vez primera y podría en estas subsiguientes transacciones utilizar ciertas claves de acceso, que aseguren su identidad, como por ejemplo la asignación de una contraseña secreta, el uso de una tarjeta inteligente, un *PIN (Personal Identification Number)* o inclusive la identificación biométrica, para comprobar su identidad.

¹⁴² Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 516. Se plantea en torno a este acápite, el problema de los medios por los cuales se hará la determinación de la identidad y de las otras circunstancias personales de los solicitantes, ya que se permite realizarla por cualquiera de los medios admitidos en derecho, no obstante lo cual, apreciamos que ha aquí una indeterminación peligrosa, ya que tales medios son amplios, y por lo tanto, permiten la existencia de diversas formas de comprobación de la identidad, que van desde la presencia física a una simple acreditación de datos por vía telemática, fórmula esta última que no otorga ninguna seguridad y que queda librada a la exclusiva buena fé del usuario.

Lo anterior no obsta, para que el suscriptor pueda, según otros autores,¹⁴³ llevar a cabo la suscripción *on line*, en tal caso deberá garantizarse por algún medio idóneo de prueba a juicio de la entidad de certificación y sin llegar a violentar los requerimientos legales, que se trata de la persona que se identifica como solicitante de un certificado digital, recordemos que a partir de este momento en adelante la entidad de certificación dará fe de la pertenencia de las claves creadas.

14.4. Diferentes tipos de Certificados Digitales. Clasificación

De acuerdo a los razonamientos de diferentes juristas, los certificados digitales pueden ser clasificados dependiendo de diversas circunstancias de tal manera, que uno mismo podría ser ubicado en diferentes clasificaciones, como veremos a continuación.

A) Primera Clasificación

Atendiendo al contenido del certificado, pueden clasificarse en:

Certificados de identificación, encaminados a identificar a la persona o entidad, que expide la clave pública del suscriptor, para efectos de nuestro análisis, se trataría de las entidades de certificación;

Certificados de autorización, trata de aquellos que incluyen un bloque de información adicional acerca de la identidad del suscriptor, la cual podría incluir su dirección comercial, objeto o giro del comercio y otros más;

Certificados de autenticación, en ellos la entidad de certificación, dará fe de hechos o datos adicionales y eminentemente excepcionales del suscriptor desde luego, a petición de él mismo, y finalmente;

¹⁴³ Vid. En términos generales NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *op. cit.*,

Los Certificados de fecha y hora, en este tipo de certificados se deja constancia de de la fecha y de la hora en la cual el instrumento electrónico fue enviado.¹⁴⁴

B) Segunda Clasificación

Dependiendo de si cumplen o no con los requisitos determinados por el legislador,¹⁴⁵ los certificados pueden ser: Certificados Reconocidos y Certificados No Reconocidos.

Esta clasificación ha sido incorporada con la intención de motivar a las entidades de certificación a cumplir con los rigorismos legislativos necesarios por cada país, a fin de que los certificados emitidos por ellas se tengan como Certificados Reconocidos.

Mientras que los que sean extendidos por entidades certificadoras que, contrario sensu, no llegaran a cumplir con tales requisitos serán tomados como Certificados No Reconocidos o simplemente Certificados, a los que desde luego, no se les niega eficacia jurídica pero sus efectos serán diferentes de los primeros, tal como veremos más adelante.

14.5. Obligaciones generales que debe cumplir toda entidad de certificación

Para el análisis del presente apartado tomaremos como referencia la legislación de España, según la cual es necesario el cumplimiento por parte de la entidad de certificación

¹⁴⁴ Vid. Supra Apartado 7.2.

¹⁴⁵ Esta clasificación dependerá de la legislación de cada país. Verbigracia, España adoptó la clara diferencia entre los Certificados Reconocidos y los Certificados No Reconocidos, dependiendo de si los mismos cumplían con los requisitos exigidos por el Art. 8 de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003 y además, que fueran expedidos por una Entidad de Certificación que a su vez cumple con los requisitos establecidos en el Art. 12 de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003.

de requisitos generales y de requisitos particulares¹⁴⁶ y dependiendo del grado de cumplimiento de dichas entidades, así se sabrá si se refiere a certificados reconocidos o no reconocidos.

A pesar de división de obligaciones, que dependerá de la adopción de la legislación que regule sobre la administración y funcionamiento de tales entidades, estudiaremos algunas de las obligaciones comunes para ambas clases.

A) Comprobar la identidad y demás circunstancias personales del solicitante de un Certificado Digital

Recordemos que al iniciar el procedimiento necesario para la generación de un certificado digital, la entidad de certificación debe cumplir con esta primera obligación; podríamos preguntarnos acerca del documento con el cual deberá identificarse el solicitante, el cual puede desde luego, cambiar si se tratara de un nacional o de un extranjero, sin embargo, podría ser cualquier documento de identificación normalmente utilizado en la práctica legal, situación ésta que imposibilita una correcta identificación, si la solicitud del servicio se llevara a cabo *on line*, por una parte y por otra, debemos recordar que la función principal de la entidad de certificación será la de certificar que efectivamente una clave pública determinada pertenece a una persona determinada.

B) Poner a disposición del solicitante los sistemas de creación y verificación de la Firma electrónica

Podríamos decir que existen dos formas de cumplir con esta obligación, primero, llegando físicamente hasta el usuario y para ello se necesitará de varios locales o establecimientos comerciales cerca del usuario, con el propósito de que la identificación del

¹⁴⁶ Estas obligaciones que se pasarán a analizar a continuación, se presentan detalladamente en el R.D. 14/1999 y luego reformuladas en la Ley 59/2003.

usuario se realice personalmente o segundo, colocar el sistema de creación de la firma electrónica en un sitio del internet que permita la solicitud *on line* de tal servicio,¹⁴⁷

Ahora bien, la primera forma es mucho más segura ya que permite a la entidad de certificación llevar un registro físico que contendrá la firma ológrafa del suscriptor, validando su actuación, pero la segunda forma, es más expedita y significa un considerable ahorro monetario en concepto de gastos para la entidad, en definitiva, la práctica aconseja optar por la segunda solución.

C) No Almacenar, guardar o copiar los datos de creación de firma

Esta obligación es necesaria a fin de garantizar el resguardo de los datos personales del solicitante y por encontrarse concebida tal solución en su beneficio, puede en consecuencia, renunciarse a ella, pero deberá tenerse especial cuidado con los contratos de adhesión, ya que podría verse vulnerada esta obligación con mucha facilidad.

D) Informar al solicitante acerca de las condiciones particulares derivadas de la utilización del certificado

La entidad certificadora deberá informar al solicitante que el uso del certificado que será emitido tendrá un costo económico, que puede ser retribuido de conformidad a las cláusulas pactadas en el mismo contrato, consignando además, las limitantes de su uso, es decir, que documentos podrán encriptarse y finalmente, la responsabilidad para el

¹⁴⁷ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. “Esta es la fase en la cual el usuario a través de un sistema *On line*, procede a realizar una solicitud de certificado, la cual una vez verificada su identificación, permite otorgar el certificado por el prestador de servicios, generándose automáticamente las claves en el mismo computador en el cual ha sido realizada la solicitud. La clave pública es enviada, automáticamente, al prestador de servicios y la llave privada queda guardada en el disco duro del usuario, la que solo podrá ser utilizada por éste, previa identificación a través de una contraseña o un *PIN*. Con ella se procede a firmar el documento al cual se adjunta el certificado debidamente firmado por el prestador de servicios. Idem. Vid. Art. 12 literal a) y 13 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

suscriptor y para la entidad de certificación en caso de compromiso de la clave pública o privada o ambas, derivadas de la creación de la firma electrónica.

La nueva Ley 59/2003 de España¹⁴⁸, al respecto impone la obligación de información al solicitante de un certificado de ciertos aspectos, como ejemplo propio de la protección de los derechos al consumidor. Estos aspectos son los siguientes: las obligaciones del firmante, los mecanismos para garantizar la fiabilidad de la firma electrónica de un documento a lo largo del tiempo, El método utilizado por el prestador para comprobar la identidad del firmante, las condiciones precisas de utilización del certificado, las certificaciones que haya obtenido el prestador de servicios de certificación y procedimientos aplicables para resolución extrajudicial de conflictos y finalmente ha creado la denominada Declaración de prácticas de certificación.

La denominada Declaración de prácticas de certificación¹⁴⁹, consiste en un documento por medio del cual el prestador de servicios detallará el marco legal que le rige, las obligaciones a que se compromete, condiciones aplicables a la firma electrónica y de procedimientos especiales con los registros públicos correspondientes.

E) Crear y conservar actualizado el Registro de Certificados

Recordemos que el Registro de Certificados¹⁵⁰ tendrá la característica de ser público y en el deberá hacerse constar los certificados emitidos a favor del suscriptor, la fecha de

¹⁴⁸ Vid. Art. 18 literal b) numerales 1º al 6º de la ley 59/2003 sobre Firma Electrónica.

¹⁴⁹ Vid. Art. 19 de la Ley 59/2003 sobre Firma Electrónica de España.

¹⁵⁰ Durante la vigencia del R.D. 14/1999 existía no solo el Registro de Certificados que era diferente al Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, ya que los primeros eran empleados por todos y cada uno de los prestadores o entidades de certificación, cuya vigencia corría por cuenta de las auditorías de que era objeto la entidad, pero en cambio, el control de los segundos corría por cuenta del Estado, que en definitiva le concedía la licencia de operación, por ejemplo, en España este segundo registro, dependía del Ministerio de Justicia. Sin embargo y de acuerdo al Art. 30 párrafo 2º de la nueva Ley 59/2003 que derogó el R.D. 14/1999, en España actualmente basta comunicar al Ministerio de Ciencia y tecnología el inicio de su actividad, sus datos de identificación, incluyendo la identificación fiscal y registral, en su caso.

caducidad o vigencia así como la causa de la misma. También incluye la obligación de garantizar un fácil acceso al Registro de Certificados antes relacionado así como de mantenerlo actualizado con la finalidad de que puedan prestar el servicio de consulta y finalmente, la obligación de asegurar la integridad y protección del mismo.

F) Deber de colaboración y de información

Durante la anterior vigencia del R.D. 14/1999 era necesario registrar al prestador de servicios en el Registro de Entidades de Certificación, el cual tiene la característica de ser público al igual que el Registro de Certificados, sin embargo, el primero servía como una medida de control del Estado en el ejercicio y funcionamiento de las Entidades que prestaban los servicios de certificación y por esa razón era de obligatorio cumplimiento su incorporación.

Ahora bien, la obligación anteriormente impuesta, ha sido sustituida con la Ley 59/2003, por una simple comunicación al Ministerio de Ciencia y Tecnología del inicio de las actividades y proporcionando adicionalmente ciertos datos de identificación, permitiendo una mayor competencia en el mercado y cumpliendo de esta manera con los principios contenidos en la Directiva Comunitaria que sobre el particular rige en la Unión Europea.

G) Regulación especial acerca de la cesación de actividades de las entidades de certificación

Primero, existe la obligación del prestador de servicios de informar al usuario acerca del régimen aplicable en caso de que la entidad de certificación llegara a cesar por diferentes causas en sus funciones, debiendo además comunicar de inmediato esta circunstancia a los suscriptores de los certificados por ella emitidos, pudiendo los suscriptores tomar la decisión de autorizar su traslado a otra entidad de certificación o por el contrario, solicitar que se dejen sin efecto tales certificados y consecuentemente su

cancelación y también deberá comunicar tal situación al Ministerio de Ciencia y Tecnología.¹⁵¹

14.6. Otras Obligaciones requeridas para las entidades de certificación que extiendan certificados reconocidos

Existen otras obligaciones que deberán de cumplir las entidades de certificación, estas sin embargo, no son requeridas para aquellas entidades que emitan Certificados No Reconocidos o simplemente certificados, sino solo para aquellas entidades que quisieran emitir Certificados Reconocidos. Tales obligaciones, son:

- a) Demostrar la fiabilidad necesaria para prestar servicios de certificación.

- b) Garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en las que se expidió un certificado o se extinguió o suspendió su vigencia.

- c) Emplear personal con la cualificación, conocimientos y experiencia necesarios para la prestación de los servicios de certificación ofrecidos y los procedimientos de seguridad y de gestión adecuados en el ámbito de la firma electrónica.

- d) Utilizar sistemas y productos fiables que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y, en su caso, criptográfica de los procesos de certificación a los que sirve de soporte.

- e) Tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en el caso que el prestador de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar su confidencialidad durante el proceso de generación y su entrega por un procedimiento seguro al firmante.

¹⁵¹ En este caso el Art. 13 de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003 de España prevé que la comunicación deberá llevarse a cabo con una antelación a lo menos de dos meses antes del cese de la actividad de los Prestadores de Servicios de Certificación.

f) Conservar registrada por cualquier medio seguro toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido y las declaraciones de prácticas de certificación vigentes en cada momento, al menos durante 15 años contados desde el momento de su expedición, de manera que puedan verificarse las firmas efectuadas con el mismo.

g) Utilizar sistemas fiables para almacenar certificados reconocidos que permitan comprobar su autenticidad e impedir que personas no autorizadas alteren los datos, restrinjan su accesibilidad en los supuestos o a las personas que el firmante haya indicado y permitan detectar cualquier cambio que afecte a estas condiciones de seguridad¹⁵².

Finalmente en la legislación española, es necesaria la creación de un seguro de responsabilidad civil por importe de al menos tres millones de euros con la finalidad de contar con un fondo que permita afrontar el riesgo de la responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda ocasionar el uso de los certificados que expidan¹⁵³.

15. Responsabilidad civil de las entidades de certificación con respecto al suscriptor, usuario y/o terceros

En uso del internet se producen diferentes circunstancias de las pueda provenir algún tipo de responsabilidad civil. Así por ejemplo, respecto de los usuarios de internet derivan responsabilidades civiles ajenas a las que se producen por el ejercicio propio de las entidades de certificación, en adelante haremos una breve referencia acerca del primer tipo de responsabilidad civil antes apuntado.

¹⁵² Recordemos que la debilidad del Sistema de Claves Asimétrica empleado para la Firma Electrónica recae ya no en su protección en el tránsito por internet sino que, en el cuidado que el titular del juego de llaves debe emplear en el resguardo de la información, de tal manera que, no pueda ser conocido por otra persona o ser confiado a un tercero que en el abuso de su actividad, tome la clave privada y emita mensajes, suplantando la personalidad del emisor, ya que en tal situación, habrá una falsificación de la firma electrónica, cuyo cuidado queda fuera de toda responsabilidad de las Entidades de Certificación a la que nos referimos en este apartado.

¹⁵³ Vid. Art. 20 párrafo 2 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

Considerando la evolución que, en el ámbito legal, ha tenido la responsabilidad civil,¹⁵⁴ podemos advertir que en el amplio mundo del internet y el *e-commerce*, encontramos responsabilidad civil entre otros, derivada de la violación de la intimidad a través de las *cookies*, la derivada de los contratos a través de internet, por la aparición de nuevos contratos *shrink gras*,¹⁵⁵ por la legislación aplicable, por el envío de *spams*¹⁵⁶ o por la problemática derivada del registro de los nombres de dominio en internet.

Para resolver estos tipos de responsabilidad, se han presentado varias teorías relacionadas con la función que cumplen los proveedores de servicios de internet, ya que por ejemplo, pueden ser considerados como “Editores” y de acuerdo a la jurisprudencia americana, atribuirles responsabilidad objetiva y en tal caso, solo podían eximirse de responsabilidad cuando acreditaran el caso fortuito o la fuerza mayor o que proviniera del hecho de un tercero por el cual no deben responder o que, hay ruptura del nexo causal.

Pero también pueden ser considerados como “Distribuidores”, haciendo referencia a distribuidores secundarios, para lo cual, se dejó de lado la responsabilidad objetiva para pasar a la responsabilidad subjetiva y en algunos casos de jurisprudencia, incluso se les eximió de responsabilidad.

¹⁵⁴ Vid. En términos generales, SOBRINO, W. A. R., *Internet y Alta Tecnología en el Derecho de Daños*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003. p. 17 y siguientes. En un comienzo, gran parte del derecho se basaba en la responsabilidad civil, es decir, que el núcleo era la culpa, como por ejemplo, la responsabilidad subjetiva, y se analizaba la conducta del autor del daño, con posterioridad, se pasó a la Teoría de la Reparación, en donde se produjo un cambio de filosofía, de forma que lo principal era el daño sufrido por la víctima, comenzando con ello a tomar mayor trascendencia la responsabilidad subjetiva y finalmente, en la actualidad, la mayoría de países desarrollados utiliza el Derecho de Daños, es decir, una tesis que supera la anterior, dado que se incluyen ciertas ideas e institutos de suma importancia y como efecto, es cuestión previa y fundamental que se analice el tema de la prevención del daño, ya que en estricto sentido, la única forma de reparar un daño, es que nunca se hubiera realizado el mismo, en el Derecho de Daños, se flexibilizan las cuestiones relacionadas con la prueba y se aceleran ciertos procesos judiciales. Vid. MONTES A. C., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 206 y siguientes. BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las Obligaciones*, De Palma, T. 6, Buenos Aires, 1985, p. 17 y siguientes.

¹⁵⁵ Una de las primeras formas de este tipo de contratos, se refiere a aquellos en los cuales el consumidor que compraba un *software* pagaba el precio y solamente podía leer los términos del contrato, cuando abría la caja que contenía el *software*, pero después de haber celebrado el contrato y pagado el precio.

¹⁵⁶ El spam es considerado como la “basura” que puede ser enviada por internet por cualquier persona, su contenido a la vez puede ser muy variado, puede tratarse de figuras publicitarias entre otras.

Sin embargo, lo que nos atrae por el momento no es el régimen general sobre la responsabilidad civil derivada del uso del internet o del comercio electrónico en general, sino que nos atrae particularmente la responsabilidad de las entidades de certificación,¹⁵⁷ la que por regla general, se agrupa alrededor de dos grandes casos:¹⁵⁸ a) Por el incumplimiento de las obligaciones previamente establecidas en la Ley, y b) Por el uso indebido de parte de terceras personas de los certificados reconocidos y extendidos por las mismas Entidades de Certificación, los cuales desarrollaremos a continuación:

15.1. Responsabilidad civil por incumplimiento de sus obligaciones previamente establecidas en la ley

Tal como las que hemos citado en el epígrafe anterior, la doctrina se impone por afirmar que si se hubieran producido daños y perjuicios a cualquiera de las personas involucradas por incumplimiento de obligaciones¹⁵⁹, la carga de la prueba será de la entidad de certificación, y corresponderá a ella la obligación de demostrar que actuó con la debida diligencia.

¹⁵⁷ Vid. ZAFRA JIMÉNEZ, “*El Régimen de Responsabilidad en el uso de la Firma Electrónica*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Op cit.*, p. 302. Se reconoce de que son los prestadores de servicios de certificación, quienes en verdad hacen posible el empleo de la firma electrónica y por lo tanto, no es de extrañar que la seguridad jurídica que exige el sistema les imponga un riguroso régimen de responsabilidad. Idem. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 65. La ley regula la responsabilidad civil contractual y extracontractual de los prestadores de servicios de certificación por los daños y perjuicios que causaren cuando incumplan sus obligaciones así como los originados por la actuación de las personas en las que deleguen la ejecución de alguna de las funciones necesarias para la prestación de sus servicios, como las de comprobación de identidad u otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido y en consecuencia, para expedir certificados reconocidos les impone la obligación de constituir un seguro de responsabilidad civil o aval bancario o seguro de caución.

¹⁵⁸ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 520.

¹⁵⁹ Vid. Capítulo II. Responsabilidad, Art. 22 de la Ley 59/2003 de Firma electrónica, establece que los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona en el ejercicio de su actividad cuando incumplan las obligaciones que les impone la ley. La responsabilidad del prestador de servicios regulada en esa Ley, es exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, proceda, si bien corresponderá al prestador de servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible.

Sin embargo, existen causas por las cuales el prestador de servicios no sea responsable de daños y perjuicios ocasionados al firmante o a terceros de buena fe, esto sucede cuando el firmante no ha actuado con la debida diligencia. En algunas legislaciones¹⁶⁰, se citan como ejemplos los siguientes: a) No haber proporcionado al prestador de servicios de certificación información veraz, completa y exacta sobre los datos que deban constar en el certificado electrónico o que sean necesarios para su expedición o para la extinción o suspensión de su vigencia, cuando su inexactitud no haya podido ser detectada por el prestador de servicios de certificación, b) la falta de comunicación sin demora al prestador de servicios de certificación de cualquier modificación de las circunstancias reflejadas en el certificado electrónico, c) Negligencia en la conservación de sus datos de creación de firma, en el aseguramiento de su confidencialidad y en la protección de todo acceso o revelación, d) No solicitar la suspensión o revocación del certificado electrónico en caso de duda en cuanto al mantenimiento de la confidencialidad de sus datos de creación de firma, e) Utilizar los datos de creación de firma cuando haya expirado el período de validez del certificado electrónico o el prestador de servicios de certificación le notifique la extinción o suspensión de su vigencia y f) Superar los límites que figuren en el certificado electrónico en cuanto a sus posibles usos y al importe individualizado de las transacciones que puedan realizarse con él o no utilizarlo conforme a las condiciones establecidas y comunicadas al firmante por el prestador de servicios de certificación.

15.2. Responsabilidad civil por el uso indebido de parte de terceras personas de los certificados reconocidos y extendidos por las Entidades de Certificación

Esta situación puede ser ocasionada cuando en el momento que el certificado es remitido al usuario, no se consigna en el texto del mismo, los alcances del certificado, sus limitaciones y la fecha de vencimiento. Podemos afirmar que en este último caso, de igual

¹⁶⁰ Como en la legislación española Vid. Art. 23 párrafo 1 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

forma se trata de un incumplimiento más de las obligaciones legalmente establecidas para las entidades de certificación, ya que es de vital importancia que estos datos se encuentren consignados en los certificados que fueran extendidos y por tal razón debe cargar con la responsabilidad civil.

También es importante que el destinatario de los documentos firmados electrónicamente hubiera actuado de forma diligente, como cuando pudiendo consultar la vigencia del certificado en el registro público de certificados no lo hace, en tal situación el prestador de servicios no será responsable por los daños causados.

En todo caso, la responsabilidad de la que se trata tal como hemos acotado, es eminentemente civil, y la entidad de certificación deberá satisfacerla inicialmente con el capital mínimo que la ley, le habría exigido para el cumplimiento de las transacciones y si este capital no fuere suficiente, deberá responder con todos sus bienes materiales.¹⁶¹

16. Control de las Entidades De Certificación por parte de la Administración Pública y sanciones a imponer en caso de incumplimiento

Como vimos con anterioridad, dentro de los sistemas mayormente aceptados por las legislaciones atinentes a la regulación de la firma electrónica, le corresponde al Estado otorgar la licencia necesaria¹⁶² para que las entidades de certificación comiencen sus correspondientes actividades, esto permite un adecuado control de parte del Estado a fin de que tales entidades cumplan satisfactoriamente los requisitos legales previamente establecidos. Sin embargo, el control estatal no termina allí, debe continuar durante todo el ejercicio de tales entidades, por esa razón, deberá implementarse dentro de la legislación de

¹⁶¹ Este tipo de responsabilidad civil se entiende concebida al margen de la responsabilidad que se estableciera por medio de leyes especializadas, tal como la Ley de Protección al Consumidor y usuarios.

¹⁶² Vid. Supra Apartado 12.

cada país, la necesaria inspección de de las entidades y su correspondiente sanción en caso de incumplimiento.

Las infracciones cometidas por las Entidades de Certificación en caso de violación de las obligaciones contenidas en la ley, pueden ser clasificadas de acuerdo a la gravedad, en muy graves, graves y leves¹⁶³ e incluso en algunas de ellas, será requisito necesario que el incumplimiento de la obligación hubiera generado un perjuicio para el usuario, para el suscriptor o para terceras personas, siendo ésta última una condición sine qua non para su procesabilidad.

Generalmente, la sanción que se impone por las infracciones antes mencionadas será la económica, cuya multa es considerablemente alta, con el propósito de conminar al cumplimiento de obligaciones, sin embargo, esta sanción no sustrae a la entidad de certificación del posible cierre de su establecimiento y de sus actividades de certificación, si el caso ameritara una medida de mucho más rigor que la simple imposición de multas económicas, también podría ser aplicada en caso de incumplimiento reiterado.

¹⁶³ Vid. Art. 31 párrafo 1de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003 de España, establece esta clasificación para el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de las Entidades de Certificación.

TERCERA PARTE

EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

CAPITULO VI

LA FIRMA ELECTRÓNICA. UN NUEVO MÉTODO PARA LA TRADICIONAL FORMA DE CONTRATACIÓN

SUMARIO: 17. Fases de la contratación. Especial referencia a la contratación electrónica. 18. Oferta Electrónica. 19. Requisitos de la Oferta Electrónica. 19.1. Oferta a través de correo electrónico (*e-mail*). 19.2. Oferta por correo electrónico, que trata de un envío masivo. 19.3. Oferta a través de páginas web. 19.4. Oferta a través de correo interactivo. 19.5. Consideraciones finales. 19.6. Revocabilidad y vencimiento de la oferta electrónica. 19.7. Caducidad de la oferta electrónica. 20. Aceptación electrónica y contraoferta. 21. Formación del consentimiento. 21.1. Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo electrónico (*e-mail*). 21.2. Perfeccionamiento del consentimiento a través de páginas web. 21.3 Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo interactivo. 21.4 Consideraciones Finales. 22. Perfeccionamiento de los contratos. 23. Sistema de confirmaciones y reconfirmaciones. 24. Vicios de la voluntad expresada a través de medios electrónicos. 25. Ausencia de voluntad en la implementación de La Firma electrónica. Uso por otra persona de la clave privada del titular.

Hemos explicado como funciona el proceso de la Firma electrónica, sin embargo en los epígrafes que veremos a continuación, nos interesaremos en los beneficios que la firma electrónica puede proporcionar en el ámbito de la contratación, que como afirmamos con anterioridad, es sumamente amplio y útil.

Para simplificar el estudio que vamos a realizar hemos sistematizado este capítulo a fin de presentar las generalidades de la oferta, la aceptación, el consentimiento y luego interrelacionar estos términos generales al uso de la firma electrónica, marcando diferencia entre los métodos electrónicos utilizados, ya sea por correo electrónico, por envío masivo, a través de páginas web y por correo interactivo.

17. Fases de la contratación. Especial referencia a la contratación electrónica

Comenzaremos por determinar que dentro de la formación de los contratos en general, deben distinguirse tres Fases: a) La Fase preparatoria, la cual comprende las primeras negociaciones, b) La oferta y contraoferta que pueden llegar al consenso de las cláusulas básicas del contrato que prontamente se formará y c) La Fase de Perfeccionamiento,¹⁶⁴ que comprende como lo indica su nombre, la formación o perfeccionamiento del consentimiento del contrato, logrando con ello el nacimiento del contrato a la luz del derecho, si se trata de aquellos contratos consensuales, pero, por el contrario, significaría el alcance de uno de los elementos importantes del contrato sin que este llegue a perfeccionarse, como cuando se tratara de aquellos contratos que requieren de la entrega de un bien o del cumplimiento de ciertas formalidades, es decir, si se trata de los llamados contratos reales o solemnes, razón por la cual es determinante clasificar la naturaleza jurídica del contrato a tratar.

Finalmente encontramos la Fase de Ejecución o de Cumplimiento de las Obligaciones, siendo en esta faceta que las partes satisfacen las obligaciones pactadas y definidas en la etapa anterior, pudiendo caer en mora de su cumplimiento o no, con sus consecuentes efectos.¹⁶⁵ Estas etapas también pueden ser resumidas únicamente en dos Fases, a) Aquella que conlleva las negociaciones iniciales hasta terminar con la formación del consentimiento y su perfeccionamiento en los casos que proceda, como se dijo con antelación y b) Aquella que parte desde el nacimiento jurídico hasta la satisfacción completa y efectiva del cumplimiento de las obligaciones. Es decir, La Fase de Perfeccionamiento y la Fase de Ejecución o de Cumplimiento de las Obligaciones.

¹⁶⁴ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *Manual de Informática Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 138. Para el autor, los períodos de la vida del contrato, desde las negociaciones previas hasta la extinción son: a) Período Precontractual, b) Celebración del contrato y c) Ejecución, existiendo además dentro de esta última una Fase de Emplazamiento.

¹⁶⁵ Vid. ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet*” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid, 2003, p. 285; los profesores Alberto Alonso Ureba y Jorge Viera González en relación con el tema en comento, distinguen a su vez tres fases denominadas: 1) La generacional o precontractual, 2) la perfección y 3) la ejecución o consumación del contrato.

Como se advirtió inicialmente, para definir si el contrato es de aquellos que se perfeccionan o no con el simple consentimiento debe tomarse en cuenta la clasificación legal y tradicional que los clasifica en contratos consensuales, contratos reales y contratos solemnes,¹⁶⁶ determinando la etapa de perfeccionamiento con el simple consentimiento para los primeros, con la entrega de un bien o la constitución de un derecho real para los segundos y con el cumplimiento de ciertas formalidades tales como escritura pública y/o la inscripción registral para los terceros; como en la generalidad de contratos realizados a través de internet se refieren a ventas de bienes o prestación de servicios, estos se perfeccionan con el solo consentimiento sin necesidad de mas requisitos, empero, no obsta para que cualquier otro tipo de contrato se lleve a cabo a través de internet

Otra clasificación importante de los contratos la constituye aquella que los separa en contratos de ejecución instantánea, contratos de ejecución única pero postergada o fraccionada y contratos de ejecución sucesiva o contratos de tracto sucesivo, esta división depende de la forma en que se cumplirán las obligaciones, refiriéndose a la fase de ejecución, en donde los primeros, pueden cumplirse de forma inmediata a la formación del consentimiento contractual, en los segundos, la obligación que genera el contrato y que debe cumplirse en una sola entrega, es estipulada por ambas partes para que su cumplimiento se verifique con posterioridad al consentimiento del contrato y finalmente, en los contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo cuya naturaleza es totalmente diferente a la de los anteriores y presupone la generación y el cumplimiento de obligaciones periódicamente

Cuando pensamos en los contratos celebrados por medios electrónicos, pueden distinguirse las etapas de perfeccionamiento y ejecución, sin embargo, difícilmente se piensa en la negociación de los términos o cláusulas que habrán de formar el negocio, es

¹⁶⁶ Vid. Art. 1314 C.C. Salvadoreño, que nos presenta una definición legal de los contratos, clasificación que depende del momento en el cual se perfecciona dicho contrato, textualmente expresa “El contrato es real cuando, para que se perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se perfecciona con el solo consentimiento”.

decir, faltará la etapa de preparación, máxime si el vehículo usado para la presentación de la oferta es el uso de la Página Web, empero, esto no es óbice para que eventualmente la negociación de los términos contractuales se verifique a su vez, por medios electrónicos como el *e-mail*

En otros casos, se suele enfocar el estudio de las etapas del contrato electrónico de forma pormenorizada, tomando en cuenta los hechos eventuales que pudieran presentarse en la contratación, tal es el caso de los vehículos electrónicos que sean utilizados y en caso más puntuales la posibilidad de revocación o retractación cuando el consentimiento ha sido emitido, perfeccionando el contrato en muchos de los casos.¹⁶⁷

Los contratos celebrados por medios electrónicos suele sostenerse por algunos autores, como en el caso de Alberto Alonso Ureba y Arístides Jorge Viera González, que se trata de contratos de ejecución instantánea y no responden a contratos de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo, empero, no debe descartarse la posibilidad de que para la formación de estos últimos se utilicen medios electrónicos.

18. Oferta Electrónica

Para que sea más fácil la comprensión del capítulo que hemos iniciado, deberá de tomarse en cuenta el formato que tradicionalmente los autores civiles o mercantiles han decidido adoptar: oferta y aceptación. Recordemos que los autores civilistas en general¹⁶⁸,

¹⁶⁷ Vid. CAFFERA, G., “Formación del Contrato Electrónico”, en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario*, B de f, Buenos Aires, 2003, p. 138. Considera cinco fases del proceso de formación del contrato: a) Propuesta, b) Transmisión de las declaraciones negociables, c) Aceptación, d) Momento de perfeccionamiento del contrato, e) Inestabilidad del consentimiento introducida por la ley 17.250

¹⁶⁸ Vid. En términos generales, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 5ª Ed., Temis, Bogotá, 1998. p. 147. Presenta una definición de la Oferta, exponiendo que es la propuesta o invitación que una o más personas formulan a otra u otras personas determinadas a celebrar una convención. Vid. CAMACHO CLAVIJO, S., *op cit.*, p. 203. “La oferta es una declaración unilateral y recepticia, en la que el oferente propone la celebración de un determinado contrato a otra persona y, además, determina los requisitos necesarios del contrato, de manera que, en caso de aceptación, éste quedará formado”. Idem. Vid. LOMBANA, TAMAYO, *Manual de las Obligaciones*, 4a ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, 1994, p. 41 y siguientes. Vid. BRENES CORDOBA, A., *Tratado de los*

tradicionalmente han concebido a la oferta como la propuesta de un negocio jurídico, dirigida a una persona determinada.

Debemos recordar por otra parte que la firma cuando es colocada en un contrato, constituye la máxima expresión de voluntad de una persona, sin embargo, para encontrarnos en presencia de ella, deberá haber pasado inicialmente por la propuesta del contrato u oferta y su aceptación por el destinatario de la oferta, manifestaciones que además deben encontrarse libres de vicios de la voluntad; finalmente, la voluntad se traduce expresamente y sin lugar a dudas, en la firma, siendo concebida como aquel gráfico auténtico que identifica a una persona física y que permite determinar la autoría y pertenencia de un documento determinado a la persona que lo ha suscrito.

19. Requisitos de la Oferta Electrónica

Recordamos que la variante de la oferta tradicional con relación a la oferta electrónica, deriva de los medios empleados, los cuales se traducen en la utilización del internet o medios telemáticos, por tanto, ello incorpora un cambio en los requisitos originales de la primera, que en adelante comentaremos.

Son requisitos necesarios de toda oferta: La intención del oferente de obligarse contractualmente, el carácter completo de la oferta y finalmente, la determinación del destinatario.¹⁶⁹

Contratos, Editorial Juricentro, San José, 1985, p. 47 y siguientes. Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. – SOMARRIVA UNDURRAGA, M. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, s/f, p. 78 y siguientes. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 114 y siguientes. Vid. LÓPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría de los Contratos*, 3ª Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 111. Vid. LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1993, p. 184 y siguientes. Vid. GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, T. I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 100 y siguientes. SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, De Palma, Buenos Aires, 1984, p. 260 y siguientes. Vid. GONZÁLEZ GONZALO, A., *La Formación del Contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2004, p. 9 y siguientes.

¹⁶⁹ Vid. CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*, Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, p. 163. Para los autores, la oferta debe contener los siguientes

En cuanto al primero de los requisitos citados, la doctrina hace referencia a la intención seria, expresa y manifiesta del oferente de querer obligar contractualmente en el momento mismo en que el aceptante, exprese su voluntad, aceptando los términos de la oferta, sistema que ha sido adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.¹⁷⁰

Tal requisito resultaría indispensable si la oferta estuviera dirigida a persona determinada, ya que tal situación se ha expresado con claridad del tenor de las disposiciones de la referida Convención, empero, si la misma oferta se dirige a una persona indeterminada la manifestación de la voluntad de la persona no podría ser considerada como una oferta sino por el contrario, es considerada como una “invitación a hacer ofertas”;¹⁷¹ lo anterior nos trae a la necesidad de determinar si el planteamiento de un

requisitos: 1. Debe ser completa, es decir, que debe contener todos los elementos de manera que solo falte la aceptación del destinatario, 2. Debe emanar de la voluntad del oferente o de un representante suyo, 3. Debe ser dirigida a un destinatario o a su representante. Puede advertirse que hacen referencia a los mismos requisitos analizados.

¹⁷⁰ Vid. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que adopta como requisito necesario de la oferta que traslade la intención del oferente de quedar obligado en la celebración de un contrato cuando hubiera sido aceptada por el destinatario, Parte II Formación del Contrato, Art. 14.1 “La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. El Salvador presentó su adhesión el día 2 de junio de 1999 y fue publicado en el Diario Oficial número 32, Tomo 346, de fecha 15 de febrero de 2000.

¹⁷¹ Art. 14.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional, “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario” Idem. Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *op cit.*, p. 181. Sitio Web. ¿oferta o invitación a hacer ofertas? La posición del oferente, mientras la oferta está en pie y no ha sido aún aceptada, es peor, en términos legales y económicos, que la del destinatario de la oferta. Este último carece de cualquier limitación y puede elegir libremente entre concluir el contrato o no, mientras que la libertad del oferente está sujeta a algunas limitaciones a la hora de revocar la oferta, asimismo, el oferente debe asumir el coste de producir una revocación rápida y de los medios de prueba que acrediten la recepción de la revocación, podemos decir entonces, que existe “el riesgo de hacer una oferta” y todavía más peligrosa es la situación de quien efectúa una oferta al público, ya que corre el riesgo de recibir aceptaciones que cuantitativa o cualitativamente exceden de lo que el oferente había previsto y es capaz de suministrar, es por estas razones que a juicio del autor se regula la invitación a hacer ofertas y no la de una oferta propiamente dicha.”

contrato realizado a través del internet o medios telemáticos es considerada como una oferta a persona determinada o si por el contrario, es verificada a persona indeterminada, ya que al encontrar respuesta a la interrogante, habremos respondido a la vez, si se trata de una oferta o de una invitación a ofertar.¹⁷²

El segundo requisito, hace referencia al carácter completo de la misma, tal requisito debe entenderse en el sentido de que la oferta debe contener todos los elementos esenciales del contrato que se pretende celebrar con el propósito de que no se genere ninguna incertidumbre al destinatario, a quien no le quedará más opción que decidir si llevará a cabo el contrato;

Sin embargo, este requisito no es impedimento para que el destinatario pueda contraofertar y presentar una nueva propuesta del contrato con algunas variantes al originalmente presentado, en tal caso la expresión de voluntad del aceptante no producirá la formación de un nuevo contrato y quedará a la espera de la aceptación del oferente que en esta nueva relación se convierte en aceptante.¹⁷³

Dentro de la contratación electrónica o por internet, la mejor expresión de una oferta completa resulta ser aquella que no genera en el ánimo del destinatario ninguna duda, de tal suerte que al destinatario solo podrá decir Si o No acepta las condiciones presentadas, la expresión del Si, se evidencia a través de pinchar o hacer click en la parte destinada para

¹⁷² Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 147. En el Régimen de las obligaciones en general, los autores sostienen que la doctrina tiende a reservar la denominación de oferta a la propuesta a personas determinadas y la de policitud a la que se dirige al público en general. Idem. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos, ...cit.*, p. 110. Invitación a ofertar, es la solicitud que se efectúa por medio de una declaración unilateral de voluntad, que no vincula ni engendra responsabilidad, a un número de personas o al público en general por medio de circulares, catálogos o listas de precios. Se diferencia de la oferta por faltarle algunos de los requisitos que se exigen para ésta. Se invita a entrar en tratativas o, más concretamente a formular una verdadera y propia oferta, o sea una declaración que sumada a la aceptación posea aptitud para originar el consentimiento.

¹⁷³ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 147. Para que la convención pueda formarse mediante la aceptación pura y simple de la oferta, es necesaria la observancia de este requisito, pues si el destinatario tiene que introducirle a su aceptación adiciones, modificaciones o condiciones, tal aceptación constituye una nueva oferta.

ello dentro de la página web, si el vehículo utilizado para trasladar la oferta fuera este último,¹⁷⁴ o en la de contestar afirmativamente si para ello, utilizáramos el correo electrónico

Finalmente, el último requisito y por ello, no menos esencial, lo constituye la determinación de la persona del destinatario, sobre este requisito, existen autores en la doctrina como Gerardo Caffera¹⁷⁵ que tajantemente sostienen que todo contrato electrónico celebrado por internet, generalmente se encuentra en un sitio web, el cual es accesible a todo el público y por lo tanto, la oferta en estas condiciones es considerada como una propuesta dirigida a sujetos indeterminados;

Sin embargo, consideramos, que la realidad contractual por internet no puede resolverse con una sola respuesta, por el contrario, para abordar el tema que ahora exponemos, debemos tomar en cuenta que sobre este aspecto es de vital importancia determinar el vehículo utilizado para expresar la oferta, ya que por ejemplo la oferta expresada por medio de correo electrónico no es considerada como de igual estructura que la realizada por medio de Páginas Web. Por ello desarrollaremos en forma breve la oferta electrónica a través de diferentes medios electrónicos.

19.1. Oferta a través de correo electrónico (*e-mail*)

El correo electrónico se presenta como un medio de comunicación que no ofrece una verdadera interacción en ambas direcciones, de emisor a receptor o viceversa, no se trata por tanto de una comunicación en tiempo real, contrario a lo que sucede con otras tecnologías, de tal manera que su empleo es de similar naturaleza al del correo

¹⁷⁴ Vid. CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico..*, cit. p. 163. Emitir el consentimiento de esta manera, impide la modificación de las cláusulas contenidas en la oferta.

¹⁷⁵ Vid. CAFFERA, G., “Formación del Contrato Electrónico”, en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario..*, cit., p. 133 y siguientes.

convencional y su correspondiente aplicación no dista mucho de aquella, en lo tocante a la oferta, su aceptación y por lo tanto al consentimiento en general.

Como recordaremos, el análisis de la oferta por medio de correo convencional, puede estudiarse a través de las tesis que buscan regular el perfeccionamiento del consentimiento, sistema éste que ha sido adoptado dentro de la legislación interna de cada país en particular y para el caso en concreto suele considerarse como un consentimiento entre personas ausentes.¹⁷⁶

Por tanto, la oferta se encuentra dirigida a persona determinada y conocida, pero distante en cuanto a espacio se refiere del emisor, si se tratara de países que han ratificado y forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional, como sucede en nuestro país, la propuesta del contrato emanada del emisor será entonces y por disposición legal, constitutiva de una verdadera oferta y no de una invitación a ofertar.

19.2. Oferta por correo electrónico, que trata de un envío masivo

Suele cuestionarse si éste tipo de oferta debe ser considerada como oferta realizada a persona indeterminada o no, al respecto, es importante recordar que tradicionalmente se ha discutido de que en la oferta realizada a persona indeterminada, el oferente por consecuencia, desconoce quien será la persona que aceptará y llevará a cabo el contrato con él, sin embargo, esto no impide en forma alguna el perfeccionamiento de dicho negocio, tal es el caso de las ofertas por medio de avisos televisivos, radiales, en periódicos, catálogos o en aparadores.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Vid. *Infra* Apartado 21.

¹⁷⁷ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 147. La propuesta de celebrar una convención puede estar dirigida a persona o personas indeterminadas que quieran celebrar el negocio, como las propuestas contenidas en catálogos, circulares, notas de precios corrientes, prospectos; las exhibiciones que los comerciantes hacen en las vitrinas y mostradores de sus establecimientos, el ofrecimiento de premios y recompensas a quien cumpla ciertas condiciones, las subastas y licitaciones, etc.,

Sin embargo, en la oferta masiva a través de internet, el oferente conoce cierta información del destinatario tal como la dirección electrónica por la que precisamente se expresa la oferta, por tal razón, las personas del listado a quienes se envía no pueden ser consideradas como personas indeterminadas sino mas bien, como personas cuya presencia física no es conocida del oferente, pero finalmente determinada.

Por tanto, al concluir que la presente es una oferta dirigida a una persona determinada, se trata entonces, de una verdadera oferta al igual que en el caso anterior y no de una invitación a ofertar, siendo ésta una explicación válida en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional.

19.3. Oferta a través de páginas web

Inicialmente debemos considerar que hacer una publicación en una Página Web en internet, no constituye *per se*, una oferta, sobretodo si tomamos en cuenta que muchos de los contenidos de las páginas web son de interés cultural, informativo, recreativo, etc. Y otras finalidades que en ningún caso podrán llegar a ser constitutivas de una oferta.¹⁷⁸

Sin embargo, las páginas web pueden ser clasificadas como Pasivas y Activas, en las primeras se hace publicidad y se exhiben productos, permitiendo que los destinatarios a quienes va dirigida puedan a su vez hacer propuestas de contratación, y por tratarse de ofertas genéricas son consideradas como ofertas al público y en conclusión, no son ofertas formales y las segundas a su vez, contienen propuestas de contratación y pueden ser ofertas vinculantes si además se toma en cuenta que ya se conoce el carácter predefinido de los destinatarios

¹⁷⁸ Vid. PARDINI, A. A., *Derecho de Internet*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2002. P. 158.

De tal manera que, una persona física o jurídica que previamente cuenta con una lista de direcciones de personas, como resultado de propaganda de publicidad u otros como en las Páginas Web Activas, no puede ser considerado con igual similitud que aquel que presenta su oferta por internet sin haber tenido contacto directo o indirecto con los destinatarios, ya que el primero, ha demostrado un contacto previo real o virtual y algún grado de conocimiento de los gustos, costumbres o hábitos del destinatario mientras que el segundo, únicamente se encuentra a la espera que un destinatario dé inicio al trámite contractual

En conclusión, la oferta a través de una página web pasiva, es considerada como una invitación a ofertar, ya que su método nos permite demostrar que la misiva está dirigida a una persona indeterminada, conclusión a la que se llega al determinar que no se trata de una oferta formal, por ende, esta forma de oferta ha sido conocida con anterioridad por la doctrina con el nombre de Policitación simple;¹⁷⁹ y la página web activa en cambio, es considerada como una verdadera oferta dirigida a persona determinada.

19.4. Oferta a través de correo interactivo

Otro tratamiento diferente requiere la oferta formulada a través del correo interactivo o denominado “*Chat*”, el cual hace referencia a la comunicación en tiempo real entre el oferente y el destinatario, aunque sin contar con la presencia física el uno del otro, este tipo de comunicación le concede al oferente y al destinatario la seguridad de contratar en principio, con quien él ha querido y más importante aún es que la expresión de la oferta o de la aceptación, es decir, la expresión de la voluntad de uno o del otro es conocida inmediatamente, de tal manera que este tipo de oferta, debe ser estudiada a la luz del sistema del perfeccionamiento del consentimiento como si se tratara de un consentimiento entre personas presentes

¹⁷⁹ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 158. Simple Policitación, que es la invitación a personas determinadas a formular ofertas respecto del negocio de que se trata.

La oferta por tanto, si reúne los requisitos indicados y señalados con anterioridad y habría producido los efectos propios de ésta y puede en momento determinado ser obligatoria para el oferente, lo cual depende de los términos de la misma

Como se dijo anteriormente, no podría aplicarse a este tipo de contratación la de los contratos a distancia, ya que no existe en principio un margen de espera para hacer del conocimiento del oferente la aceptación del destinatario, así que en términos más sencillos, cuando el destinatario ha expresado su voluntad, habría nacido en consecuencia, el consentimiento y contrario sensu, si el destinatario condiciona su aceptación, simplemente la transfiere a una fecha posterior, primeramente no se obtendría el requerido consentimiento y si además se tratara de los contratos consensuales, no se habría perfeccionado el mismo.

19.5. Consideraciones finales

Por otra parte, existen legislaciones que ponen fin a la discusión que originó estos últimos apartados, ya que recordaremos que si la propuesta es dirigida a persona determinada, es considerada como una verdadera oferta y si por el contrario, se encuentra dirigida a una persona indeterminada, se trata de solo una invitación a ofertar.

Al respecto, la ley puede considerar que independientemente de la determinación o no de una persona, toda propuesta será considerada como oferta, misma que sería vinculante y por tanto, obligatoria para la persona que la emite, esto sucedió en la legislación uruguaya.¹⁸⁰ Con estos apartados se evitaría correr el riesgo que, en su defensa, cualquier oferente manifestara que su propuesta trata únicamente de una invitación a ofertar, negando con ello el efecto vinculante y obligatorio que la oferta misma genera y que se traduce en el cumplimiento de obligaciones propias del contrato en caso de que éste se perfeccionara.

¹⁸⁰ Vid. Art. 12 de la Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay. 17.250

19.6. Revocabilidad y vencimiento de la oferta electrónica

La revocación o retractación de la oferta, considerada ésta como el acto por el cual se deja sin efecto una declaración de voluntad y en el caso particular, una oferta, es totalmente independiente del plazo que pueda otorgarse a la misma, por tal razón el oferente podrá revocar su oferta siempre que no se estipularan otras condiciones, desde luego la revocación cumplirá sus efectos siempre que la oferta se encuentre vigente, es decir, en el plazo fijado para su validez.

Sin embargo, en nuestra legislación la posibilidad de revocación de la oferta se encuentra ligada al plazo que le fuera otorgado,¹⁸¹ de tal manera que si no se estipulara plazo, la persona podrá retractarse de la misma a su arbitrio, empero, si la oferta se extendió por un período de tiempo, la persona no podrá revocarla sino, hasta haber vencido el plazo, esta situación tiende a confundir dos casos diferentes en los que la oferta queda sin efecto; la revocación de la oferta y el vencimiento de la oferta.

La revocación, como hemos dicho antes, se produce con la manifestación de voluntad del oferente encaminada a hacer saber al destinatario su deseo de no continuar con el contrato propuesto y por ende, de obligarse, pero en cambio el vencimiento de la oferta se presenta cuando ha llegado a su finalización el plazo previsto para la oferta.

Sin embargo, en cualquier caso queda claro que el oferente puede retractarse de la oferta en el momento que así lo decidiera, siempre que no exista una condición dentro de la misma oferta que se lo impida, situación que no puede presumirse con el solo establecimiento de un plazo.

¹⁸¹ Vid. Art. 969 Inciso primero Código de Comercio Salvadoreño “Si un comerciante se ha obligado a mantener en firme una oferta por tiempo determinado, no podrá revocarla”.

Lo difícil de determinar no es el derecho a revocar, sino el momento en el cual quedará sin efecto la oferta, lo cual depende de los medios por los cuales se dará a conocer la revocación, medios que pueden ser muy variados y pueden tratarse desde los convencionales como el correo, el teléfono, el fax, el telégrafo, etc, hasta otros más modernos como el correo electrónico o *e-mail*, el *Chat*, la videoconferencia, etc. Llegando a concluir en consecuencia, que la oferta perderá su validez cuando la revocación llegue a ser del conocimiento del destinatario.

19.7. Caducidad de la oferta electrónica

Otra situación diferente se presenta cuando la oferta ha caducado, este supuesto es diferente al de la irrevocabilidad de la oferta, que hemos tratado anteriormente. Nos encontrarnos en presencia de la caducidad, solo en aquellos casos en los que la oferta no sea considerada como irrevocable; pues tratándose de una oferta irrevocable, como la realizada por un comerciante, obligado a mantenerla en firme por tiempo determinado y con arreglo al C.Com. Salvadoreño,¹⁸² las causas de caducidad no podrían afectar a la oferta, la cual se mantendrá durante el plazo establecido por la misma.

Se entiende que caduca con la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente y como es lógico, solo se aplica para las personas naturales y no para las personas jurídicas y siendo que la mayoría de ofertas electrónicas provienen de empresas, es decir, de personas jurídicas, la caducidad no puede aplicárseles en principio.

Al respecto, puede preguntarse si igual situación sucedería en caso de que la persona jurídica hubiere sido disuelta; ante esta interrogante, nuestra respuesta no podría hacerse esperar y contestaríamos que por supuesto, deberá tomarse a la disolución de la persona jurídica como causa de caducidad de la oferta; ya que si la muerte marca el fin de la persona humana, la disolución hace lo propio con la persona jurídica.

¹⁸² Vid. Art. 969 C.Com. Salvadoreño.

La doctrina acepta que la caducidad ponga fin a la oferta presentada,¹⁸³ pero la situación no es tan sencilla como aparenta serlo, ya que la oferta es considerada como un acto jurídico unilateral, fuente de obligación y por lo tanto, debe preguntarse si la obligación se extingue con la muerte del deudor; ante tal interrogante, la respuesta no podría ser única, ya que la muerte es una forma de extinción de obligaciones si la obligación debe ser cumplida únicamente por el deudor, o dicho de otra forma, es de las llamadas obligaciones *intuitu personae*,¹⁸⁴ o si por el contrario, puede ser de aquellas que pertenecen a la regla general, en las que los sucesores del deudor pueden cumplir con la misma.¹⁸⁵

Como expresamos anteriormente no hay una respuesta única, ya que el internet es solo un medio de comunicación entre el oferente y el destinatario, por tanto, podría tratarse de una obligación general en la que la condición de la persona no es determinante para el contrato, en tal caso, sus sucesores pueden mantener la oferta y llevar a cabo el contrato en caso de aceptación por el destinatario, pero si se tratara de una obligación *intuitu personae*, la oferta no podrá ser mantenida por sus sucesores y la obligación tampoco se verá cumplida, es en este caso último en el que la caducidad de la oferta se habría producido, esta es la tesis adoptada por nuestra legislación.¹⁸⁶

20. Aceptación electrónica y contraoferta

¹⁸³ Vid. CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico...*, cit. p. 169. Caducidad, se define como la pérdida de vigencia de la oferta con ocasión de la muerte o incapacidad legal de una persona.

¹⁸⁴ Obligaciones *Intuitu personae* son aquellas que se celebran en consideración a las cualidades o aptitudes propias de una persona, por ende, el único que puede cumplir con la misma, es el deudor y nadie más puede hacerlo en su nombre.

¹⁸⁵ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 156. La oferta no caduca por la muerte o por la incapacidad del proponente, sobrevinida cualquiera de estas durante el mencionado término. En caso de muerte, la obligación a cargo del proponente se transmite a sus herederos.

¹⁸⁶ Vid. Art. 969 Inciso segundo Código de Comercio Salvadoreño “La muerte o incapacidad superveniente del comerciante no privan de eficacia a la oferta, aun cuando sea sin fijación de plazo, a no ser que, de la naturaleza del negocio o de sus circunstancias, resulte lo contrario”.

Debemos primeramente recordar que la aceptación¹⁸⁷ en términos generales debe al igual que la oferta cumplir con ciertos requisitos y expresarse de determinadas formas,¹⁸⁸ los cuales pueden resumirse en los siguientes:

- a) La aceptación debe presentarse encontrándose vigente la oferta.

- b) La aceptación debe ser pura y simple.

El primer requisito hace referencia a que la aceptación debe prestarse en aquellos casos en los que la oferta aún no ha sido revocada y se encuentre dentro del plazo estipulado para ello, sin que puede haberse producido a esa época, la caducidad de la oferta. Hemos visto con anterioridad, los casos en que el oferente puede revocar la oferta así como el momento en el que la oferta ha caducado

Recordemos además, que el plazo es eminentemente convencional pero en caso de que éste no se hubiera pactado, podrá entenderse que la oferta no tiene finalización de su vigencia, es decir, se trataría de una oferta por tiempo indeterminado. Para no encontrarnos ante tal ambivalencia, algunas legislaciones han considerado legislar al respecto, sin entrar

¹⁸⁷ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 162. Definen a la aceptación, como aquel el acto de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes esta se ha dirigido. Vid. LOMBANA, TAMAYO, *Manual de las Obligaciones*, 4a ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, 1994. p. 41 y siguientes. Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. – SOMARRIVA UNDURRAGA, M. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, s/f, p. 83 y siguientes. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos, ...cit*, p. 125. Vid. LÓPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría de los Contratos*, 3ª Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 121. Vid. LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1993, p. 196 y siguientes. Vid. GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, T. I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 108 y siguientes. Vid. SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos, ...cit*, p. 280 y siguientes. GONZÁLEZ GONZALO, A., *La Formación del Contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, *op cit.*p. 68 y siguientes.

¹⁸⁸ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 162. Lo mismo que la oferta, la aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa la que se hace en términos explícitos, verbales o escritos. La aceptación es tácita cuando se da mediante hechos que, atendiendo las circunstancias, revelan inequívocamente la intención del aceptante de adherirse a la propuesta.

en determinación del espacio de tiempo.¹⁸⁹ En doctrina se considera que el plazo de la oferta puede estar ligado a la constante actualización de las páginas web, de tal suerte que no podrá manifestarse una aceptación de una oferta cuya página web ha caducado y por lo tanto, su plazo habría terminado.

El segundo requisito expresa la necesidad de que la manifestación de voluntad del oferente debe ser prestada de forma pura y simple, lo que descarta toda posibilidad de condiciones y si se llegaran a imponer ciertas y determinadas condiciones la aceptación llegaría a convertirse en contraoferta y, por lo tanto, el consentimiento no se habría perfeccionado, si se tratara de aquellos contratos consensuales.

En este apartado, vuelve de nuevo la discusión a la que ya nos hemos referido, atinente al hecho de que la oferta puede ser dirigida a persona determinada o a persona indeterminada, siendo la primera, una verdadera oferta y la segunda, tan solo una invitación a ofertar, pues bien, el requisito que en este acápite se analiza se refiere solo al primer caso, mas no al segundo, por cuanto, al invitarnos a ofertar se nos permite expresar como es lógico nuestras condiciones referentes al contrato y finalmente, se perfeccionaría el mismo, cuando el destinatario de la contraoferta aceptara lisa y llanamente.

La característica de que la aceptación sea pura y simple es consecuencia misma del requisito previamente señalado de que la oferta debe a su vez, ser pura y simple, tal como hicimos referencia con anterioridad. Si la oferta se presenta redactada en tales términos que el destinatario no tiene más solución que aceptar, es cuando a la luz de la doctrina clásica se aplica la teoría del espejo,¹⁹⁰ lo mismo sucedería si el destinatario sugiriera algunas variantes pequeñas que no afectaran el contenido propio de la oferta.

¹⁸⁹ Vid. CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico...*, cit. p. 167. La oferta debe permanecer abierta durante un período de tiempo razonable dependiendo de las circunstancias, del tipo de transacción o del deseo del oferente de obtener una respuesta con rapidez.

¹⁹⁰ Vid. CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico...*, cit. p. 163. Si la aceptación viene pura y simple se produce un reflejo de la oferta. Por el

21. Formación del consentimiento

En este aspecto, es de vital importancia que el momento del perfeccionamiento del consentimiento sea estudiado dependiendo del medio a utilizar, ya que al igual que la oferta, el consentimiento se perfecciona¹⁹¹ dependiendo del momento en el cual converge la oferta y la aceptación, esto con independencia de las solemnidades mismas que el contrato importe, ya que si las solemnidades son de aquellas necesarias para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato, como en la compraventa de inmuebles, no bastará éste requisito que estamos prontos a analizar, de tal suerte que para éste análisis tomaremos inicialmente los contratos consensuales, como por ejemplo, la compraventa de muebles.

21.1. Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo electrónico (*e-mail*)

contrario, si ella se modifica, no existe tal reflejo. Sin embargo, sucede con alguna frecuencia que en las negociaciones tanto nacionales como internacionales, se introducen algunos cambios de menor envergadura a las ofertas que se emiten, pero que en ningún caso alteran los elementos esenciales de ella. Un ejemplo lo constituye el que se modifique el lugar de la recepción de un producto, siendo diferente al ofertado.

¹⁹¹ Vid. De manera general, Vid. LOMBANA, TAMAYO, *Manual de las Obligaciones*, 4a ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994. p. 125 y siguientes. Vid. BRENES CORDOBA, A., *Tratado de los Contratos*, Editorial Juricentro, San José, 1985, p. 41 y siguientes. Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. – SOMARRIVA UNDURRAGA, M. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, s/f, p. 21 y siguientes. Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 56 y siguientes. Vid. GUZMÁN BRITO, A., *Contribución a la Crítica del Dogma de la Voluntad como Fuente de Efectos Jurídicos en AAVV Contratos*, Coordinado por Barros Bourie, E., ...*cit*, p. 111 y siguientes. Vid. VARGAS PACHECO, J. M., *Doctrina General del Contrato*, Juricentro, San José, 1984, p. 31 y siguientes. Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, 2ª Ed., Tomo II, Vol. I, Bosh, Barcelona, 1978, p. 51 y siguientes. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, ...*cit*, p. 104. Vid. LÓPEZ DE ZAVALIA, F. teoría de los Contratos, 3ª Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 127 y siguientes. Vid. GASTALDI, J. M., *Contratos, Abeledo Perrot*, Vol. I., Buenos Aires, 1994, p. 99 y siguientes. Vid. LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1993, p. 180 y siguientes. Vid. GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, T. I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 93 y siguientes. Vid. STIGLITZ, R. S., *Contratos, Teoría General*, T. II, De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 84 y siguientes. Vid. SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, ...*cit*, p. 235 y siguientes. Vid. VALENCIA ZEA, A., *Derecho Civil*, T. IV, De los Contratos, 6ª Ed., Temis, Bogotá, 1985, p. 21 y siguientes. Vid. BONNECASE, J., *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Clásicos del Derecho, México, 1993, p. 794 y siguientes. Vid. HOCSMAN, H. S., *Negocios en Internet*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 87 y siguientes.

La determinación del momento en el cual se perfecciona el consentimiento a través de correo electrónico,¹⁹² se visualiza como si se tratara del uso del correo convencional, y por tanto, es a través de las tesis del perfeccionamiento del consentimiento entre personas ausentes¹⁹³ que se presenta la solución; sin embargo, dependerá de la legislación de cada país el sistema que deberá aplicarse, subsistiendo con especial importancia el sistema de la recepción y el sistema del conocimiento o información, valga señalar, que en la legislación salvadoreña se ha sustentado la aplicación del Sistema del Conocimiento para el contrato de donación,¹⁹⁴ que particularmente adopta el mismo, empero, para el resto de los contratos por interpretación se aplicarían la regla del Código de Comercio que al contrario, adopta el Sistema de la Recepción.¹⁹⁵

¹⁹² Vid. MENENDEZ MATO, J.C., *El contrato vía internet...*, cit p. 197 y siguientes. El correo electrónico presenta como características fundamentales el tratarse de un medio de comunicación entre partes físicamente distantes, económico, rápido, personal y asíncrono. Con este último adjetivo se está haciendo referencia al hecho de no requerir una coincidencia temporal de los sujetos implicados en la comunicación, lo que sí sucede con el empleo del teléfono, el *Chat* o la videoconferencia, toda su constitución hace que en un futuro próximo, pueda representar uno de los sistemas más utilizados para la conclusión de contratos entre partes físicamente distantes, sobre todo el ámbito de la contratación mercantil y luego para la contratación civil en general.”

¹⁹³ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 166. Cuando las personas que intervienen en la celebración de una convención se comunican por correspondencia, bien sea que residan en el mismo lugar, o bien que se encuentren en lugares distintos, es necesario resolver si dicha convención se perfecciona con la sola aceptación, aun antes que esta sea conocida del proponente (teoría de la agnición), o si, por el contrario, también se requiere que este último quede informado de la aceptación (teoría de la cognición). Este problema ha dado lugar a varios sistemas: a) el sistema de la declaración o aprobación; b) el sistema de la expedición; c) el sistema de la recepción y d) el sistema de la información. Vid. LOMBANA, TAMAYO, *Manual de las Obligaciones*, 4a ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994. p. 51 y siguientes. Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. – SOMARRIVA UNDURRAGA, M. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, s/f, p. 86 y siguientes. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos, ...cit*, p. 126 y siguientes. Vid. STIGLITZ, R. S., *Contratos, Teoría General*, T. I, De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 224 y siguientes. GONZÁLEZ GONZALO, A., *La Formación del Contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, *op cit.* p. 118 y siguientes. Vid. BRIZZIO, C.R., *La Informática en el Nuevo Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 53 y siguientes.

¹⁹⁴ Vid. Art. 1487 C.C. Salvadoreño; ”Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio”.

¹⁹⁵ Vid. Art. 966 C.Com Salvadoreño; “Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que el proponente reciba la respuesta en que se acepte lo que haya ofrecido; pero si en ella se proponen condiciones que modifiquen la propuesta original, el contrato con las modificaciones se perfeccionará hasta que se reciba la contestación aceptándolas”.

La doctrina moderna tiende a aplicar éste último sistema para solucionar el consentimiento entre ausentes. De igual manera, al hacer una semejanza entre el correo electrónico y el correo convencional, se ocuparía el mismo sistema de la recepción para la solución de posibles conflictos, debiendo recordar que a través del sistema de la recepción, la oferta se entiende verificada a una persona determinada y conocida del destinatario hasta que ha logrado arribar a su destino.

Los problemas que encara el sistema de la recepción son igualmente aplicables para la contratación por medio del correo electrónico, debiendo recordar que dicho sistema opera con base a la presunción de buena fe que se aplica a todo tipo de contratación en general, ya que se determina que el mensaje ha sido conocido con el recibo del mismo, sin que para ello sea necesario su lectura, porque se considera que será leído, empero, puede tal presunción ser desvirtuada. La respuesta no se hace esperar, por supuesto que puede ser controvertida con base a probanzas presentadas para tal efecto, si para el caso suponemos que el oferente no quiere cumplir con su oferta y para ello ha sido llevado a juicio por el destinatario, puede en tal caso, demostrar por los medios que considere necesarios que no pudo tener conocimiento del mensaje de aceptación recibido o que el mismo fue alterado durante su envío.¹⁹⁶

Debe advertirse por otra parte, que para la aplicación de los sistemas utilizados, existe disparidad entre el concepto original de los llamados “contratos entre ausentes” y los “contratos a distancia”,¹⁹⁷ existiendo entre ambos, como único denominador común, que las

¹⁹⁶ La alteración puede ser evitada si el oferente utiliza una firma digital, ya que en tal caso la entidad certificadora dará fe de su envío y se asegurará que el mensaje no sea alterado en su recorrido.

¹⁹⁷ ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet*”. en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, cit., p. 285, se decide por la terminología de la contratación de las personas distantes, considerando además que en Internet no hay distancia temporal sino meramente física. Idem. Vid. CAMACHO CLAVIJO, S., *op cit.*, p. 291. La autora determina que la contratación entre personas distantes o entre personas ausentes, ha sido definida tradicionalmente en contraposición a la contratación entre presentes. Cabe definir el contrato entre personas distantes como aquel en el que la concurrencia de las declaraciones de voluntad no puede darse de modo simultáneo al encontrarse las partes contratantes alejadas físicamente y emitirse las declaraciones de oferta y aceptación mediante medios de comunicación que no permiten una inmediatez en el diálogo.

personas se encuentran físicamente separadas, sin embargo, algunas legislaciones como en España, suelen inclinarse por el segundo concepto, ya que el primero puede confundirse con la figura de la Ausencia Legal, en la cual se debe proceder al nombramiento del curador que lo represente.¹⁹⁸

En internet el oferente y el destinatario se dan cita en el ciberespacio, es decir, aquella porción del tiempo que no pertenece al lugar del oferente ni al lugar del destinatario, de allí surge la problemática relativa a la jurisdicción en internet, y por el contrario, en los contratos a distancia su diferencia radica en el lapso de tiempo que media entre la emisión de la oferta y la aceptación por el destinatario y consecuentemente el conocimiento del oferente de dicha aceptación.

En conclusión, en los contratos entre ausentes, se supone una separación física y en los contratos a distancia, no implica necesariamente la separación de cuerpos sino el tiempo que se emplea en enviar y recibir el mensaje, con tal aclaración tendríamos que definir que

¹⁹⁸ Similar situación se encuentra en nuestra legislación, en razón de encontrarse regulado el procedimiento adecuado para el caso de ausencia legal. Vid. Art. 141 C.Pr.C. Salvadoreño “Si se intentare la demanda contra un ausente no declarado que se halle fuera de la República o cuyo paradero se ignora y que no se sepa que ha dejado procurador o que tiene representante legal, se preparará el juicio pidiendo previamente, y por escrito, el nombramiento de un curador especial, probando sumariamente las circunstancias antedichas. Si la demanda hubiere de intentarse contra una persona jurídica que por cualquier motivo carezca de representante legal o voluntario, factor o gerente en la República, se preparará el juicio, nombrándosele a instancia de la parte actora un curador especial que la represente, probando sumariamente la antedicha circunstancia. Antes de la recepción a prueba a que se refieren los incisos anteriores, el Juez deberá ordenar la publicación por una vez en el Diario Oficial y por tres veces en un diario de circulación nacional, de un aviso que indique la solicitud y prevenga que si el ausente tuviere procurador o representante legal, se presente éste dentro de quince días después de la última publicación y compruebe dicha circunstancia. Si transcurrido dicho plazo no se apersonare procurador o representante legal alguno, se nombrará el curador especial solicitado. El término de quince días se contará a partir de la última publicación en el diario de circulación nacional, siempre que se compruebe el pago de la publicación respectiva en el Diario Oficial. Si quien se apersonare como procurador o representante legal del ausente no declarado o cuyo paradero se ignora tuviere poder o facultad suficiente, respectivamente, el Juez en su sentencia, ordenará dirigir o continuar la demanda, citación o emplazamiento contra dicho procurador o representante legal reconociendo previamente la ausencia del demandado o que se ignora su paradero. En su caso, la certificación extendida por la Dirección General de Migración, sobre la salida de una persona del territorio de la República y que no ha ingresado a la fecha, hará presumir la ausencia. Lo dispuesto en este artículo tendrá aplicación, no sólo como acto previo sino también como incidente en el juicio”.

en los contratos por internet se trata pues de contratos a distancia y no de contratos entre ausentes, aunque nada impide la unión de ambos. ¿Esta diferencia de términos cambiará la aplicación de los sistemas tradicionalmente usados para los contratos entre ausentes? en nuestra opinión, no alterará lo expuesto.

Finalmente, no existiría diferencia alguna si se tratara de la formación del consentimiento en un envío masivo de correo electrónico, ya que para estos casos se aplicarían las mismas reglas de perfeccionamiento que hemos presentado anteriormente, tal distinción tendría importancia para el estudio de la oferta electrónica y no para el consentimiento mismo.

21.2. Perfeccionamiento del consentimiento a través de páginas web

Para determinar el sistema aplicable en estos casos deberá continuarse con la separación de la naturaleza de las Páginas Web,¹⁹⁹ distinguiendo entre las Pasivas y las Activas.

¹⁹⁹ Vid. MENENDEZ MATO, J.C., *El contrato vía internet*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 191 y siguientes. Una vez seleccionada la página web que resulte de mayor interés, en atención al producto o servicio que se desea conseguir (en lo que influirá además del precio, la calidad con que se encuentre confeccionada la propia página), se iniciará un procedimiento tendente a la conclusión del contrato, que permitirá adquirir el producto u obtener el servicio deseado (ejecutado por el programa informático de contratación de que está dotado el prestador de servicios de esa web). Durante el mismo, la propia web proporcionará la información oportuna para llevarla a cabo. Los contratos más numerosos perfeccionados por este medio son las compraventas (denominadas ventas *on line*) de una infinidad de productos, en un menor número le siguen los contratos de prestación de servicios. Idem. Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad Civil y Contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, p. 121. La contratación realizada en un sitio web constituye el corazón del comercio electrónico. De hecho aunque la definición académica y normativa es más amplia, en la práctica es habitual referirse al comercio electrónico exclusivamente como aquel que se practica en sitios web. El autor explica la forma en que se desarrolla una contratación web, de la siguiente manera: La página web del comerciante electrónico contiene una descripción de sus productos y servicios y un conjunto de páginas que sirven para que el visitante o navegante encargue o compre alguno de estos productos o servicios. El visitante debe facilitar algunos de sus datos personales y en ocasiones su número de tarjeta de crédito. A partir de aquí, a) respecto de productos digitales, el adquirente es autorizado a “bajárselos” si se trata de servicios *on line*, el prestatario es autorizado a emplear una base de datos o recibe por correo electrónico la información o asesoramiento requerido, b) respecto de productos o servicios materiales, la entrega es realizada habitualmente en el domicilio del comprador, en ocasiones el pago se produce contra reembolso y en otros mediante cargo en la cuenta de la tarjeta de crédito.”

En las Páginas Web Pasivas, siendo consideradas éstas ofertas como dirigidas al público, en las que depende de la voluntad de éstos iniciar con el proceso necesario de la contratación, el destinatario del cual dependerá la formación del consentimiento y por consiguiente, del propio contrato ha de ser la persona física o jurídica que ha presentado sus productos en la página mencionada.

Si el proveedor o suministrante, nombre que le otorgaremos a la persona que ha presentado sus productos por internet y que se convierte en aceptante, utiliza el correo electrónico para exteriorizar su aceptación y consiguientemente, la formalización del contrato; el sistema que habrá de aplicarse será el que corresponde a la formación del consentimiento entre personas ausentes, siendo para la legislación salvadoreña como se dijo anteriormente, el Sistema del Conocimiento o el Sistema de la Recepción, según sea el caso. Empero, si el medio usado por el suministrante para expresar su aceptación es a través del correo interactivo,²⁰⁰ por el contrario, el sistema a usar será el que corresponde a la formación del consentimiento entre personas presentes.

Ahora bien, si se tratara de las Páginas Web Activas, por ser consideradas éstas como verdaderas ofertas, la formación del consentimiento quedará en manos del destinatario a quien se dirige la misma como en un contrato por medios convencionales y la aplicación del sistema de formación del consentimiento, dependerá igual que en el caso anterior del medio a utilizar.

21.3 Perfeccionamiento del consentimiento a través de correo interactivo

²⁰⁰ El correo interactivo también es conocido como *Chat* y consiste en una comunicación en tiempo real, similar a la que se produce por teléfono.

Hemos llamado correo interactivo o “*Chat*”²⁰¹ a aquella comunicación en tiempo real entre oferente y destinatario, es aquí en donde puede observarse con mayor énfasis la diferencia entre los contratos entre ausentes y los contratos a distancia, siendo el segundo el término que privará sobre el primero, para el caso en estudio, ya que el oferente y el destinatario probablemente se encuentran separados físicamente y así sucede en la mayoría de casos, pero, en el ciberespacio existe una comunicación fluida e inmediata como si las personas se encontraran realizando una comunicación telefónica o simplemente conversando una frente a la otra, por tal razón, el consentimiento se presta inmediatamente y el sistema a utilizar es el sistema del perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes.

21.4 Consideraciones Finales

No podemos dejar de advertir que pueden existir combinaciones de modalidades, es decir, puede proponerse la oferta a través de correo electrónico y aceptarse a través de correo interactivo, puede presentarse la oferta a través de una página web activa o pasiva y la aceptación prestarse a través de correo electrónico, incluso, pueden existir combinaciones con medios convencionales, así, puede presentarse la oferta telefónicamente y recibir la aceptación por medio de *chat*, puede enviarse la oferta a través de fax y contestar a través de *e-mail*. En todos estos casos, el sistema de perfeccionamiento del consentimiento a utilizar dependerá del medio usado para hacer llegar la aceptación, con la cual se formará dicho consentimiento.

²⁰¹ Vid. MENENDEZ MATO, J.C., *El contrato vía internet...*, cit p. 195. Otra forma de concluir contratos que ofrece Internet es a través del *Chat*. Este sistema está pensado principalmente para la realización de conversaciones en la red sobre los más variados temas, no constituye a priori un canal idóneo para el fenómeno contractual en masa, por el contrario, su finalidad se mueve en el terreno del ocio, no obstante y en cuanto permite una comunicación directa entre los sujetos, de forma semejante a la telefónica, es posible imaginarse algún supuesto en que este sistema se empleara para concluir un contrato, por tanto, se considera que la relación entre ambos sujetos viene marcada por la confianza mutua generada en otras experiencias, para el autor la comunicación por *Chat* sería equivalente a la concluida verbalmente entre partes físicamente presentes o la concluida por vía telefónica, las mismas reglas podrían aplicarse a la videoconferencia.

Debemos recordar en este sentido que para las aplicaciones antes expuestas, no pueden ser considerados los contratos reales o solemnes, ya que los primeros suponen la entrega material de un objeto o la constitución de un derecho real y en los segundos, se supone la celebración de ciertas solemnidades, por lo tanto, se habrá perfeccionado uno de los elementos necesarios en cualquier contrato, sin embargo, en éste no será perfecto el contrato y por esta razón, no se producirán sus efectos jurídicos, en estos casos, el uso de medios electrónicos como los antes vistos, en nada altera la regulación normal del contrato, el que al final se regirá por el derecho interno de cada país.

22. Perfeccionamiento de los contratos

Dedicaremos solo unas breves líneas para comentar este acápite, debido a que hemos venido afirmando a lo largo de los títulos anteriores que para lograr el perfeccionamiento del contrato, es necesario tomar en cuenta la clasificación de los mismos, en contratos consensuales,²⁰² reales,²⁰³ y solemnes y la importancia de regular el internet como vehículo de la manifestación de la voluntad, que comprende únicamente a los

²⁰² Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 66. la distinción entre el contrato consensual y el solemne, atendiendo a si los contratantes tienen libertad en la escogencia de las formas de expresión de su voluntad, como es la regla general en el derecho moderno, o si, por el contrario y excepcionalmente, deben manifestar dicha voluntad mediante formalidades absolutas y predeterminadas por el legislador, cuya inobservancia repercute directamente sobre la existencia y la eficacia del acto o contrato de que se trate.

²⁰³ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 66 y 67. Caracterizase, pues, el contrato real, conforme a su definición legal, porque el simple consentimiento no basta para perfeccionarlo, sino que además es necesaria la tradición de la cosa (o su simple entrega). Los motivos que determinaron la creación de los contratos reales en el derecho romano ya no existen en la actualidad. El principio general de que “la simple convención no produce obligaciones” (*nuda pactio obligationes d non parit*), que informó a aquel sistema positivo, ha sido reemplazado en el derecho moderno por el postulado diametralmente opuesto de la consensualidad de los contratos, en virtud de la cual la sola convención de las partes tiene fuerza obligatoria (*solus consensus obligat*) salvo excepciones. Idem. Vid. MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil*, 4ª Ed., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966, P. 22 y siguientes. Vid. VARGAS PACHECO, J. M., *Doctrina General del Contrato*, Juricentro, ...*cit*, p. 19 y siguientes. Vid. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, ...*cit*, p. 65. Vid. LÓPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría de los Contratos*, 3ª Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 63 y siguientes. Vid. LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1993, p. 176. Vid. GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, T. I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 64.

contratos consensuales, ya que los reales y los solemnes no se perfeccionan con haber alcanzado el consentimiento sino, hasta que se ha entregado el objeto debido o hasta que se ha otorgado la solemnidad requerida.

Respecto del momento del perfeccionamiento de los contratos, debemos destacar que existe regulación legal diferente a la salvadoreña, particularmente la legislación española concibe válidamente²⁰⁴ que los contratos en general, se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes contratantes, convirtiendo a todos los contratos en consensuales a lo menos de forma inicial. Sin embargo, en el análisis futuro nos referiremos a la legislación salvadoreña.

Por una parte, compartimos el criterio de no marcar ninguna diferencia entre los contratos civiles y los contratos mercantiles, ya que con independencia de los criterios adoptados para esta clasificación, en esta etapa hablamos de la formación del consentimiento, como uno de los requisitos necesarios para todo contrato, no importando su naturaleza.

Por otra parte, debemos recordar que el internet es solo un medio de comunicación del mensaje y no puede en principio constituir una variante de contrato, diferente a los ya conocidos²⁰⁵. No podemos por tanto, resumir un solo tipo de contrato y denominarlo

²⁰⁴ Esta tesis se sustenta en el Art. 1258 C.C. de España, que a la letra establece “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Vid. Vid. ULL PONT, E. *Derecho Privado de la Informática*, Ediciones Uned, Madrid, 2000, p. 116. El autor sostiene respecto de la legislación española, que el contrato no tiene una definición propiamente dicha en el CC, pero da un concepto indirecto al determinar el perfeccionamiento del mismo, indicando que “el contrato existe, desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254). Frente al antiguo concepto formalista, nuestro CC proclama el principio consensualista, basta y es necesario el consentimiento para contraer la obligación que comporte, según el principio de que *solus consensus obligat*. Lo dicho no excluye que pueda exigirse la forma escritura, pública o privada, bien como elemento de prueba, *ad probationem*, sustituible por prueba alternativa, o bien supuestos en que la forma es parte constitutiva del negocio, y por consiguiente condicionante de su validez, forma exigida *ad solemnitatem* o *ad substantiam*.”

²⁰⁵ Ibidem. ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la

“contratos electrónicos o contratos celebrados por vía electrónica”, a toda la variedad de contratos que existen en el ámbito de la contratación en general, y especialmente a los que surgen de la clasificación que atiende al momento de su perfeccionamiento.

Un ejemplo de aplicación sucede con ocasión del contrato de depósito, cuya finalidad principal es la de confiar una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie y que por su perfeccionamiento es un contrato real, el consentimiento entre depositante y depositario podría enviarse y recibirse a través de medios electrónicos, pero no podría asegurarse que con dicho consentimiento el contrato es perfecto y por ende, produce los efectos propios del mismo, ya que de no mediar la entrega, el consentimiento es solo uno de los elementos de formación del contrato mencionado y no representa por sí mismo, la emisión de obligaciones.

Finalmente, para determinar el momento en el que surge el consentimiento debemos traer a cuenta la diferencia que a lo largo de las líneas escritas hemos puntualizado de manera tal, que si el contrato se ubica dentro del sistema de consentimiento entre personas presentes, el contrato será perfecto en el momento mismo de que el destinatario tenga conocimiento de la aceptación de la oferta. Este sistema por ejemplo, es el utilizado para el consentimiento por medio de correo interactivo o *chat* y por la teleconferencia.

Pero si por el contrario, el contrato utiliza para su formación el sistema de consentimiento entre personas ausentes, deberá tomarse en cuenta el método de la recepción, como se ha señalado en páginas anteriores y se verá perfecto hasta que el destinatario reciba la aceptación de la oferta, sin que sea necesaria la lectura de la misma, sistema éste utilizado para el consentimiento por medio del correo electrónico o *e-mail* y por medio de Páginas Web.

Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico., cit. p. 335 y 336. “Los contratos celebrados por vía electrónica constituyen un contrato y como tal están sometidos a las disposiciones contenidas en el CC y en el CCom sobre la materia, por lo que su perfección se produce por el mero consentimiento de las partes sobre el objeto y causa del contrato.

23. Sistema de confirmaciones y reconfirmaciones

Debemos inicialmente señalar que la prestación del consentimiento a través de redes cerradas no es igual que en redes abiertas, ya que en las redes cerradas, se requiere de la existencia de un acuerdo general²⁰⁶ que por la naturaleza de la red es generalmente previo a la celebración de cualquier negociación, por lo tanto, se han previsto con anticipación los requisitos de expresión de la voluntad, el momento en el cual se ha de perfeccionar el consentimiento y los efectos jurídicos del mismo.

En cambio, en las redes abiertas, como en el caso de internet, por no existir de ninguna manera el acuerdo marco que caracteriza a las redes cerradas y dado la imposibilidad de crearlo, es difícil determinar el momento en el cual se ha perfeccionado el consentimiento expresado y para los contratos consensuales, el momento en el que el contrato es perfecto, por tal razón, algunas legislaciones han decidido establecer un sistema de confirmaciones que a la postre convierte en más engorroso el sistema de emisión y recepción de voluntades, sin que por ello se dote de mayor seguridad.

La exigencia de “Acuse de recibo”²⁰⁷ por parte del destinatario del servicio, es un ejemplo claro de este sistema de confirmaciones y reconfirmaciones, por tanto, no sería

²⁰⁶Vid. ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet*” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico., cit. p 337, en ellos el consentimiento se completa siempre con la existencia de un acuerdo general previo en el que se regulan detalladamente las principales cuestiones jurídicas que se pueden manifestar.

²⁰⁷ Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *op cit.*, p. 158. El autor hace un análisis de la Directiva Comunitaria y de la Ley sobre Firma Electrónica y expresa “Como segundo elemento formal, la Directiva establece que el vendedor o proveedor “debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica”. El legislador español se explaya un poco más y, tras aludir a que “el oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo”, le ofrece dos alternativas: “el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación” y “la confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.”

suficiente el recibo de la contestación de una propuesta sino que, además, debe esperarse a la confirmación de haber recibido tal contestación o acuse de recibo de la contestación.

Sobre este último aspecto surge la interrogarse de si el consentimiento se habría formado en el momento en el que el destinatario recibe la contestación o se formaría con la llegada del acuse de recibo de la contestación; al respecto, compartimos el criterio²⁰⁸ que sostiene que la finalidad de esta exigencia no es la de determinar el momento en el que se produce la formación del consentimiento sino por el contrario, es la de garantizar que el mensaje a su vez ha sido recibido, pudiendo constituirse como una prueba del mismo consentimiento en caso de negación u otra problemática semejante.

Los acuses de recibo han sido muy utilizados además dentro del ámbito de los procedimientos administrativos,²⁰⁹ de tal manera que si por ejemplo, debiera llevarse a cabo la notificación de una resolución pronunciada por el Registrador de la Propiedad,²¹⁰ éste enviaría la comunicación por vía de internet y podría de conformidad a los sistemas de correo electrónico más utilizados en la actualidad, tal es el caso de Outlook, solicitar la confirmación de la lectura del mensaje enviado, ya que de esta manera se configuraría la debida notificación del acto administrativo,

²⁰⁸ Vid. ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet*” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico., cit. p 339. A su vez cita a Recalde Castells, A., y Díaz Fraile, J.Ma. “Comentarios a la Directiva y al Proyecto”, probablemente la norma no pretende determinar en qué momento se produce la perfección del contrato o cuáles son sus requisitos, sino garantizar la autenticidad de los mensajes, previniendo frente a declaraciones realizadas sin la suficiente reflexión.

²⁰⁹ Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *Aproximación a la Sociedad de la Información: Firma, Comercio y Banca Electrónica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002. p. 112. El autor hace un análisis señalando que el artículo 68.2 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, el cual añade un nuevo apartado 3 al artículo 59 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pasando los actuales apartados 3, 4 y 5 del citado artículo a numerarse como 4,5 y 6 con una redacción en la cual se establece que la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica, con lo cual, la eficacia de la notificación dependerá del momento en que el destinatario de la notificación acceda a su contenido y desde ese momento tendrá lugar el cómputo de los plazos y es en este momento cuando surge el problema del acuse de recibo electrónico.

²¹⁰ Vid. Infra Apartado 60.

Más sin embargo, éste último es un método minimamente seguro, ya que el destinatario puede rechazar tal confirmación y en ese sentido el emisor no tendrá nunca la seguridad de la lectura del mensaje a pesar de que el destinatario ha podido acceder a su contenido.

Por tanto, el uso de “acuses de recibo” o dicho de otra manera, el sistema de confirmaciones y reconfirmaciones, puede ser sustituido con iguales efectos y mayor garantía por el uso de la firma electrónica, que como hemos visto,²¹¹ que impregna de mayor seguridad al mensaje que es trasladado por medios electrónicos, ya que como en el empleo de ésta última, es necesario el uso de la clave pública del receptor, enviando un aviso simultáneo que pueda servir como acuse de recibo de que el mensaje ha sido recibido y leído por el receptor.

24. Vicios de la voluntad expresada a través de medios electrónicos

Ahora que ya hemos presentado en grandes pasos el proceso de formación del consentimiento cuando el mismo es expresado a través de medios electrónicos, debemos abordar la situación que se presenta cuando en la manifestación de la voluntad han mediado vicios, ya sea que se trate de error, fuerza o dolo,

Como hemos señalado en varios pasajes de nuestra investigación, los medios electrónicos son solamente un vehículo o herramienta moderna para la expresión de la voluntad, de tal manera que los problemas que tradicionalmente aquejan a la voluntad, se presentan de igual manera, si para su concreción se hace uso de medios modernos de contratación, como es internet,

²¹¹ Vid. Supra Apartado 6.

Una porción de la doctrina²¹² sostiene incluso que, cuando hagamos referencia al ámbito contractual empleado en el internet, debe sustituirse el concepto de “declaración de la voluntad” y en su lugar, denominarle “conducta expresiva o conducta negocial”, ya que la primera expresión hace referencia a la unidad de acto y consecuentemente, aquellas legislaciones como la de España, que requieren de la unidad de acto para la celebración de contratos, observan la imprecisión del término “declaración de voluntad”.

Sin embargo, para la legislación salvadoreña, no hay tal exigencia en relación a la unidad de acto, por lo menos no existe de forma expresa, lo que nos hace pensar que un contrato determinado puede perfeccionarse aún sin la presencia física de ambos contratantes, bastando la manifestación de la voluntad libremente expresada de los mismos y con ausencia de vicios.

Puede presentarse con más regularidad vicios de la voluntad que raramente se observan en la práctica habitual, como es el caso del error en la persona; ya que siendo el internet un medio que en la mayoría de los casos está diseñado para la contratación que en doctrina suele denominarse “entre ausentes” y modernamente considerada como “a distancia”, esta forma de viciar el consentimiento puede observarse con más frecuencia.

Podríamos preguntarnos si con el uso de internet cambiaría de alguna manera la regulación legal acerca de los vicios de la voluntad. Sin embargo, la intervención de estos no puede suponer que la ley cambiará, ya que de igual manera se presentaría si la voluntad se expresara por medio de cartas.

²¹² MATEU DE ROS, R. “*El consentimiento electrónico en los contratos bancarios*” en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), 2000, p. 36. En el ámbito negocial de internet es necesario, todavía más que en cualquier otro espacio contractual, sustituir el concepto de declaración de voluntad, concebido de modo angosto y circunscrito a un acto y a un momento aislado, por el de conducta expresiva o conducta negocial, que integra en la voluntad de las partes no solo las declaraciones expresas (lo dicho y lo escrito) sino también los hechos, los gestos, los silencios y las presunciones, lo que conecta con la idea de “responsabilidad negocial” y, en definitiva, con el alcance amplio de las consecuencias del vínculo contractual conforme al art. 1258 del Código Civil.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que la presencia de vicios, afectan la voluntad y en consecuencia, el contrato mismo, siempre que el vicio que se presente sea de aquellos que según el criterio del legislador, sea suficiente para invalidarlo.

Es necesario que en la contratación que se celebre, pueda determinarse cuál será el régimen legal aplicable en caso de conflicto entre las partes contratantes, ya que de acuerdo al derecho aplicable, puede concluirse si se produce una nulidad o si el vicio no es tan grave como para ser invalidado.

Para la legislación salvadoreña, los vicios del consentimiento representan una causa que da lugar a nulidad relativa, de conformidad al Art. 1552 inciso final del Código Civil,²¹³ por lo que tal vicio puede ser subsanado por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes,²¹⁴ permitiendo incluso que los contratantes den por bien hecho el negocio que inicialmente se encontraba viciado.

Contrario a la nulidad absoluta, en la relativa, de llevarse a cabo un juicio civil, por medio del cual el interesado cuya voluntad ha sido viciada, solicite la nulidad del instrumento, no puede otra persona solicitar la declaratoria de nulidad, sino solo la parte perjudicada.

²¹³ Vid. Art. 1552 Inciso final del Código Civil Salvadoreño, que a la letra establece “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

²¹⁴ Vid. Art. 1554.- La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes. Art. 1562.- El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Este cuadrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. A las personas jurídicas se les duplicará el cuadrienio, y se contará desde la fecha del acto o contrato. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo”.

Debemos consecuentemente ignorar por un momento que se trata de una manifestación de voluntad expresada a través de medios electrónicos, tecnológicos o telemáticos y dar paso a la tradicional regulación acerca de los vicios de la voluntad.

25. Ausencia de voluntad en la implementación de La Firma electrónica. Uso por otra persona de la clave privada del titular

Ahora que hemos presentado el proceso de aplicación de la firma electrónica podemos concluir que su seguridad es bastante alta y por esa razón existen abogados e ingenieros en informática que sostienen que incluso es más segura que la firma manuscrita.

Sin embargo, la debilidad de dicha figura viene representada por el cuidado que el titular debe tener con la clave privada que le ha sido confiada por la entidad de certificación para la generación de su identidad en el proceso de la firma electrónica.

No podemos asegurar que se trata de ausencia de la voluntad, cuando nos encontramos frente a la relación jurídica existente entre mandante y mandatario, ya que en los supuestos de representación voluntaria hay una manifestación expresa de la voluntad, misma que se encuentra encaminada al nombramiento de un tercero para llevar a cabo actos de administración a nombre del mandante.

En igual situación nos encontraríamos si el titular de la clave decide dar su consentimiento para que un tercero pueda utilizarla²¹⁵ y el tercero se extralimita del encargo que le fuera confiado por el titular, lo que es lo mismo que si el titular de una tarjeta de

²¹⁵ TENA ARREGUI, R.- SÁNCHEZ CASADO, E. de la N. “*La Firma Electrónica, ¿Un poder al portador?*” en *Diario La Ley*, 2001, No. 5340, Junio, p. 16 y siguientes. Para analizar el uso de la clave con el consentimiento del titular, que es, sin duda, el más interesante, y en el que el uso de la firma electrónica va a suponer una auténtica revolución para la teoría general. Cuando una persona cede a otra su clave y le permite utilizarla, podemos encontrarnos a su vez ante dos hipótesis: que le faculte para contratar dentro de todo el ámbito amparado por su certificado o únicamente respecto a parte del mismo. En el primer caso y en el segundo, dentro de las facultades concedidas, no podemos negar que existe consentimiento del titular para el negocio celebrado por su representante con la propia firma-sello del primero.

crédito hiciera entrega de la misma y de su *PIN* a un tercero, para que realice alguna gestión a su nombre.

Se trata ni más ni menos que de un contrato de mandato, por el cual el titular confía al tercero la realización de alguna gestión y el abuso de funciones del mandatario se rige por las reglas generales contenidas en el mandato. El problema se presentará cuando al titular le corresponda demostrar la relación contractual que le une al tercero, ya que para este caso, es necesaria la asistencia de solemnidades para prueba.

Si hubiera terminado el mandato, si ya no existe la facultad inicialmente conferida o en caso de que el mandatario se excediera en el ejercicio de sus funciones, los actos que realiza el mandatario se regularán de la misma manera que si se está en presencia de las mismas normas jurídicas que rigen para el contrato de mandato.

El análisis que se hace es de aquella situación en la cual un tercero, sin el consentimiento expreso o tácito del titular hace uso de la clave privada del mismo para generar contratos o manifestaciones ante la ausencia del titular.

Debemos advertir nuevamente que tampoco nos referimos a los supuestos de agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, que aunque faltando la voluntad del titular, las gestiones realizadas por el tercero serán válidas con arreglo a la propia legislación a la que habrán de ajustarse los requisitos de existencia de tal figura.

La falta total de la voluntad del contratante es denominada por algunos autores como suplantación de la utilización de la firma,²¹⁶ debido a la característica de ser utilizada

²¹⁶ EMBID IRUJO, J.M. "Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital" en Revista de Contratación Electrónica (RCE), 2001, No 14, Marzo, p. 4. Por cuanto que nos referimos a "voluntad suplantada", cabe centrar el supuesto de hecho que nos ocupa alrededor de aquellos casos en que la voluntad declarada, aún viniendo referida, según cabe presumir de la utilización de un sistema de firma electrónica, a un determinado sujeto, ha sido manifestada, en cambio, por otro sin título alguno para ello. Idem. TENA ARREGUI, R.- SÁNCHEZ CASADO, E. de la N. "La Firma Electrónica, ¿Un poder al portador?" en Diario La Ley, 2001, No. 5340, Junio, p. 16 y siguientes. Comencemos por el supuesto de uso de la clave sin el

por un sujeto diferente de su titular, más no puede llamársele “falsificación de firma”,²¹⁷ como sucede con la firma ológrafa, ya que en la firma electrónica los bits comunicados por el empleo de la clave privada son tan auténticos como si los hubiera realizado su titular.

En los casos de ausencia total de la voluntad del titular lógico es concluir, que el contrato será inválido, lo cual responde a las reglas generales para la formación del contrato, pudiendo atribuírsele inexistencia o nulidad absoluta del mismo.

Pero cuando profundizamos en el tema de la nulidad del contrato, debemos pensar en otros aspectos que inicialmente escapan a nuestro análisis y es lo referente a la carga de la prueba, ya que quien alega la ausencia de voluntad, lo mismo que si se alega la presencia de vicios del consentimiento, debe demostrarla judicialmente, situación que se traduce en un inconveniente para la persona afectada.

También debemos analizar cuál será el efecto que se genere de la formación del contrato celebrado en estas condiciones, ya que la otra parte contratante con quien se ha formalizado dicho negocio es una persona que en principio se presume de buena fe y puede exigir válidamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

consentimiento del signatario. Los supuestos pueden ser muy variados, pero creemos que se podrían concretar de una forma genérica, en dos: sustracción y descifre. Pues bien, desde el punto de vista de la actual teoría general habría que entender que en ninguno de estos casos hay consentimiento contractual ni consiguiente vinculación ex contractu. El mismo régimen debe aplicarse al caso de uso de la clave por el propio titular pero con falta de consentimiento. La teoría general no distingue entre firmar con una pistola en la cabeza, la sustracción de la clave o el desciframiento por una banda de piratas informáticos. En todos estos supuestos no hay consentimiento y, en consecuencia, el contrato es nulo.

²¹⁷ EMBID IRUJO, J.M. “Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital” en Revista de Contratación Electrónica (RCE), 2001, No 14, Marzo, p. 6. No puede hablarse, sin embargo, de “falsedad de firma” con relación al supuesto que nos ocupa, por “falsedad de la firma” aplicada al documento tradicional material, había que entender la invención o imitación de la firma de otro sujeto, pero nada de eso sucede en este ámbito, ya que nos encontramos ante un fenómeno totalmente distinto, ya que el suplantador se limita a utilizar una determinada clave asignada a otro sujeto, cuya firma propiamente, no es falsificada, cabría, quizás, hablar de apropiación de la firma electrónica ajena.

En esta situación, debemos recurrir a la Teoría General de las Obligaciones para buscar la respuesta adecuada, pudiendo precisar que mientras el contrato viciado no sea declarado judicialmente como inválido, deberá producir sus consecuencias propias.

Otro aspecto a considerar es la responsabilidad en la que pueden incurrir las entidades de certificación, si la suplantación y uso de la clave privada del emisor sobreviene como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas a éstas, tal es el caso de que faltaran las medidas de seguridad apropiadas y debido a este hecho, los *hackers* o piratas informáticos pudieran llegar a obtenerla.

Algunos autores propugnan por una participación más decidida del notario electrónico o *cibernotary*²¹⁸ en los contratos celebrados con utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, ya que solamente una persona a quien se le hubiera confiado la fe pública notarial, puede dar certeza de que tales actos son plenamente válidos y no se encuentran viciados, de la intervención del *cibernotary* trataremos a continuación.

²¹⁸ Vid Supra Apartado 6

CAPITULO VII

EL CIBERNOTARY. SU PAPEL COMO ENTIDAD DE CERTIFICACIÓN

SUMARIO: 26. Breve análisis del papel del *Cibernotary* y su comparación con las funciones del notario latino en el marco de la función concedida a las entidades de certificación. 26.1. Diferencias entre las Entidades de Certificación y el *Cibernotary*. 27. Aspectos del documento electrónico, de los que el notario podrá dar fe. 28. El nuevo concepto de *Cibernotary*. Una mezcla del *Public Notary* del derecho anglosajón y del Notario Latino de tradición germánica. 28.1. Áreas en las que el *Cibernotary* tiene competencia para actuar. 28.2. Competencia territorial de la actuación del *Cibernotary*. A) La adopción de un Sistema Territorialista para la función del *Cibernotary*. B) La adopción de un sistema de competencia universal para la función del *Cibernotary*. 29. Requisitos legales mínimos, necesarios para la adecuada regulación del *Cibernotary*.

26. Breve análisis del papel del *Cibernotary* y su comparación con las funciones del notario latino en el marco de la función concedida a las entidades de certificación

Bajo este epígrafe abordaremos el análisis del papel que desempeña el *Cibernotary* o Notario Cibernético, cuya función veremos más adelante, se encuentra íntimamente relacionada con el ejercicio de las entidades de certificación, más no nos referiremos a la participación del notario en los más amplios y variados ámbitos del derecho en general relacionados con la informática.²¹⁹

²¹⁹ Existen diversas áreas relacionadas con el derecho, mediante las cuales el notario pueda de alguna manera participar, bien como usuario u otro carácter diferente al que en este epígrafe se tratará, por ejemplo: el notario puede enviar los datos de creación de una sociedad mercantil por vía telemática hasta al ordenador del Registro de Comercio en el cual se inscribirán, logrando obtener con ello un asiento provisional de presentación que se encontrará sujeto a la presentación definitiva del documento mencionado, este derecho ha sido recogido y sustentado por la legislación española. Vid. Vid. GARCÍA MÁS, F.J., *op. cit.*, p. 133. la posibilidad de utilizar, por ejemplo, el correo electrónico para la petición de determinada información al Registro Mercantil Central a los efectos de certificados de denominaciones de sociedades. El acceso del notario a través de Internet, para conocer el estado en que se encuentra una determinada sociedad en el Registro Mercantil, a los efectos de determinar la vigencia o no de un determinado cargo o de un determinado poder, incluso en el depósito de cuentas, a los efectos de poder constatar si la sociedad las ha depositado o no e incluso la posibilidad de que el notario pueda validar realizar determinadas actas, las de constatación de

El término *Cibernetary* fue utilizado en las primeras legislaciones sobre Firma electrónica, especialmente la Ley de Utah; que desde sus inicios ya incorporaba este término, que hasta la actualidad se sigue empleando en algunas legislaciones con más frecuencia que en otras.

Debemos recordar que el Sistema de Clave Asimétrica o Sistema de Clave Pública requiere necesariamente la intervención de una tercera persona que certifique o asegure que un determinado juego de llaves le pertenece a una persona en particular, función que tiende a ser muy similar a la de legalización de firmas, que originalmente realizan los notarios públicos. De allí que la atribución de las entidades de certificación o CA sea concebida como de igual naturaleza que la confiada a los notarios.

El *public notary*, figura última proveniente del derecho anglosajón, tiene una función eminentemente de certificación de firmas; y cuyo ejercicio difiere notablemente de la figura de los notarios públicos, derivada de la tradición germánica y actualmente utilizada para los notarios latinos.²²⁰ Ésta última requiere de otras cualidades de las personas que habrán de ejercer el cargo, tales como la de poseer conocimiento de derecho y servir como asesor para las partes que requieran de sus oficios.²²¹

unos hechos por ejemplo, los percibidos por sus sentidos en una página web y a solicitud de una determinada persona.

²²⁰ Esta diferencia es la que determina la funcionalidad de los notarios como Entes de Certificación en el proceso de creación de la firma electrónica.

²²¹ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 242. El problema interno de los Estados Unidos residió en que los *Public notary* norteamericanos no reúnen ninguno de los requisitos que le son exigibles a un notario latino, siendo meros autorizadores de firmas. Vid. GARCÍA MÁS, F.J., *op. cit.*, p. 130. Expresiones como las de notario cibernético o la de notario electrónico, esconden una filosofía jurídica muy distinta a la existente en los países europeos del notariado latino continental, ya que no olvidemos que el comercio electrónico surge en los Estados Unidos de América, donde, por ejemplo, en algunos Estados para ser notario se exige que sea una persona que no sepa Derecho.

Sin embargo, cuando Estado Unidos comenzó a llevar a cabo transacciones comerciales con otros países, observó que la fiabilidad depositada por su legislación nacional en los *public notary* no era igual para el resto de legislaciones, por tanto, observó la necesidad de crear una figura diferente a la de los notarios, pero que de igual forma, cumpliera con el encargo de emitir los certificados de claves, surgiendo con ello las “*Certificate Authorities*” o Autoridades de Certificación.

El “*Cibernotary*” o Notario Cibernético, ha sido concebido por la doctrina como un jurista altamente calificado, y que a la vez debe poseer conocimientos técnicos-informáticos suficientes para actuar en calidad de entidad de certificación en el campo de la contratación electrónica internacional.²²²

Podemos concluir con alguna certeza, que la participación del notario en la función de certificación que caracteriza a las entidades de certificación es conferida en virtud de ley, de tal suerte que solamente en aquellos casos en que sea autorizado por la Administración Pública, operarían como una entidad de tal naturaleza.

Existe otra forma de regulación legal sobre el funcionamiento la entidad de certificación, esta interpretación proviene de países como por ejemplo España y en general, extensiva a los miembros de la Unión Europea a través de la directiva comunitaria 1999/93. Países que en sus respectivas leyes, se han inclinado por permitir la libertad de creación y funcionamiento de dichas entidades, pudiendo tratarse de una persona jurídica o bien de una persona física. Es en este último apartado, que podría interpretarse el texto de la ley, afirmando que se quiso referir a los notarios públicos, en razón de las funciones que por su misma naturaleza se encuentran llamados a cumplir.²²³

²²² Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 242 y 252. Vid. Art. 1 L.N. Salvadoreña. “El notariado es una función pública. En consecuencia, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley.-

²²³ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 245. en los Estados de raigambre romano-germánica, y particularmente en Europa, comenzó a gestarse un fuerte movimiento destinado a considerar al notario –como

Lo más recomendable, en consecuencia, será que cada país adopte en su legislación sobre Firma Digital si considera a los notarios como personas capaces de desempeñar funciones iguales a las establecidas para las entidades de certificación²²⁴.

26.1. Diferencias entre las Entidades de Certificación y el *Cibernotary*

Para otros autores,²²⁵ tomando en consideración su propia legislación, existen algunas diferencias entre las entidades de certificación y la figura del *Cibernotary*, que pasaremos a analizar a continuación:

a) Partiendo de la definición adoptada por el legislador para las entidades de certificación, suele afirmarse que el hecho de ser concebidas dentro de la regulación legal como entidades eminentemente privadas y no de naturaleza pública, en dicha concepción excluye a los notarios,²²⁶ especialmente a los notarios electrónicos o *cibernotary*.

b) Cuando se analiza la naturaleza propia del documento electrónico. El documento que emana de las entidades de certificación denominado también como certificado electrónico, tendrá el valor de instrumento auténtico o privado, dependiendo del valor que

ministro de fe que es- como el Oficial público ideal para que actuase como Autoridad Certificadora, y más aún, su figura como autentificador de firmas digitales, prácticamente, se impone como una cuestión casi automática, como una consecuencia temporal de las competencias que a éste le caben.

²²⁴ Vid. GOMA LANZÓN, F., – GARCÍA VIADA, C., *Libro Blanco de la Firma Electrónica Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, s/f, p. 67 y siguientes. De acuerdo a la legislación que rige la Función Notarial en España, se determinan que los Notarios deben cumplir una serie de obligaciones generales y obligaciones específicas en el uso y custodia del FEAN (Firma Electrónica Avanzada Notarial). Las Obligaciones generales son la de solicitar el certificado de la FEAN, Recibir el certificado y los demás dispositivos de creación de firma mediante la intervención de las autoridades corporativas competentes, otorgar la correspondiente acta de entrega del certificado, abonar las tarifas establecidas en cada caso y en general, cumplir todas las obligaciones específicas en materia de uso y custodia, previstas en la legislación correspondiente.

²²⁵ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 72 y siguientes.

²²⁶ Sobre todo cuando para la legislación secundaria como en España, la función del notario es reconocida como la de un fedatario público.

quisiera otorgarle la normativa que regule el ejercicio de las entidades en cada país, así por ejemplo, en España²²⁷ se le ha considerado únicamente como un “soporte” de los instrumentos públicos o privados, por lo tanto, el documento electrónico tendrá el valor que la legislación española le ha atribuido a los instrumentos públicos o privados, en consecuencia, el instrumento electrónico no es un tipo de instrumento *per se* sino, solamente un soporte de los instrumentos ya conocidos y regulados en el derecho procesal tradicional.

Sin embargo, el ejercicio notarial en la concepción propia del *cibernotary* puede tener diferentes funciones, así por ejemplo, en Italia, la autenticación notarial de la firma digital permite la que la firma haga plena prueba en el proceso, en cambio, el documento informático con firma digital notarialmente autenticada es documento privado.

Si el legislador en aquellos países en los que tienen reguladas ambas figuras, hubieran entendido que se trata del mismo tipo de instrumento, no le hubiera conferido diferentes efectos, por lo tanto, debe concluirse que el significado del documento en el que interviene el *cibernotary* tiene diferente valor y significado del documento emanado por las entidades de certificación.

Una vez superado el primer inconveniente y suponiendo que la legislación permitirá la actuación notarial, surgen otros inconvenientes más, que brevemente analizaremos.

27. Aspectos del documento electrónico, de los que el notario podrá dar fe

²²⁷ Vid. Art. 3 párrafo 6 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica, que establece “El documento electrónico será soporte de: a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso, b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica, y c) Documentos privados.

Recordemos que a partir de este momento adoptaremos la figura del notario de tradición germánica que opera para los notarios latinos y abandonaremos la figura del “*public notary*” del derecho anglosajón, ya que como hemos expuesto con anterioridad, los primeros dan fe de muchos más aspectos que solamente la certificación de la firma y en cambio, los segundos únicamente se circunscriben a este último punto.

En las actuaciones notariales, el notario dará fe de los actos, contratos y declaraciones de voluntad así como de los hechos de los que el notario puede percibir por medio de sus sentidos, es decir, han sucedido ante su presencia, así por ejemplo, dará fe de la fecha en que fue otorgado el documento, de las declaraciones de voluntad en él contenidas, pero, no dará fe de ninguna otra circunstancia que hubiera sucedido antes o después del otorgamiento del acto.²²⁸

Un aspecto importante que debemos considerar es que el notario dará fe de que los otorgantes firmaron el documento, ya que el mismo es suscrito de puño y letra de ellos, de tal suerte que si llegara a presentarse una suplantación de la persona del otorgante, el notario difícilmente podrá advertir el ilícito, ya que carece de los medios técnicos para determinar con certeza la falsedad, por ello, en este aspecto, al notario únicamente puede exigírsele que identifique a los otorgantes, la situación descrita sucede de esta forma, porque se trata de una firma ológrafa.

Pero si se tratara de una firma electrónica, la suplantación podría suceder de la misma manera que en el ejemplo anterior, ya que se trata de un juego de claves que han sido entregados a una persona determinada y le corresponde a esta persona resguardarla, podría suceder que el suscriptor confiara su uso a una tercera persona y en tal caso, habría una suplantación o un mal uso de la firma que le ha sido entregada al tercero, con mayor incidencia en aquellos casos en los que no se utilice un sistema biométrico para garantizar

²²⁸ Vid. Art. 1 Inc. 2º L.N. Salvadoreña “La fe pública concedida al notario es plena respecto a los actos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa.

el uso personal del titular de las claves; de tal suerte que operaría igual que en el caso anterior y no podría exigírsele al notario su comprobación, por carecer del conocimiento técnico necesario que le permita identificar el cometimiento del ilícito.

En definitiva, podemos determinar que el notario, en el ejercicio de su función como entidad de certificación, dará fe de los siguientes aspectos:²²⁹

a) De la identidad de la persona que ha comparecido ante sus oficinas solicitando su intervención como entidad de certificación.

b) De la capacidad con la que actúa el representante, en caso de tratarse de una persona que actúa por medio de representación, como por ejemplo, los representantes legales de las personas jurídicas. Recordemos que la función del notario en este caso, dependerá del sistema que la legislación hubiere adoptado para las personas jurídicas, si la de dotarle de una firma a la sociedad y otra al representante o si se dotará de una sola firma electrónica al representante de la sociedad o a la persona jurídica.

c) De la fecha en que ha sido elaborado el documento, la cual será sellada con la función *hash* que le sea aplicada; también, la exactitud y veracidad de las declaraciones contenidas en el documento que será cifrado y luego firmado electrónicamente y de que éstas fueron expresadas ante el *cibernotary*, sin embargo, no dará fe de la veracidad de tales declaraciones, tal como expusimos con anterioridad.

d) La verificación de la firma con la que se selló el documento.

e) Deberá, además, extender el certificado de la firma con la que ha sido impregnado el documento, con este certificado demostrará que una clave pública determinada, efectivamente pertenece a la clave privada de una persona en particular.

²²⁹ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 247.

f) Deberá guardar secreto profesional y no revelar las claves pública y privada que conforman la firma electrónica, protegiendo los datos de su creación; a menos que se trate de un requerimiento judicial;

g) Conservar el contrato celebrado electrónicamente para responder ante una posible solicitud del suscriptor.

28. El nuevo concepto de *Cibernotary*. Una mezcla del *Public Notary* del derecho anglosajón y del Notario Latino de tradición germánica

Como hemos podido notar de las epígrafes anteriores, la función del “*Public Notary*” del derecho anglosajón es demasiado escueta para las exigencias contractuales de otros países que contienen legislaciones diferentes al *Common Law*, por esta razón se ha buscado elaborar una mezcla que conjugue ambos sistemas.

De esta forma, las funciones del notario no se resumen en únicamente ser certificadores de firmas, sino que de acuerdo a la tradición germánica, deben ser además, orientadores y asesores de las partes, razón por la que deben poseer conocimientos legales además de los conocimientos técnicos para el empleo de la firma electrónica.²³⁰

De acuerdo a lo anterior, además de los aspectos antes expuestos, el notario podrá dar fe de:

²³⁰ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 253. De esta manera la intervención que al Notario electrónico cabe en la documentación informática se extenderá por una parte a la legalización electrónica de las firmas digitalizadas, a la solemnización electrónica del certificado conteniendo las individualizaciones de las partes y notario, fecha, lugar y capacidades legales, y los demás requisitos que establezca la ley del lugar, incluyendo el registro de las llaves o códigos digitalizados, llave pública, para seguir luego con la autenticación del contenido de la documentación, en el sentido de que ella es adecuada a la ley del lugar de su ejecución

a) De las garantías que hubieran sido presentadas por el solicitante de sus oficios, durante el otorgamiento del contrato, mismas que incluso puede sugerir.

b) De que los términos o cláusulas expresadas en el contrato no contraríen las disposiciones legales establecidas para el contrato que se celebre.

En la practica, se ha establecido que en la función de los notarios como entidades de certificación, su actuación se limita al otorgamiento de un certificado en el cual deben constar los datos necesarios y vitales tales como, la identificación del suscriptor, la llave pública encriptada que será enviada al receptor para que pueda descryptar el mensaje, deberá contener también, la identificación del notario.²³¹

En el sistema legal salvadoreño, debemos destacar que la L.S.A. prevé ya que las entidades de certificación están dotadas de fe pública, respecto de: a) fecha y hora específicas, b) personas individualizadas que realizaron la transmisión de datos, c) de la pertenencia de firmas digitales de personas naturales o jurídicas, d) de los términos en que se ha generado la firma digital, e) de los términos en que se ha transmitido un mensaje de datos y, f) de los demás datos de que la Entidad hubiera dado fe, dependiendo del tipo de certificado que hubiera emitido. Como podemos notar estos aspectos coinciden en su mayoría los que la doctrina sostiene que son aquellos, de los que el “*Cibernotary*” puede dar fe,

En consecuencia, bastaría con que exista una norma general que permita que el notario público actual pueda cumplir las funciones propias de las entidades de certificación, para que la fe pública originalmente concedida a los primeros sea impregnada en los actos y contratos celebrados electrónicamente.

28.1. Áreas en las que el *Cibernotary* tiene competencia para actuar

²³¹ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 248.

La tendencia mayoritariamente aceptada es que el *Cibernotary* conserve su competencia en las mismas áreas en las que la ley de cada país ha confiado su intervención notarial, a fin de ser impregnadas en papel físico, entonces, nada haría cambiar la competencia del notario, debido a que lo único que cambiaría sería el empleo de un medio diferente al primero.

De tal suerte, que el papel físico en el que el notario interviene, otorgándole la fe pública que le es concedida, produce un documento público que es considerado a la luz del derecho procesal como plena prueba, por tanto, con igual suerte correría el documento electrónico en el cual el notario interviene, otorgándole fe pública, de allí surge uno de los principios mayormente aceptados dentro de la contratación electrónica, el Principio de No Discriminación del documento electrónico, ya que la única diferencia que existe entre ambos, será el medio empleado.

Esta tendencia es adoptada de igual forma por el Derecho Chileno²³² y por el Italiano, mal haría el legislador de aumentar o restringir las facultades de intervención del notario debido a la naturaleza del documento.

28.2. Competencia territorial de la actuación del *Cibernotary*

De acuerdo a la competencia del notario de tradición germánica, adoptada por el notario latino, la función se desempeña en todo el territorio nacional o en una porción del mismo, dependiendo de la teoría que sobre competencia territorial hubiera adoptado la legislación de cada país,²³³ verbigracia, en El Salvador, la competencia del notario se

²³² Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 248. El autor comenta que esta es la posición del Proyecto Chileno de DEL FAVERO sobre documento electrónico, y todo pareciera indicar que es la más adecuada y que no es más que la posición asumida hace ya algún tiempo por EDIFORUM Italia.

²³³ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. El autor cita algunos sistemas que sobre competencia notarial, suelen ser los más utilizados: a) Sistema personalista: Comprende competencia sobre todo el territorio del país. Es el caso de Uruguay, Guatemala, Puerto Rico y El Salvador; b) Sistema territorialista: Cada notario tiene jurisdicción sobre una porción de territorio; c) Sistema Mixto: Caso Español, con anterioridad a la Ley

extiende a todo el territorio nacional e incluso afuera de los límites del país, para aquellos actos que solamente hubieran de producir sus efectos en El Salvador.²³⁴ En conclusión, operaría la regla *Locus Regis Actum*, -la ley del lugar rige el acto- regla incorporada por el Derecho Internacional.²³⁵

Debemos considerar que tratándose del documento electrónico se traspasan por su naturaleza misma, los límites territoriales y en consecuencia, la funcionalidad del notario debe extenderse hasta afuera de tales límites, por ello Eugenio Alberto Gaete González, suele llamarle documento de carácter planetario,²³⁶ al emanado de esa función.

En conclusión, pueden presentarse dos posturas diferentes acerca de la territorialidad del *cibernotary*, y para ello, debemos recordar el proceso de aplicación de la firma electrónica al mensaje que ha sido emitido con intervención de las entidades de certificación,²³⁷ de tal manera que las dos vertientes a saber son:

A) La adopción de un Sistema Territorialista para la función del *Cibernotary*

No debemos olvidar que el *cibernotary* ejerce una función similar a la que se impone para las entidades de certificación, es decir, la de emitir un certificado que establezca la pertenencia de un juego de claves pública y privada a una persona determinada, por tanto, se encontrará sujeto a la solicitud que le haga el suscriptor, por

Notarial de 1862, en que existían escribanos de número, de demarcación fija, y escribanos del reino, con jurisdicción sobre todo el territorio español.

²³⁴ Vid. Art. 3 L.N. Salvadoreña “La función notarial se podrá ejercer en toda la República y en cualquier día y hora, en países extranjeros para autorizar actos, contratos o declaraciones que sólo deban surtir efectos en El Salvador.

²³⁵ Cualquiera que sea la nacionalidad de las partes, por ende, y el lugar en que haya de realizarse el negocio, la ley local determina las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos.

²³⁶ Ya que una parte puede pertenecer a un continente y la otra, a uno diferente.

²³⁷ Vid. Supra Apartado 10.

tanto, su función estará dentro del territorio del país al cual pertenece, de la misma manera que se tratara de cualquier otra actuación notarial.

No será viable la aplicación de aquella norma de extraterritorialidad como en el caso de El Salvador, ya que como hemos analizado, es requisito “sine qua non”, que el acto produzca efectos en El Salvador, y como hemos establecido con anterioridad, el documento electrónico se encuentra destinado a producir sus efectos fuera de los límites del país por regla general.

Otra forma de aplicación del sistema territorialista sería la protocolización por el notario del contrato firmado electrónicamente, en tal caso, la protocolización se llevara a cabo a solicitud del receptor del mensaje firmado electrónicamente y enviado por el emisor, es decir, hacemos referencia a la etapa final de la formación del contrato, en ese sentido, el consentimiento se habrá formado y cumplido los demás requisitos necesarios para la perfección del contrato, por ello es viable la participación de la función pública del notario;²³⁸ y,

B) La adopción de un sistema de competencia universal para la función del *Cibernotary*

Este sistema no existe en la actualidad, sin embargo, se propugna por el establecimiento de un método que permita al notario ejercer su función en cualquier lugar de un mismo país o incluso en un país diferente, con el propósito de intervenir en cualquiera de las etapas por las que atraviese la formación misma del documento electrónico.

Pero nada obsta para que en el futuro exista el interés de los países en suscribir un acuerdo internacional que permita la adopción de este sistema, por el momento y como

²³⁸ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 251. Posición adoptada por el Proyecto Chileno de DEL FAVERO sobre la materia.

señalamos al inicio de esta investigación, ya existe la inquietud de los Estados en suscribir la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, cuyo texto ya fue aprobado por la Asamblea General de la ONU y en cuya discusión participó El Salvador.

29. Requisitos legales mínimos, necesarios para la adecuada regulación del *Cibernotary*

En este título debemos referirnos a las exigencias legales que minimamente deben establecerse por ley, para que el *Cibernotary* pueda desarrollar su adecuada intervención, requisitos que ya existen a través de norma legal en aquellos países en los que existe un avanzado desarrollo de esta figura.

Debemos recordar primeramente que el *Cibernotary* no es más que el notario público, debidamente facultado para llevar a cabo las actividades propias de las entidades de certificación además de realizar las que, según su función notarial le han sido encomendadas, por lo tanto, estos requisitos a los que hacemos referencia son adicionales a los originalmente establecidos para llevar a cabo la función pública del notariado.²³⁹

²³⁹ Vid. Arts. 4,7 y 8 De la L.N. de El Salvador, en la cual se establecen los requisitos necesarios para ejercer la función del Notariado, estableciendo además quienes son incapaces para ejercer tal función, tales disposiciones establecen lo siguiente “Art. 4.-Sólo podrán ejercer la función del notariado quienes estén autorizados por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la ley. Para obtener esta autorización se requiere: 1° Ser salvadoreño, 2° Estar autorizado para el ejercicio de la profesión de abogado en la República; 3° Someterse a examen de suficiencia en la Corte Suprema de Justicia, aquellos salvadoreños que hubieren obtenido su título universitario en el extranjero. También podrán obtener dicha autorización, los centroamericanos autorizados para ejercer la abogacía en la República, que tengan dos años de residencia en El Salvador, por lo menos, que no estén inhabilitados para ejercer el notariado en su país y siempre que en este último puedan ejercer dicha función los salvadoreños, sin más requisitos que los similares a los que establece este artículo.- Art. 7.- Son causales de inhabilitación, la venalidad, el cohecho, el fraude y la falsedad.- Art. 8.- Podrán ser suspendidos en el ejercicio del notariado: 1° Los que por incumplimiento de sus obligaciones notariales, por negligencia o ignorancia graves, no dieren suficiente garantía en el ejercicio de sus funciones; 2° Los que observaren mala conducta profesional o privada notoriamente inmoral; 3° Los que tuvieren auto de detención en causa por delito doloso que no admita excarcelación o por delitos excarcelables mientras aquella no se haya concedido”.

Por lo tanto, de querer incorporarse al notario electrónico como una entidad de certificación deben emitirse los cambios legislativos que fueran necesarios, tal como sucedió en la legislación de España que adelante comentaremos.

Estos cambios legislativos deben incluirse a la normativa propia que rige la función pública del notariado, además de incluir la que corresponda respecto del valor probatorio del documento electrónico y al control que de esta nueva función tiene que ejercer el Estado.

Respecto de la situación actual de España con relación con la más reciente normativa aprobada para los notarios en la aplicación de la firma electrónica por los mismos, debemos señalarse el valioso aporte del Art. 17 bis aprobado por el Gobierno de España a través del artículo 115 de la Ley 24/2001 del 27 de diciembre de ese mismo año.²⁴⁰

²⁴⁰ Vid. La Ley 24/2001 del 27 de diciembre de 2001, denominada Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada en el B.O.E. del día 31 de diciembre de 2001, que en su Art. 115 estableció la modificación de la Ley del 28 de mayo de 1862, del Notariado de España, por medio del cual se añadía un nuevo artículo a la Ley de Notariado, denominado como Art. 17 bis, que establece de la siguiente manera: “ Artículo 17 bis. 1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto por este artículo. En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) Con independencia del soporte electrónico, informático y digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fé de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente expresado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes. b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fé pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes. 3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias solo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario. 4. Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que se conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido. 5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice

Por medio de tal disposición, se estableció que los instrumentos públicos no perderían dicha calidad por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario, y en su caso, de los otorgantes o intervinientes.²⁴¹

En la misma disposición se establece que el notario autorizante de la matriz²⁴² puede expedir y remitir electrónicamente con firma electrónica avanzada, las copias autorizadas de las matrices, pero tal remisión, está limitada a otro notario, o a un registrador o a cualquier órgano de la Administración Pública o Jurisdiccional, o a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario, lo que abre paso al uso de la firma electrónica por los diferentes Registros de la Propiedad y de Comercio.²⁴³

En El Salvador esta aplicación de la firma electrónica se encuentra muy lejos de la realidad en la legislación secundaria, ya que como recordaremos actualmente se encuentra circunscrita al ámbito de la administración aduanera a través de la L.S.A. y una

el notario al que se le hubiere enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia. 6. También podrán los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia. 7. Las copias electrónicas solo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia indicando dicha finalidad. 8. En lo no previsto en esta norma, la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley notarial y en su Reglamento”.

²⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 8. Han surgido además una serie de disposiciones que entre otras normas sobre la materia, regula la formalización de documentos públicos a distancia por conducto electrónico y los instrumentos públicos electrónicos mediante la introducción de un novedoso y largo artículo 17 bis en la Ley de Notariado de 28 de mayo de 1862.

²⁴² Además, en la misma disposición, se establece que esta facultad es para el notario autorizante de la matriz o quien lo sustituya legalmente, ahora bien, esta situación difícilmente podría contemplarse en nuestro sistema legal, ya que no se encuentra previsto en la L.N. salvadoreña, un sustituto legal del notario autorizante, por el contrario, de acuerdo con el Art. 1 de dicha Ley, se establece que el notariado es una función pública y en consecuencia, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley; por lo tanto, no podrá ninguna otra persona cumplir con tal función.

²⁴³ Vid. *Infra* Apartado 60.

implementación similar requerirá de algunos cambios legislativos, tal como se señaló con antelación.

CAPITULO VIII

EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL SISTEMA BANCARIO

SUMARIO: 30. Intervención del *Cibernotary* en el sistema bancario y en la contratación relacionada con éste. 31. Banca electrónica y contratación electrónica. 32. Especial referencia a la Hipoteca Electrónica dentro de la contratación electrónica. 33. Breve comentario a la Bolsa de Valores y el uso de la Firma Electrónica.

30. Intervención del *Cibernotary* en el sistema bancario y en la contratación relacionada con éste

Debemos partir recordando que el sistema bancario ha sido de los que más ha usado del internet para realizar muchos de sus servicios ofrecidos, entre ellos destacan primeramente las páginas web, en las que primero solo se ofrecía a los usuarios, información del banco, luego, se fueron incorporando más y más servicios hasta llegar a lo que ahora conocemos como *E-Banca* o *Banca on line*.

En la e-banca se prestan servicios a los usuarios que anteriormente se llevaban a cabo solo en las instalaciones físicas de las entidades bancarias o sus sucursales, tales como el traslado de fondos de una cuenta a otra, lo que implicaba el retiro de fondos de la primera y el depósito de los mismos en la segunda; trámites que recordaremos necesitaban de la firma del titular de la cuenta.

Pero, ahora que podemos acceder a través de internet para llevar a cabo dicha transacción, ya no es necesaria la firma del titular como en el caso anterior, ya que tal voluntad ha sido previamente establecida a través de un contrato bancario por medio del cual el usuario acepta las condiciones del banco a cambio de un servicio más cómodo, en el cual puede acceder por medio del internet a sus cuentas y hacer los traslados por los que

antes debía firmar, requiriendo únicamente de un nombre y un código de acceso, mismos que son proporcionados por el banco al usuario.

Ahora bien, podemos preguntarnos si lo que hasta ahora se ha realizado a través de un contrato bancario, con base en el Principio General de Autonomía de la Voluntad de las Partes, puede ser sustituido por la firma electrónica. Ante tal interrogante nuestra respuesta será siempre afirmativa, ya que si hasta el momento no se emplea tal método se debe a que no existe el marco normativo apropiado para el desarrollo de la figura de la firma electrónica.

Lo que anteriormente se requería para acceder a través de internet, puede válidamente ser sustituido por el uso de la firma electrónica, impregnando mayor seguridad a las transacciones realizadas por los particulares.

Existen otras transacciones que los bancos pueden llevar a cabo a través de internet además de la propaganda publicitaria y el acceso de los usuarios en internet a cambio de un pago previamente acordado por este servicio, podemos hablar del pago electrónico,²⁴⁴ de la orden de no pagar un cheque y otros.

Sin embargo, en este acápite haremos referencia a la intervención del *Cibernotary* o Notario Cibernético en el sistema bancario, por lo tanto nuestro estudio nos llevará sin lugar a dudas a la intervención de éste en la contratación bancaria en la que tradicionalmente se requiera de la misma.

Recordemos que existe una diversa gama de contratos bancarios y muchos de ellos, requieren de solemnidades especiales tales como el otorgamiento en escritura pública, para

²⁴⁴ Vid. Art. 4 Inciso 2° de la L.S.A., el cual crea el marco legal del pago electrónico para el ámbito de las obligaciones tributarias aduaneras, estableciendo que “El declarante deberá efectuar el pago de sus obligaciones tributarias aduaneras en los bancos del sistema financiero, mediante transferencia electrónica de fondos de la cuenta bancaria del declarante a la cuenta corriente de la Dirección General de Tesorería”

lo cual tradicionalmente debe intervenir el Notario, sin embargo, si para la elaboración del contrato se ha preferido realizarlo a través de medios electrónicos, es cuando veremos reflejada la intervención del *Cibernotary* en el sistema bancario como hemos señalado con antelación y a continuación nos referiremos a algunos de estos casos particulares.

31. Banca electrónica y contratación electrónica

Debemos considerar que el término “Banca Electrónica” es una expresión mucho más amplia que la comprendida para la contratación electrónica²⁴⁵ que además de incorporar muchas de las formas en que el sistema bancario ofrece sus servicios a los usuarios, ejemplos de aplicación los encontramos en los cajeros automáticos, las redes privadas o intranet de información que para efectos de agilización utiliza el banco e incluso las transferencias electrónicas que en el mismo interior del banco se llevan a cabo.

Sin embargo, la contratación electrónica representa un peldaño más alto que el que hasta ahora ha experimentado la banca y especialmente la de El Salvador. Requiere del establecimiento del marco jurídico apropiado para que el banco pueda contratar con los particulares y realizar de esta manera los contratos que actualmente realiza de forma material.

Uno de los puntos que necesariamente se debe abordar cuando se piensa en llevar a cabo la contratación electrónica, de la que pueda aprovecharse el sistema bancario en general, deberá ser la adopción de un sistema seguro que permita al banco tener la certeza de que el contrato será completamente válido, que la persona con quien se contrata es quien

²⁴⁵ MATEU DE ROS, R. "El consentimiento electrónico en los contratos bancarios" en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), 2000, p. 23. nos interesa precisar la distinción entre el contrato electrónico celebrado a través de internet y el fenómeno conocido desde hace ya años, de la contratación informática y de la “banca electrónica”, en sentido lato, expresión heterogénea que agrupaba modelos transaccionales muy distintos (cajeros automáticos, TPVs, redes privadas o intranets de información, “home banking”, EDI o transferencias electrónicas de fondos, incluso las operaciones de compensación electrónica interbancaria derivadas de los sistemas interbancarios de cobro/pago de efectos de comercio, transferencias, adeudos.

dice ser, que este tipo de contratación no sirva de subterfugio para que los delincuentes puedan blanquear sus capitales.²⁴⁶

Cuando todos estos aspectos requieran ser cubiertos por el sistema contractual moderno que se utiliza con este propósito, es cuando encontramos la implementación de la firma electrónica como un método moderno de seguridad de este tipo de transacciones.

Ahora bien, esto representa una ventaja para la banca en general y es el poder ofrecer sus servicios a cualquier persona aún cuando se encuentre físicamente distante del suelo nacional, sistema que concuerda perfectamente con los recientes instrumentos de libre comercio que se han gestado.²⁴⁷

Algunos autores²⁴⁸ señalan ciertos principios a los que deben someterse la contratación electrónica de los servicios bancarios:

a) Establecer un sistema contractual que permita la adecuada protección al consumidor, cuyos derechos en la legislación salvadoreña han cobrado mayor importancia con la recientemente promulgada Ley de Protección del Consumidor.

b) En la página de inicio de la entidad bancaria se debe establecer lo que podría denominarse el régimen legal, mismo que deberá contener el reconocimiento del derecho

²⁴⁶ Nos referimos al uso de la firma electrónica como un método de la prevención de los delitos informáticos.

²⁴⁷ Tal como sucede en la aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América.

²⁴⁸ Vid. RUIZ LÓPEZ, E.J. “*Contratación bancaria electrónica a través de internet*” en AAVV *Contratación y Comercio Electrónico*, Dirigido por Orduña Moreno, F.J., Coordinado por Campuzano Laguillo, A.B. y Plaza Panadés, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 483 y siguientes. Consecuentemente la contratación electrónica de servicios bancarios por internet debe someterse a estos principios: - mantener un sistema que permita proteger al consumidor, - Incluir en la página de internet de la entidad el contenido de obligatoria publicación en el tablón de anuncios así como el folleto de tarifas y normas de valoración. Estas informaciones deben atraer la atención de la clientela y su consulta debe ser sencilla y gratuita, al margen del coste de la conexión, - cuando la norma imponga entregar documentos contractuales las entidades darán al cliente copia de éstos, - toda publicidad anunciada por internet tiene el mismo control administrativo que la llevada a cabo por cualquier otro medio.

de los datos personales, los derechos de propiedad intelectual sobre la página, nombre y marcas, el establecimiento de las cláusulas contractuales entre otros aspectos, acceso que deberá ser gratuito.

c) Las cláusulas contenidas en la página web deben sujetarse al estricto control y apego para la protección de los derechos de los consumidores.

d) La exigencia de la firma electrónica para la solicitud de créditos u otros servicios financieros, que se haga en línea con el banco.

A continuación analizaremos uno de estos tipos de contratación que ya se llevan a cabo en otros países cuya apertura al comercio electrónico es más evidente.

32. Especial referencia a la Hipoteca Electrónica dentro de la contratación electrónica

Debemos recordar que dentro del aspecto general de la contratación y especialmente para las hipotecas, como principal garantía de los créditos otorgados por los Bancos a los particulares principalmente, es el notario quien cumple un papel determinante, ya que lleva a cabo la autorización del documento público necesario para que la hipoteca tenga pleno valor.²⁴⁹

Debemos reconocer que el uso de la firma electrónica dentro de la contratación no exime de la obligación del cumplimiento de solemnidades que originalmente son requeridas para los contratos, sino que por el contrario, el uso de la firma electrónica trata únicamente de una opción que se le presenta al contratante para que pueda cumplir con tal solemnidad.

En ese sentido la intervención del notario será en este nuevo escenario sustituida por la intervención del *Cibernotary*, quien tendrá la función de entidad de certificación y

²⁴⁹ Vid. Art. 2159 del Código Civil Salvadoreño, que establece que “La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca, y la del contrato a que accede.”

corresponderá a éste llevar a cabo la autorización del documento electrónico en el que se haga constar la escritura de hipoteca.

En este apartado no nos referimos al uso del sitio web de los diferentes bancos, para llevar a cabo la publicidad necesaria acerca de las condiciones requeridas para otorgar una hipoteca determinada,²⁵⁰ ya que en tal situación no se observa mayor diferencia con lo que en la actualidad ha estado sucediendo, por tanto, el usuario acudirá a las instalaciones físicas del banco de su elección y atraído por la publicidad colocada en el internet, procederá a la contratación de la hipoteca,

Nos referimos entonces a aquel acto por medio del cual, el usuario y el banco realizan todos los actos previos a la contratación y la contratación misma a través de internet, contando con la seguridad necesaria para llevarla a cabo, ya que para tal acto, se utilizará la firma electrónica de el o los contratantes y del banco, naciendo con ello, la denominada Hipoteca Electrónica.

Anteriormente hemos hecho referencia al proceso de formación del consentimiento a través de los medios electrónicos y las ventajas que se obtienen con la firma electrónica,²⁵¹ mismas que son totalmente válidas si recordamos que la hipoteca es únicamente un contrato accesorio²⁵² y que por lo tanto, debe llevarse a cabo la negociación

²⁵⁰ Vid. Idem VILCHES TRASSIERRA, A.J., *op cit.*, p. 142. Manifiesta que con hipoteca electrónica no nos referiremos a las ofertas de contratos de préstamo con garantía hipotecaria a través de internet que ya pueden encontrarse en el mercado español, en estos casos el banco ofrece sus condiciones a través de la red y si el cliente las acepta y el banco entiende suficiente la garantía ofrecida, se establece un lugar y hora para firmar la escritura pública que posteriormente será presentada a inscripción en el Registro de la Propiedad competente; digamos que esta modalidad son los tratos preliminares, los susceptibles de realizarlos electrónicamente, destacando la celeridad con la que en la práctica se desarrollan.

²⁵¹ Vid. Supra Apartado 5.

²⁵² Vid. Art. 2157 del Código Civil Salvadoreño, que establece “La hipoteca es un derecho constituido sobre inmuebles a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito, sin que por eso dejen aquéllos de permanecer en poder del deudor” y con igual criterio, el Art. 2180 del mismo Código Civil Salvadoreño, establece que “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal”.

y perfeccionamiento de un contrato principal al cual acceda la hipoteca en referencia, por regla general.

Existen ya algunas legislaciones como la de España y la actual normativa comunitaria que se encuentra encaminada a la integración de un mercado único de capitales y servicios financieros, que permiten y abogan por la implementación del comercio electrónico y de la firma electrónica para permitir que usuarios de cualquier país de la Unión Europea puedan en el momento que quisieran, contratar con cualquier banco de la Unión, a través de medios electrónicos, emitiendo para ello el marco normativo apropiado.

La intervención del *Cibernotary* en este apartado cobra mayor importancia si consideramos que el Notario ya se encuentra facultado por algunas legislaciones,²⁵³ para que pueda llevar a cabo la presentación de documentos otorgados ante él, firmados electrónicamente por él, y suscritos con firma electrónica por los otorgantes, como veremos más adelante.

Por lo tanto, el Notario en este aspecto puede: a) Llevar a cabo las negociaciones preliminares, como representante de uno de los contratantes con otros contratantes o con el mismo banco; b) Autorizar la escritura pública de crédito y de hipoteca, firmándola electrónicamente, incluso las partes contratantes pueden encontrarse físicamente ubicados en lugares diferentes y suscribir el documento con su propia firma electrónica; y, c) Presentar el documento electrónico al Registro respectivo, recibiendo, además, las notificaciones que sobre tal inscripción se puedan suscitar.

Ahora bien, las facilidades que este sistema pueda aportar también se ven opacadas cuando debemos pensar que la administración de justicia y especialmente sus órganos auxiliares, como la policía y la fiscalía, deberán implementar nuevas maniobras que

²⁵³ A manera de ejemplo podemos citar la legislación española, según la cual el Notario puede llevar a cabo la presentación de instrumentos otorgados y autorizados por él, firmados electrónicamente, esta facultad se encuentra inicialmente concedida solo para los Notarios y excluida para los particulares.

incluyan instrumentos modernos para cumplir con su función de controlar y verificar que no se cometan delitos a través del uso inadecuado de estas herramientas, como podría ser el lavado de dinero y capitales o el financiamiento de terrorismo, entre otros.

Además, el uso del internet para la contratación a distancia, implica la adopción de nuevas medidas y políticas que el gobierno deberá implementar para establecer el control adecuado del sistema bancario, evitando el cometimiento de delitos y controlando la actuación de los bancos.²⁵⁴

Otra desventaja a la que podemos hacer referencia, se encuentra en la desconfianza²⁵⁵ y la falta de acceso a la tecnología adecuada y especialmente al internet por parte de los particulares, considerando que el comercio electrónico y la firma electrónica son uno de los diversos resultados de la globalización, podemos afirmar que su implementación poco a poco irá apareciendo en la mayoría de legislaciones del mundo y obligará a los particulares a conocer y aceptar este tipo de contratación.

²⁵⁴ En El Salvador esta función se encuentra confiada a la Superintendencia del Sistema Financiero, cuyo marco normativo se encuentra establecido para llevar a cabo el control del sistema bancario en general, más sin embargo, no se ha previsto el control cuando se utilicen métodos modernos de contratación como los que se han analizado en este capítulo, por lo tanto, será conveniente la modificación de las normas necesarias para adecuar tal control.

²⁵⁵ MATEU DE ROS, R. "El consentimiento electrónico en los contratos bancarios" en la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB), 2000, p. 29. Aparte de la seguridad que la solvencia profesional y la capacidad tecnológica de los grandes proveedores de productos y servicios en internet ofrecen a la clientela, el mecanismo de la firma digital avanzada, e incluso de la firma electrónica simple o no avanzada, garantizan hoy al prestador del servicio y al cliente destinatario del mismo un nivel de fiabilidad muy elevado, frente al mito de los riesgos inherentes al nuevo medio (suplantación de la personalidad, intromisión en la intimidad privada, usurpación de claves de tarjetas y de números de tarjetas de crédito, etc.) Las modernas técnicas criptográficas permiten la determinación de la identidad de los clientes, de la veracidad, integridad, contenido objetivo, confidencialidad y ejecución de los contratos, así como de todas las comunicaciones e informaciones que deben remitirse a los clientes, en condiciones de fiabilidad absoluta, y la prueba de las operaciones descansa en soportes y registros duraderos cuyas garantías de autenticidad e inalterabilidad son similares". Idem. Vid. NUENO, J.L.-VISCARRI, J.- VILLANUEVA, J., *op cit.*, p. 51.

Sin embargo, mientras este proceso de adaptación no suceda, debemos considerar que la utilización del método tradicional y generalmente escrito, imperará entre los particulares y el sistema bancario.²⁵⁶

33. Breve comentario a la Bolsa de Valores y el uso de la Firma Electrónica

Suele afirmarse en doctrina que el primer paso hacia la modernización e informatización de la legislación relacionada con el Mercado de Valores, la constituye la desmaterialización de los valores representados mediante anotaciones en cuenta, pues bien, en la legislación salvadoreña este paso ya se ha implementado,²⁵⁷ por lo tanto, esta característica se traduce en la confirmación de que nos encontramos en el camino adecuado para la implementación de la firma electrónica en la legislación nacional.

²⁵⁶ Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *op cit.*, p. 143. El autor hace referencia a las declaraciones que sobre el estado actual de la hipoteca electrónica en la legislación española hicieron algunos gerentes en el sistema bancario español, citando a José Manuel Oliva, gerente de *e-business* de la consultora Arthur Andersen, quien manifestó que “la contratación actual de créditos hipotecarios a través de internet en España no acaba de despegar, debido a la complejidad de las hipotecas que intimida a muchos clientes y por eso agradecen un trato humano a la hora de contratarlas”, mientras que Ramón Coll, director adjunto de “e-banca” de Banco Sabadell, manifestó que “es también un obstáculo para su despegue los trámites a realizar para contratar una hipoteca, ya que la comercialización de préstamos hipotecarios conlleva una fase previa en la que debe realizarse una evaluación de riesgo y se precisa la firma de un documento físico ante un fedatario público, y termina afirmando que la tramitación total de hipotecas por internet es algo que llegará, aunque su despegue se retrasará hasta que se busque una solución definitiva para las trabas administrativas que conlleva”

²⁵⁷ Vid. Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta, emitida por Decreto Legislativo No. 742 de fecha 21 de febrero de 2002, publicada en el Diario Oficial No. 57, Tomo 354, de fecha veintidós de marzo de 2002.

CAPITULO IX

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

SUMARIO: 34. Breve análisis del entorno del Documento Electrónico. 35. Documento Electrónico y Documento Digital. 36. El Documento Electrónico. Soporte de otra prueba o un tipo de prueba documental. 37. Características del Documento Electrónico. 38. Clasificación del Documento Electrónico. 39. Determinación de la legislación aplicable para la valoración del Documento Electrónico. 40. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en un instrumento internacional. 40.1. Aplicación de convenios particulares A) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. B) Tratado De Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana Y Los Estados Unidos De América. C) Otros instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. 40.2. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en las reglas generales del Derecho Internacional. Aplicación del Código De Bustamante. 41. Determinación de tribunal judicial o tribunal arbitral para resolver el problema presentado entre las partes contratantes. 42. El documento electrónico y la naturaleza del contrato electrónico. 43. Validez del Documento Electrónico de acuerdo al perfeccionamiento de los contratos en la legislación secundaria salvadoreña. 43.1. Validez del Documento Electrónico en los contratos consensuales. 43.2. Validez del Documento Electrónico en los contratos reales. 43.3. Validez del documento electrónico en los contratos solemnes. 44. Validez del Documento Electrónico según la clasificación de las solemnidades en los diferentes tipos de contratos. 45. Valor probatorio del documento electrónico de acuerdo al régimen procesal salvadoreño.

34. Breve análisis del entorno del Documento Electrónico

En los capítulos anteriores hemos estudiado el proceso de aplicación de la firma electrónica a los mensajes que son cursados a través de internet y hemos podido constatar acerca de la certeza y seguridad con que el mensaje mismo parte desde su emisor y llega hasta su receptor. Surge luego la duda acerca del valor probatorio del documento resultante del proceso de aplicación de la firma electrónica. Sin embargo, podríamos afirmar que si la firma electrónica confiere certeza al mensaje, es obvio que tendremos como resultado un

documento con plena validez del mensaje en él contenido, es pues, cuando se presenta a nuestro análisis jurídico la figura del Documento Público Electrónico

En el ámbito de la contratación, particularmente, existen en la actualidad dos formas de documentar los negocios jurídicos.²⁵⁸ Primero, a través del sistema tradicional o clásico²⁵⁹, del cual surgió la necesidad de que interviniera el notario, como aquella persona que otorga certeza y seguridad y en definitiva fe pública a los contratos celebrados ante su presencia; en consecuencia, los instrumentos en los que interviene el notario,²⁶⁰ son constitutivos de plena validez y eficacia probatoria.²⁶¹ Debemos recordar que esta es la fuente que da origen al notario de tradición germánica, que luego se ve representado en el notario latino.

Segundo, existe el sistema contractual que utiliza para su perfeccionamiento el soporte informático, por lo tanto, es aquí en donde se ve incorporado el uso de la firma electrónica como elemento adicional para conceder la certeza y seguridad que en el sistema anterior era atribuido, como resultado de la intervención del notario. Debemos recordar pues, que en el proceso de aplicación propio de la firma electrónica se encuentra la

²⁵⁸ Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 138. Coexisten paralelamente dos sistemas contractuales o más ampliamente de negociación jurídica, que sin llegar a contraponerse se encuentran al servicio del usuario en la actualidad: a) El sistema contractual clásico tradicional y el sistema contractual electrónico.

²⁵⁹ Vid. En términos generales acerca de la prueba instrumental o documental PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la Prueba Judicial, Los Documentos*, Ediciones Librería del Profesional, T. III, Bogotá, 1987, p. 41 y siguientes. Vid. KIELMANOVICH, J. L., *Medios de Prueba*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 181 y siguientes. Vid. ARAZI, ROLAND, *La Prueba en el Proceso Civil*, La Roca, 2ª Ed., Buenos Aires, 1998, p. 199 y siguientes.

²⁶⁰ Vid. Art. 1 de la L.N. de El Salvador, que establece “El notariado es una función pública. En consecuencia, el notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley. La fe pública concedida al Notario es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, personalmente ejecuta o comprueba. En los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa. La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas.”

²⁶¹ De conformidad con el Art. 253 C.Pr.C. de El Salvador, establece: “Las escrituras públicas y los testimonios sacados de ellas por autoridad de juez competente y con citación contraria, hacen plena prueba”, y Art. 415 C.Pr.C. “Cuando por ambas partes se produzcan en juicio plena prueba, se estará a la mas robusta según el orden siguiente: 5º Los instrumentos públicos y auténticos”

intervención de las entidades de certificación, papel que como establecimos con anterioridad es de similar naturaleza al que desarrolla el notario de tradición germánica o notario latino, con la sola diferencia de que los notarios de tradición germánica se encuentran investidos de fe pública y las entidades de certificación carecen de la misma sino solamente para ciertos aspectos.²⁶²

Sin embargo, el sistema contractual que utiliza el soporte informático trata de un medio mucho más completo y complicado del que anteriormente se utilizaba, ya que el documento así emanado encuentra su texto en un medio electrónico y la validación del mismo a través de la firma de los suscriptores también se encuentra incorporada en soporte informático.

En conclusión, toda la existencia legal del documento consta únicamente en el soporte informático y por lo tanto, la validez de tal documento debe acreditarse por medio de una legislación especial que la regule. No nos referimos entonces a aquel documento que ha sido digitalizado a través del ordenador y luego impreso, concediéndole con ello un cuerpo material al documento para finalmente ser suscrito entre las partes²⁶³.

Si se tratara de este caso, el ordenador será solamente un medio para la elaboración del antiguo documento material y por lo tanto, no será necesaria ninguna disposición legal

²⁶² Vid. Art. 8 Inciso 3º de la L.S.A. “Una vez autorizadas para operar dichas entidades están dotadas de la potestad de otorgar fé pública respecto a que en una fecha y hora específicas, personas perfectamente individualizadas realizaron una transmisión electrónica de datos en determinados términos..” Esta disposición legal establece que la fe pública otorgada a las Entidades de Certificación se encuentra limitada a la fecha y a la hora en principio.

²⁶³ Vid. VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comercio Electrónico, Firma Electrónica y servidores*, Difusa, Madrid, 2002, p. 150 y siguientes. La prueba de los contratos electrónicos. Lo primeramente importante es la adquisición de la categoría de documento o más bien de prueba documental de cualquier contrato celebrado por vía electrónica y por lo tanto, su admisión como prueba en el proceso. Habrá aquí que distinguir entre lo que es la prueba de la existencia del contrato (o de su celebración en términos de la Ley), mientras se mantiene dentro de los caracteres de lo que es el almacenamiento en un soporte electrónico (el disco duro por ejemplo, o un CD o un disquete), de lo que es la traslación al papel de esa información electrónica mediante el uso de una impresora.

adicional que regule acerca del valor probatorio de éstos, ya que su valor será el mismo que si fuera escrito a través de cualquier otro tipo de maquinaria.

Para el análisis del presente capítulo haremos referencia al documento cuyo soporte es únicamente informático y la firma del mismo, de igual manera es informática.²⁶⁴

35. Documento Electrónico y Documento Digital

En este apartado podemos determinar la conveniencia o no de denominarle al documento resultante de todo el proceso descrito con anterioridad, como Documento Electrónico. Debemos señalar que al respecto no existe una sola opinión acerca de lo que debe ser considerado como Documento Electrónico.

Podemos partir señalando que todo documento en el que tenga intervención la electrónica, podrá ser denominado como Documento Electrónico²⁶⁵, refiriéndonos a una generalidad y por otra parte, podemos determinar que el Documento en el cual se impregne el proceso de Firma Digital, será denominado como Documento Digital, esta diferencia nace de la misma razón que existía cuando se marcaba la diferencia entre la Firma electrónica y la Firma Digital, que anteriormente se ha señalado.²⁶⁶

Y aún después de haber determinado que se trata de un documento que ha sido el resultado de la implementación del proceso de firma electrónica,²⁶⁷ debemos recordar que

²⁶⁴ A esta razón debemos la denominación de documento electrónico, caso contrario podría denominarse como documento público digitalizado por ordenador, por ejemplo.

²⁶⁵ Vid. En términos generales Vid. BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Procedimiento administrativo electrónico*, *op cit.*, p. 14 y siguientes.

²⁶⁶ Vid. Supra Apartado 5.

²⁶⁷ Vid. ZAFRA JIMÉNEZ, “*El Régimen de Responsabilidad en el uso de la Firma Electrónica*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. *Op cit.*, p. 301. El autor sostiene que para que la firma electrónica sea útil y operativa, su aceptación pasa por reconocer que el documento electrónico con firma electrónica reconocida, que condensa los criterios de seguridad que aporta la firma electrónica, garantizando la autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, así como el momento de su emisión

existe alguna diferencia entre la Firma Electrónica y la Firma Electrónica Avanzada, dependiendo de los requisitos que al efecto se hubieran cumplido.²⁶⁸

Entonces, podríamos sostener validamente que respecto del Documento Electrónico y Documento Digital, puede existir la misma relación que existe entre los conceptos de Firma Electrónica y Firma Digital. Este análisis surge de la misma razón por la que las diversas legislaciones que existen sobre este punto hacen alguna diferencia entre el uso de la firma a través de cualquier medio electrónico, denominándole de esta forma: Firma Digital o si el uso de la firma se realiza de conformidad a la normativa sobre Firma Electrónica, sea ésta avanzada o no, denominándole en consecuencia: Firma Electrónica.

Lógicamente y en el mismo orden de ideas, el documento que emana como resultado de la primera forma, se denominará Documento Digital y el que emana como resultado de la segunda forma, se denominará Documento Electrónico. Pero, debe acotarse que para algunos autores, se trata de un Documento Electrónico sin mayores diferencias con el Documento Digital.²⁶⁹

y recepción, tiene la fuerza probatoria de hacer plena prueba del hecho, acto o estado de cosas que contiene, de la fecha en que se produce y de la identidad de los manifestantes, y que por tanto su fuerza probatoria equivale a la de los documentos públicos como prueba documental.

²⁶⁸ Con lo que de llamarle a cada documento de la misma manera en que se le llama al tipo de Firma Electrónica de cuyos requisitos se cumple, debemos llamarle al documento resultante, en este caso: Documento Electrónico Avanzado.

²⁶⁹ Vid. CERVELLÓ GRANDE, J.M. y FERNÁNDEZ, I., “*La Prueba y el documento electrónico*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 392 y 393. Los autores reconocen que la definición de documento electrónico no ha sido acuñada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia y por el contrario, la doctrina sostiene diversos criterios sobre tal definición, sin embargo, presentan una definición propia de lo que debe entenderse por Documento Electrónico, sosteniendo que se trata de aquellos contenidos y almacenados en soportes o equipos, señalando además que se trata de una definición más limitada y consecuentemente, no puede tomarse como documento electrónico a todo aquel en el que hubiera existido una intervención de equipo informático, apartándose de la opinión de otros autores que suelen considerar al documento electrónico de forma amplia. En nuestra opinión, esta diferencia perfectamente puede presentarse a través de dos conceptos diferentes: El Documento Digital y el Documento Electrónico, de tal manera que el primero será considerado de forma amplia a todo aquel en el que exista intervención de un equipo informático y el segundo, se referirá a una forma más restringida, como aquel resultante del proceso de aplicación de la Firma Electrónica.

También podemos señalar que el documento electrónico es el que surge del contrato electrónico. Esta afirmación se produce como resultado de la unión entre el contrato que le da nacimiento y el documento contentivo del mismo. Sin embargo, para llegar a concluir con precisión si nos encontramos en presencia de un documento electrónico o no, tendríamos que determinar cuando podemos definir a un contrato como contrato electrónico, lo cual nos podría llevar a determinar que siempre que un contrato se encuentre dentro de la esfera de aplicación del comercio electrónico,²⁷⁰ se tratará de un contrato electrónico y para ello debemos tomar en cuenta el ámbito de aplicación de los diversos cuerpos normativos que sobre el tema se han dictado, sean estos producto de las diversas discusiones internacionales o de las adoptadas a través de la legislación interna.²⁷¹

²⁷⁰ Vid. FERNADEZ FERNANDEZ, R., *op cit.*, p. 153. Para algunos autores no es lo mismo el contrato electrónico y el contrato telemático, se les atribuye elementos propios de la telemática, tales como la transferencia electrónica de fondos, los cuales no necesariamente se refieren a contratos clásicos propios del derecho civil o a los modernos contratos del derecho mercantil. Idem. Vid. MENENDEZ MATO, J.C., *El contrato vía internet*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 158 y siguientes. El autor hace una presentación de las diferentes definiciones que puede recibir el contrato realizado a través de internet. Contrato Informático es aquel tipo de contratación en el que el objeto está representado por un bien o servicio de carácter informático. Contrato Electrónico, es aquel conjunto de contratos para cuya conclusión se emplean medios o procedimientos electrónicos. Contrato Telemático, es todo contrato electrónico cuya perfección es operada a distancia y recibe el adjetivo “telemático”, que indica que es el resultado de la contratación semántica de los términos de “telecomunicaciones” e “informática” y serían ejemplos de contratos telemáticos los concluidos mediante el empleo de internet o intranet entre partes físicamente distantes. Contrato *on line*, que puede señalarse desde dos acepciones distintas, la primera, más genérica, entendería por contrato *on line* todo aquel cuya perfección ha tenido lugar en línea o red. De esta forma lo serían todos los concluidos a través de internet o desde una intranet, para la segunda acepción más restrictiva, un contrato en línea sería aquel perfeccionado desde una página web y practicable en masa gracias a los programas informáticos de contratación. Podría de este modo decirse que un contrato celebrado entre dos sujetos directamente mediante intercambio de sus respectivas oferta y aceptación mediante el uso de correo electrónico o videoconferencia o *Chat* no serían contratos *on line*. Contrato Digital, expresión que el autor dejó reservada al contrato que para su conclusión se haya acudido al empleo de la firma digital, que en el lenguaje jurídico comunitario recibe el nombre de firma electrónica avanzada”.

²⁷¹ La directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, en lo relacionado a la protección del consumidor en materia de contratos a distancia citada por el autor GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 153. proporciona una definición de contrato electrónico o a distancia, definiéndolo como: “todo contrato relativo a bienes o servicios que se llevan a cabo entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o de prestaciones de servicios a distancia, organizado por el proveedor que, para este contrato, utiliza exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la conclusión del contrato, e incluso la conclusión de dicho contrato” Idem. El Proyecto de ley sobre documento electrónico chileno citado por el autor GAETE GONZÁLEZ, E.A. *op. cit.*, p. 153, determina que todo acto jurídico podrá ser otorgado o celebrado mediante documentos electrónicos. Cuando en la formación de un contrato se utilicen documentos electrónicos, no podrá negarse la validez o la exigibilidad del contrato, por la sola circunstancia de que se utilizaron documentos electrónicos para dicho efecto”.

En definitiva, podemos sostener que el documento electrónico es aquel que se encuentra contenido en soporte informático o telemático, con independencia del momento en el que el contrato mismo sea perfeccionado, ya que ésta variante no será importante para este aspecto, pero en cambio, será de gran importancia para determinar los efectos y la validez misma del documento así contenido.

Para algunas legislaciones,²⁷² a esta última definición debemos agregar que además de estar contenido en un soporte informático o telemático, debe estar firmado electrónicamente. Este agregado es completamente válido si recordamos que es la firma electrónica la que concede la seguridad y certeza, y en definitiva el valor necesario, al documento electrónico.

36. El Documento Electrónico. Soporte de otra prueba o un tipo de prueba documental

Algunas legislaciones, cuando se emitieron, consideraron que debía ordenarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en juicio. Sin embargo, si recordamos el proceso para la emisión de la firma electrónica, veremos que se trata de un método para seguridad de un documento previamente elaborado; por lo tanto, la firma electrónica es considerada como una técnica y no como el resultado de dicho proceso, ésta es la diferencia entre la firma electrónica y el documento electrónico, que emana del proceso de la primera.

Es aquí cuando debemos advertir la relación entre medios de prueba y la prueba misma, ya que en definitiva, la firma electrónica es un medio de prueba y no una prueba en

²⁷² Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, p. 11. El artículo 3.5 de la Ley de firma electrónica define lo que entiende por documento electrónico “Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente”.

sí misma, lo que se convierte en prueba es el documento que resulta de la aplicación de la firma electrónica, es ya denominado: documento electrónico.

Por tal razón, debe adoptarse desde el inicio cuál será el criterio a seguir en la propia legislación respecto de este punto, debiendo evaluar si se concede plena eficacia al documento emanado del proceso de la firma electrónica en referencia o no. Citamos como ejemplo el referente de la legislación española en el que inicialmente, la incorporación del documento electrónico no se verificó en el artículo que trata de los diferentes tipos de documentos, sino que se incorporó en el artículo que trata de las reproducciones audiovisuales, como instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras o datos relevantes para el proceso.²⁷³

Esta diferencia de ubicación ha hecho pensar que la intención del legislador al regular el documento electrónico era la de concebirlo como un medio de prueba procesal con clara diferencia de su significado del resto de prueba documental existente, ya que de haber querido interpretarlo de esta manera, su inclusión se hubiera llevado a cabo en el artículo que trata de los diferentes tipos de prueba documental y no sucedió así.

Sin embargo, se reguló que los documentos electrónicos serían valorados por el tribunal conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza. Si pensamos en la condición actual de la legislación salvadoreña, debemos destacar que no contamos con disposición alguna en derecho privado que haga referencia a las reproducciones audiovisuales y menos aún que permita valorarla conforme a la sana crítica,

²⁷³ Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 12 y siguientes. Según el texto originario de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 los llamados documentos electrónicos son “medios de prueba”, pero no son “documentos”, pues no están incluidos en los números 2º y 3º del artículo 299.1 sino en el artículo 299.2 junto a las reproducciones audiovisuales, como instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras o datos relevantes para el proceso. Constituyendo por tanto, medios de prueba procesal, pero medios distintos de los documentos públicos y privados, de los que se enumeran y regulan separadamente y con criterios distintos, no solo en cuanto al modo de su producción en juicio, sino, respecto a su fuerza probatoria, porque los documentos públicos y privados tienen eficacia de prueba legal, mientras que los documentos electrónicos se valorarán por el tribunal “conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza.

por lo tanto, si se quisiera regular el valor probatorio del documento electrónico, deberá decidirse por considerarlo como un tipo de prueba documental o como un soporte de otros documentos, tal como lo ha regulado España en la actualidad²⁷⁴.

Una vez aclarada la relación entre la firma electrónica y el documento electrónico, debemos pasar a determinar la relación entre el documento electrónico y los demás tipos de documentos, ya que existe también el criterio de que el documento electrónico en si mismo no constituye una especie diferente de la ya conocida clasificación de los documentos auténticos, públicos y privados, de tal manera que no podríamos agregar a esta última, los documentos electrónicos.

En cambio si se considera que el documento electrónico trata en realidad de soporte que sirve para contener a su vez a los demás tipos de documentos, podríamos validamente afirmar que los documentos electrónicos, pueden clasificarse en: Documentos Públicos Electrónicos, Documentos Oficiales Electrónicos o Documentos Auténticos Electrónicos y Documentos Electrónicos Privados, a ésta y otras clasificaciones haremos referencia en adelante.

37. Características del Documento Electrónico

Algunos autores suelen determinar que estas mismas características son ventajas propias del documento electrónico sobre el documento común material,²⁷⁵ como veremos a continuación:

²⁷⁴ Vid. Art. 3 párrafo 6 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica.

²⁷⁵ Vid. FERNADEZ FERNANDEZ, R., *op cit.*, p. 139. El autor sostiene que “el documento informático en comparación con el documento común material tiene básicamente las siguientes características: a) Rapidez en su confección, b) Seguridad en cuanto a su firma digitalizada y a su autorización, c) Facilidad y rapidez en el otorgamiento de copias o testimonios, d) Seguridad en cuanto a su archivo y facilidad de búsqueda a través de un programa informático (*software*) y e) Eliminación de las dificultades lingüísticas – empleo de idiomas mediante la utilización de una escritura Standard.” Sin embargo, las anteriores deberían ser consideradas como características del documento electrónico y no como ventajas del documento electrónico sobre el documento común material, ya que algunas de ellas fácilmente son compartidas por ambos, tal es el caso de la rapidez en la confección, porque si bien el autor se refiere a la facilidad que otorga el uso del ordenador y de

a) Rapidez en su confección. Esta característica puede ser compartida por otros medios de transcripción o de materialización del documento, tal es el caso del ordenador, la máquina de escribir, el fax, etc., en definitiva, no puede ser considerada como una ventaja en comparación del documento común material.

b) Seguridad en cuanto a su firma digitalizada y a su autorización. Esta seguridad es otorgada de conformidad al tipo de firma que hubiera sido utilizada ya que como recordaremos, hemos señalado con anterioridad que el nivel de seguridad que fuera impregnado al documento dependerá de gran medida del tipo de firma con que se hubiera suscrito, es decir, si se tratara de una firma electrónica o si por el contrario, se trata de una firma electrónica avanzada o una firma electrónica reconocida.²⁷⁶ En cambio, la autorización corresponde a la participación de las entidades de certificación, la cual

sus respectivos *software*, esta misma facilidad otorgaba anteriormente la máquina de escribir tradicional, sin que por ello llegara a considerarse al documento resultante como un documento electrónico. Ibidem. GARCÍA MÁS, F.J. "La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), 1999, No 652, Mayo Junio, p. 778. El autor en relación al informe general emitido en el seno del Consejo General del Notariado sobre el balance de investigación y orientación, en cuanto a las exigencias técnicas entre otras cuestiones para establecer la similitud entre el documento electrónico y el del papel, es decir, aplicando como parámetro el documento material a partir de allí, estableciendo que se deben de exigir unos requisitos para que el documento electrónico sea similar, entre ellos: debe ser susceptible de ser guardado en un almacén, esto es, no se permite ningún cambio, el cambio sin autorización debe ser impedido, las copias sin autorización deben ser impedidas, dado que no hay posibilidad de firma autógrafa, la digitalizada dada su copiabilidad no sirve, por tanto se exige una función equivalente a una firma manual o sea la firma electrónica. El autor debe ser indubitadamente identificado, en la transmisión, hay que guardar también una serie de medidas encaminadas a evitar escuchas, la manipulación, el autor de la comunicación ha de ser claro, la integridad y autenticidad del origen de los datos debe poder ser demostrada, el documento debe ser fechado, también en este informe se determinan una serie de exigencias de tipo jurídico en el sentido de que la manifestación y el soporte tienen que reunir una serie de requisitos jurídicos para que estos efectos se produzcan. En este sentido se indica que ha de ser una manifestación de voluntad vinculante, ha de emanar de una persona con capacidad, creado el documento, este ha de reunir los requisitos de auditoría, esto es que ha sido creado por el declarante, que su contenido es el mismo que ha expresado su autor y se ha fijado en un soporte, esto es que ha sido grabado. El documento debe también ser impreso en papel que ha de ser firmado por el oferente o parte y el propio notario quien asegura la identidad, la capacidad, la voluntad y la auditoría. Creado el documento, este es transportado, el receptor teniendo a la vista el documento manifestará su voluntad y consentimiento mediante los mismos procedimientos, el documento recibido tendría que ser trasladado a papel y el asentimiento debería ser al igual que el del emisor, constatado no solo electrónicamente, sino reflejado en el papel, mediante la firma de la otra parte junto con el notario que daría fe de la identidad, capacidad, firma y auditoría"

²⁷⁶ Vid. Supra Apartado 5.

también se encuentra condicionada al grado de cumplimiento que las mismas hacen de los requisitos necesarios para la implementación de la firma electrónica.

c) Facilidad y rapidez en el otorgamiento de copias o testimonios. Esta característica no es propia o exclusiva de los documentos electrónicos sino que es compartida por los documentos comunes materiales, tal es el caso de la escritura matriz que se incorpora en el libro de protocolo de los notarios, ya que fácilmente puede obtenerse una fotocopia de la misma y expedir una copia o un testimonio según sea el caso, por lo tanto e igual que lo sucedido con la primera característica en realidad no es propia de los instrumentos electrónicos.

En cambio, para otros autores,²⁷⁷ esta característica en realidad se convierte en una desventaja del Documento Electrónico frente al documento convencional o escrito, ya que al encontrarse contenido en el soporte de papel, el contratante sabe con seguridad que se trata de un original o de solamente una copia del mismo, en cambio, si se encuentra contenido en soporte informático, no podrá determinarse con seguridad si se trata de un documento original o si solo será una copia. Debemos recordar que éste es precisamente uno de los aspectos de los que la Firma electrónica confiere certeza y seguridad, ya que las partes pueden determinar si el documento originalmente enviado ha sido alterado o no.

d) Seguridad en cuanto a su archivo y facilidad de búsqueda a través de un programa informático (software). Se trata de una característica propia del documento electrónico ya que en el caso del documento común material incluso y en muchos casos se hace uso del ordenador para llevar a cabo un registro de ubicación de tal documento común material. En cambio, cuando se trata del documento público electrónico no solamente se

²⁷⁷ Vid. CERVELLÓ GRANDE, J.M. y FERNÁNDEZ, I., “*La Prueba y el documento electrónico*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital..., cit., p. 393. Los autores consideran que en el formato papel es de fácil identificación cuando se trata del documento original a diferencia de las copias, debido a que en el primero se pueden determinar ciertas señales que lo identifican como un logo, el tipo de papel en que se encuentra contenido e incluso la misma firma, por tratarse de una firma ológrafa.

hace uso del ordenador para facilitar su ubicación, sino que también podemos visualizarlo en el ordenador.

Ahora bien, en lo referente al software puede tornarse como una desventaja si consideramos que puede ser blanco de ataques de *hackers* o piratas informáticos, en cambio, tal situación no sucedería con el documento común material ya que lo único que estuviera en riesgo sería la ubicación del documento no así el texto del mismo, por lo tanto, esta característica disgregada en dos elementos, puede tornarse en el segundo de ellos como una verdadera desventaja del documento electrónico. Pero, tal riesgo puede evitarse o a lo menos disminuir sus daños con el uso de programas destinados a dotar de seguridad a la transmisión de datos por internet y evitar la intromisión de *hackers*.²⁷⁸

e) Eliminación de dificultades lingüísticas, es decir, el empleo de diversos idiomas sustituidos por una escritura standard. Debemos recordar en este aspecto que el emisor en el proceso de emisión de un mensaje elaborará su mensaje en texto normal y claro y consecuentemente en su propio idioma, el receptor por su parte, va a descifrar el mensaje y con ello obtendrá un documento que puede estar escrito en un lenguaje desconocido, el receptor por tanto, deberá traducir el documento escrito en idioma extranjero al idioma por él conocido.

Esta característica puede convertirse en una dificultad que igualmente puede suceder con el documento común material y no solo con el documento electrónico. La única excepción será que el receptor conozca el idioma extranjero, en cuyo caso, deberá poseer el dominio de diversos idiomas, sumando un grado más de dificultad al proceso de envío de mensajes y uso de la firma electrónica. Ahora bien, con el empleo del documento electrónico se utilizará el mismo sistema computacional y no requiere de diferentes idiomas y para cuando se descifre el documento, el programa convertirá el texto al idioma conocido por el receptor, facilitando el proceso.

²⁷⁸ Se trata del caso de *software* como “firwalls” o paredes de fuego e incluso podría tratarse de programas de antivirus capaces de evitar la piratería informática.

Ahora bien, a estas características inicialmente citadas por otros autores, podemos sumarle otras:

f) Fluidez de las relaciones comerciales, ya que rompemos la barrera del tiempo y el espacio, lo cual es posible a través del internet, porque nos damos cita en un espacio de tiempo determinado, llamado Ciberespacio.²⁷⁹ Al utilizar este mecanismo rompemos con muchas de las teorías tradicionales como los sistemas de formación del consentimiento por ejemplo, debido a que con anterioridad se definía como contratos entre ausentes a las personas que se encontraban separadas físicamente como cuando se encuentran en países diferentes.

Sin embargo, en la actualidad tratándose del contrato entre ausentes ya no radica su diferencia en la separación física sino en el período de tiempo que tiene que mediar entre uno y otro mensaje entre el emisor y el receptor, es decir, que no exista una comunicación efectiva entre una y otra.²⁸⁰

g) Alteración de los elementos esenciales, naturales y accidentales²⁸¹ propios y que originalmente tenían los documentos comunes materiales. En este sentido el documento electrónico se caracteriza precisamente por no requerir de un soporte material, bastando únicamente su fundamento digital.

Otros autores, en cambio, resumen las características del documento electrónico en cuatro características principales, las mismas que a la vez son requeridas para la

²⁷⁹ El Ciberespacio es considerado como el lugar virtual en el que las partes se encuentran, aunque no de forma física.

²⁸⁰ Vid. FERNANDEZ FERNANDEZ, R., *op cit.*, p. 144. Considera que no hay diferencia en el espacio con el documento electrónico y específicamente en el documento telemático.

²⁸¹ Vid. FERNANDEZ FERNANDEZ, R., *op cit.*, p. 152.

contratación electrónica en general,²⁸² estas son²⁸³: la autenticidad, la integridad, la confidencialidad y la no repudiación o inobjetablez²⁸⁴

Por medio de la autenticidad se busca garantizar que el emisor del mensaje es quien dice ser; esta identificación puede ser alcanzada a través del uso de la firma electrónica en el envío del mensaje.

²⁸² Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 63 y siguientes. En la contratación electrónica se deben asegurar: 1. La autenticidad, fiabilidad, integridad e inalterabilidad de los mensajes que circulan a través de internet, de forma que no haya duda acerca de quien es el autor y cual es el contenido exacto de un determinado mensaje, sin que haya podido haber errores de transmisión o intervención de terceros, de forma que A no pueda ser suplantado por B como autor del mensaje x y que B no pueda alterar el contenido inicial del mensaje creado y emitido por A. 2. El no rechazo o no repudiación en destino y origen de un mensaje, también denominados irretractabilidad de origen y de destino, de forma que A no pueda negar ser el autor del mensaje x y B, destinatario del mismo, no pueda negar haberlo recibido, así como que no pueda rechazar la posesión de las claves empleadas para la redacción y emisión del mensaje electrónico, puesto que ello es lo que permitirá que exista una prueba de la existencia de la transacción electrónica, vinculante para quienes la efectuaron. 3. La confidencialidad de dicho mensaje, de forma que el contenido del mensaje x enviado por A a B solo pueda ser conocido por su emisor y por el destinatario y no por terceros. 4. La perdurabilidad del mensaje electrónico, al objeto de que su existencia y contenido puedan ser acreditados en el futuro.

²⁸³ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op. cit.*, p. 174 y siguientes. ¿Qué tipo de amenazas podemos encontrarnos en internet de las que deberíamos protegernos? Confidencialidad. La mayoría de los mensajes enviados en las transacciones electrónicas se producen utilizando conocidas herramientas de proceso de textos, bases de datos, paquetes gráficos, etc., de acuerdo con un reciente estudio del *Computer Security Institute*, el robo de datos representa una de las mayores causas de daños económicos en las empresas, nunca los datos han sido tan accesibles. Los correos electrónicos siendo una herramienta imprescindible para nuestras tareas, es muy vulnerable ya que los mensajes se envían y se almacenan en un formato de texto básico. Integridad. Si podemos conocer el contenido de un mensaje también podríamos hacer algo más peligroso como puede ser la modificación de dicho mensaje y el hecho de no utilizar mecanismos para garantizar que los datos recibidos no han sido modificados en tránsito genera incertidumbre que hace desconfiar de los soportes informáticos. Autenticidad. Cuando ponemos servicios en la red tenemos que asegurarnos que no son utilizados por las personas para las cuales hemos autorizado el servicio o que necesitamos identificar a fin de personalizar el servicio. Disponibilidad. Otra de las situaciones encontradas son los ataques de degeneración de servicio, es decir, ataques que utilizan vulnerabilidades del *software* para poner fuera de funcionamiento el servicio o simplemente saturarlo utilizando todos los recursos de la máquina. Repudio. Se puede considerar una consecuencia de la posible materialización de alguna de las anteriores amenazas, básicamente es la negación por parte de alguno de los actores en una transacción electrónica concreta o de ser partícipe de ésta. La respuesta a casi todas estas amenazas, la encontramos en el recurso de la criptografía, empleada en la firma electrónica. Idem. Vid. BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Procedimiento administrativo electrónico, op. cit.*, p. 216 y siguientes.

²⁸⁴ Vid. Art. 6 de la L.S.A., que reconoce como características de los procedimientos que se utilizan para la Firma Electrónica: La autenticidad, la confidencialidad, la integridad y la no repudiación de la información transmitida.

La integridad garantiza que el mensaje que fue recibido por el receptor es exactamente idéntico al mensaje enviado por el emisor y que no fue alterado en el momento de su envío a través del internet.

Con la confidencialidad se busca lograr la privacidad del mensaje, de tal forma que nadie que no se encuentre autorizado, pueda acceder a él y conocer acerca de su contenido. Con esta característica además, se pretende resguardar los datos personales de ambas partes.

Dentro de esta característica, participa el cifrado, encriptación o codificación del mensaje, siendo el sistema más utilizado en la práctica el asimétrico o de clave pública,²⁸⁵ ya que para poder descifrar el mensaje que es enviado se requiere conocer y disponer de la clave pública del receptor, por lo tanto, permite un grado superior de seguridad, a menos, que el titular de la pareja de claves otorgue a otra persona diferente el uso de la pareja de claves.

A través de la no repudiación o inobjetablez, llamado también por otros autores como no rechazo o irrevocabilidad de origen y de destino, el remitente no podrá rechazar la autoría en la elaboración y el envío del mensaje y con base a este mismo principio, la legislación secundaria que regula acerca de la firma electrónica, establece el sistema de presunciones antes citado.²⁸⁶ Sin embargo, este principio y la presunción que de él deriva, pueden ser desvirtuados a través de la presentación de la prueba pertinente en contrario.

Tal como estiman algunos autores,²⁸⁷ el término “no repudio” en sí genera más de alguna controversia, ya que se trata de la traducción literal de la expresión inglesa *no*

²⁸⁵ Vid. Supra Apartado 4.2.3.

²⁸⁶ Vid. Supra Apartado 7.2.

²⁸⁷ Vid. RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *op cit.*,p. 187 y siguientes.

repudiation, y en su traducción, no podemos asegurar que alguna persona en algún momento no niegue su participación en una transacción electrónica, es más, de verse involucrado en una controversia, sobre todo de índole judicial o legal, lo más seguro es que aducirá su no participación.

Por esta misma razón, se necesita, en ciertas ocasiones, que intervenga un tercero a fin de conceder certeza y seguridad para hacer posible el principio en comento, este tercero será la entidad de certificación o el *Cibernotary* en su caso.

A estas características se suma la de perdurabilidad del mensaje electrónico, con el objeto de que su existencia y contenido puedan ser acreditados en el futuro, en caso de que existieran controversias con relación al mismo, lo cual para el ámbito de la contratación electrónica, particularmente, será de vital importancia.

38. Clasificación del Documento Electrónico

Existen diversas clasificaciones del Documento Electrónico, dependiendo del criterio que se hubiera utilizado para la misma, de tal manera que si consideramos al documento electrónico como soporte que ha de contener otros tipos de documentos, se clasifican en: a) Documentos Públicos Electrónicos, b) Documentos Oficiales Electrónicos o Documentos Auténticos Electrónicos, c) Documentos Electrónicos Privados y Documentos Electrónicos Mixtos.

El Documento Público Electrónico es aquel que se encuentra firmado electrónicamente por cualquier funcionario que tenga legalmente la facultad de dar fe pública notarial, siempre que actúe en el ejercicio de su cargo y de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley en cada caso,

El documento que resulte del proceso anterior será considerado como documento público, pero además tendrá la característica de haber utilizado medios electrónicos o

telemáticos para su firma,²⁸⁸ concediéndole en definitiva, el valor que este tipo de instrumento tendría si hubiera sido suscrito de forma tradicional, es decir, por medio de grafía.

Para la formulación del concepto anterior, debemos reconocer ciertos requisitos indispensables, como lo son: a) Que la persona que ha de suscribirlo sea un funcionario competente para ejercer la función pública del notariado,²⁸⁹ b) Que el funcionario a quien se le ha otorgado la función pública del notariado y a quien además se le ha acreditado una firma electrónica, actúe en el ejercicio de su cargo, ya que de igual manera un funcionario puede actuar en carácter particular, sin embargo, en esa situación no estaremos en presencia de este tipo de instrumento, y c) Que cuando actúe cumpla con los requisitos exigidos por la ley en cada caso, es decir, deberá observar las solemnidades que la ley establece para cada tipo de contrato en particular.

Debemos recordar además, que es imperativo que el funcionario público a quien se le ha confiado la función notarial, sea competente, es decir, que actúe funcionalmente en un ámbito de su competencia y que además, el acto que sea autorizado por él, lo sea dentro de los límites territoriales previamente conferidos,

El notario salvadoreño de acuerdo a la L.N. Salvadoreña tiene competencia para actuar en todo el territorio de la República y fuera de él, siempre que los actos y contratos otorgados por el mismo en este último caso, deban surtir efectos en El Salvador y en cuanto a su competencia funcional, debemos reconocer que en ciertos casos, como en el del Juez de Primera Instancia con competencia en lo civil, solo podrá ejercer la función notarial para

²⁸⁸ A este tipo de instrumento nos referimos cuando analizamos la figura del Cibernotary o Notario Cibernético, como aquel profesional autorizado para ejercer la función pública del notariado pero que además ejerce las funciones propias de las Entidades de Certificación en el proceso de la firma electrónica.

²⁸⁹ Vid. Art. 5 de la L.N. Salvadoreña. Son competentes para ejercer la función pública del notariado: El notario debidamente autorizado para su ejercicio por la Corte Suprema de Justicia, El Jefe de Misión Diplomática Permanente, Cónsules generales o Vicecónsules de Carrera y el Juez de Primera Instancia con competencia en lo civil, para el otorgamiento de testamentos.

el único caso de los testamentos y siempre que en su jurisdicción no existan notarios, estando restringida para cualquier otro acto.

Los Documentos Oficiales Electrónicos o Documentos Auténticos Electrónicos, trata de aquellos que son expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a la legislación pertinente.

Para otras legislaciones²⁹⁰, este tipo de instrumentos son denominados oficiales en razón de que se trata de documentos expedidos por funcionarios públicos competentes para conocer de un asunto; pero que no son documentos públicos porque tales funcionarios no tienen fe pública o también se presentan cuando se trata de documentos expedidos por funcionarios públicos dotados de fe pública, pero que son de menor categoría que el documento público electrónico, como en caso de notas que son suscritas por el notario, pero que por su misma naturaleza no necesariamente se trata de un instrumento público,

Empero, para la aplicación interna en El Salvador acerca de este punto, debe considerarse que este concepto que ahora se presenta encaja con mayor grado de perfección en el concepto de los instrumentos auténticos, por lo tanto consideramos más apto el término de Documentos Auténticos Electrónicos para este tipo, pero, en lo tocante a su valor probatorio nos referiremos más adelante.

Luego tenemos el Documento Electrónico Privado, que se refiere a aquel documento negociado, elaborado y suscrito por personas particulares o por funcionarios públicos, cuando se trata de actos que no son de su oficio,²⁹¹

²⁹⁰ Por ejemplo, para la legislación de España.

²⁹¹ Vid. Art. 262 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño, que establece “Son instrumentos privados los hechos por personas particulares o por funcionarios públicos en actos que no son de su oficio.

Es dable señalar que la legislación secundaria al regular este tipo de instrumentos no establece que la firma al menos se lleve a cabo electrónicamente; lo cual se hace con una finalidad, la de dar respuesta a aquellos casos en los que las partes contratantes hacen uso de la tecnología para llevar a cabo su contrato, pero no alcanzan a firmarlo electrónicamente, en tal caso, el resultado se presenta como un documento electrónico privado,

De exigirse el uso de la firma electrónica para suscribir aquel contrato que ha sido elaborado entre los particulares, deberá necesariamente intervenir la entidad de certificación para conceder la certeza necesaria acerca de la pertenencia de la pareja de claves que forman la firma electrónica, con su propietario o titular y recordando que tales entidades confieren fé pública a tales aspectos, será entonces inaceptable señalar que el producto de este último proceso sea simplemente un instrumento privado, sino que por el contrario, se trata de un documento público electrónico que hemos analizado con anticipación,

Finalmente, encontramos lo que en doctrina suele denominarse Documentos Electrónicos Mixtos, con referencia a aquellos documentos constituidos por documentos privados originalmente, adicionándole una intervención pública posterior,

En este último caso, se hace referencia a aquellos documentos como los privados, cuya obligación ha sido reconocida ante notario, en los que existe una combinación de ambos instrumentos, pero, puede pensarse si además cabe dentro de esta clasificación el documento privado, reconocido por las partes ante el juez competente.

En estos casos anteriormente señalados, los documentos tienen como característica común que la fuerza probatoria de los mismos es diferente a la que se le había conferido de forma original, por tanto, si como documento privado no tenía mayor efecto legal, como documento legalizado o reconocido será elevado a la categoría de documento público y su contenido en consecuencia, hará plena prueba

Ante esta situación, debemos señalar que aún en las legislaciones que han regulado estos tipos de documentos como por ejemplo, en la española, el legislador ha guardado silencio acerca de la aplicación de la firma electrónica en este tipo de documento,²⁹² sin embargo, ha llegado a considerar que ya que separadamente es permitido el uso de la firma electrónica en cada uno de ellos, en su conjunto, no tendría que haber ninguna diferencia.

De tal suerte que si en soporte material el legislador dispone su cambio de categoría, igual situación sucederá si en lugar de firmarlo de forma convencional, se firma electrónicamente, así, el documento privado será considerado como tal, aunque fuere firmado de forma ológrafa o electrónica,

Pero al ser legalizado ante un funcionario con capacidad para otorgar fe pública, éste puede en el ejercicio de tal función, legalizar el documento a través de su firma ológrafa o a través de la firma electrónica, en ese último sentido el documento será elevado a la categoría de documento público electrónico y finalmente, su fuerza probatoria habrá de cambiar por la de este último.

Existen otras clasificaciones que según algunos autores atienden a su contenido, dividiendo a los documentos electrónicos, en: documentos probatorios y documentos dispositivos, los primeros hacen referencia al hecho de que sirven para demostrar la existencia de un contrato, mientras que los segundos sirven para consignar actos jurídicos de declaraciones de voluntad en los que pueden modificarse o extinguirse relaciones de derecho.

²⁹² Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 34 y siguientes. Baste ahora con señalar que estos documentos mixtos también pueden extenderse en soporte electrónico, a pesar del silencio que sobre ellos guarda el artículo 3.6 de la Ley, puesto que la admisibilidad general de los documentos electrónicos públicos se extiende a los adicionantes de un documento privado.

39. Determinación de la legislación aplicable para la valoración del Documento Electrónico

Primeramente debemos identificar la importancia de determinar la legislación aplicable para la valoración del documento electrónico, llegando a señalar las siguientes:

a) Para determinar el concepto mismo del documento electrónico. De manera tal que las diferencias presentadas con anterioridad de si se trata de un instrumento público, auténtico, privado o electrónico, se ve revestida de la legalidad necesaria para obtener como fruto una definición que para efectos probatorios no podrá ser controvertida.²⁹³

b) Para esclarecer el valor probatorio del documento electrónico a que deberá sujetarse la valoración judicial o arbitral.²⁹⁴ Es de suma importancia concluir si se hará a la luz de una legislación especial aplicable al ámbito de la Firma Electrónica o del Comercio Electrónico en general, o si por el contrario, será aplicable la legislación procesal común, debiendo en consecuencia, acomodar el análisis del documento a la luz de la legislación que fuera existente en ese momento,

c) Con sujeción al literal anterior, para determinar si el documento electrónico es suficiente para cumplir con las formalidades que la ley aplicable exija al caso en concreto, por ejemplo, si será indispensable o no que el documento electrónico deba ser presentado a un registro público, ya sea que se trate de vehículos automotores, de Comercio o cualquier otro análogo.

²⁹³ Vid. Art. 6 Inc. 3º de la L.S.A. de El Salvador, define que “Los documentos contenidos en un soporte magnético, digital o electrónico producirán los mismos efectos jurídicos que los escritos en un soporte de papel”, debemos recordar que el ámbito de aplicación de esta ley se refiere únicamente a la declaración de valores en aduana, es decir, no podrá ser aplicable a todas obligaciones o documentos de forma genérica.

²⁹⁴ Con excepción del arbitraje en equidad, en el cual los árbitros no se encontrarán obligados a llevar a cabo las valoraciones de conformidad con la ley sino más bien con base en sus razones de justicia, para el caso, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador determina en el Art. 4, “Que Arbitraje en Equidad o de amigables compondores es aquél en que los árbitros proceden con entera libertad, deciden según sea más conveniente al interés de las partes, sin atender más que a su conciencia, la verdad y la buena fe.”

Ahora bien, existen dos situaciones diferentes que pueden suceder: a) Que las partes contratantes siendo nacionales del mismo Estado decidan someterse al conocimiento de un tribunal extranjero, punto al cual nos referiremos más adelante y, b) Que las partes contratantes siendo nacionales del mismo Estado decidan someterse a la aplicación de leyes extranjeras,²⁹⁵ y es este punto en el que profundizaremos.

Debemos iniciar por resolver acerca de la determinación de la legislación aplicable en caso de una controversia en la que sea necesaria la valoración del documento electrónico, para ello, debemos partir tomando en cuenta si el contrato celebrado entre las partes se encuentra sujeto a las normas contenidas en un instrumento de carácter internacional o si por el contrario, se encuentra sujeto a la legislación secundaria salvadoreña.²⁹⁶ Desarrollaremos ambas situaciones a continuación:

40. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en un instrumento internacional

Para llevar a cabo éste análisis debemos iniciar citando cuales son los instrumentos internacionales que son aplicables en El Salvador, señalando entre ellos la aplicación de Convenios particulares, tales como:

²⁹⁵ Para los efectos de nuestro análisis determinaremos como “leyes extranjeras” a aquellas diferente a la legislación que rige el acto, es decir, cuando el contrato es celebrado en un determinado país y las partes contratantes no se someten a la legislación de ese país sino, a la de otro diferente.

²⁹⁶ Partiremos por analizar los diferentes ordenamientos jurídicos que definan cuál será la legislación aplicable en aquellos casos en que no se encuentre sometida a la legislación nacional salvadoreña, posteriormente, analizaremos el valor probatorio del documento electrónico a la luz del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño. Vid. HARGAIN, D., “Incidencia del Comercio Electrónico en el ámbito jurídico: Planteo General”, en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario...*, cit., p. 37. El autor opina que “siendo que la internet es una red mundial, permite que entren en contacto personas que viven en distintos países y continentes, facilitando la celebración de contratos internacionales. Como se sabe, los contratos internacionales que se celebran en el mundo físico presentan diversos desafíos que la ciencia jurídica tiene dificultades para resolver de manera satisfactoria: la determinación de cuando es internacional un acuerdo de voluntades; la identificación de la ley aplicable a él; el juez competente para resolver las controversias que pudieran ocasionarse entre los contratantes; y la ejecución de las sentencias que recaen en esos litigios, cuando deben hacerse efectivas en un país distinto de aquel en el cual fueron dictadas”.

i) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías,

ii) Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América,

iii) Otros Instrumentos Internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Sin embargo, cuando no exista la aplicación de un instrumento internacional particular, debemos entonces, observar las reglas generales contenidas en el Código de Derecho Internacional Privado o también conocido como Código de Bustamante,

40.1. Aplicación de convenios particulares

A) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

Primeramente, es necesario determinar con claridad el ámbito de aplicación del instrumento internacional que ahora se analiza, con la finalidad de determinar si el contrato que se estudie trata de un contrato de naturaleza internacional o no, ya que de esta determinación dependerá en gran manera definir si se encuentra o no en el ámbito de aplicación de la Convención que ahora se analiza²⁹⁷,

Para determinar si un contrato es considerado como internacional, debe analizarse si los contratantes encuentran ubicados sus establecimientos en países diferentes, en caso afirmativo, entonces se habría cumplido uno de los requisitos necesarios para concluir si a

²⁹⁷ Vid. En términos generales, MARZORATI, O.J., *Derecho de los Negocios Internacionales, op cit.*, p. 47 y siguientes.

tal contrato se aplicarán las reglas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,²⁹⁸ empero, debe cumplir además con otros requisitos tales como: que los países en los que se encuentran ubicados los establecimientos, sean Estados Contratantes, o si, las normas de Derecho Internacional Privado prevén la aplicación de la ley de un Estado Contratante, una vez cumplidos estos requisitos, se determinará que el contrato se encuentra sujeto a la Convención en referencia.

Y en el caso que no se cumplieran los requisitos presentados, debemos analizar si el contrato se podría encontrar enmarcado dentro de algún otro instrumento internacional que se hubiera suscrito y cuyo ámbito de aplicación sea particular, porque de lo contrario, deberán aplicarse las normas generales de Derecho Internacional, contenidas éstas en el Código de Bustamante, tal como se explicó con antelación.

De conformidad con el artículo 11 de mencionada Convención, el contrato de compraventa no tiene que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma, y podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos, esta disposición tan abierta, permite que el contrato ceñido a esta Convención, pueda demostrarse por medio de otros instrumentos, como es el caso del Documento Electrónico, por lo tanto, el mismo hará plena prueba de la existencia del contrato y de las obligaciones contenidas en él.

En conclusión, cuando se trate de un contrato de compraventa regulado por la presente Convención, no se requerirá que conste por escrito y mucho menos, se requerirá de

²⁹⁸ Vid. A tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual fue ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo No. 759 de fecha 18 de noviembre de 1999, y de conformidad con su ámbito de aplicación, determinado en el Art. 1, se establece que “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes: a) cuando estos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. 2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. 3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato. Artículo 2”.

ninguna otra formalidad, tal es el caso de la exigencia de escritura pública u otra semejante, pudiendo probarse incluso por testigos y debe destacarse, que no se hace reparo alguno acerca del monto del contrato, por lo tanto, debemos entender que con independencia del valor del contrato, la prueba del Documento Electrónico será igualmente válida.

Existe un solo caso excluyente de aplicación de la disposición en comento y se circunscribe al hecho de que cuando cualquiera de las Partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que hubiera hecho una declaración en la que se exprese que no se aplicará para la oferta, la aceptación o cualquier manifestación de intención, celebración, modificación o extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa no se expresará de un modo diferente que no sea por escrito,²⁹⁹ es decir, estamos en presencia de que se trate de la posibilidad de una reserva al presente instrumento internacional,

El Salvador en el caso antes puntualizado no ha hecho reserva alguna al momento de la ratificación de la Convención en mención, por lo tanto, es viable la posibilidad de que la formación y prueba del contrato de compraventa pueda llevarse a cabo de forma diferente al escrito, abriendo la posibilidad de que se utilice el Documento Electrónico.

Pues bien, si el contrato que debemos analizar no se encuentra enmarcado dentro del ámbito de aplicación de la Convención que estudiamos, debemos ahora determinar si le es

²⁹⁹ Artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías “No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.” En relación con el Artículo 96 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías “El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.

aplicable algún otro instrumento internacional al efecto, como los que veremos a continuación.

B) Tratado De Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana Y Los Estados Unidos De América

En este apartado debemos señalar que los instrumentos internacionales como el analizado en su contenido conservan disposiciones de alto valor económico y empresarial, pero muy pocas disposiciones de contenido legal, de tal suerte que en su análisis pormenorizado nos encontraremos con muy pocas normas que regulen acerca de la legislación aplicable en caso de conflicto derivado de contratos celebrados en el marco de aplicación de dicho Tratado,

En el texto del Tratado de Libre Comercio se expresa que cuando exista una reclamación presentada, habiéndose agotado la fase de consultas y negociación, el demandante a su propio nombre o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto podrá someter la misma a arbitraje,³⁰⁰ si la causa se encuentra enmarcada dentro del incumplimiento de una obligación de conformidad a la Sección A, referente a la

³⁰⁰ Vid. En la aplicación de los Tratados de Libre Comercio se inclina por la solución de controversias internacionales a través de medios alternativos de solución pacífica, tales como la conciliación y la mediación y una vez agotada esta vía, se procura por la aplicación de normas de sometimiento arbitral, tal es el caso del instrumento que se analiza, Vid. Art. 10:22 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América “Derecho Aplicable. 1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.(b)(i)(A), el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional” Esta norma se encuentra relacionada en lo pertinente con el Artículo 10.16 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, que establece “Sometimiento de Una Reclamación a Arbitraje. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación: (a) el demandante, por su cuenta, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado: (A) una obligación de conformidad con la Sección A, y; (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado: (A) una obligación de conformidad con la Sección A ”.

Inversión, y en tal caso, el tribunal arbitral constituido al efecto, resolverá el conflicto suscitado de acuerdo a las normas contenidas en dicho Tratado y a las normas aplicables del derecho internacional.

Sin embargo, cuando la reclamación se presente por parte del demandante a su propio nombre o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto podrá someter la misma a arbitraje,³⁰¹ si la causa se encuentra enmarcada dentro de la violación a una autorización de inversión o a un acuerdo de inversión, en tal caso, el tribunal arbitral para resolver el conflicto aplicará las normas contenidas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o en la forma que las partes hubieren acordado, o si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera, a la legislación del demandado y a las normas de derecho internacional, según sean aplicables y al Tratado en mención.

Si se tratara del caso de aplicación de la legislación del demandado en la situación antes expresada, existirá la posibilidad de que se pueda llevar a cabo la solución de una controversia por el tribunal arbitral, utilizando para ello la legislación de alguno de los

³⁰¹ Vid. Art. 10:22 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América “Derecho Aplicable. 2. Sujeto al párrafo 3 y las otras condiciones de esta Sección, cuando una reclamación se presente de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C) o con el Artículo 10.16.(b)(i)(B) o (C), el Tribunal deberá aplicar: (a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera: (i) la legislación del demandado incluidas sus normas sobre conflictos de leyes; y (ii) las normas del derecho internacional, según sean aplicables.” Esta norma se encuentra relacionada en lo pertinente con el Artículo 10.16 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América que establece “Sometimiento de Una Reclamación a Arbitraje. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación: (a) el demandante, por su cuenta, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado: (B) una autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión, (b) el demandante, en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue: (i) que el demandado ha violado: (B) un autorización de inversión, o (C) un acuerdo de inversión.”

Países Parte del TLC³⁰² y si, el demandado es de nacionalidad salvadoreña, se aplicará entonces nuestra legislación, para valorar los problemas que pudieran suscitarse en la aplicación de dicho Tratado,³⁰³ lo cual podrá incluir desde luego los problemas originados por la aplicación de la Firma electrónica y el Comercio Electrónico, abarcando de esta manera la valoración del Documento Electrónico.

Pues bien, si el contrato analizado no se encuentra enmarcado dentro de las transacciones comerciales contenidas en el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías ni tampoco en el ámbito de aplicación del Tratado de Libre Comercio que hemos analizado, debemos ahora analizar la posibilidad de que exista otro instrumento internacional de tal naturaleza que pueda regular acerca del valor probatorio del Documento Electrónico.

C) Otros instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

Hemos analizado ya los instrumentos internacionales cuyo ámbito de aplicación es más restringido y que a la vez constituyen ley vigente y aplicable en El Salvador en razón de haber sido ratificados a través del mecanismo correspondiente, sin embargo, debemos mencionar que actualmente el Grupo de Trabajo número Cuatro, referente al Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), terminó la revisión del texto de la Convención que contiene

³⁰² La existencia de una Ley Especial o de un régimen normativo aplicable a la Firma Electrónica y en términos generales, al Comercio Electrónico dentro de los Países Parte del Tratado de Libre Comercio es mínima y actualmente solo los Estados Unidos de América cuenta con la legislación apropiada y con la experiencia necesaria para su aplicación, le sigue República Dominicana que ya cuenta con una Ley de Firma Digital y el resto de países de la región centroamericana que carece de ella y únicamente cuenta con Proyectos de Ley, que expresan la intención de los gobiernos de intentar regular dicha figura.

³⁰³ Recordaremos que dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Libre Comercio se encuentra un capítulo destinado al Comercio Electrónico, por lo tanto, no es remota la idea de que puedan surgir problemas en aplicación del Tratado de Libre Comercio.

algunas regulaciones necesarias sobre las comunicaciones electrónicas que permitan la celebración de contratos,³⁰⁴ utilizando para ellos medios electrónicos o telemáticos.

Ahora que el Grupo de Trabajo número Cuatro ha terminado su labor, la Comisión cuenta con una Convención que puede ser ratificada por cualquier país y aunque expresamente no se establece la posibilidad de aplicación de la Convención al régimen procesal si deja abierta la posibilidad para que las partes puedan a través del mismo contrato ampliar el ámbito de aplicación de la Convención, es decir, podría incluirse el conocimiento a determinada jurisdicción o a cierto tribunal arbitral,³⁰⁵ de las controversias que pueden suscitarse.

³⁰⁴ Vid. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/589/95/PDF/V0458995.pdf?OpenElement> visitada el día 7 de junio de 2005, en la cual aparece el texto del Proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en cuyo texto propuesto del Art. 1, su ámbito de aplicación será el de “ser aplicado a la utilización de las comunicaciones electrónicas en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes: a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes; b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante; o c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique. 2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato. 3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato. Esta Convención ha sido recientemente aprobada por Resolución 60/21 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 9 de diciembre de 2005, cuyo texto definitivo del artículo en mención, se redactó de la siguiente manera: “Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. 2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste. 3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.”

³⁰⁵ Vid. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/589/95/PDF/V0458995.pdf?OpenElement> visitada el día 7 de junio de 2005, dentro de las discusiones documentadas del Grupo de Trabajo se encuentra bajo el párrafo 134 que “Otra sugerencia fue que se aclarara que las nuevas disposiciones no tenían por objeto interferir con las normas aplicables de derecho procesal civil interno, por lo que el Grupo de Trabajo debería considerar la conveniencia de reinsertar en el proyecto de artículo 9 o, mejor aún, en el proyecto de artículo 2, una exclusión aplicable a todo acto o contrato para el que la ley exigiera la intervención de un tribunal judicial o de alguna otra autoridad pública, o de algún miembro diplomado de una profesión legalmente reconocida a la que se hubiera asignado alguna función pública respecto de dicho acto o contrato. El Grupo de Trabajo no se mostró de acuerdo con dicha sugerencia y reiteró su decisión anterior al respecto (véanse los párrafos 63 a 66 Infra Apartado). Toda excepción inspirada en razones de orden público de derecho interno debería ser formulada, en caso de ser necesaria, por el Estado interesado por medio de una declaración con arreglo al artículo 18.”, es decir, que corresponderá a cada país determinar al momento de ratificar la

Existe la posibilidad de que cada país pueda determinar al momento de ratificar la Convención si se excluirá su ámbito de aplicación para las normas procesales de derecho interno, de lo contrario, debe entenderse que el texto de la Convención se puede aplicar a las normas de derecho procesal y la valoración que el tribunal arbitral pudiera efectuar del documento electrónico que le fuera presentado y más aún, si el mismo se hubiera generado como resultado de la aplicación de la Convención que se analiza.

Ahora bien, si el contrato que analizamos no es parte del objeto formulado por el Grupo de Trabajo número Cuatro para el Proyecto de Convención antes mencionada, ni tampoco es previsto por ninguno de los instrumentos internacionales antes analizados, debemos consecuentemente llevar a cabo el estudio del mismo a través de las reglas de derecho internacional de carácter general, contenidas en el Código de Bustamante.

40.2. Cuando el contrato se encuentra sujeto a las normas contenidas en las reglas generales del Derecho Internacional. Aplicación del Código De Bustamante

El Código de Bustamante³⁰⁶ se constituye dentro de la época durante la cual fue elaborado, como el primer instrumento de derecho internacional privado de notable valor

Convención si se excluirá su ámbito de aplicación para las normas procesales de derecho interno, caso contrario, debe entenderse en consecuencia que el texto de la Convención se podrá aplicar a las normas de derecho procesal, permitiendo de esta manera la determinación de la competencia de un tribunal e incluso la valoración que el mismo pudiera efectuar del Documento Electrónico que le fuera presentado y más aún, si el mismo se hubiera llevado a cabo bajo el amparo de la presente Convención.

³⁰⁶ El Código de Bustamante fue suscrito el día 20 de febrero de 1928 y ratificado por la Asamblea Nacional Legislativa el día 30 de marzo de 1931, sin embargo, fue ratificado con reservas de los artículos 44, 146, 176, 232 y 233, del artículo 187, párrafo final, y de los artículos 327, 328 y 329. De estas disposiciones de las cuales El Salvador ha establecido reserva, únicamente el Art. 176 se refiere a las obligaciones y con mayor precisión se refiere a las reglas que han de determinar la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento. Vid. En términos generales, Vid. MARZORATI, O.J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 13 y siguientes. Vid. GUZMÁN LATORRE, D., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 84 y siguientes. Vid. COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Documentos de la Organización de los Estados Unidos Americanos sobre derecho Internacional Privado*, 1973, p. 7 y siguientes, Vid. MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Temis, Bogotá, 1983, p. 265 y siguientes.

jurídico, no solo por las ratificaciones de los Estados Parte del mismo,³⁰⁷ sino por ser considerado como la regla general o básica de aplicación para las normas que han de regular los negocios jurídicos internacionales, más sin embargo, no puede llegar a ser considerado como instrumento internacional,³⁰⁸ sino únicamente multilateral.

Ahora bien, debemos señalar que dentro del ámbito de aplicación del Código de Bustamante se encuentran normas dirigidas para las obligaciones en general, y normas aplicables al derecho procesal internacional, pues bien, con las primeras, podremos determinar la legislación aplicable a fin de concluir cual será la ley que habrá de regular acerca del valor de un documento electrónico con la finalidad de demostrar la existencia de un determinado contrato y a ellas nos referiremos a continuación.

El Código de Bustamante determina en lo referente a la prueba de las obligaciones, y especialmente a su admisión y eficacia, que será aplicable la Ley que rige la misma obligación,³⁰⁹ con lo cual nos remite a otra serie de normas cuya aplicación dependerá del origen de las obligaciones, considerando básicamente como fuente de ellas a la ley, los contratos, los delitos y faltas y los cuasidelitos, es decir, adoptando la teoría tradicional de las fuentes de las obligaciones,³¹⁰

³⁰⁷ Esta Convención ha sido ratificada por El Salvador, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

³⁰⁸ Para que pudiéramos considerar al Código de Bustamante como un instrumento internacional, el organismo del cual surge debe ser a la vez, de carácter internacional como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas y el Proyecto de Convención que hemos analizado con anticipación, sin embargo, el Código de Bustamante surgió de la Unión Panamericana y comprende la ratificación de ciertos y determinados países y no por la generalidad de los mismos.

³⁰⁹ Vid. Art. 172 del Código de Bustamante que establece que “La prueba de las obligaciones se sujeta, en cuanto a su admisión y eficacia, a la ley que rija la obligación misma”.

³¹⁰ Vid. De manera general, OSPINA FERNÁNDEZ G., *Régimen General de las Obligaciones*, 6ª Ed., Temis, Bogotá, 1998. p. 32. El autor establece diversas teorías de las diferentes clasificaciones de las fuentes de las obligaciones, llegando finalmente a la Tesis de René Demogue, quien determina que la clasificación de las fuentes de las obligaciones son: “1º El Contrato, 2º La voluntad unilateral del deudor, 3º El delito y el cuasidelito, 4º El cuasicontrato y 5º el simple hecho que engendra la obligación.” Vid. En el mismo sentido el Art. 1308 del Código Civil Salvadoreño establece que las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, faltas y de la ley” Vid. MIRANDA, A. O., *Guía para el Estudio de Derecho Civil III: Obligaciones*, 6ª Ed., Universidad de El Salvador, San Salvador, s/f. p. 12. Se trata de un análisis de la

Para el caso que nos ocupa, nos remitiremos a la disposición que rige acerca de la legislación aplicable a las obligaciones que nacen de los contratos, por lo tanto, en aplicación de este último parámetro, el Código de Bustamante establece que lo contenido en las cláusulas que forman el contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.³¹¹

Es decir, que lo que las partes hubieren pactado acerca de la legislación aplicable será de obligatorio cumplimiento para las mismas, salvo, claro está las limitaciones contenidas en el mismo Código, entre las que se debe señalar las reglas de orden público internacional que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.

Podríamos señalar que la primera regla para determinar la legislación aplicable será el sometimiento a determinada legislación, que las partes hubieren pactado de forma expresa en el contrato, en ese estado, puede surgir una nueva interrogante y es el caso de que las partes no hubieren designado la legislación aplicable en el mismo contrato, en tal situación, debemos referirnos a las reglas generales contenidas en el mismo cuerpo normativo internacional.

De manera tal, que el Código de Bustamante establece en esta última situación, la aplicación simultánea de la ley del lugar del contrato y la de ejecución,³¹² a la necesidad de

legislación salvadoreña, en el cual el autor expone que esta disposición del Código Civil fue objeto de una reforma en virtud de ley publicada el día 21 de julio de 1907, a fin de llegar al texto con el que se encuentra actualmente, la Comisión de Reforma justificó que se juzgó conveniente concretar bajo la fórmula antes expresada la fuente de las obligaciones, para dar mayor concisión, claridad y exactitud al Artículo de que se trata, que en el fondo se conserva el mismo”

³¹¹ Vid. Se trata de un artículo de aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad Privada Vid. De forma general, OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E., *op cit.*, p. 6 y siguientes, de la misma manera, este principio se encuentra retomado en la legislación secundaria a través del Art. 1416 del Código Civil Salvadoreño, que establece “Todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales”.

³¹² Vid. Art. 180 del Código de Bustamante.

otorgar escritura pública o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito, vemos en consecuencia la aplicación de la regla *Locus regit actum* en lo que a la celebración del contrato se refiere; característica muy propia de este tipo de normas de Derecho Internacional, más sin embargo, deberá aplicarse la legislación del lugar de cumplimiento o ejecución en lo que a las solemnidades requeridas para prueba sea necesario,

Pero si el contrato que analizamos no se enmarca dentro de las situaciones anteriormente comentadas, tendremos que aplicar una regla supletoria,³¹³ que establece que será aplicable en primer lugar, la ley personal común de los contratantes y en su defecto, la del lugar de la celebración, por lo tanto, si a los contratantes no se les puede aplicar una misma legislación, tendríamos que aplicar la segunda regla.

En todo caso, si llegara a considerarse de acuerdo a las normas de derecho internacional privado, que la legislación salvadoreña es aplicable al caso en concreto, debemos tomar en cuenta los requerimientos de la legislación salvadoreña para estos efectos, situación que más adelante comentaremos,

Ahora bien, el segundo tipo de normas del Código de Bustamante referente a las normas de Derecho Procesal Internacional, nos ayudarán a determinar la legislación que será aplicable y la cual responderá acerca del valor probatorio del documento electrónico, es decir, si el mismo puede ser considerado a la luz de la legislación secundaria como un medio de prueba o si no lo será,

Al respecto el Código de Bustamante establece a partir de los Artículos 398 y siguientes, las disposiciones generales sobre la prueba, estableciendo que para decidir los medios de prueba que puedan utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por

³¹³ Esta regla se encuentra contenida dentro del Art. 186 del Código de Bustamante.

la ley del lugar en que se sigue el juicio, es decir, debemos inicialmente establecer el lugar en el cual se realizó el contrato,³¹⁴ lo cual para el Comercio Electrónico resulta a veces complicado, ya que existen contratos celebrados por medios electrónicos en los cuales no solamente se perfecciona el consentimiento sino que además, el cumplimiento mismo del contrato se efectúa a través de internet, tal es el caso de las descargas de películas, videos, fotografías, programas, entre otros.

Existe además, otra serie de disposiciones relativas al valor probatorio de los documentos otorgados, estableciendo de forma genérica que tendrán en cada uno de los Estados, el mismo valor en juicio que los otorgados en ellos, claro está, después de reunir ciertos requisitos, tales como: a) que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito, es decir, permitido por la legislación de ambos países, del lugar en el que se otorgó el contrato así como del lugar en que el documento se utilizará, b) que los contratantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a su ley personal, c) que para su otorgamiento se observen las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos, y d) que el documento se encuentre legalizado y cumpla con los requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar en donde se emplea.

Pues bien, en aplicación de la disposición antes relacionada del Código de Bustamante, no existirá impedimento alguno para que concluir que el Documento Electrónico tendrá pleno efecto probatorio si fue celebrado por los contratantes en alguno de los Estados Parte del mismo y para que tenga valor no solo de acuerdo a la legislación del Estado en el que se celebró sino, para que además, tenga efecto en cualquier otro Estado Parte,

De esta forma podemos afirmar que en armonía con el Tratado de Libre Comercio, si el Documento Electrónico fue verificado en alguno de los países que ya cuenta con la

³¹⁴ Debemos recordar que todo contrato es a la vez un acto jurídico, por lo tanto, la disposición que se cita es de aplicación para los contratos en general, más sin embargo, puede existir la dificultad de determinar el lugar de celebración del contrato, ya que no se produce en un campo geográfico sino en un campo virtual.

legislación apropiada para el efecto, el mismo tendrá plena validez en los países que como el nuestro no cuentan con dicha legislación.

Ahora bien, debemos recordar que el Código de Bustamante tomando en cuenta el año de su creación, ha llegado a convertirse en una legislación general como lo hemos expresado con anterioridad, ya que posteriormente a su suscripción, han surgido otros instrumentos internacionales de aplicación particular a ciertos y restringidos ámbitos de aplicación, y cuando sea procedente, el contrato en cuestión se someterá primeramente a las normas contenidas en los instrumentos internacionales de particular aplicación y en su defecto, a las normas generales contenidas en el Código de Bustamante, las cuales han sido analizadas con anterioridad.

Ahora corresponde llevar a cabo el análisis para la determinación del Tribunal competente que habrá de conocer en caso de controversia en la que sea necesario la valoración del Documento Electrónico,³¹⁵

41. Determinación de tribunal judicial o tribunal arbitral para resolver el problema presentado entre las partes contratantes

Es importante señalar que el análisis del valor jurídico del documento electrónico cobra mayor importancia cuando se presenta una controversia entre las partes contratantes, misma que puede ser resuelta a través del conocimiento de los tribunales judiciales o bien puede ser resuelta a través del conocimiento de un tribunal arbitral,³¹⁶

³¹⁵ Debemos recordar que en una controversia que pueda suscitarse debe determinarse cual será el tribunal competente para conocer y dilucidar el conflicto y luego, se determinará la legislación conforme a la cual se llevará a cabo la valoración de las pruebas que sean pertinentes e idóneas a dicha controversia.

³¹⁶ Cualquier tipo de controversia que pudiera suscitarse dentro de la aplicación o cumplimiento del contrato podrá ser sometido a conocimiento de un tribunal arbitral, de conformidad con el Art. 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que a la letra reza “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex”, en tal sentido, la voluntad de los Estados firmantes fue la de comprender todos los medios por los cuales pueda expresarse la

Sin embargo, no debemos perder de vista que lo que nos referiremos bajo este apartado será en relación a la sede en la que se deberán conocer las probanzas que fueran vertidas por las partes contratantes, que al igual como sucede con cualquier contrato aún que no fuere de índole electrónica o digital, los contratantes pueden decidir someterse al conocimiento de un tribunal judicial o someterse al conocimiento de un tribunal arbitral, ya sea en el contrato mismo o en un documento posterior, en cuyo caso, se habrá resuelto la sede más no la legislación conforme a la cual deberá resolverse la controversia, la cual atiende desde luego a otras circunstancias,

Por lo tanto, podrán las partes determinar con entera libertad la legislación que querrán les sea aplicable al caso en concreto, debemos considerar además, que si las partes tienen conocimiento de que en alguno de sus respectivos países no existe la adecuada legislación que regule acerca del comercio electrónico, lo lógico será que se sometan al conocimiento del tribunal de la parte que cuenta desde luego con la legislación apropiada³¹⁷ y en caso de que ambas partes carezcan de la legislación pertinente, podrán incluso someterse al conocimiento del tribunal de un país determinado que a juicio de los contratantes posea la legislación suficiente para resolver el caso planteado, a este punto nos hemos referido en el apartado anterior, lo cual no solo determinará la legislación conforme a la que se valorará el Documento Electrónico tal como hemos analizado anteriormente,

voluntad de las partes, con inclusión de los más modernos, en consecuencia, nada obsta para que las partes puedan comprometerse a someter sus diferencias a un tribunal arbitral por medio del mismo documento electrónico en el que se encuentre contenido el contrato, que desde luego será firmado electrónicamente, en el mismo orden de ideas, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador en el Art. 1 Inciso 2º reconoce “la eficacia de otros medios alternativos de solución de diferencias, que facultativamente pueden adoptar las personas naturales o jurídicas capaces, en asuntos civiles o comerciales, sobre los cuales tengan la libre disposición de sus bienes y que sean susceptibles de transacción o desistimiento”.

³¹⁷ El Salvador ha ratificado el Tratado de Libre Comercio entre Centro América, República Dominicana y Estados Unidos, en este momento se encuentra en proceso de debate la aprobación de dicho instrumento internacional en el Senado de los Estados Unidos de América y en caso que fuera aprobado, debemos recordar que El Salvador carece de un marco jurídico apropiado que regule acerca del Comercio Electrónico o sobre la Firma Electrónica aplicada a los contratos en general por una parte y por otra, que Estados Unidos ha sido el pionero de la legislación sobre el Comercio Electrónico, por lo tanto, en el caso de suscitarse controversias resultantes de la aplicación de dicho Tratado, puede suceder que las partes decidan someterse a la aplicación de la legislación de Estados Unidos de América.

sino que además, formará la creencia en los contratantes de que el juzgador es una persona de mayor experticia o conocimiento en el tema que habrá de dilucidar.

En este punto, debemos recordar que hemos presentado dos situaciones diferentes: a) Que las partes contratantes siendo nacionales del mismo Estado decidan someterse a la aplicación de leyes extranjeras, punto al cual nos hemos referido con anterioridad y, b), Que las partes contratantes siendo nacionales del mismo Estado decidan someterse al conocimiento de un tribunal extranjero y es este punto en el que profundizaremos a continuación.

Para analizar si las partes contratantes siendo nacionales del mismo Estado pueden validamente decidir someterse al conocimiento de un tribunal extranjero, debemos comenzar por estudiar primeramente los instrumentos internacionales aplicables y luego la legislación nacional sobre el mismo tema, a fin de concluir cuál de los instrumentos legales les será de aplicación al contrato estudiado.

Sin embargo, podemos advertir que de conformidad con el derecho internacional privado podrá llevarse a cabo tal situación, siempre que no se llegara a producir con ello un fraude a la ley, empero, para la legislación secundaria salvadoreña no es posible someter el litigio nacional al conocimiento de tribunales extranjeros,³¹⁸

Ahora bien, es necesario llevar a cabo un estudio de las cláusulas que conforman el contrato en cuestión, con el propósito de determinar si las partes contratantes establecieron un fuero particular que habría de conocer de la disputa, ya que podemos no solo estar en presencia de las variantes antes expresadas, sino que se pueden presentar una diversidad de combinaciones o matices, de tal manera que al llevar a cabo dicho análisis nos podríamos encontrar con las siguientes:

³¹⁸ Vid. Art. Art. 1333 del Código Civil Salvadoreño que a la letra reza “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño.- Así la promesa de someterse en El Salvador a una jurisdicción no reconocida por las leyes salvadoreñas, es nula por el vicio del objeto.”

- Que las partes contratantes siendo nacionales de un mismo país, pueden someterse al conocimiento de un tribunal extranjero en caso de encontrarse en conflicto derivado del contrato celebrado por ellos,

- Que las partes contratantes siendo nacionales de diferentes países, puedan someterse a la jurisdicción de un tribunal de una de las partes contratantes,

- Que las partes contratantes siendo nacionales de diferentes países, puedan someterse a la jurisdicción de un tribunal extranjero, ajeno al de las partes contratantes.

Debe señalarse que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías incorpora una serie de normas que permiten regular de forma sustantiva el contrato de compraventa internacional de conformidad a su ámbito de aplicación, sin embargo, no contiene ninguna norma relativa a la determinación de tribunal competente, por lo tanto, puede concluirse validamente que la determinación del tribunal se hará conforme a las reglas generales del derecho internacional,

En lo concerniente al TLC entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, como bien lo advertimos con antelación, sigue la tendencia de la mayoría de Tratados de Libre Comercio, los cuales abogan por la implementación de los métodos de solución pacífica de controversias, entre ellos la conciliación, la mediación y el arbitraje.³¹⁹

³¹⁹ Vid. Art. 10.15: del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América “Consultas y Negociación. En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.” Además, para mejor comprensión de los términos empleados en el Tratado de Libre Comercio, se incorpora un glosario de términos, con base al que se puede concluir que siempre que en aplicación del Tratado mencionado se haga referencia al “tribunal”, se entenderá que se refiere al tribunal de arbitraje establecido de conformidad a las normas del mismo, para lo cual se han dictado una serie de normas tendientes a establecer la forma en que se deberá llevar a cabo el nombramiento de los árbitros, el procedimiento de arbitraje, el laudo y ejecución de éste último.

Sin embargo, dentro de la misma normativa referente al sometimiento de una reclamación a Arbitraje, el legislador ha tenido el cuidado de establecer que en caso de controversia, el demandante “podrá” someterlo a conocimiento de un tribunal arbitral, con lo cual nos hace entender que también existe la posibilidad de someter la controversia al conocimiento de un tribunal judicial, pero, estableciendo con seguridad que debe al menos agotarse la fase de consultas y negociación.

El Código de Derecho Internacional o Código de Bustamante dispone, con la finalidad de establecer la competencia del juez en materia civil y mercantil, que será competente en primer término, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario,³²⁰

Podemos ahora responder a aquella pregunta que anteriormente nos hacíamos de si pueden las partes contratantes siendo nacionales de diferentes países, someterse a la jurisdicción de un tribunal de una de las partes contratantes, pues bien, con base a tal disposición, la respuesta será afirmativa, siempre que el contratante a cuya legislación se someten sea nacional o tenga su domicilio en el país en donde se encuentra el tribunal al que se sometieron ambos,

Ahora bien, si no se tratara de una sumisión expresa como la que se puede evidenciar en el contrato respectivo, será necesario tomar en consideración otras circunstancias importantes como por ejemplo, la sumisión tácita que será igualmente válida como por ejemplo, en el caso de prórroga de la competencia, es decir, aquella que se produce cuando el demandado contesta la demanda presentada ante el tribunal “no competente” sin alegar o excepcionarse por razón de la falta de competencia, más sin embargo, en esta última situación, es requisito necesario que al menos uno de los

³²⁰ Vid. Art. 318 del Código de Bustamante, en lo referente a las reglas generales de competencia en lo civil y mercantil.

contratantes sea nacional o tenga su domicilio en el lugar en donde se encuentra ubicado el tribunal que hubiere prorrogado su competencia.

Es de esta manera como haremos la determinación del tribunal judicial o arbitral competente y habiendo ya señalado cuál será la legislación aplicable para resolver el conflicto presentado, podemos en conclusión definir como se llevará a cabo la valoración del Documento Electrónico y quien tendrá a cargo tal misión.

A continuación pasaremos al análisis del Documento Electrónico a la luz de la legislación salvadoreña, todo ello en el caso de considerar que de acuerdo a las normas antes vistas, la legislación aplicable será la de El Salvador y conforme a ella se harán las valoraciones probatorias necesarias,

42. El documento electrónico y la naturaleza del contrato electrónico

Un aspecto importante de abordar será determinar la naturaleza del contrato electrónico, ya que de ello dependerá la legislación que habrá de aplicarse en cuanto a su régimen probatorio, es decir, si podemos llegar a concluir que la naturaleza del contrato electrónico necesariamente es la de un contrato civil, el valor probatorio del documento electrónico se verá regulado a través de las normas que determinen los procesos civiles en cuestión y en nuestro caso particular del Código de Procedimientos Civiles, pero, si por el contrario, llegamos a considerar que el contrato electrónico goza de una naturaleza eminentemente mercantil, su consecuencia, será que el valor probatorio del documento que emane, será regulado a través de la Ley de Procedimientos Mercantiles, la cual en más de algún aspecto incorporará variantes con respecto al primer tipo de legislación.

En el análisis que ahora llevaremos a cabo se hace necesario tomar en cuenta que existen algunos autores³²¹ que afirman categóricamente que cierto de tipo de contratos

³²¹ Vid. BARCELÓ, R.J., *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 109. La autora sostiene que debe ponerse de

electrónicos necesariamente serán de naturaleza eminentemente mercantil, específicamente refiriéndose a los contratos electrónicos EDI,

Para llegar a determinar la naturaleza del contrato electrónico debemos partir inicialmente determinando en qué consiste el término EDI, considerado este como “El intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en las transacciones comerciales con reducción al mínimo de la intervención manual”.³²²

Del concepto antes presentado, se desprende la necesidad de que para que nos encontremos en presencia del término EDI es necesario que el mismo se lleve a cabo a través de un formato normalizado, lo cual implica que deberá estar previamente aprobado por cualquier institución normalizadora como por ejemplo ISO, y contrario a ello, no puede realizarse a través de un formato de texto libre como sería el uso del *email* o del sistema de *chat*.³²³

Otra diferencia sustancial entre el empleo del término EDI y otros sistemas electrónicos, se suscita cuando el sistema EDI tiene su soporte en un intercambio de sistemas informáticos, es decir, que la comunicación se llevará a cabo entre un ordenador y otro, de tal manera, que incluso el sistema de decisión puede encontrarse previamente programado, llevando consigo la denominada “despersonalización del contrato”, ya que no existirá aquella libre elección que caracteriza a las personas y que al ser aceptada a través del sistema informático se concretiza en la formación del consentimiento.

manifiesto que la contratación EDI es una contratación de naturaleza mercantil, asumiendo, a priori, que se trata de una compraventa o bien de un contrato de suministro, lo cual es objeto de análisis en su obra.

³²² Vid. BARCELÓ, R.J., *op cit.*, p. 38. Este concepto es presentado por la autora como aquél que ha sido contenido dentro del Documento preparado por la Comisión Europea Presentación del EDI (Electronic Data Interchange) EUR 11883 ES. Comisión de las Comunidades Europeas.

³²³ Vid. BARCELÓ, R.J., *op cit.*, p. 39. Básicamente el sistema EDI utiliza mensajes diseñados únicamente para ser entendidos por los ordenadores, mientras que el resto de sistemas, como por ejemplo el *e-mail*, telex, fax, *Chat*, etc., utilizan mensajes diseñados para ser entendidos por personas.

Sin embargo, esta característica que al principio pudiera ser considerada como peligrosa, se encuentra unida al hecho de que el sistema EDI normalmente es empleado en una misma empresa o en diversas empresas que forman parte del mismo conglomerado, por lo tanto, se trata únicamente de la operativización de medios administrativos dentro de una misma empresa³²⁴ y no de sistemas de contratos entre la empresa y terceros ajenos a su formación, como sí suele suceder cuando se emplea los otros medios informáticos,

Es en este punto en el que suele llegarse a la conclusión que el empleo del sistema EDI necesariamente se desarrolla dentro del ámbito empresarial y por esta razón, el contrato que pueda emanar como resultado propio del sistema será un contrato de naturaleza mercantil y no de naturaleza civil.

Empero, para el amplio análisis que desde el inicio hemos realizado no podemos ceñirnos únicamente en el empleo del sistema EDI sino, que tomaremos en cuenta el empleo de diversos medios electrónicos que conllevan a la formación del consentimiento, por lo tanto, no podemos determinar con la misma seguridad, que se trata de un contrato mercantil o civil, sino, que dependerá de las reglas tradicionales que actualmente empleamos para determinar la naturaleza del contrato escrito tradicional, es decir, cuando de acuerdo a las reglas del régimen mercantil nos encontramos en presencia de un tipo de contrato de esta naturaleza, ya que ésta constituiría la excepción y la determinación del contrato como de naturaleza civil, es la regla general.

Después del análisis realizado, nos podríamos preguntar si es conveniente que clasifiquemos la naturaleza del contrato, dependiendo del sistema informático o telemático que se hubiera empleado, siendo lo más correcto que consideremos al sistema telemático o

³²⁴ Vid. BARCELÓ, R.J., *op cit.*, p. 42. Un ejemplo citado por la autora, acerca del empleo del sistema EDI lo constituye la telemática de gestión, cuya finalidad es el mantenimiento de los datos de la empresa a través de programas de facturación, de gestión de stocks, etc., así como la transmisión de esos datos de terminal a terminal y la telemática de comunicación, encargada de transportar la información, un ejemplo típico de este tipo de telemática es el fax.

informático empleado únicamente como un medio para la formación del consentimiento y que por lo tanto, el empleo que se haga de él no será suficiente para concluir con certeza que el contrato que habrá de formarse se trata de un contrato mercantil, civil, internacional o de cualquier otra naturaleza.

En conclusión, una vez hubiéramos determinado la legislación nacional que fuera aplicable para resolver el litigio y partiendo de las consideraciones anteriores, lo conveniente es concluir que le corresponde al tribunal competente que conocerá de la controversia que pudiera suscitarse, realizar el análisis necesario con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica del contrato que se ha formalizado a través del empleo de sistemas informáticos o telemáticos, pudiendo desde luego, tratarse de contratos de naturaleza civil, mercantil, internacional o cualquier otra.

43. Validez del Documento Electrónico de acuerdo al perfeccionamiento de los contratos en la legislación secundaria salvadoreña

Tradicionalmente el momento en el que se perfeccionan los contratos³²⁵ ha marcado la importancia del documento que lo contiene, de tal manera que si los contratos se perfeccionan con el otorgamiento de solemnidades como por ejemplo, escritura pública; los contratos son denominados contratos solemnes, en cambio, si para su perfeccionamiento requieren de la entrega real de un objeto o de la constitución de un derecho real, son denominados contratos reales; pero si por el contrario, los contratos se perfeccionan con el solo consentimiento, los contratos son consensuales.³²⁶

³²⁵ Vid. MANASEVICH, R.A. *Las Obligaciones*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993. p. 70. Esta clasificación atiende a la forma en que se perfecciona el contrato, y no como pudiera pensarse a la mayor o menor importancia del consentimiento, ya que todo contrato necesita del consentimiento de las partes contratantes para que el mismo sea existente, sin embargo, para los contratos consensuales, basta el simple consentimiento para que el contrato exista y a la vez se entienda perfecto, generando con ello las obligaciones propias del contrato, así por ejemplo, la compraventa y el arrendamiento de bienes muebles.

³²⁶ Vid. Art. 1314 del Código Civil Salvadoreño.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual, cuando se

De la clasificación expuesta, depende la importancia de que exista un documento que contenga el contrato a celebrar, de igual manera, su ausencia será sancionada con nulidad si se tratara de solemnidades propiamente dichas o no, en caso contrario;³²⁷ pero, para el caso particular de los contratos consensuales, lo indispensable para su perfeccionamiento lo constituye la voluntad libre expresada por las partes contratantes,³²⁸ es bajo el análisis de este tipo de contratos que resulta imperante el determinar la formación del consentimiento a través de la oferta y la aceptación, tal como se precisó con antelación.³²⁹

Si como se señaló con anterioridad, existen disposiciones legales contenidas en leyes especiales o en reformas a los diversos cuerpos legislativos generales que determinen la plena validez del contrato electrónico, el análisis que estaremos prontos para llevar a cabo no será necesario, ya que la validez del mismo en todo caso será de plena prueba, lo mismo que si se tratara de documentos públicos, es decir, de los otorgados ante notario o si es considerado como soporte, su valor dependerá del valor del documento que contiene.

43.1. Validez del Documento Electrónico en los contratos consensuales

perfecciona por el solo consentimiento. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”.

³²⁷ RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 24. En materia de contratos, o en general de negocios jurídicos, los documentos públicos y privados pueden ser requisito de forma, si son exigidos por la Ley ad solemnitatem, o constituir la forma de las declaraciones de voluntad cuando no exista convenio anterior vinculante entre las partes o se sustituya o altere mediante ellos el convenio preexistente; aunque todavía algunos piensen que en los negocios jurídicos consensuales la forma tiene que ser necesariamente ad probationem, cuando también puede ser forma de la declaración del consentimiento y por tanto, dispositiva.

³²⁸ RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 25. Si la voluntad se puede declarar de palabra, por documento público o privado, por gestos, por actos concluyentes ¿cómo va a poder declararse electrónicamente? Pero también aquí hay que determinar si nos encontramos ante una nueva forma de declaración, que no es ni forma oral ni forma escrita, sino, forma electrónica; o bien puede incluirse pura y simplemente o como mera modalidad en alguna de las formas ya conocidas, especialmente en la declaración documental.

³²⁹ Vid. Supra Apartado 19 y 20.

Considerando que en los contratos consensuales, la formación del consentimiento es la determinante para que el contrato exista, sea perfecto y produzca los efectos necesarios, no es indispensable en consecuencia, la formulación de un documento que contenga el contrato en cuestión, por lo menos no para su existencia, aunque para efectos probatorios se requiera de dicho documento, bastaría únicamente la debida conformación de la oferta y la aceptación del contrato para que se entienda que el precitado contrato ha sido debidamente elaborado y por ende, pueda producir plenamente sus efectos legales.

Cuando el contrato consensual requiera de la elaboración de un documento es cuando nos encontramos en presencia de las solemnidades requeridas para prueba, sin las que el contrato existirá, será perfecto y producirá sus efectos, pero, cuya existencia será difícil demostrar ante los tribunales en caso de acción judicial, por tanto, bastaría que el contrato en cuestión se haga constar en principio, en cualquier tipo de instrumento, más sin embargo, para que el mismo pueda merecer plena prueba en juicio, se requerirá que se trate de aquellos que la ley otorga plena validez probatoria, es decir, que se trate de un instrumento público o de un instrumento auténtico, más no de un instrumento privado que por sí solo no tendrá plena validez probatoria.³³⁰

En aquellas legislaciones en que se han dictado normas legales que determinen la validez del documento electrónico concediéndoles plena prueba, la sola existencia del documento electrónico será suficiente para demostrar en juicio la existencia del contrato, empero, si se trata de aquellas legislaciones en las que aún no se han dictado normas legales que determinen la validez del contrato electrónico, tal es el caso de la legislación salvadoreña, deberá estudiarse la conformación propia del documento electrónico con la finalidad de determinar si el mismo trata de un documento público, auténtico o privado, tal como se analizará a continuación.

³³⁰ Vid. Art. 262 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño establece que son instrumentos privados los hechos por personas particulares o por funcionarios públicos en actos que no sean de su oficio, y de conformidad a las disposiciones que contienen la preferencia de las pruebas, contenidas en el Art. 415 y siguientes del Código Procesal Civil Salvadoreño, este tipo de instrumento no constituye plena prueba, en consecuencia, su valor probatorio se encuentra reducido de gran manera.

Es sabido que el documento auténtico es aquel que ha sido emanado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones,³³¹ por lo tanto, el documento electrónico resultante, no puede ser calificado de esta manera debido a que se trata de un instrumento que se ha generado entre particulares, en el caso particular de la contratación, y aún en aquellos casos en los que participan diferentes entes que conforman la Administración Pública, por tratarse de relaciones de coordinación y no de subordinación entre la administración y los administrados, podríamos asegurar que no se trata de un documento auténtico, a menos que se tratase de aquella situación particular del documento expedido y firmado electrónicamente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, al que hemos hecho referencia con anterioridad,³³²

Ahora bien, debemos determinar si el documento electrónico tiene la misma naturaleza que la de un documento público, para este análisis es necesario considerar que dentro de la legislación salvadoreña, los documentos públicos son los expedidos únicamente por los notarios, en estricto sentido, no podríamos afirmar que el documento electrónico sea un documento público, ya que la legislación salvadoreña comprende únicamente tres tipos:³³³ la escritura matriz, la escritura pública o testimonio y el acta

³³¹ Vid. Art. 260 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño, establece que “hacen plena prueba, salvo los casos expresamente exceptuados, los instrumentos auténticos. Se entiende por tales: 1° Los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, 2° Las copias de los documentos, libros de actas, catastros y registros que se hallen en los archivos públicos, expedidas por los funcionarios respectivos en la forma legal; 3° Las certificaciones sobre nacimientos, matrimonios y defunciones, dadas con arreglo a los libros por lo que los tengan a su cargo, y 4° Las certificaciones de las actuaciones judiciales de toda especie, las ejecutorias y los despachos librados conforme a la ley. Los instrumentos a que se refiere el presente artículo, podrán ser expedidos usando sistemas fotográficos de acuerdo con las prácticas administrativas que el Gobierno adopte en sus distintas dependencias. En tales casos el valor del papel sellado que corresponda al instrumento se compensará con timbres fiscales”.

³³² Vid. Supra Apartado 27.

³³³ Vid. Art. 2 de la L.N. Salvadoreña. “Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: escritura matriz, que es la que se asienta en el Protocolo; escritura pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz; y actas notariales, que son las que no se asientan en el Protocolo”.

notarial, por tanto, la naturaleza del electrónico no es equiparable a ninguna de estas tres especies.

Con anterioridad reconocíamos que la función que desempeñan las entidades de certificación es muy parecida a la que realiza el notario latino, sin embargo, no puede por vía de interpretación o analogía determinarse que se trate de un instrumento público

Hechas las consideraciones anteriores, podemos determinar que la validez del documento electrónico es igual a la del documento privado, por cuanto se trata de un documento otorgado entre particulares, la problemática podría presentarse de nuevo cuando recordamos que el documento privado por sí solo no constituye plena prueba de la existencia del contrato consensual, sino, que solo puede significar un principio de prueba por escrito.

Pues bien, en este punto debemos determinar que la anterior afirmación es aplicable para aquellas obligaciones de más de doscientos colones, ya que al principio de prueba por escrito debemos acompañar la debida prueba testimonial necesaria y una vez realizado, se constituiría plena validez de la existencia del mismo.³³⁴

³³⁴ Vid. Art. 1580 del Código Civil Salvadoreño.- “Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones.- No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.- No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida. En esta disposición legal se establece la obligación de hacerse constar por escrito para aquellos contratos de más de doscientos colones”, sin embargo, a su vez el Art. 1579 del Código Civil Salvadoreño establece “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, esta regla determina que la prueba testimonial no es válida cuando sea el único medio probatorio”, ahora bien, más adelante el legislador señala en el Art. 1582 del Código Civil “Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.- Así un pagaré de más de doscientos colones en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia.- Exceptúanse también los casos expresamente exceptuados en este Código y en los Códigos especiales”. Ahora bien, es con el documento electrónico que se cumple el principio de prueba por escrito que requiere esta disposición legal, por lo tanto al acompañarlo de la prueba testimonial adecuada, se constituye la prueba necesaria de la obligación.

Caso contrario, es decir, para aquellas obligaciones que no exceden los doscientos colones, no se requiere de una solemnidad para prueba, por lo tanto, bastaría con un principio de prueba por escrito para demostrar su existencia, por ende, con el documento electrónico puede demostrarse su existencia.

43.2. Validez del Documento Electrónico en los contratos reales

Recordemos inicialmente que los contratos reales³³⁵ son aquellos que para su perfeccionamiento se necesita la tradición del objeto del contrato, tal es el caso del contrato de mutuo, y al igual que en los contratos consensuales, no se requerirá de solemnidades necesarias para su perfeccionamiento y en caso de haberlas, serán únicamente con el propósito de probar en juicio la existencia de tal contrato, es decir, que una vez más haríamos referencia a las solemnidades requeridas para prueba.

Nuevamente debemos recordar que la exigencia de las solemnidades para prueba es extensiva únicamente para aquellas obligaciones que excedan de doscientos colones, ya que si el monto es menor, no se requerirá de dicha solemnidad, por tanto, podemos concluir de la misma manera, señalando que el documento electrónico podrá ser considerado como un principio de prueba por escrito, es decir, como un documento privado en cuyo caso, se requerirá además de la deposición de testigos para que pueda considerarse plena prueba.

43.3. Validez del documento electrónico en los contratos solemnes

Recordemos inicialmente que esta clasificación de los contratos depende del momento de perfeccionamiento de los mismos, sin embargo, en los contratos solemnes, se trata de contratos en los que se requieren de ciertas solemnidades para que los mismos sean

³³⁵ Vid. Art. 1314 del Código Civil Salvadoreño “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”.

perfectos y produzcan sus efectos jurídicos, tal es el caso de la compraventa de bienes inmuebles o la constitución de una hipoteca.

Este tipo de formalidades requeridas para los contratos solemnes, son las denominadas Solemnidades Propiamente Dichas o Solemnidades *Ad Sstantiam Actus*, cuya relación con el instrumento electrónico analizaremos más adelante.

Pues bien, la legislación salvadoreña cita como ejemplos de solemnidades, el otorgamiento en escritura pública,³³⁶ la comparecencia de testigos al acto o contrato³³⁷ e incluso la inscripción registral.³³⁸

De acuerdo a la legislación civil actual, no podrá el contrato electrónico sustituir a estas formas de solemnidades que ya se encuentran establecidas en la legislación salvadoreña, a menos que una ley especial determine que el instrumento electrónico pueda sustituir al menos a la escritura pública, siendo la solemnidad con la que encuentra mayor compatibilidad o que sea soporte de la escritura pública.

³³⁶ Vid. La compraventa de bienes inmuebles es un ejemplo de contrato que requiere de otorgamiento en escritura pública, al igual que lo es la permuta de bienes inmuebles, la donación de bienes inmuebles y la constitución de hipoteca.

³³⁷ Vid. La donación en general, de bienes muebles o inmuebles es un contrato que requiere de la comparecencia de testigos al acto mismo, es otra esfera del derecho también lo es el otorgamiento de un testamento abierto o cerrado. Vid. Art. 34 de la L.N. Salvadoreña “No será necesaria la concurrencia de testigos de asistencia al otorgamiento de instrumentos públicos o de cualquier otro acto notarial, excepto que se tratare de testamento y de donaciones de cualquier clase”.

³³⁸ Dentro de la legislación salvadoreña, la constitución de una hipoteca es el único ejemplo en el cual la inscripción registral es una solemnidad requerida por el legislador y sin la cual, la hipoteca no producirá ningún efecto, Vid. Art. 2160 del Código Civil Salvadoreño “La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el Registro de Hipotecas; sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde que se presente al Registro respectivo si se siguiere inscripción”. En la legislación salvadoreña el sistema registral que prevalece señala que la inscripción registral de un acto o contrato será con la finalidad de que surta efectos frente a terceros tal como se estableció en el Art. 667 del Código Civil Salvadoreño “La tradición del dominio de bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en el que el tridente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad”, salvo la constitución del derecho real de hipoteca, que como se señaló con anterioridad su inscripción no es para efectos frente a terceros sino, para que la hipoteca produzca plenos efectos.

En el caso particular de los contratos solemnes, el legislador estableció expresamente que en caso de faltar las formalidades requeridas no se produciría ningún efecto civil y ésta será la consecuencia lógica que se producirá si en lugar del otorgamiento de una escritura pública, se empleara el instrumento electrónico en el marco legal con el que ahora cuenta la legislación salvadoreña.

La falta de solemnidades que proceden de actos, en los cuales la ley exige éstas solemnidades para producir efectos civiles, nos proporciona como resultado una obligación natural,³³⁹ es decir, una obligación que no da derecho a su titular para poder ejercitar una acción judicial en busca de su reclamo, pero que autorizan al mismo para retener lo que se ha pagado en razón de ellas.

En consecuencia, si se utilizara un instrumento electrónico para consignar una obligación que debió otorgarse en escritura pública, la consecuencia necesaria será la producción de una obligación natural que importa las características antes presentadas.

44. Validez del Documento Electrónico según la clasificación de las solemnidades en los diferentes tipos de contratos

Con anterioridad hemos analizado la validez del documento electrónico dependiendo del momento del perfeccionamiento de los contratos y de acuerdo a cada tipo de ellos, considerándolos como: solemnes, reales y consensuales.

³³⁹ Vid. Art. 1341 Inciso segundo y Ord. 3° del Código Civil Salvadoreño “Las Obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Tales son: 3° Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida.”

Ahora bien, para la legislación salvadoreña también es importante determinar la validez del documento electrónico, considerando los diversos tipos de solemnidades, para ello, debemos recordar que tradicionalmente las solemnidades pueden ser clasificadas en cuatro tipos: a) Solemnidades propiamente dichas o llamadas también Solemnidades Ad Sustantiam Actus, b) Solemnidades Voluntarias, c) Solemnidades para prueba o llamadas también Solemnidades Ad Probationem y d) Solemnidades Habilitantes.

La función del documento electrónico como medio para demostrar fehacientemente la existencia y validez del contrato, tendrá especial relevancia únicamente dentro de las solemnidades propiamente dichas y dentro de las solemnidades para prueba, más no así para las solemnidades voluntarias y tampoco para las solemnidades habilitantes.

Debemos recordar que las solemnidades voluntarias son las que las partes contratantes han pactado como necesarias para la perfección y efectos del contrato mismo y sin ellas, el contrato no se tendrá como perfeccionado, por tanto, en esta especie de solemnidades se trata de contratos que por su propia naturaleza no requieren de tales solemnidades,

Si se tratara de negocios jurídicos que requieren de solemnidades y las partes además las establecen como necesarias, no por ello, las solemnidades se convierten en voluntarias, sino, que las partes habrán retomado en el documento contractual la obligación que con anterioridad ha determinado la ley,

En cuanto a las solemnidades habilitantes, su propia naturaleza trata de requerimientos que se encuentran predeterminados en la ley y cuya exigencia es necesaria para que las partes contratantes se encuentren habilitadas o autorizadas para llevar a cabo la formación y perfeccionamiento de ciertos y determinados contratos.

Como se ha señalado anteriormente se trata de solemnidades que se encuentran determinadas en la ley, sin embargo, la finalidad de las mismas marca la diferencias con las

solemnidades propiamente dichas, ya que su fin es la de autorizar a los contratantes para llevar a cabo cierto y determinado acto jurídico, de tal manera, que las partes que en este caso intervienen son capaces de contratar en cualquier otro contrato más no en este contrato en particular, ya que para éste, se trata de personas particularmente incapaces para contratar a menos que preceda las solemnidades requeridas para su habilitación o autorización,³⁴⁰

Debido a las razones que antes hemos comentado, podemos concluir que cuando se trate de solemnidades voluntarias para un acto o contrato que originalmente no las requiere y siendo que las partes contratantes decidieran introducir el documento público electrónico, sin lugar a dudas, el mismo será prueba suficiente e idónea para demostrar el perfeccionamiento y la validez del contrato

Y en el caso de las solemnidades habilitantes, por tratarse de requisitos en los que actualmente es necesaria la intervención del juez, la utilización del documento electrónico por ahora, no sustituirá a tal requerimiento, aún cuando las partes lo hubieren acordado de esa manera,

Pues bien, nuestro análisis ahora se ceñirá únicamente a dos tipos de solemnidades, las solemnidades propiamente dichas y las solemnidades para prueba, en las cuales el uso del documento electrónico puede ser incorporado y sus efectos legales serán disgregados a continuación:

Como se señaló con anterioridad el empleo de solemnidades propiamente dichas se encuentra estrechamente vinculado a los contratos solemnes y estas formalidades pueden traducirse en el otorgamiento de escritura pública, la comparecencia de testigos de asistencia al acto o la inscripción registral, en tal caso, el documento electrónico podrá

³⁴⁰ Tal es el caso del requerimiento de autorización judicial para la compraventa por parte de los padres de familia, de los bienes inmuebles de los menores de edad, de acuerdo al Código de Familia, y adicionalmente se necesita que tal venta se lleve a cabo en pública subasta, para garantizar que los bienes que se venden, obtengan el mejor precio.

suplir a la escritura pública y producir plenos efectos legales si se contara con la legislación especial adecuada que le atribuyera esta validez,

De lo contrario, el instrumento electrónico no podrá suplir el requerimiento de escritura pública y suponer que producirá plena validez como actualmente produce ésta, en tal caso el uso del instrumento electrónico se tomará como un simple principio de prueba por escrito y nos encontraríamos frente a la violación de un requerimiento de formalidad señalado por la ley.

En conclusión y tal como lo habíamos señalado con anterioridad, lo que sucede es que se produciría una obligación meramente natural y por lo tanto, el titular de la misma, carecerá de la acción necesaria para proceder a su reclamo por la vía judicial,

En cuanto a las Solemnidades para Prueba o *Ad Probationem*, el legislador es mucho más flexible por cuanto se trata de contratos que se han perfeccionado incluso con anterioridad al momento del otorgamiento de la formalidad requerida, como sucede en los contratos solemnes y en los contratos reales que anteriormente señalamos,

Es en este tipo de solemnidades que el instrumento electrónico tendrá mayor aceptación y mejor aplicación legal, por cuanto el legislador requiere para el efecto de demostrar judicialmente la existencia del contrato que se haga constar por escrito, pues bien, tal requerimiento se encuentra encaminado a los actos o contratos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones,

En este tipo de solemnidad, el legislador no requirió de una escritura pública por lo tanto, la utilización del instrumento electrónico es perfectamente viable, sin embargo, el análisis del uso del instrumento electrónico pasará a un estudio no desde el punto de vista civil sino, procesal, por cuanto debemos preguntarnos cual será el valor probatorio de dicho instrumento de acuerdo con el ordenamiento procesal salvadoreño al cual nos vamos a referir a continuación,

45. Valor probatorio del documento electrónico de acuerdo al régimen procesal salvadoreño

Debemos partir por recordar que existe una marcada diferencia entre el sistema de valoración de la prueba en el ámbito penal y el sistema de valoración de la prueba en el ámbito civil, ya que en el primero las pruebas serán consideradas como determinantes tomando como elemento principal la sana crítica o sistema de libre valoración de la prueba.

En cambio, en el sistema de valoración de pruebas en el ámbito civil se utiliza el denominado método de prueba tasada, en el que poco o nada queda a criterio del juzgador, por lo tanto, es en éste en el cual debemos enmarcar al instrumento electrónico,

Según este último sistema de valoración, las pruebas pueden ser consideradas como plenas pruebas o como semiplenas pruebas, de manera que dentro de las pruebas plenas se encuentran los instrumentos públicos y auténticos y considerando que el instrumento electrónico no puede ser considerado de ninguno de estos tipos de instrumentos cuando es otorgado por personas particulares, por las razones que con anterioridad hemos expresado, sino que se trata de un instrumento privado, en consecuencia, su efecto probatorio al menos bajo el amparo de esta clasificación de instrumentos no será el de plena prueba.

Otra situación diferente que merece nuestra atención, es el del documento privado fehaciente,³⁴¹ que también es considerado como un tipo de instrumento que se configura como plena prueba, sin embargo, debemos considerar si el instrumento electrónico puede ser considerado como un instrumento de esa naturaleza.

Podemos considerar que el instrumento privado fehaciente es aquel instrumento que ha sido reconocido en juicio por la parte a quien se opone, imprimiéndole el valor jurídico

³⁴¹ Vid. Art. 415 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño “Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente: 6° Los privados fehacientes”.

necesario para que por si solo pueda presentarse como prueba, tal es el caso del instrumento que ha sido objeto de reconocimiento judicial voluntario o provocado o aquel que ha sido verificado en juicio,³⁴²

Sin embargo, de la legislación actual podemos concluir que cuando se trate de instrumentos reconocidos, realmente a lo que se procede es al reconocimiento de la firma que calza tal documento, por lo tanto, se referirá al reconocimiento de la firma ológrafa³⁴³ y no a la firma electrónica que pueda habersele impregnado al mismo,

Por tanto, no podrá materialmente procederse al reconocimiento de la firma electrónica, sobre todo si tomamos en consideración que se trata no de un grafo sino de una combinación de números por una parte y por otra, que la firma electrónica no requiere de dicho reconocimiento, porque por si sola se convierte en el sustituto de la firma ológrafa, concediéndole certeza al documento.

De acuerdo a lo anterior, podemos validamente concluir que el instrumento electrónico tampoco puede ser calificado como un instrumento privado fehaciente.

Finalmente, debemos concluir que el valor probatorio del instrumento electrónico será el mismo que pueda atribuírsele al instrumento privado, el cual de conformidad con la legislación actual únicamente constituye semiplena prueba, que por si sola no es suficiente

³⁴² Vid. Art. 264 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño “El instrumento privado escrito en el papel correspondiente, reconocido judicialmente, aunque sea sin juramento por la parte contra quien se opone, por su procurador especial o por su representante legal, o que la ley da por reconocido, tiene valor de escritura pública en los casos y términos expresados en el Código Civil C. 1573.” Y en lo concerniente a la verificación, Vid. Art. 283 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño “Cuando aquél a quien se opone un instrumento privado niega su firma o declara que no reconoce la atribuida a un tercero, o que de su orden se puso, podrá el interesado solicitar su verificación, salvo la prueba en contraria”.

³⁴³ Vid. Art. 266 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño “Aquel a quien se opone un instrumento privado está obligado a confesar o negar formal y categóricamente su letra o firma, o que de su orden se ha puesto, o si reconoce o no la obligación contenida en el instrumento presentado, sin permitir el Juez, bajo su responsabilidad personal, ninguna contestación dudosa o evasiva. Sus herederos pueden declarar que no conocen la letra o firma de su autor. El solo reconocimiento de la letra produce los efectos consignados en los artículos 1575 y 1576 C. Y los demás que expresamente determina la ley”.

para demostrar el contrato pero que unida a otra semiplena prueba será suficiente para que el juez pueda resolver con base en ellas.³⁴⁴

³⁴⁴ Vid. Art. 413 del Código de Procedimientos Civiles Salvadoreño “Dos o más pruebas semiplenas pueden unirse y ser suficientes para resolver, si de la unión de ellas resulta que no puso menos de ser la cosa como la prueba anuncia”.

CUARTA PARTE

FIRMA ELECTRÓNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

CAPITULO X

LA FIRMA ELECTRÓNICA Y SU APLICACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 46. El cambio desde la Administración Pública hasta la Administración Electrónica; algunos comentarios generales al respecto. 47. Primeros pasos de la Administración Pública de El Salvador hacia la Administración Electrónica. Especial referencia a la Comisión Nacional Para la Sociedad de la Información. 48. Administración Pública y Entidades de Certificación. Fiscalización y Control o una entidad de certificación más.

46. El cambio desde la Administración Pública hasta la Administración Electrónica; algunos comentarios generales al respecto

Hemos analizado en las páginas anteriores el uso de la firma electrónica, así como la intervención de los sujetos que participan en su aplicación, pero hemos dejado para los epígrafes finales el uso que la Administración Pública puede concederle a la firma electrónica, ya que puede ser muy variado como veremos a continuación, por ejemplo, la administración puede intervenir confiriéndole el papel de entidad de certificación o como simple suscriptor del certificado y finalmente, como usuario del mismo; debemos recordar que en definitiva se trata de una persona jurídica que es capaz de llevar a cabo actividades de la misma manera que una persona física.

En principio, el Estado es interesado en fomentar el uso de la firma electrónica de parte de todos los nacionales, ya que con ello se simplifican los procedimientos utilizados, los costos por tanto, disminuyen y significan además, una forma de llevar los servicios públicos al alcance de las personas.

El uso de la firma electrónica de parte de la Administración Pública abre una serie de posibilidades, hasta el momento desconocidas,³⁴⁵ pero que pueden ser aprovechadas en su máxima expresión y entre estos usos, podemos citar: la consulta telemática de los expedientes y de la información personal de cada ciudadano, estableciendo un canal seguro y fiable que le permita transmitir esa comunicación; la implantación de procedimientos administrativos en línea, que permitan a los ciudadanos y a las empresas llevar a cabo trámites administrativos en línea, que pueden ir desde los ya realizados materialmente, hasta nuevos procedimientos, especialmente creados debido a la implementación de medios electrónicos o telemáticos; la creación de sitios web que permitan el acceso a las diversas entidades de la misma administración, de tal manera que el sistema de ventanilla única que a veces suele implementarse de forma material, también se pueda realizar en el internet; y, por último, incrementar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos,³⁴⁶ creando espacios para la participación ciudadana por medio de foros, debates, etc.

³⁴⁵ Vid. ZATARAÍN DEL VALLE, R. “*Recepción Jurídica de la Administración Electrónica en España. Estrategias para su desarrollo*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo., *cit.*, p. 79. El autor cita a su vez a Erkki Likanen, Comisario Europe responsable de Empresa y Sociedad de la Información quien manifestó en su intervención denominada “eGovernment and the European Union” en la Conferencia “Gobierno local en la Sociedad de la Información”, dictada en Barcelona el 21 de marzo de 2003, que la Administración Electrónica puede contribuir de tres modos diferentes para que la Administración Pública sea mejor: a) Desarrollando unos servicios más integrados y personalizados. Una administración en red y una gestión coordinada de la información nos van a permitir avanzar hacia unos servicios más integrados y personalizados, teniendo como foco la situación personal y la necesidad concreta de sus destinatarios, ciudadanos o empresas, que conoceremos a través de unos sistemas y una organización capaces de una profunda interacción con ellos. b) Aumentando la productividad y la eficiencia de la Administración. Mediante el uso intensivo, inteligente y coordinado de las tecnologías de la información, hoy es posible un salto cualitativo en productividad, calidad e innovación en el conjunto de la Administración y del sector público, con el gran efecto inducido que ello puede tener sobre la economía y la sociedad: menores costes de los servicios públicos para los ciudadanos, reducción de la carga administrativa para las empresas, mejora general de la productividad y la calidad de vida. c) Contribuyendo a un gobierno más abierto y participativo. La administración Electrónica facilita el seguimiento de lo que hace el Gobierno en cualquiera de sus niveles central, automático y local, permite a los ciudadanos participar en el proceso de formación de las decisiones desde las fases más tempranas, así como conocer más de cerca como se invierten sus impuestos. Las tecnologías de la información y las comunicaciones se ponen de este modo al servicio de la participación y de la democracia.

³⁴⁶ Es considerado como una nueva forma de hacer política, por lo que se ha denominado mecanismos de *edemocracia*.

En algunos países como España,³⁴⁷ el interés del Estado no es una simple intención, sino que se ha incluido dentro del texto de la ley, la obligación que se impone a la Administración Pública de impulsar el empleo y aplicación dentro de los ámbitos de sus actividades, de las técnicas y medios electrónicos.³⁴⁸

En países como el nuestro –El Salvador-, la aplicación de la firma electrónica se incorporó por iniciativa de la Administración Pública y no por el interés de la empresa privada, tal como se explicitó desde el inicio.³⁴⁹ Esto es tan solo una muestra de la importancia del papel que juega la Administración Pública, e incluso se ha tomado el término *eGobierno* para identificar a algunos sitios web de su propia administración.³⁵⁰

³⁴⁷ Vid. SALIDO DEL POZO, J.D. – MARTÍN-SONSECA, M.A. “*Empleo de la Firma Electrónica en el seno de las Administraciones Públicas: Derecho Comparado*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España, p. 49. A nivel mundial el nivel de desarrollo de la *eAdministración* es muy variado. La consultora Accenture presentó en abril de 2001 su estudio Rethoric vs. Reality en el que se analizaba el grado de desarrollo de la *eAdministración* en 22 países del mundo, ofreciendo cuatro categorías de países en función de su *eAdministración*: Los líderes innovadores: Estados Unidos, Canadá y Singapur; los seguidores visionarios: Australia, Finlandia, Holanda, Noruega y reino Unido; los cumplidores firmes: Francia, Alemania, Bélgica, España, Irlanda, Nueva Zelanda, Hong Kong y los creadores de plataformas: Japón, Brasil, Malasia, Sudáfrica, Italia y México. Por su parte, otra encuesta global más amplia, la “Global e-government survey” realizada en el verano de 2001 entre 196 países de todos los continentes (analizando 2288 páginas web gubernamentales), reveló como principales conclusiones que solo el 8% de los sitios analizados ofrecían la realización completa de trámites y servicios públicos por vía telemática, mientras que el 71% ofrecían acceso a publicaciones y el 41% enlaces a bases de datos. Además, solo el 3% de los sitios tenían políticas de seguridad y el 6% políticas de privacidad. Los 10 primeros países eran: Estados Unidos, Taiwán, Australia, Canadá, Reino Unido, Irlanda, Israel, Singapur, Alemania y Finlandia, constatándose que por regiones, como regla general, los países de Norte América, Europa, Asia y Medio Oriente estaban mejor situados que los países de Rusia y Asia Central, Sudamérica, islas del Pacífico, América Central y Africa, por este orden.

³⁴⁸ Vid. MARTÍNEZ DEL PERAL, I.C.DE P., “*Contratos, Convenios y Firma Electrónica*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003. p. 100. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), pensaba para la eficiencia de las Administraciones Públicas, en su artículo 45, rubricado precisamente como “incorporación de medios técnicos”, que las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las leyes.

³⁴⁹ Vid. Supra Apartado 2.

³⁵⁰ Por ejemplo el sitio web del Ministerio de Gobernación. <http://www.gobernacion.gob.sv/eGobierno>

Existen ya, diversas legislaciones nacionales e internacionales encaminadas a determinar con mayor o menor grado, la participación de la Administración Pública. Claro está, que aquellos países que son pioneros en la regulación y aplicación de la firma electrónica, llevan ventaja sobre aquellos países que aún no contamos con una regulación integral acerca del tema a tratar. España, por ejemplo cuenta con toda una amplia gama de leyes al respecto, algunas de carácter nacional, otras de carácter regional y otras más, que forman parte de las Directivas³⁵¹ que rigen para toda la Unión Europea.³⁵² Todo el

³⁵¹ Vid. ALBIÑANA LÓPEZ, M.A. “*La Firma Electrónica en el Ministerio de Economía*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit. ,p. 86. El Considerando 19 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, establece que la firma electrónica se utilizará en el sector público en el marco de las administraciones nacionales y comunitaria y en la comunicación entre dichas administraciones y entre éstas y los ciudadanos y agentes económicos, por ejemplo en la contratación pública, en la fiscalidad, la seguridad social, la atención sanitaria y el sistema judicial. Además, el Art. 5.7 determina que “Los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales. Tales prescripciones serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y solo podrán hacer referencia a las características específicas de la administración de que se trate. Estas prescripciones no deberán obstaculizar los servicios”. Idem. Vid. ZATARAÍN DEL VALLE, R. “*Recepción Jurídica de la Administración Electrónica en España. Estrategias para su desarrollo*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España, p. 73. El término Administración Electrónica (AE) es la expresión que han preferido las instituciones comunitarias europeas y con ellas diversos países europeos, equivalente a la más universal y extendida “*Electronic Government*” o bien *eGovernment*, en ese estilo condensado que ha hecho fortuna en estos últimos años en expresiones como eCommerce, eBusiness y docenas de otras parecidas y cuya primera expresión popular quizás fuera *e-mail* o correo electrónico.

³⁵² Vid. NORES GONZÁLEZ, C. “*Marco en el que se desenvuelve la Firma Electrónica en la Administración General del Estado*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003. p. 16 y siguientes. El autor hace una determinación de las leyes en el ámbito de la Unión Europea y de aquellas que rigen en la Administración General del Estado, de la siguiente manera: en el ámbito de la Unión Europea: 1º) Decisión del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la seguridad de los sistemas de información (92/242/CEE), 2º) Recomendación 95/144/CE del Consejo de la Unión Europea, de 7 de abril de 1995, relativa a los criterios comunes de evaluación de las tecnologías de la información. Esta recomendación conduce al Acuerdo de Reconocimiento mutuo de Certificados aprobado por el grupo de altos funcionarios responsables de la Seguridad de los Sistemas de Información; 3º) Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, 4º) Decisión 2000/709/CE, de designación de organismos de determinación de conformidad. Y en el marco de la Administración General del Estado, tenemos: 1º) El R.D. 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado; 2º) Art. 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que habilita a la Fábrica Nacional de Moneda Y Timbre para la prestación de Servicios de Certificación electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas, 3º) Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, 4º) El Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, respondiendo así a lo previsto en la ley, 5º) Real Decreto 1317/2001, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el Art. 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en materia de prestación de servicios de seguridad, por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda,

conjunto, llega a formar la figura que hoy en día se ha denominado Administración Electrónica.³⁵³

El concepto de la Administración Electrónica también se encuentra relacionado con las Políticas de Gobierno, que pretendan desarrollar o poner en práctica la Sociedad de la Información en general, políticas que luego dan lugar a una serie de Comisiones o Células del Gobierno encargadas de lograr tal fin, para el caso, podemos mencionar la creación de la Comisión para el Estudio del Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española.³⁵⁴

Existen siete niveles o fases en la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en la actividad de las Administraciones Públicas,³⁵⁵ estas son: 1º

en las comunicaciones a través de medios electrónicos, informáticos y telemáticos con las Administraciones Públicas, 6º) Los criterios de seguridad, conservación y normalización de las aplicaciones utilizadas para ejercicio de potestades, y 7º) Anteproyecto de Firma Electrónica, actualmente en tramitación, el cual ya es una realidad y ha sido aprobado por medio de la Ley 59/2003 de fecha 19 de diciembre de 2003 de España.

³⁵³ Vid. NORES GONZÁLEZ, C. “Marco en el que se desenvuelve la Firma Electrónica en la Administración General del Estado” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit., p. 15. Toda una legión de normas se han ido sucediendo, en el ámbito europeo, nacional, regional y sectorial, con mayor o menor fortuna, para regular esta nueva realidad técnica.

³⁵⁴ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2000, p. 206. Los trabajos de esta Comisión se ajustan perfectamente a los objetivos gubernamentales que son: a) Promover la generación y el desarrollo de las tecnologías de la sociedad de la información, b) Estimular la adopción y el uso generalizado de dichas tecnologías por las empresas, especialmente las PYMES y los ciudadanos, c) Impulsar la adopción de las nuevas tecnologías por parte de la Administración, en beneficio de ciudadanos y empresas, d) Aprobar el marco normativo más adecuado, e) Asegurar la mayor atención de la Administración hacia las necesidades de la sociedad, estos objetivos se acogen expresamente en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías en España.

³⁵⁵ Vid. ALCOLEA, J.M. “La Incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad de la Administración del Estado. Especial referencia a la Ley 30/1992 y a los Reales Decretos 263/1996 y 722/1999” en AAVV *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 565. El autor a su vez cita a Linares Gil, quien destaca estos siete niveles de incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas al normal desenvolvimiento de la actividad de las Administraciones Públicas. Idem Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F. “Efectos Jurídicos de la Firma Electrónica: La emisión de actos administrativos “on line” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España, p. 337. En el mismo sentido, el autor intenta hacer una

Informatización interna, 2º Servicios de información general por medios telemáticos, 3º Servicios de consulta personalizada, 4º Publicidad formal registral, 5º Servicios de Registro, 6º Actuación administrativa y 7º Servicios de valor añadido.

Podemos inicialmente advertir que en los últimos niveles de la Administración Electrónica es necesario y vital, el uso de la firma electrónica y es por esa razón que suele considerarse que un magnífico indicador del grado de desarrollo de cada *eAdministración*, lo constituye la investigación que se haga acerca del uso de la firma electrónica en la misma.

Si tomáramos estos niveles como un parámetro del desarrollo que la Administración Pública puede alcanzar con la implementación de técnicas modernas, podríamos señalar que la Administración Pública de El Salvador ha alcanzado el segundo nivel, se encuentra implementando el tercero en algunas áreas y dentro de los planes de desarrollo se presentan algunos visos de los siguientes.

clasificación, distinguiendo las siguientes facetas: a) Regulación, b) Prestación de servicios instrumentales para el desarrollo de la sociedad de la información, c) Administración Electrónica “strictu sensu” y d) Impulso de la sociedad de la información entre los ciudadanos y las empresas. Vid. SALIDO DEL POZO, J.D. – MARTÍN-SONSECA, M.A. “*Empleo de la Firma Electrónica en el seno de las Administraciones Públicas: Derecho Comparado*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España, p. 47. Los autores citan que tal como se señaló en el Informe sobre la Evolución de los servicios Públicos Electrónicos dentro de la Unión Europea realizado por la fundación RETEVISIÓN- AUNA para la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea en abril de 2002, dentro del desarrollo de la e-Administración, se pueden identificar cuatro fases diferenciadas: La PRIMERA FASE es la de la web pasiva de la Administración, que solo proporciona al ciudadano y empresas información unidireccional sin posibilidad de interacción, En la SEGUNDA FASE, el Portal de la Administración ofrece una información más integrada y de mayor volumen y calidad de carácter bidireccional y permite la realización interactiva de trámites sencillos por parte de ciudadanos y empresas. La TERCERA FASE incorpora aplicaciones del tipo Ventanilla Única Electrónica, que se integra con la INTRANET administrativa y permite la realización telemática de procedimientos administrativos completos, incluido el pago electrónico, mediante firma electrónica. La CUARTA FASE es la *eAdministración*, que supone la integración de las distintas Administraciones Públicas (Administración Electrónica Unica) y permite la gestión global de los procedimientos telemáticos que implican a varias administraciones de una forma segura mediante la utilización de la firma electrónica. En las primeras dos fases de desarrollo no es necesario ningún mecanismo de seguridad como la firma electrónica, puesto que la información es unidireccional o la interactividad se limita a trámites sencillos para cuya realización no es necesario usar la firma electrónica.

La gran mayoría de las áreas de la Administración Pública de El Salvador posee el equipo necesario para que los servicios prestados por las mismas sean más expeditos y eficientes, por lo tanto, se ha otorgado el material tecnológico necesario y la adecuada capacitación del personal, como requisitos minimamente necesarios para alcanzar el primer nivel, dentro del cual el uso de la tecnología es solo una herramienta más para la labor verificada en su mayoría a través de formato papel y sin que ello signifique un procedimiento administrativo diferente o independiente al contenido en el papel.

Pero es necesario señalar que aún existen órganos dentro de la Administración que no cuentan con el equipo necesario en El Salvador, tristemente podemos advertir que por ejemplo, existen tribunales en el interior del país que carecen del mismo y mientras la tecnología tarde más tiempo en llegar a estos sectores, más tiempo tardará la implementación de los medios tecnológicos.

Ahora bien, con el empleo del internet por la Administración Pública han aparecido una gran cantidad de sitios web que identifican y pertenecen a las diversas entidades que conforman la Administración, citamos como ejemplos, el sitio web de la Corte Suprema de Justicia, el de la Asamblea Legislativa, el del Ministerio de Gobernación, el del Consejo Nacional de la Judicatura,³⁵⁶ entre otros.

Para alimentar estos sitios web, se les provee de información variada, tales como requisitos necesarios para la obtención de pasaportes, horarios de atención al público e incluso en algunos casos, jurisprudencia emitida por los diversos tribunales del país,³⁵⁷ con

³⁵⁶ Vid. www.csj.gob.sv, www.asamblea.gob.sv, www.gobernacion.gob.sv y www.cnj.gob.sv, identifican los sitios web de estas Entidades de la Administración Pública de El Salvador. Idem. En España se ha elaborado un índice de recursos de información jurídico-administrativa con un gran número de direcciones electrónicas de internet de entidades públicas y privadas Vid. GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J., *Derecho y Administración Pública en Internet*, Editorial IAAP, Sevilla, 2000, p. 49 y siguientes.

³⁵⁷ Deben tomarse en cuenta que para la jurisprudencia en internet, se debe tener especial consideración con los datos personales de las personas parte de los respectivos procesos, además de considerar el cumplimiento de las Reglas de Heredia.

ello, se puede comprobar que la mayoría de Administraciones Públicas en el mundo y la de El Salvador particularmente, ha alcanzado el segundo nivel de desarrollo.

En este apartado, debe considerarse que le corresponde a la Administración Pública el control de los nombres de dominio e internet, guardando el debido respeto a los derechos de la propiedad intelectual e industrial³⁵⁸.

Sin embargo, para el estudio del tercer nivel, se requiere ya de un nombre de usuario y código respectivo,³⁵⁹ que permita el acceso al servidor de la Administración, logrando la consulta personalizada en referencia, es por esta razón que existen muy pocos casos de servicios de consulta prestados por internet, tal es el caso de la consulta de trámites de migración, a los cuales se acceda en línea a través de la página web del Ministerio de Gobernación.

Para este tipo de servicio, se debe contar con un mínimo de seguridad necesaria y requerida para evitar que cualquier otra persona logre el acceso a la información, que desde luego sea confidencial, lo mismo que para evitar cualquier posible incursión de delincuentes,³⁶⁰ es por esta razón que escasamente se encuentran ejemplos de aplicación de la misma,

Es aquí cuando la aplicación de la Firma electrónica puede conceder la seguridad que se solicita para su aplicación, lo cual puede ser recomendado o difundido a través de la

³⁵⁸ Ya existe una reforma recientemente aprobada por la Asamblea Legislativa que incorpora regulación acerca de los nombres de dominio, esta reforma se presentó juntamente con otras que modifican la legislación secundaria y que resultan necesarias a raíz de la entrada en vigencia del TLC entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

³⁵⁹ Vid. ALCOLEA, J.M. “*La Incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad de la Administración del Estado. Especial referencia a la Ley 30/1992 y a los Reales Decretos 263/1996 y 722/1999*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital..., cit., p. 566. En este tipo de servicio es necesario acreditar la identidad del consultante y la preocupación esencial de la Administración ha de ser el respeto del Derecho a la Intimidad de los ciudadanos.

³⁶⁰ Comúnmente denominados *hackers*.

Comisión Nacional para la Sociedad de la Información, que tiene entre sus funciones la de asesorar al Presidente de la República en tópicos como el que ahora analizamos.

Ahora bien, otro punto de singular importancia lo constituye el respeto de los Derechos de Datos Personales o Habeas Data, el cual deriva de la aplicación del Derecho a la Intimidad consagrado en la Constitución de la República y el cual, puede convertirse en una barrera para el desarrollo de este tipo de tecnología.

En cuanto a la publicidad formal registral, hemos afirmado con anterioridad que pueden encontrarse algunos visos para su futura aplicación, por parte del Centro Nacional de Registros, entidad encargada de la organización y funcionamiento de los diferentes Registros de la Propiedad Raíz e Hipoteca así como el Registro de Comercio a nivel nacional,

Los futuros planes de aplicación se circunscriben a los objetivos recientemente consensuados a través del Acuerdo de Asistencia Técnica suscrito entre el Colegio de Registradores de España y el Centro Nacional de Registros de El Salvador, para la implementación de la Firma electrónica, al cual haremos referencia más adelante.³⁶¹

Finalmente, los últimos escalones de aplicación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas se encuentran reservados para aquellas legislaciones que tienen cierta experiencia en la aplicación de la firma electrónica y han alcanzado el nivel de confiabilidad necesario para que los particulares se decidan a implementar en sus propios negocios y comunicaciones personales, el uso de la misma.

³⁶¹ Vid. Infra Apartado 60.

Se ha considerado³⁶² que para alcanzar este último grado de desarrollo es necesario alcanzar la integración entre las diferentes órganos de la Administración Pública para hacer posible el trámite por la vía electrónica o telemática de los procedimientos en los que intervienen las mismas, para ello serán necesarios, pactos o acuerdos políticos, convenios de cooperación, contratos de prestación de servicios y todas aquellas otras herramientas que viabilicen las operaciones.

Estas últimas etapas o niveles, suponen la presentación por medios telemáticos de escritos, notificaciones, solicitudes y comunicaciones hasta la sede de las oficinas de la Administración Pública, originando con ello el procedimiento administrativo correspondiente, por tanto, se requerirá con mayor énfasis de un alto requerimiento de seguridad, volviendo a la anterior recomendación del uso de la firma electrónica para alcanzar su cumplimiento, suele citarse como ejemplo de este tipo de aplicación de las técnicas electrónicas, la presentación de declaraciones de impuestos por medio de internet.

Aunque pareciera irónico en nuestro país se ha obtenido este nivel de desarrollo, pero con exclusiva referencia para la presentación de declaraciones respecto de obligaciones tributarias aduaneras en general,³⁶³ pero, tal como lo hemos sostenido con anterioridad se prevé la aplicación del uso de la firma electrónica para otras áreas,³⁶⁴ dentro de las que con seguridad puede figurar la Administración Pública.

³⁶² Vid. SALIDO DEL POZO, J.D. – MARTÍN-SONSECA, M.A. “*Empleo de la Firma Electrónica en el seno de las Administraciones Públicas: Derecho Comparado*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo., *cit.*, p. 48 y siguientes.

³⁶³ De conformidad con la L.S.A., su ámbito de aplicación se encuentra limitado para la presentación de declaraciones relativas a obligaciones tributarias aduaneras.

³⁶⁴ De acuerdo con el Art. 14 Inciso 2º de las disposiciones transitorias de la L.S.A., se establece que “las facultades de autorización y control de las entidades certificadoras a que alude el artículo 8 de la L.S.A., será ejercida transitoriamente por el Ministerio de Hacienda, durante un plazo máximo de dos años contados desde la fecha de vigencia del presente Decreto, plazo dentro del cual, deberán aprobarse las disposiciones legales que regulen de manera general lo relacionado con el intercambio electrónico de datos y los sistemas de certificación de firma digital”.

47. Primeros pasos de la Administración Pública de El Salvador hacia la Administración Electrónica. Especial referencia a la Comisión Nacional Para la Sociedad de la Información

Debemos señalar que dentro de la labor actual de la Administración Pública Salvadoreña destacan ciertos pasos necesarios para alcanzar la Administración Electrónica, entre ellos podemos citar la emisión de un decreto ejecutivo por medio del cual se crea la Comisión Nacional para la Sociedad de la Información,³⁶⁵ cuyo objetivo fundamental es el de ser un órgano consultivo y asesor del Presidente de la República en cuanto al desarrollo y consolidación de la Sociedad de la Información en el país.

Esta Comisión que ha sido creada, se encuentra integrada por personas representante de las siguientes Instituciones: a) Ministerio de Relaciones Exteriores, b) Ministerio de Economía, c) Ministerio de Educación, d) Secretaría Técnica de la Presidencia de la República, e) Superintendencia General de Electricidad y Comunicaciones, SIGET, f) Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT, g) Banco Multisectorial de Inversiones, BMI, h) Universidad de El Salvador, UES, i) Asociación Nacional de la Empresa Privada, ANEP, j) Asociación Salvadoreña de Radiodifusores, ASDER, k) Asociación Salvadoreña de Medios Publicitarios Salvadoreños, AMPS, l) Asociación SVNet, m) Asociación Infocentros, n) Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, FUSADES.

La Comisión tiene entre sus atribuciones, las siguientes: a) Asesorar al Presidente de la República en la adopción de las políticas públicas referentes a la temática de la Sociedad de la Información, b) Promover e impulsar iniciativas para el buen uso y aprovechamiento de las Tecnologías de Información y Comunicaciones en el país, c) Representar y coordinar la efectiva participación de El Salvador en eventos internacionales relacionados con la temática de la Sociedad de la Información, así como velar por el estricto cumplimiento de

³⁶⁵ Vid. Decreto Ejecutivo Número 79 de fecha 23 de diciembre de 2004, publicada en el Diario Oficial Número 11, Tomo 366 de fecha 17 de enero de 2005. Por medio del presente Decreto se creó la Comisión Nacional para la Sociedad de la Información.

los compromisos en El Salvador que de estos emanen, y d) Establecer alianzas con actores, iniciativas y proyectos claves a nivel nacional, regional e internacional, que permitan el intercambio de experiencias, sinergias y apoyos para el logro de sus fines.

Existen dos aspectos del decreto ejecutivo mencionado que merecen un poco más de análisis, primero, que de acuerdo a las atribuciones originalmente conferidas a la Comisión, será la entidad encargada de asesorar al Presidente de la República, en la adopción de políticas públicas acerca de este tema, por lo tanto, lo concerniente al uso de la firma electrónica por la Administración Pública así como el camino a seguir con vistas a la Administración Electrónica, dependerán exclusivamente del buen funcionamiento de la antes citada Comisión.

En segundo lugar y de conformidad con el Art. 9 transitorio de dicho decreto, se estableció que hasta que el Presidente de la República no llevara a cabo el nombramiento del Presidente de la Comisión, la misma será presidida por el Ministro de Relaciones Exteriores, lo cual merece una interpretación y es que pareciera que al momento de concebirse, se pensara únicamente en la representación de El Salvador en eventos internacionales, olvidando de momento que es necesario el fortalecimiento de las diversas instituciones al interior de la Administración, para luego compartir experiencias con el resto de países que tiene mucha más en el tema general de la Sociedad de la Información.

Es decir, para que nos encontremos frente a la Administración Electrónica será necesario la correcta y adecuada implementación por parte de la actual Administración, ya que será necesario que desde el gobierno se demuestre a las demás personas particulares, la confianza que se tiene en las diversas aplicaciones de la firma electrónica.

Pasaremos a continuación, a tratar otro aspecto diferente de la aplicación de la firma electrónica, en los cuales tiene participación la Administración Pública, como es el considerar a la misma Administración Pública como una entidad de certificación o no.

48. Administración Pública y Entidades de Certificación. Fiscalización y Control o una entidad de certificación más

Después de la creación de la firma electrónica, el primer paso en el que debe de pensarse es en el de la fiscalización o no de las entidades de certificación que puedan surgir, todo ello depende del criterio adoptado por cada país en su respectiva legislación,³⁶⁶ pero, no puede descartarse la posibilidad que para el uso de la Firma electrónica por la Administración Pública, se cree una entidad de certificación en el seno de la misma Administración, sin llegar a obviar claro está, el respeto a la defensa de la Libre Competencia. En tal caso nos encontraríamos ante una mezcla de fiscalización y de participación, creándose las denominadas Entidades Públicas de Certificación.³⁶⁷

En España, por ejemplo, desde el año de 1997, se facultó a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre- Real Casa de la Moneda para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, validez y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, telemáticos e informáticos en las relaciones que se produzcan entre los órganos de la Administración General del Estado y las que se produzcan entre las personas físicas o jurídicas con la administración, con lo que se creó la primera entidad pública de certificación en España.³⁶⁸

De la misma manera que no puede descartarse la intervención de la Administración Pública como una entidad de certificación, sobre todo para extender certificados digitales en los casos en que la misma Administración los requiera; tampoco puede descartarse que la fiscalización del resto de entidades de certificación privadas, las ejerza el mismo Estado,

³⁶⁶ Vid. Infra Apartado 12.

³⁶⁷ Este nombre se debe a la intervención de la Administración Pública como una Entidad de Certificación, capaz de conceder certeza a las firmas electrónicas de los funcionarios pertenecientes a la misma.

³⁶⁸ Vid. ALBIÑANA LÓPEZ, M.A. “*La Firma Electrónica en el Ministerio de Economía*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit. ,p. 85.

con el propósito de garantizar la protección de los derechos de los usuarios, la protección de datos personales y el estricto cumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades de certificación, por esta razón, es que el mecanismo de control lo lleva a cabo la misma Administración y para ejercer un mejor autocontrol, se le confiere a ministerios diferentes.

No obstante, es posible que el legislador únicamente guarde para la Administración, la fiscalización o control y en aquellos casos en los que sea necesario un certificado digital a favor de la Administración, se le solicitará tal documento a las entidades de certificación privadas que existan en el medio.

Sin embargo, es recomendable que los recursos que puedan emplearse en la emisión del certificado por la entidad privada, sea mejor aprovechado si se le paga a la misma Administración, por lo tanto, cada una de las posiciones que hemos presentado con anterioridad tienen sus ventajas y sus desventajas y será la legislación de cada país la que decida el régimen a aplicar.

CAPITULO XI

LA FIRMA ELECTRÓNICA, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL RESPETO POR LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (HABEAS DATA)

SUMARIO: 49. Aspectos generales del Derecho a la Protección De Datos o Habeas Data y su situación actual en la legislación salvadoreña. 50. Principios básicos contenidos en la Protección de Datos o Habeas Data. 51. La Protección de Datos Personales y su relación con la Administración Pública y con el empleo de la Firma electrónica.

Una de las limitaciones con las que se encuentra la Administración Pública al hacer uso de las tecnologías informáticas,³⁶⁹ es el respeto que debe guardar por la protección de datos personales y nuevamente vendrá a nuestras mentes la situación tantas veces discutida acerca de la necesaria existencia del marco legal apropiado.

Al igual que en los temas anteriores dependerá de cada legislación en particular, la forma de cómo regular la protección de los datos personales, sin embargo, debe señalarse que esta protección deriva primeramente del Derecho Fundamental Constitucional a la Intimidad³⁷⁰ en algunos casos, mientras que en otros, es reconocido como un derecho fundamental con independencia del primero.

³⁶⁹ Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *op cit.*, p. 141. El autor hace referencia a la normativa sobre protección de datos personales con la contratación electrónica, señalando “La normativa sobre protección de datos personales, en particular su norma básica: La Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999, también resulta aplicable en el entorno de la contratación electrónica. Dicha normativa impone a quien emplea sistemas de tratamiento automatizado de datos el deber de obtener el consentimiento de la persona afectada o, al menos, de informarle sobre como, para qué y por quien se tratarán sus datos. Como resulta casi inevitable que la contratación electrónica implique el tratamiento automatizado de datos personales de los contratantes, habrá que cumplir con este deber a la hora de diseñar el sistema de contratación electrónica, sea del tipo que sea.

³⁷⁰ Vid. En términos generales LINARES QUINTANA, S.V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 619 y siguientes. Vid. MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El Derecho a la Intimidad y Propia Imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 11 y siguientes. Vid. PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 317 y siguientes. BERTRAND GALINDO, F., - ALBINO TINETTI, J. - KURI DE MENDOZA, S. L. - ORELLANA, M. E., *Manual de Derecho*

Pero, algunas legislaciones alrededor del mundo no cuentan solamente con el principio constitucional, sino, que por el contrario, han desarrollado tal principio a través de la legislación secundaria. Pero, para nuestro caso -El Salvador- no se ha alcanzado aquel estadio de desarrollo legal.

En la legislación salvadoreña, solo existe la concepción originaria establecida en la Constitución de la República en el inciso segundo del Artículo 2, que a la letra establece "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

En adelante haremos una presentación general del Derecho a la Protección de Datos o Habeas Data, como una derivación del Derecho Constitucional a la Intimidad, incluyendo los aspectos que en doctrina se encuentran desarrollados en torno al mismo y luego volveremos con el ejercicio y protección de este derecho a la luz de la legislación salvadoreña, para luego finalizar señalando la relación de éste con la Administración Pública y el uso de la Firma electrónica.

49. Aspectos generales del Derecho a la Protección De Datos o Habeas Data y su situación actual en la legislación salvadoreña

En la actual realidad social y considerando los diversos campos de aplicación de la informática, se ha presentado la necesidad de reconocer el Habeas Data, considerado como una acción con fundamento en el conocimiento de los datos personales y el control de su corrección, similar a la libertad personal, tradicionalmente protegida con el Habeas Corpus, de allí obedece el nombre del primero.

Constitucional, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, T. I., 1ª Ed., El Salvador, 1992, p. 739 y siguientes. MEJAN, L. M., *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, Porrúa, México, 1994, p. 69 y siguientes. Vid. MORALES GARCÍA, O., La Tutela Penal de las Comunicaciones Laborales en AAVV. *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Coordinado por Jeffery, Mark, Thibault Aranda, J. y Jurado, A., Aranzadi, Navarra, 2003. p. 457.

Sin embargo, una porción de la doctrina considera³⁷¹ que si bien el Habeas Data reconoce cierta similitud con el Habeas Corpus³⁷², entendiendo a la última como la expresión de que “se traiga, se exhiba o se presente el cuerpo”, la interpretación de la primera correspondería a “que se traigan los datos”

Bajo el mismo orden de ideas, cuando en el Habeas Corpus, se advierte la ilegalidad de la privación de la libertad, por medio de la acción que nace de ese derecho debe cesar inmediatamente los efectos de dicha privación, con el ánimo de lograr la adecuada protección del derecho fundamental de la libertad, en el Habeas Data, debería cesar de inmediato el dato que figura como inexacto, desactualizado o ilegal en el registro público o privado en el que se encuentra contenido,

Sin embargo, en los países que cuentan con una regulación legal especial, no se ha previsto de la similitud de ambos derechos y menos aún en aquellas legislaciones, en las que la acción que nace del Habeas Data se ha contemplado a la luz de un recurso de amparo,

Existen diferencias sustanciales entre el Recurso de Amparo y el Habeas Data, ya que mientras el primero es considerado como un recurso de naturaleza excepcional, que

³⁷¹ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 163 y siguientes. El objetivo primario de la acción del hábeas data sería, entonces, garantizar que una persona pueda acceder, es decir, tomar conocimiento o enterarse, de la información de carácter personal referida a dicho sujeto y contenida en determinado registro. Así como en el Habeas Corpus, el fin mediato de la exhibición del cuerpo es indagar sobre los motivos de una privación de la libertad, actual e inminente, en el hábeas data la finalidad del derecho de acceso reside en la posibilidad de verificación de la exactitud, actualidad y pertinencia de los datos personales registrales. Al consagrar el “Habeas Data”, asimilándolo a la acción de amparo, se corre el serio riesgo de desvirtuar la finalidad del instituto. Mientras el amparo como remedio o vía procesal de naturaleza excepcional, requiere que exista “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta”, el “Habeas Data”, en cambio, tiene una finalidad muy específica, que es otorgar a toda persona un medio procesal eficaz para proteger su intimidad, o evitar que terceras personas hagan un uso indebido de información de carácter personal que le concierne.

³⁷² Vid. Art. 38 de la ley de Procedimientos Constitucionales, establece “Siempre que la ley no provea lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción a otro. Cuando este derecho ha sido lesionado, deteniéndose a la persona contra su voluntad dentro de ciertos límites, ya sea por amenazas, por temor de daño, apremio u otros obstáculos materiales, debe entenderse que la persona está reducida a prisión y en custodia de la autoridad o del particular que ejerce tal detención.

procede en casos en que exista ilegalidad o arbitrariedad manifiesta y violación de derechos constitucionales³⁷³, en cambio, el segundo, tiene una finalidad diferente y específica que hace referencia a la protección del Derecho a la Intimidad, concediéndole a la persona una acción contra los terceros que hagan uso indebido de los datos contenidos acerca del mismo.

Por otra parte, se aduce la generalidad del Recurso de Amparo y la particularidad del Habeas Data, ya que el primero es extensivo para los derechos y garantías constitucionales en general y el segundo solo se encuentra destinado para la protección de datos.

Los doctrinarios que terminan en esta discusión acerca de la correcta denominación de los datos personales, lo hacen por la equiparación que la propia Constitución o la legislación secundaria han hecho del mismo respecto del Habeas Corpus, tal es el caso de la legislación argentina, por tanto, ésta será una de las circunstancias a tener en cuenta por el legislador cuando se pretenda regular esta figura jurídica.

Las primeras manifestaciones doctrinarias sobre la privacidad y derecho a la información se presentan precisamente en los países que se encuentran a la vanguardia del uso de las tecnologías para el acceso de la información, ya que fueron éstos quienes a su vez sufrieron los primeros embates contra este tipo de derecho.

En cuanto a sus antecedentes históricos, citamos a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis³⁷⁴ quienes en el año de 1890, defendían la propiedad de cada individuo sobre la

³⁷³ Vid. Art. 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, que establece “Toda persona puede pedir amparo ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados, que viole aquellos derechos u obstaculice su ejercicio.

³⁷⁴ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 262 y siguientes. Los autores citan a su vez a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, como referentes históricos de las primeras manifestaciones doctrinarias acerca del Habeas Data, quienes en el año de 1890 publicaron un artículo en la revista “Harvard Law Review”. Idem. Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en

propia privacidad y se proclamaba que cada uno tenía derecho de “ser dejado tranquilo” expresión traducida de la original *to be let alone*

Se trataba entonces de la facultad de mantener un ámbito de privacidad oculto a las miradas ajenas o al control sobre ciertas informaciones no destinadas a su conocimiento por terceros, esta nueva corriente doctrinaria buscaba proteger al individuo de una nueva expresión del derecho a la privacidad o intimidad, extendiéndolo más allá de lo que originalmente se entiende reconocido para la correspondencia, a los documentos privados y a la intimidad del domicilio.

Debemos tomar conciencia de que cada acción que llevamos a cabo en nuestras vidas, se encuentra siendo documentada en diferentes archivos, los que parten desde el nacimiento que deberá ser asentado en el registro civil, estableciendo la filiación con nuestros padres y posteriormente con nuestros hermanos y el resto de la familia, registro que luego es modificado cuando a su vez modificamos nuestro estado civil al casarnos y vuelve a cambiar al divorciarnos y se relaciona con el registro de nacimiento de nuestros propios hijos,

Y luego, cuando iniciamos nuestra etapa escolar debemos abrir un nuevo registro en el que se hace constar la fecha de inicio de estudios, nuestro nacimiento, quienes son nuestros representantes entre otros datos, y al transcurrir el tiempo y hacerse presente la necesidad de un documento que acredite nuestra identidad, volvemos a registrar nuestros

A.A.V.V. , *Informática y Derecho*, Coordinado por BIELSA, R., V. I, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. El reconocimiento de la intimidad o vida privada, como bien susceptible de tutela jurídica, en opinión compartida por los tratadistas, parece remontarse a fines del siglo pasado, ya que hasta entonces el mencionado derecho era considerado exclusivamente como un hecho resultante de la costumbre social o bien del denominado respeto moral debido a la persona. Con motivo de los inconvenientes que le estaban ocasionando determinadas publicaciones periodísticas, un joven abogado de Boston, Samuel D. Warren, en colaboración con Luis D. Brandeis, publican el trabajo titulado “*The right to privacy*” en la “*Harvard Law Review*”, en sayo en que los autores plantean que todo individuo tiene derecho a “ser dejado tranquilo” o a “que lo dejen solo”, o a “no ser importunado”, es decir, plantean efectivamente el necesario reconocimiento de la existencia de una vida íntima, destacando el necesario arbitrio de los medios adecuados para protegerla al modo en que se protege la propiedad privada.

datos, incorporando los cambios que se hubieran producido, si queremos obtener una licencia de tránsito, hacemos el mismo procedimiento.

Finalmente, si queremos adquirir un patrimonio propio, nuestros datos vuelven a figurar en los registros de la propiedad de bienes muebles o inmuebles, lo mismo que puede figurar en el registro mercantil, en la entidad de seguridad social para beneficios médicos o de pensiones y en cada entidad bancaria con la que establezcamos una relación,

Quizás ha sido durante los últimos años cuando la vulneración al derecho de la protección de datos se ha vuelto más sensible, ya que no solamente consta en los archivos físicos de muchos lugares como los antes mencionados, sino que con la asistencia de los medios tecnológicos pueden ser colocados en red³⁷⁵ y entregados de una institución a otra, de una persona a otra o de un Estado a otro; es ahora cuando nos preocupamos y nos preguntamos cuál es la finalidad última de estos datos personales y si los mismos pueden ser mal administrados.

Le corresponde por ende al Estado, la protección de este tipo de derecho como una variante o derivación del derecho constitucional a la Intimidad,³⁷⁶ ya que no basta con la

³⁷⁵ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 263. El procesamiento de tales datos por medio de soportes magnéticos intensifica la potencial amenaza a la privacidad, por cuanto permite aumentar la cantidad de información disponible sobre cada persona, transmitirla, difundirla y compararla. En ese contexto es técnicamente posible la constitución de un banco de datos (sistema integrado de bases de datos) capaz de interconectar todas las informaciones existentes acerca de personas o grupos. En tal supuesto sería posible obtener una radiografía completa del individuo, con lo que aquella amenaza alcanzaría su máxima expresión. ³⁷⁵ Idem. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 146. Pero la irrupción de la telemática, esa exponencial combinación entre las tecnologías de la informática y las telecomunicaciones, ha permitido no sólo concentrar y recuperar eficientemente información, sino fundamentalmente entrecruzar la información que sobre una persona existe en bancos de datos de diferente naturaleza, permitiendo estructurar perfiles de la personalidad que superan los datos que sobre una persona se registran en cualquiera de las informaciones entrecruzadas.

³⁷⁶ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 145. Se puede conceptuar el derecho a la intimidad como “la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intrusión, curiosidad, fiscoqueo ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada, es decir, la exigencia existencial de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje.”

regulación básica de este derecho³⁷⁷ sino que se requiere el desarrollo en la legislación secundaria del mismo,

El Derecho a la Intimidad ha sido reconocido y procede de los antecedentes normativos contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para el Continente Europeo, rige la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales.³⁷⁸

Ahora bien, como hemos señalado con anterioridad, en la legislación salvadoreña se encuentra reconocido de forma general el Derecho Fundamental a la Intimidad, del cual deriva el derecho a la protección de datos personales, más sin embargo, no existe legislación secundaria especializada que desarrolle tal derecho.³⁷⁹

³⁷⁷ A pesar que es considerado por muchos autores, que las normas de la Constitución pueden ser utilizadas como norma de aplicación en ausencia de regulación secundaria.

³⁷⁸ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 150. Además, el estudio dio como resultado la elaboración de dos resoluciones referidas a la protección de la vida privada de las personas físicas con relación a la operación de los bancos de datos informatizados en el sector privado(1973) y en el sector público (1974), recomendando a los Estados miembros establecer normativamente los principios a que hemos hecho referencia.

³⁷⁹ Vid. Informe del Proyecto de Investigación a través de la Cooperación Interuniversitaria de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y la Escuela Universitaria de Informática de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, que en sus conclusiones se reconoció “El Salvador carece de un marco normativo sobre el acceso a la información pública o privada y sobre el régimen de protección de datos, pese a que existen en este país numerosos registros públicos o privados, sean informáticos o manuales, que contienen información personal. Existen muchas alternativas para la regulación de la libertad informática. A nivel doctrinal, contamos con las siguientes propuestas: a) Crear leyes de protección de datos siguiendo el modelo europeo, b) Implementar dentro del sector público las directrices de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y promover su adopción en el sector privado a través de uniones industriales y cámaras empresarias, como paso previo a la aprobación de la ley, c) Promover un convenio latinoamericano al estilo del Convenio No. 108 del Consejo de Europa, d) Promover la creación de organismos rápidos, flexibles y no burocráticos que tengan facultades sancionadoras y reglamentarias en materia de protección de datos para evitar abusos del poder informático, e) Reglamentar el Habeas Data a nivel constitucional y a nivel procesal, de modo que se establezca como una herramienta efectiva para el control de datos personales, posibilitando el desarrollo pleno del individuo y su protección en la sociedad tecnológica”

No es sino hasta con la recientemente promulgada Ley de Protección al Consumidor, que se han reconocido e incluido las primeras normas acerca del Habeas Data en El Salvador, de tal manera que figuraba en el Art. 18 literal g) de la misma, como una práctica abusiva del proveedor,³⁸⁰ el “compartir información personal y crediticia del consumidor, ya sea entre proveedores o a través de entidades especializadas en la prestación de servicios de información, sin la debida autorización del consumidor”.

Dentro de la misma Ley de Protección al Consumidor, se han establecido obligaciones para las sociedades especializadas en la prestación de servicios de información a través del Art. 21 del mismo, en el cual se dispuso que “las entidades especializadas en la prestación de servicios de información estarían obligadas a permitir al consumidor el acceso a la información de sus datos, así como a solicitar la actualización, modificación y eliminación de los mismos.- Asimismo tendrían la obligación de corregir la información falsa, no actualizada o inexacta en un plazo máximo de diez días contados a partir de la recepción de la solicitud del interesado.- Las entidades especializadas a las que se refiere el presente artículo no podrán obtener ninguna clase de información personal del consumidor si no es con la debida autorización de éste y únicamente en las condiciones en que la misma haya sido conferida”.

Con esta Ley, se pretende regular por vez primera en El Salvador, a las sociedades que mantienen un banco de datos de las personas y que se encuentran íntimamente relacionadas con la actividad financiera, reconociendo además el derecho de las personas a conocer y a solicitar la actualización de sus datos contenidos en tales registros.

³⁸⁰ Vid. Art. 3 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, que establece la definición de proveedor como “toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tarifa o tasa. Para efectos de esta ley, también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes. Asimismo, será considerado proveedor, quien, en virtud de una eventual contratación comercial, entregue a título gratuito bienes o servicios”.

Se presentó ya, una situación en la cual un salvadoreño se ha considerado perjudicado por la actuación de una sociedad,³⁸¹ cuya finalidad es la de recabar información personal de los particulares, que a su juicio no mantiene tal información actualizada, provocando que se rindiera un informe perjudicial de su persona y consecuentemente, obteniendo resultados dañosos.

Bajo estas circunstancias, este ciudadano se dirigió por medio de una solicitud de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia de El Salvador manifestándole de que en vista de no haber una legislación secundaria que normara adecuadamente la protección de sus datos personales y por tratarse de la derivación del Derecho Fundamental de Intimidad consagrado en la Constitución, era competencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte, conocer y ampararle en su derecho.

Uno de los aspectos interesantes de esta sentencia se refiere a la competencia de la Sala de lo Constitucional para conocer en Amparo de la protección de datos personales, ya que la sociedad demandada sostuvo en varias ocasiones, la incompetencia de la primera,

³⁸¹ Vid. SASCCSJ No. 118/2002, la cual puede ser consultada en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Nomina.htm>, pronunciada a las quince horas y cuarenta y tres minutos del día dos de marzo de dos mil cuatro, promovida por el señor Boris Rubén Solórzano contra las Sociedades DICOM CENTROAMÉRICA, Sociedad Anónima de Capital Variable y GENERAL AUTOMOTRIZ Sociedad Anónima de Capital Variable, por considerar que las actuaciones de éstas han vulnerado su derecho constitucional a la Intimidad. Los hechos fueron relacionados en la demanda de la siguiente manera: “Que, en el año de mil novecientos noventa y ocho solicitó a la Sociedad General Automotriz, un crédito para la adquisición de un automóvil, el cual fue aprobado para un plazo de tres años, pero que a los meses de concedido el crédito solicitado, no pudo seguirlo pagando por haberse quedado sin trabajo. Que en mil novecientos noventa y nueve, fue demandado en juicio mercantil, por el incumplimiento en el pago de esa deuda, la que fue cancelada el seis de enero del año dos mil. Posteriormente, a finales del mes de enero de dos mil dos, se presentó a un banco nacional con la finalidad de solicitar un crédito personal, el cual le fue denegado, debido al reporte que le proporcionó la Sociedad DICOM, en el que aparece, además de su nombre, el número de su cédula de identidad y el de su identificación tributaria; es decir, el informe de una mora histórica con un único acreedor, la expresada General Automotriz. Presentó por ello a la primera de las sociedades mencionadas, la constancia de cancelación total de la deuda, para que se le excluyese de la base de datos, lo que no hicieron porque, según le informaron, la sociedad que había sido su acreedora, era la que debía autorizar por escrito, su exclusión como sujeto moroso. Se presentó entonces a General Automotriz, a fin de que se le extendiese la referida autorización, no accediendo tampoco esta otra sociedad a su petición.”

Contrario a este criterio, la Sala de lo Constitucional mantuvo en todo momento su competencia, basándose en disposiciones constitucionales como las establecidas en el inciso primero del Art. 2 de la Constitución, que establece que "toda persona tiene derecho a la vida, la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la defensa y conservación de los mismos." y asimismo el artículo 247 de la misma Carta Primaria, también en su primer inciso sostiene: "Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución"

Reconociendo además, la posición de superioridad que pueden tener algunas sociedades privadas respecto de los particulares, considerando en consecuencia, que el estatus de la Sociedad DICOM era precisamente éste y que en esa relación puede existir violación de derechos constitucionales.³⁸²

³⁸² Vid. SASCCSJ No. 118/2002, la cual puede ser consultada en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Nomina.htm>, además se esgrimieron argumentos como el siguiente: "El amparo, como garantía subjetiva, es de larga data en nuestro sistema jurídico y fue concebido con el objeto de poner límites a las actuaciones arbitrarias de quien normalmente ostenta el poder, es decir el Estado. Sin embargo, dada la evolución de las relaciones inter-subjetivas que impone toda sociedad moderna, el Estado o el poder público, único capaz de alterar o menoscabar el ámbito privado de los particulares, en concepción típicamente liberal; fue cediendo espacio a poderes o entidades privados cuyos actos se alejaban de una relación entre iguales con los particulares, para lo cual la legislación civil, o penal –que son la normativa idónea para la solución de los conflictos privados-, resulta insuficiente, pues existe cierto tipo de actividades realizadas por particulares o empresas privadas que por concesión de un servicio público, por ejemplo; o por el tipo de actividad que realizan, son capaces de romper la tradicional igualdad formal y transformar la relación jurídica en una desigualdad material, ubicándose fácticamente una de las partes en una posición de superioridad frente a otro u otros, semejante a la del predominio del poder público, creándose con ello el potencial peligro que en dichas relaciones entre particulares exista vulneración de sus derechos constitucionales. En ese contexto, la jurisprudencia del amparo en nuestro país también ha evolucionado al ritmo del progreso de la sociedad y superado la tesis de que el amparo es procedente sólo contra actos de autoridad formalmente considerada; v.gr. concejos municipales, jueces, ministros, alcaldes, magistrados, entre otros. El acto de autoridad entonces, tiene ahora una connotación material, más que formal, en el entendido que el acto contra el que se reclama es capaz de causar un agravio constitucional, independientemente del órgano o la persona que lo realiza. A partir de dichas premisas se replantean los supuestos de la legitimación pasiva y ahora se admite la pretensión constitucional también contra actos y omisiones de particulares de los cuales puedan emanar actos limitativos de derechos constitucionales, como si se tratase de actos de autoridades formales, por encontrarse quienes los efectúan, de hecho o de derecho, en una posición de poder."

Otro aspecto que vale la pena destacar es el reconocimiento que las partes involucradas y la misma Sala hacen de la falta de regulación secundaria que desarrolle y complemente este derecho en particular, lo cual fue considerado como argumento en defensa de las sociedades demandadas, quienes alegaban que ante tal inexistencia de regulación y siendo un particular el afectado en el derecho al honor y a la intimidad, debía aplicarse el Código Penal, como cuerpo normativo que regula y tipifica las figuras delictivas.

Por su parte la Sala de lo Constitucional reconoció que si bien en el ordenamiento jurídico salvadoreño no aparece la figura del Habeas Data como instrumento diseñado para la protección específica del derecho a la autodeterminación informativa, como manifestación del derecho a la intimidad, ello no significa que tal derecho quede totalmente desprotegido, atribuyéndose la competencia necesaria para conocer en amparo de dicha situación,

El Habeas Data ³⁸³o Derecho a la Protección de Datos Personales es definido por la doctrina como la acción con la que cuenta una persona para conocer acerca de los datos de la misma, contenidos en registros o bancos de datos públicos o privados, cuya finalidad sea proveer informes, pudiendo el interesado además de conocerlos, solicitar su modificación, actualización, confidencialidad y supresión en caso de falsedad o inexactitud,

³⁸³ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 262. Los autores citan la definición de Habeas Data contenida en el Art. 43 párrafo 3º de la Constitución Argentina, que establece que “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.” El Habeas Data se halla contenido en el capítulo V de la Ley Francesa relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades, sancionada el 7 de enero de 1978, en donde se establece que toda persona, justificando su identidad, puede interrogar a los organismos correspondientes acerca de la existencia de informaciones personalizadas que le conciernan, así como solicitar la rectificación, la actualización y la complementación de tales informaciones. La corrección puede también ejercerse de oficio, cuando el organismo tome conocimiento de una inexactitud en los datos registrados. Los derechos amparados por la Ley Francesa se hallan garantizados por disposiciones penales, que establecen penas de prisión o de multa para quienes ejerzan el tratamiento automatizado de informaciones nominativas sin cumplir los recaudos legales o reglamentarios.

Si bien es cierto que en la legislación salvadoreña no se cuenta con una definición legal del Habeas Data, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Proceso de Amparo antes relacionado, presentó un concepto del mismo, estableciendo que “El Habeas Data constituye el mecanismo o instrumento que protege al individuo contra el uso ilegal o indebido de los datos personales de un individuo por parte de entidades públicas o privadas, tutelando de una forma eficaz el derecho a la autodeterminación informativa. De tal manera que constituye una garantía cuyo fundamento en la normativa constitucional responde a la necesidad de los sujetos de proteger sus derechos ante la amenaza del acceso y uso indiscriminado de sus datos personales”.

En términos generales, se trata de un instrumento judicial que entra en funcionamiento a petición de parte, cuando ésta ha cumplido con el requisito prejudicial de solicitar a la empresa que posee o maneja sus datos personales, le exhiba los mismos con el objeto de verificar los que han sido incluidos en los ficheros automatizados y comprobar la veracidad de los mismos. De no obtenerse la respuesta requerida, el Estado, a través de dicho mecanismo, interviene solicitando la exhibición, modificación, supresión, o actualización de los datos, según el caso, con la consiguiente responsabilidad civil para la empresa demandada en caso de comprobarse la vulneración al derecho en cuestión, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. Países como Brasil o España son ejemplo de tener dicha regulación en su sistema jurídico a través de leyes específicas.

De la definición esbozada por la jurisprudencia constitucional, puede evidenciarse que la naturaleza que se le ha presentado es la de un instrumento judicial, que se presenta después del requerimiento extrajudicial de exhibición de datos personales, pareciera que este criterio se adapta únicamente a uno de los derechos que a su vez emanan del Habeas Data como veremos más adelante y no a la figura jurídica reconocida doctrinariamente.

Ahora bien, el Derecho a la Intimidad como todos los derechos constitucionales, no es un derecho absoluto, sino, que tiene limitaciones, para algunas legislaciones,³⁸⁴ la información periodística se encuentra excluida de esta acción conferida a través del Habeas Data.

Otra limitación la constituye el justificado interés social, ya que debido a razones de seguridad no pueden ocultarse datos relacionados con personas a quienes se les atribuye la comisión de delitos, de personas condenadas o los que por razones de seguridad nacional, se consideran miembros de bandas de crimen organizado, por ejemplo.

50. Principios básicos contenidos en la Protección de Datos o Habeas Data

La doctrina³⁸⁵ y el derecho comparado han ido estableciendo ciertos principios o derechos,³⁸⁶ que a su vez, se encuentran contenidos en la Protección de Datos Personales o Habeas Data, los cuales desarrollaremos a continuación:

a) Derecho al Conocimiento. Implica que cada ciudadano tiene el derecho de saber en qué ficheros físicos o informáticos, existen datos acerca de su persona y en que consisten dichos datos,

³⁸⁴.Como sucede en la legislación argentina, cuya disposición hemos citado anteriormente.

³⁸⁵ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 265 y siguientes. Idem. Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 148 y siguientes. El principio de la participación individual, consagra el derecho de acceso a los datos concedido al individuo. Dicho derecho de acceso comprende el derecho a: a) obtener información de la entidad responsable de los datos acerca de la existencia de datos que le conciernan; b) ser informado dentro de un tiempo razonable y de manera comprensible; c) oponerse a cualquier dato que le concierna y a que esa oposición quede registrada; d) obtener que los datos relativos a su persona, en caso de prosperar su oposición, sean suprimidos, rectificadas o completados; e) ser informado de las razones por las cuales se deniega su derecho de acceso o éste no se le concede en lugar, tiempo y forma razonables; f) oponerse a toda negativa a darle las razones mencionadas precedentemente.

³⁸⁶ Como señalamos con anterioridad, estos derechos se han reconocido en su fase primaria a través del Ley de Protección al Consumidor, la cual fue aprobada en la sesión plenaria de la Asamblea Legislativa de El Salvador de fecha 18 de agosto de 2005, que solo espera ser publicada en el Diario Oficial y dejar transcurrir 8 días después de su publicación, para que la misma entre en vigor y sea Ley de la República.

Para algunos doctrinarios,³⁸⁷ este derecho va más allá del simple conocimiento, sino que requiere del consentimiento expreso del sujeto para proceder a la incorporación de datos sobre su persona en un determinado banco de datos.

b) Derecho de Corrección. Cuando un dato ha sido mal informado o erróneamente registrado, tiene el interesado el derecho de solicitar la rectificación de ese dato mal registrado o inexacto y mientras no proceda la corrección, no podrá ser informado a ninguna persona o entidad.

c) Finalidad de la Recolección de los datos. Es importante que el titular de los datos sea debidamente informado acerca de la finalidad de la recolección de dichos datos, estableciendo además, los medios adecuados para que dicha información no sea utilizada para un objetivo diferente, ya que tales usos desautorizados pueden ocasionar daños al titular de los datos.

d) Fijar criterios para la clasificación de los datos que pueden ser recolectados. Debemos considerar que no todos los datos personales pueden figurar en los registros públicos,³⁸⁸ especialmente se encuentran excluidos los datos que puedan llevar a una discriminación del titular, por ejemplo: la religión, la preferencia sexual, la raza, el padecimiento de cierto tipo de enfermedades, como por ejemplo SIDA, etc.

e) Seguridad de los datos recolectados. Debe establecerse una manera adecuada de lograr la seguridad de los datos contenidos en los registros y más aún, si se trata de archivos

³⁸⁷ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 147 y siguientes. Otro principio establecido obliga al gestor de un banco de datos de carácter personal a la expresa declaración del propósito o la finalidad para la cual va a ser utilizada la información registrada, estableciéndose la prohibición de su utilización con un objeto o fines diferentes.

³⁸⁸ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 145. Se ha debatido a sí mismo con relación al carácter de los datos que en este ámbito merecen tutela legal, existiendo consenso en la inclusión de los datos de carácter sentimental, sexual, médicos, así como los referidos a convicciones políticas, religiosas o filosóficas de una persona.

informáticos, ya que por sus propias características pueden ser fácilmente trasladables de una persona a otra, es éste uno de los campos de aplicación en donde podemos afirmar, será de gran importancia el uso de la firma electrónica.

d) Derecho de Actualización.³⁸⁹ La persona tiene derecho de solicitar al registro público o privado que se actualicen los datos contenidos en ellos, ya que un dato desactualizado, provocará en consecuencia un informe erróneo,

En este principio se encuentra contenida la eliminación de datos personales, cuyos informes pudieran repercutir negativamente en la persona de quien se han obtenido, por ejemplo, los antecedentes delincuenciales, penales o policiales, los historiales crediticios moratorios u otros similares, que solo podrán permanecer un tiempo razonable en el archivo de datos,

El plazo durante el cual pueden permanecer estos datos debe ser regulado por la legislación secundaria³⁹⁰ que norme la figura jurídica del Habeas Data.³⁹¹ Este punto merece nuestra atención, ya que para nuestro caso en particular que no contamos con legislación al respecto, debe establecerse alguna otra solución.

³⁸⁹ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 147. Las leyes sobre la materia establecen la exigencia de la fidelidad de la información registrada, exigencia que incluye expresamente la obligación de actualizar dicha información, rectificarla y cancelarla cuando así correspondiere. Es decir que este principio especifica que los datos registrados sobre el individuo deberán ser exactos, completos y actuales.

³⁹⁰ A pesar que hemos señalado la Ley de Protección al Consumidor como el primer instrumento legal que regula los derechos contenidos en el Habeas Data, no se estableció por medio de aquella, el plazo en el que podrían aparecer los datos contenidos en los registros que se encuentran en las sociedades especializadas en la prestación de servicios de información.

³⁹¹ Vid. ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho...*, cit., p. 148. El denominado principio de la salvaguarda de la seguridad, pone en cabeza del gestor de un banco de datos de carácter personal, la obligación de adoptar las medidas de seguridad pertinentes a efectos de su protección contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado.- Se entiende asimismo que se deberá limitar en forma adecuada la conservación temporal de los datos registrados, limitándose razonablemente dicho tiempo al solo efecto de permitir el alcance de los fines u objetivos para los cuales fueron recolectados”

En el Proceso de Amparo antes relacionado, fue advertido que el demandante sufrió daños y perjuicios por una situación en la cual se hizo constar el historial de morosidad del mismo, sin embargo, como no era éste el punto del cual se solicitó amparo, sino que se presentó como un caso en el que existía desactualización de los datos, la Sala de lo Constitucional no pudo entrar a valorar el primero,

En la situación antes expresada,³⁹² la Corte concluyó que no existía tal desactualización, ya que si aparecía la cancelación del crédito otorgado con anterioridad al demandante y lo que realmente sucedió es que el historial de morosidad aparecía dentro de la información que se brindó y con base en la cual, se le denegó el acceso a un crédito.

Por esta razón es que la Sala de lo Constitucional determinó que no existía violación al Derecho Constitucional de la Intimidad, sin embargo en un párrafo de la sentencia consideró que “que todo dato que refleje el estado de morosidad de un sujeto de crédito, que se encuentra incorporado en un registro público o privado, y cuyo uso y manejo responda a una finalidad justificada –desde la perspectiva constitucional-, no debe permanecer en el mismo durante un tiempo indefinido, ya que, la inmortalización de la morosidad puede afectar futuras contrataciones crediticias de dicho sujeto, en el sentido que éste continuaría ostentando la misma calidad o al menos sería considerado como tal, aunque su realidad actual responda a situaciones crediticias diferentes, y tomarse en cuenta tal aspecto como factor condicionante en la adopción de las decisiones crediticias. En consecuencia de lo anterior, esta Sala estima indispensable -entre otros aspectos no menos importantes- la adopción o regulación de un plazo razonable, en el que se entienda la vigencia de la información relativa al estado crediticio de un sujeto”.

De su lectura pareciera que la Sala exhortara a la sociedad que maneja este tipo de información a establecer un plazo de vigencia para los datos que constituyan el historial de

³⁹² Vid. SASCCSJ No. 118/2002, la cual puede ser consultada en <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Nomina.htm>.

morosidad, sin embargo, éste más que deber de la sociedad, es obligación del Estado buscar la protección de tales derechos, señalando a su vez un plazo legal.

Tal plazo es eminentemente necesario, ya que los registros de morosidad deben desaparecer al cabo de cierto tiempo, más aún si consideramos que en la legislación secundaria está prevista la cancelación de los antecedentes penales al cabo de cinco años de extinguida la pena,³⁹³ lo que significa que si este tipo de datos cuyo contenido es más grave aún que la morosidad, tiene su propio régimen de vigencia, evitando la perpetuidad, con mayor razón deben regularse estos aspectos en los registros de datos, tal como la morosidad.

51. La Protección de Datos Personales y su relación con la Administración Pública y con el empleo de la Firma electrónica

Hemos presentado los aspectos generales de la protección de datos personales, sin embargo, debemos reconocer la estrecha relación que existe entre éstos y la Administración Pública, en diversas áreas que presentaremos a continuación:

³⁹³ Vid. Arts. 112 y 113 del Código Penal Salvadoreño, que a la letra establecen “ REGIMEN DE REGISTROS PENALES.- Art. 112.- La dependencia encargada de llevar el registro de antecedentes penales deberá informar sobre los mismos, al propio interesado, a cualquier juez o magistrado competente en materia penal, y al juez de vigilancia penitenciaria.- El registro de las sentencias caduca en todos sus efectos a los cinco años de extinguida la pena.- En los casos de cancelación o caducidad de los registros, el antecedente penal que consta no se tendrá en cuenta para ningún efecto; si se solicitan certificaciones de éstos, se deben hacer constar expresamente en su caso ambas circunstancias.- En el registro anteriormente mencionado se llevarán también anotaciones de los delitos conciliados por una persona por el período de cinco años. A tal efecto, la Fiscalía y los tribunales con competencia en materia penal deberán remitir al registro correspondiente la información que identifique a la persona, el número de expediente, el delito conciliado y una breve relación de los acuerdos alcanzados. Los efectos de este registro caducan a los cinco años de haberse producido la conciliación siempre que se hubieren cumplido los acuerdos. Su publicidad se sujetará a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo.- CANCELACIÓN DE REGISTROS DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.- Art. 113.- Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a este Código se harán en la misma forma que los antecedentes penales y serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida y mientras tanto, solo figurarán en las certificaciones que el registro expida con destino al juez de vigilancia correspondiente, en los casos establecidos en la ley”.

Primeramente debemos señalar la obligación que tiene la Administración en general de tutelar la protección de datos personales, comenzando por dictar la legislación pertinente y además, exigiendo entre otras cosas, los medios de seguridad más adecuados que les permitan identificar a las personas que tienen acceso a sus archivos electrónicos.³⁹⁴

Es en este punto en el cual interviene la firma electrónica, con la finalidad de que la misma sea exigida para lograr el acceso a los archivos informáticos públicos o privados que contengan los datos personales.

Recordemos que el derecho al conocimiento es parte fundamental del Habeas Data, por lo tanto, podrían los registros públicos o privados poner a disposición de la colectividad los datos contenidos en ellos acerca de su persona, bastando el simple requisito de comprobar la identidad y empleando para ello, la firma electrónica con la finalidad de alcanzarse aquella identificación.

En general, el empleo de la firma electrónica para la protección de datos personales, se encuentra en el acceso del público a los registros de la propiedad o de comercio, en el acceso para el análisis de jurisprudencia o para la consulta de procesos vía internet.

³⁹⁴ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 105. Sin duda entonces una de las principales preocupaciones de los vendedores oferentes por internet o proveedores de servicios será el suministrar la mayor seguridad a los datos que se incorporan a la base de datos formada a través del comercio en internet; de esta manera se debe asegurar que la información no sea interceptada y mal utilizada por terceros. Esta aseveración se sustenta en un principio de equidad que afirma que el derecho a la intimidad no solo es protegido por uno mismo o por el Estado, a través de la protección de los derechos fundamentales, sino también por el tercero en el que se ha depositado parte de esta información confidencial y personal. Los datos confiados al proveedor de determinados bienes o servicios, bien podrían ser aprovechados por una persona distinta que posteriormente haga la suplantación para realizar la venta de productos similares pero distintos a los deseados por el consumidor. Así pues, resulta imposible para el usuario conocer la verdadera identidad del proveedor con quien se contrata.

CAPITULO XII

LA TUTELA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS VENTAS A DISTANCIA Y SU RELACIÓN CON EL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

SUMARIO: 52. Principios básicos de la protección de los derechos de los consumidores. Especial referencia al comercio electrónico y su relación con la firma electrónica

52. Principios básicos de la protección de los derechos de los consumidores. Especial referencia al comercio electrónico y su relación con la firma electrónica

Corresponde a la Administración Pública la tutela de los derechos de los consumidores, en primer lugar, dictando las normas legales que le fueran apropiadas y garantizando los derechos de los consumidores cuando contratan a través de internet.

Por regla general se reconocen y establecen ciertos elementos propios de la protección al consumidor,³⁹⁵ sin embargo, suele considerarse por algunos autores,³⁹⁶ que la protección del consumidor, se verifica de la siguiente manera:

³⁹⁵ Vid. De manera general RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 102 y siguientes. . HARGAIN, D., “Incidencia del Comercio Electrónico en el ámbito jurídico: Planteo General”, en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario*, B de f, Buenos Aires, 2003, p. 29 y siguientes. Vid. JUSTE MENCÍA, J., “La Protección del Consumidor en la Contratación a Distancia. En Particular, los Contratos celebrados por medios electrónicos” en AAVV Derecho del Consumo: Acceso a la Justicia, Responsabilidad y Garantía, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2001, p. 402 y siguientes.

³⁹⁶ Vid. CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.A. “La Protección de los Consumidores” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 128 y siguientes. Entendiendo que los contratos a distancia son aquellos en los que la oferta, la negociación y la celebración se efectúan a distancia, sin la presencia física simultánea de los contratantes, la protección de los consumidores se lleva a cabo antes, durante y después de la misma contratación.

a) una doble exigencia en la información que el consumidor deberá recibir, la cual es recomendable recibirla en dos momentos: antes de la celebración del contrato y una vez celebrado el mismo, esta última información hace referencia a los datos requeridos para la ejecución del contrato, este criterio fue adoptado por el legislador en la redacción de la directiva comunitaria de la Unión Europea acerca de estas normas.³⁹⁷

El derecho especial de información consistente en proporcionar la información eficiente y veraz, ya que la ausencia de dicha información puede considerarse por algunos doctrinarios como un vicio del consentimiento.

Esta información general se encuentra mayormente identificada en el ámbito de la contratación electrónica, cuando recae sobre la publicidad y la oferta, porque de lo contrario el oferente podría caer en una práctica de publicidad engañosa, la que además atenta gravemente contra los derechos de los consumidores.

Otra parte del derecho de información en el comercio electrónico en general, lo constituye el deber de diligencia en la administración de la página web, ya que la desactualización de la misma puede conllevar a posibles perjuicios a los compradores.

Y finalmente la identificación del régimen jurídico aplicable en caso de controversia suscitado por la contratación a través de internet, es parte de la información general que identificamos anteriormente, ya que es necesario que el comprador conozca acerca de la legislación que se le aplicará e incluso el idioma que se empleará en tal situación.

b) Otra medida que se adoptó a fin de lograr la adecuada protección de los derechos del consumidor en la contratación por internet, fue el derecho de la resolución del

³⁹⁷ Se hizo constar dentro de los considerandos del preámbulo de la referida directiva comunitaria que era necesaria la doble información porque cuando la información era difundida por determinadas tecnologías electrónicas, tenían a menudo un carácter efímero y la medida permitía que el consumidor obtuviera las condiciones de la contratación no solo es soporte informático sino además, en soporte físico.

contrato,³⁹⁸ cuando tal resolución se lleve a cabo en un plazo mínimo después de celebrado el contrato; esta medida busca evitar el abuso como la recepción de productos y servicios deteriorados o que correspondan con la descripción verificada en la oferta.

Actualmente y al margen de la vigencia de la nueva Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, se reconoce el derecho que una de las partes contratantes tiene para resolver el contrato bilateral,³⁹⁹ sin embargo, en este caso existen otras condicionantes: que se trate de un contrato bilateral, que se trate de incumplimiento de obligaciones por una de las Partes, que la Parte que pide la resolución hubiera cumplido a su vez con su obligación y que se trate de una resolución judicial, es decir, solo procederá cuando hubiera sido calificada y concedida por el juez en el correspondiente juicio civil ordinario,

Por lo tanto, las características de este tipo de resolución, aunque denominadas con el mismo nombre, no se refieren a la misma figura, esta última llamada por la doctrina como Condición Resolutoria Tácita o Resolución Judicial por Incumplimiento, acción que en lugar de beneficiar a las partes o de proteger al consumidor, que debería ser el fin último, por el contrario, lo perjudicaría, obligándolo a asistir a los tribunales incluso por contratos de ínfimo valor.

Otro aspecto importante a considerar es que el derecho de resolución debe exceptuarse de aquellos casos en los que el contrato versa sobre bienes perecederos o

³⁹⁸ En la aplicación de la Directiva Comunitaria, se establece incluso que el ejercicio del Derecho de Resolución se hará sin penalización alguna y sin indicación de motivos, permitiendo incluso que en aras de evitar el abuso por parte de la empresa o persona oferente, se permita el abuso por parte del consumidor protegido. Idem. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 103. Derecho de resolución o de arrepentimiento. Consiste en el derecho a favor del consumidor de resolver el contrato hasta un día determinado posterior a la entrega del producto que ha sido adquirido a través de internet. A su vez citan a los autores Galvis y Umaña, quienes consideran este derecho como fundamental en un sistema de principios de protección al consumidor de carácter internacional; su justificación es evidente y su imperatividad innegable”.

³⁹⁹ Vid. Art. 1360 del Código Civil Salvadoreño, que establece “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno u otro caso.

consumibles, ya que la naturaleza misma del contrato en todo caso, riñe con el derecho antes reconocido, lo mismo sucedería con los contratos aleatorios en los que precisamente el beneficio del mismo se encuentra sujeto a la suerte o azar de las partes contratantes.

Y c) La creación de normas especiales para la regulación de suministros no solicitados.

Por otra parte, hemos mencionado con anterioridad que en internet, existen diversos modelos de contratación, de tal manera que algún tipo de contrato garantiza más que otros los derechos de los consumidores que contratan de esta forma, citamos a manera de ejemplo la tradicional forma de contratación por medio de correos electrónicos o el correo interactivo, también denominado “*Chat*”, los cuales permiten que las partes contratantes puedan negociar los términos del contrato a celebrar,

Pero existen otros contratos como por ejemplo, los derivados del *shrink wrap*,⁴⁰⁰ en los que el consumidor se encuentra en completo desamparo, tal es el caso, de aquella persona que accesa a internet y decide comprar un software en donde normalmente, se le hace entrega del software y éste a su vez, paga el precio, habiendo culminado la contratación, sin embargo, las condiciones de la misma se le presentan una vez se ha consumado éste.

Ahora bien, le corresponde a la Administración Pública velar por el respeto de los derechos constitucionales y legales de los administrados y particularmente, en El Salvador

⁴⁰⁰ Vid. SOBRINO, W. A. R., *op cit.*, p 81 y siguientes. Doctrinariamente se ha elaborado una nueva clase de contratos: *Shrink wramp*, en los que el consumidor está totalmente desamparado, esta nueva clase de contratos se caracteriza porque no solo las nuevas pautas contractuales son predeterminadas unilateralmente por la empresa, al igual que en los contratos de adhesión, sino, que además el consumidor acepta, pero sin haber podido siquiera leer los términos de dicho contrato de adhesión. El autor avala por la creación del nuevo orden público tecnológico, en pos de la protección del consumidor en internet.

se ha desarrollado la figura de la Defensoría del Consumidor,⁴⁰¹ por lo tanto, debe concebirse la manera en que se protegerá a aquellos de la violación de sus derechos.

Además se ha promulgado la nueva Ley de Protección al Consumidor⁴⁰² que si bien es cierto, no reconoce la protección de los particulares que contratan por medios telemáticos a través de internet, pero si regula los aspectos básicos de la protección del consumidor,⁴⁰³ los cuales deberán ser adaptados a la primera figura en aras de la protección de los contratantes,

Ahora bien, cuando nos preguntamos cual es la relación que existe entre la protección de los derechos del consumidor, la Administración Pública y la Firma

⁴⁰¹ Actualmente se ha nombrado a una persona en el cargo de Designada Presidencial para la Defensoría de los Derechos del Consumidor, además de existir la Dirección de Protección del Consumidor, enmarcada dentro de la figura organizativa del Ministerio de Economía, situación que recientemente ha variado con la entrada en vigor de la nueva Ley de Protección al Consumidor.

⁴⁰² Vid. Ley de Protección al Consumidor de fecha 18 de agosto de 2005, publicada en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco.

⁴⁰³ El Art. 4 de la Ley de Protección al Consumidor, establece los derechos básicos de los consumidores y reza así “Sin perjuicio de los demás derechos que se deriven de la aplicación de otras leyes, los derechos básicos de los consumidores son los siguientes: a) Recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere, y de las condiciones de la contratación; b) Ser protegido contra la publicidad engañosa o falsa, en los términos establecidos en el inciso cuarto del Art. 31 de esta Ley, c) Adquirir los bienes y servicios en las condiciones o términos que el proveedor ofertó públicamente, d) Ser educado e informado en materia de consumo, especialmente en lo establecido en el Art. 7 letra e) de esta ley, así como a agruparse en asociaciones de consumidores para la protección de sus intereses y a participar en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, e) La libertad de elección y trato igualitario en similares circunstancias, sin discriminación o abuso de ninguna clase, f) Ser protegido contra los riesgos de recibir productos o servicios que en condiciones normales o previsibles de utilización, pongan en peligro su vida, salud o integridad, g) Reclamar y recibir compensación en el caso que los productos o servicios sean entregados en calidad, cantidad o forma diferente de la ofrecida, pudiendo elegir cualquiera de las siguientes opciones: la reparación del bien, exigir el cumplimiento de la oferta si esto fuere posible, a la reducción del precio, tasa o tarifa del bien o servicio, aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido o la devolución de lo que hubiese pagado, h) Acceso a los órganos administrativos establecidos para ventilar los reclamos por violaciones a sus derechos, mediante un proceso simple, breve y gratuito, i) Ser protegidos de practicas abusivas y de la inclusión de la cláusulas abusivas en los contratos, j) Reclamar por vía judicial o por distintos medios alternativos de solución de conflictos la reparación de daños y perjuicios sufridos por deficiencia, mala calidad o retraso en la entrega de los bienes o servicios adquiridos, k) Lectura completa y explicaciones de todas las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato y sus anexos, a las cuales se comprometen cumplir las parte.

electrónica, habiendo establecido recientemente la relación que existe entre la Administración Pública y la protección de los derechos de los consumidores en internet, podemos afirmar que es evidente la necesidad de la firma electrónica ante la tutela de la primera de los derechos de los segundos.

Ahora bien, la firma electrónica hemos sostenido ya en varias ocasiones, que otorga seguridad pero además certeza a fin de establecer la persona con quien estamos contratando, por lo tanto, esta clara identificación facilita aún más la labor de la Administración Pública en la tutela de los derechos antes mencionados.

Es por ello, que la implementación de la Firma electrónica se convierte nuevamente en necesaria y recomendable para el adecuado funcionamiento de la Administración, porque de lo contrario, la identificación de las personas de los contratantes se haría mucho más difícil, complicándose hasta el infinito, si consideramos que puede haber suplantaciones de identidades o de nombres.

Cuando la Administración tiene el conocimiento de la identidad de las personas contratantes, puede establecer con certeza quien ha sido el violador de los derechos del consumidor, quien a la vez deberá responder por las sanciones a que se haga acreedor, además de establecer quien ha sido la persona que ha sufrido el menoscabo en sus derechos, que a la vez se hará titular de la acción propia para el reclamo de los derechos por daños y perjuicios.

CAPITULO XIII

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LOS CIUDADANOS A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 53. Uso de la firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta a través de internet. 54. Imposición de tributos derivados de las operaciones verificadas a través de internet. 55. Principios generales aplicables a la tributación en el comercio electrónico. 56. Imposición del *Bit Tax* o falta de fiscalidad de las operaciones verificadas a través de internet. 56.1. Problemas que se presentan en la imposición de tributos para el Comercio Electrónico. 57. Uso de la Firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto derivado por el pago de aduanas.

Siendo que el internet, es la red abierta más grande, que permite que a la Administración Pública utilizar de sus beneficios de diversas formas, sus campos de aplicación por tanto, son diversos, pero no hemos querido perder de vista que bajo este epígrafe nos referimos únicamente al relacionado con el uso de la Firma electrónica para el cumplimiento de las obligaciones tributarias así como la obligación de tributación que nace del comercio electrónico.

53. Uso de la firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta a través de internet

Otro uso mayormente aceptado por la Administración Pública, lo constituye el cumplimiento de las obligaciones tributarias.⁴⁰⁴ En esta área, se ha podido observar su

⁴⁰⁴ Vid. ALBIÑANA LÓPEZ, M.A. “*La Firma Electrónica en el Ministerio de Economía*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit. ,p. 85. España ha hecho uso de este beneficio a través de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Otras Normas Tributarias (BOE de 10 de diciembre) dispone en el artículo 79.5 que el Ministerio de Economía y Hacienda establecerá los supuestos y condiciones de presentación de declaraciones por medios telemáticos y el artículo 59.3 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aprobado por el artículo único del Real

proliferación para la presentación de declaraciones de rentas a través de internet. En tal caso, la operación da inicio cuando nos introducimos en la página web del Ministerio de Hacienda, obtenemos el formulario indicado para la elaboración de la declaración de renta, completamos el mismo con la documentación que nos es solicitada, la firmamos electrónicamente y la enviamos por medio de internet hasta el servidor del Ministerio de Hacienda.

El uso de la firma electrónica no solo cumple los requisitos de autenticidad e integridad de la declaración, sino que se convierte en un medio que permite que los costos económicos sean menores y que evita que la administración una vez recibida la documentación en soporte de papel físico, deba ingresar en su ordenador la información, por tanto, se constituye en una de las formas más empleadas y que reporta mayores beneficios para la Administración Pública.⁴⁰⁵

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es que aunado al esfuerzo de métodos de seguridad para evitar la posible comisión de hechos delictivos tendientes a manipular la información que se envía o recibe en internet, es necesario, regular de alguna manera los medios de pago *on line*, para que de esta manera, el proceso de presentación de la declaración de renta sea completo.

Decreto 214/1999, de 5 de febrero, determina que el Ministro de Economía y Hacienda establecerá los supuestos y condiciones de presentación de las declaraciones por medios telemáticos.

⁴⁰⁵ Vid. LOMASCOLO SZITTYAY, R. “Aspectos Técnicos de La Firma Electrónica” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit. ,p. 80, La Agencia Tributaria (EAT) en España, permite la presentación a través de Internet de diferentes declaraciones de Impuesto sobre la Renta (IRPF) función avanzada que solo algunas agencias financieras del resto del mundo han incorporado ya en su gama de servicios al ciudadano. En el argot de la Agencia, esta forma de envío de la declaración se llama presentación telemática de la declaración. Las razones más convincentes que hacen crecer el número de usuarios de la red que opta por confesarse con Hacienda a través de Internet son: a) Comodidad, la declaración no requiere ningún desplazamiento físico a oficinas de la EAT o de ningún banco o caja de ahorros, b) Flexibilidad, la declaración puede presentarse cualquier día y a cualquier hora, c) Agilidad, la presentación es sencilla e instantánea, y d) Rapidez en las devoluciones, para estimular su uso la EAT ha ingresado de manera casi instantánea las cantidades a devolver.

54. Imposición de tributos derivados de las operaciones verificadas a través de internet

Otro tratamiento legal diferente merece la imposición de tributos por las operaciones derivadas de internet, es decir, de las operaciones derivadas del comercio electrónico y de los contratos celebrados a distancia. Consideramos necesaria su inclusión a fin de establecer la diferencia existente entre los casos anteriores y éste, ya que como hemos visto, en los primeros casos, el uso de la firma electrónica es necesario a fin de asegurar la autenticidad e integridad del medio por el cual se cumplen las obligaciones tributarias, como en la declaración de renta a través de internet y en cambio, como veremos en estos casos que estamos por analizar, el uso de la firma electrónica se aplica a la contratación en general y por derivación, con ella se determina la identidad del sujeto al que se le impondrá el tributo originado por el contrato electrónico.

A su vez, la Unión Europea⁴⁰⁶ ha concensuado ciertos criterios que deben ser tomados en cuenta para la aplicación de los tributos en la contratación electrónica, estos son: a) Debe prevalecer el criterio del domicilio del consumidor, o destinatario de los bienes o servicios prestados a través de internet, b) Debe estarse sujeto al impuesto que correspondería aplicarse al bien que ha sido obtenido a través de internet y c) Se aplicará el Impuesto al Valor Agregado para la adquisición de bienes y servicios a los bienes que sean susceptibles de aplicárseles y le corresponderá al consumidor final pagar el impuesto, sin importar el país de procedencia.

55. Principios generales aplicables a la tributación en el comercio electrónico

⁴⁰⁶ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2000, p. 197. Se ha considerado que solamente la existencia de una Autoridad Tributaria Internacional con algunos poderes, como por ejemplo, la Comisión Europea, relacionada con actividades económicas o con poderes nacionales, puede someter adecuadamente a imposición, el comercio electrónico.

Para poder imponer los tributos derivados de las contrataciones por internet se plantean ciertos principios rectores,⁴⁰⁷ tales como:

a) Principio de Neutralidad, la tributación deberá ser igual con independencia del medio que sea utilizado para ello, esto concuerda con el Principio de No Discriminación, adoptado para efectos probatorios,⁴⁰⁸ tampoco pueden condicionar positiva o negativamente la actividad económica, por lo tanto, no deben conducir a discriminaciones, de lo contrario, afectaría la adecuada competencia y el mercado libre.

b) Principio de Equivalencia, mediante el cual se establece la aplicación de reglas vigentes en el campo de la fiscalidad;

c) Principio de Internacionalización, ya que como hemos mencionado con anterioridad, el comercio electrónico es una de las manifestaciones de la globalización, por esta razón, los sujetos y las transacciones en su inmensa mayoría actúan a nivel internacional, por lo tanto, la adecuada tributación deberá ser la respuesta tomada por consenso de los Estados, bien a la luz de organismos internacionales o regionales; la Unión Europea es un ejemplo de foro mediante el cual se ha dado espacio para tratar el tema de la fiscalidad en internet.

d) Principio de Simplicidad, el uso de las tecnologías modernas y el comercio electrónico resultante de las mismas es por naturaleza complejo, por lo tanto, no podemos pretender que se adopten normas fiscales complejas a su vez, sino que al contrario, las normas que deben emplearse deben ser simples de manera que no sean un tropiezo para el

⁴⁰⁷ Vid. CAZORLA PRIETO, L.M. “*El comercio electrónico ante nuestro sistema tributario*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000, P. 635. Estos principios o criterios fundamentales fueron adoptados desde el año 1996, por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

⁴⁰⁸ El Principio de No Discriminación, establece que no puede un documento electrónico, tratarse de diferente forma debido a que soporte es informático, por lo tanto, igual valor probatorio merecerá un documento, con independencia del soporte del mismo, sea material o informático.

correcto desarrollo del comercio electrónico, lo cual necesariamente nos lleva a la flexibilidad.

e) Principio de Flexibilidad, se refiere al constante cambio de la sociedad en general y de los medios tecnológicos e informáticos, por lo tanto, las normas a crearse para regular la fiscalidad deben necesariamente incluir la posibilidad de revisar las normas constantemente, es decir, para este tipo de comercio es imposible que se trate de normas rígidas en su contexto.

f) Principio de Suficiencia, sea cual sea el sistema utilizado, es necesario asegurar que la regulación del comercio electrónico, genere los recursos impositivos suficientes, evitando la evasión fiscal, de lo contrario, se generaría una pérdida de recaudación que puede ir en aumento cuando el comercio electrónico sustituya en gran medida al comercio tradicional.

g) Principio de Eficiencia, debe optarse por un régimen que permita que los costos para el cumplimiento y la gestión del sistema fiscal relacionados con el comercio electrónico sean los mínimos posibles.

h) Principio de Equidad, tanto en la vertiente horizontal como en la vertical, en relación a la primera, debe optarse porque todos los operadores deban ser gravados con igualdad y en torno al segundo, deben tomarse en cuenta las diferentes capacidades de los agentes económicos que intervienen.⁴⁰⁹

i) Principio de Seguridad Jurídica, el régimen de imposición fiscal que sea adoptado para el comercio electrónico tiene que encontrarse enmarcado en el régimen legal creado para el mismo, el cual debe caracterizarse por ser seguro pero que a la vez permita el desarrollo del mismo.

⁴⁰⁹ En la vertiente vertical, deben considerarse los diferentes grados y capacidades de acceso por ejemplo, de las pequeñas y medianas empresas así como de los consumidores en general.

j) Principio de Coordinación, para que el sistema fiscal pueda funcionar es imprescindible que exista la adecuada coordinación entre el régimen legal creado, la autoridad nacional de aplicación, las autoridades internacionales creadas para la correcta aplicación, así como con el resto de la legislación nacional en torno al comercio electrónico y la normativa internacional sobre el mismo.

La mayoría de estos principios han sido adoptados y recomendados por la Comisión para el Estudio del Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española y de esa manera han sido presentados en el informe que ésta rindió.

56. Imposición del *Bit Tax* o falta de fiscalidad de las operaciones verificadas a través de internet

Aunque existen algunas propuestas para la creación de un impuesto especial y particular, aplicable únicamente a los negocios jurídicos celebrados por internet,⁴¹⁰ denominado *bit tax*, este tributo fue originalmente expuesto por A. Cordell, Consejero del Departamento de Industria Canadiense y consiste en gravar con base en el número de bits de información recibidos por el usuario a través del intermediario en la red internet.

A pesar de haberse presentado como una solución a la necesidad de un impuesto tributario para este tipo de transacciones, no ha sido mayoritariamente aceptado⁴¹¹ y se propugna por el contrario, por el empleo de los tributos que existen actualmente con ciertas

⁴¹⁰ Vid. CAZORLA PRIETO, L.M. “*El comercio electrónico ante nuestro sistema tributario*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, *op. cit.*, p. 637.

⁴¹¹ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *op cit.*,p. 201. La Comisión reconoció que el “bit tax” resulta ser un novedoso e imaginativo impuesto, sin embargo, no resuelve problemas esenciales en el sistema tributario, tal como la gestión y la recaudación del propio impuesto, ya que se desconoce qué autoridad y con qué potestades se podría obtener la información y datos para el conocimiento y localización de bases tributarias y luego, si se necesitarán declaraciones voluntarias o de oficio de los sujetos que generen las deudas tributarias.

variantes o modificaciones, porque se trata del mismo hecho generador presentado a través de un medio diferente.

El *bit tax* ha sido considerado como la primera propuesta para la creación de un tributo especial en esta materia, sin embargo, ha faltado completar alguna información necesaria para su aplicación, como es el método o sistema que será utilizado para contar el número de bits, considerado como hecho generador, la determinación de las entidades prestadoras de servicios de internet con capacidad de proporcionar la cantidad de bits, además de no establecer forma alguna de obtener una diferencia entre el número de bits empleados para una simple comunicación o las necesarias para llevar a cabo transacciones gravables en internet,⁴¹²

Debemos además tomar en cuenta que el uso del internet es una herramienta a la cual puede acceder cualquier persona ubicada desde cualquier país del mundo,⁴¹³ por lo tanto, la determinación del país quien se verá beneficiado con el tributo será muy difícil, o la teoría de reparto de beneficios entre los diversos países es igualmente difícil, aunque se tratara en el seno de un organismo regional o internacional.

En definitiva el *bit tax* ha sido desechado como tributo a imponerse en las transacciones realizadas a través de internet, así lo ha estimado la Unión Europea, lo cual fue presentado en el Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española, realizado por la Comisión conformada para llevar a cabo dicho estudio.

⁴¹² Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *op cit.*, p. 201. establece que el “bit tax” es un tributo: injusto, porque exacciona las transacciones del comercio electrónico no según su valor, sino conforme a las unidades binarias del impulso informático, lo que supone gravar proporcionalmente más las operaciones repetidas de pequeño valor que transacciones unitarias de gran valor, tecnológicamente desfasado, pues las nuevas tecnologías permiten comprimir datos y asimismo, está excesivamente volcado en el comercio entre ordenadores, sin tener en cuenta otros medios de venta como la telefonía móvil; y limitado porque de esta forma se gravan operaciones que no tienen por qué tener un carácter comercial. En conclusión, la Unión Europea ha rechazado el bit tax.

⁴¹³ La Comisión consideró que el carácter internacional del comercio electrónico dificulta enormemente un tratamiento fiscal puramente nacional del mismo y por lo tanto, la creación de un marco normativo no es suficiente para la correcta implementación del tributo en internet, sino se requiere de la adecuada gestión tributaria en términos generales.

Incluso existen teorías⁴¹⁴ que han llegado a sostener que la situación que se presenta pueda conducir a una autorregulación de los operadores, postura que a su vez ha sido duramente criticada por considerarse que finalmente conlleva a un pago tributario nulo o muy reducido y a una competencia fiscal a la baja.

La falta de fiscalidad presentada como una opción, conlleva además a colocar al comercio tradicional por debajo del comercio electrónico,⁴¹⁵ por lo tanto, se tratará de una forma de evadir el pago de tributos legalmente aceptada, la solución entonces, no se presenta con la autorregulación sino, con la creación de nuevas formas de imposición fiscal, las que desde luego deben ser adoptadas a través de Convenios o Tratados internacionales que conlleven a evitar la evasión fiscal.

Si los impuestos que ya existen fueran de tal naturaleza que no permitan su adecuación a los supuestos derivados de internet, deberá en consecuencia, crearse un nuevo tributo que será imponible en aquellos casos particulares de internet, conclusión que podría surgir al determinar que los sistemas tributarios creados actualmente han sido diseñados para otras situaciones que difieren notablemente del comercio electrónico y la adecuación

⁴¹⁴ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *op cit.*, p. 197 y 198. “Esta posición aparece en algunas posturas norteamericanas favorables a una moratoria fiscal sobre el comercio electrónico, al menos, en el ámbito aduanero y en los gravámenes sobre el tráfico de bienes, y ya posee un reflejo legal, precisamente en los Estados Unidos, doctrina que está siendo criticada por la sociedad estadounidense, pudiendo conducir a una autorregulación de los operadores que determine la carga tributaria a pagar por todos ellos, aunque se limita este planteamiento a la imposición indirecta y al tráfico entre los Estados, esta postura resulta inaceptable para las autoridades comunitarias, quienes consideran que no es una postura realista, porque se conduce a un pago tributario nulo o muy reducido y a una competencia fiscal a la baja.

⁴¹⁵ Si al consumidor se le presentan dos opciones, en las que a través de internet puede acceder a una página web americana o a una página web española, en la cual se presente un producto de características similares que satisface sus necesidades, con la única diferencia de que en el segundo de pagar un tributo adicional y en el primero no, obviamente que el consumidor decidirá no pagar el impuesto que le sea cargado, esto contribuye a una desigualdad competitiva entre los Estados.

de tales sistemas a la práctica del comercio electrónico podría provocar una serie de vacíos que al final podrían traducirse en ineficiencia y en la posibilidad de eludir al Fisco.⁴¹⁶

56.1. Problemas que se presentan en la imposición de tributos para el Comercio Electrónico

Pensar en la adecuada forma de establecer un tributo propio para el comercio electrónico, puede llevarnos sin duda a que se nos presenten diversos problemas en el ámbito tributario,⁴¹⁷ entre ellos, los siguientes:

a) Dificultad para la identificación del sujeto.

Tratándose de personas jurídicas o naturales, se presenta la misma dificultad en la identificación de ellas, ya que pueden presentarse variantes que lo imposibiliten, recordemos que no todos los países cuentan con un sistema de legislación minimamente básico que regule el comercio electrónico,

Además, la persona puede utilizar medios que impidan su identificación, ya que frente a la carencia de legislación, no existe aún, ninguna manera de asegurarnos que los

⁴¹⁶ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *op cit.*,p. 196. “En estas condiciones, los sistemas tributarios actuales, pensados para situaciones totalmente diferentes de las que rigen en la sociedad de la información, resultan poco adecuados y, asimismo, cualquier intento de ajustarlos a la nueva sociedad no haría sino perturbar el desarrollo de la misma y generar ineficiencias y costes de todo tipo; para, al final, verse superados, a la hora de gravar los hechos imposables que genera la sociedad de la información, ante el impulso dinamizador de las nuevas tecnologías y sus posibilidades para eludir al Fisco.

⁴¹⁷ Vid. COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *op cit.*,p. 207. La Comisión consideró que el desarrollo de la Sociedad de la Información genera un reto para la fiscalidad, tanto en lo que respecta a las obligaciones tributarias materiales como a las obligaciones tributarias formales y en la gestión, por su debido análisis, la Comisión separó los problemas que se presentan, dividiéndolos de acuerdo a la Imposición Directa o a la Imposición Indirecta, sin embargo, los problemas señalados en ambos suelen ser comunes y solo se encuentran pequeñas variantes entre las mismas.

datos de identidad consignados por la persona sean reales,⁴¹⁸ a menos que se tratara de una suscripción que utilice de medios criptográficos y más específicamente que emplee el uso de la firma electrónica, ya que como hemos mencionado con anterioridad, es necesario una identificación inicial para comenzar con el uso de la misma.

También debemos considerar que en aquellas legislaciones en las que existe un Registro de Inscripción de Dominios de Nombres en internet, no es requisito indispensable que el nombre de dominio creado para ser utilizado en internet coincida con el nombre con el cual aparece registrado tributariamente, por lo tanto, se agrega un dato adicional que obstaculiza la adecuada identificación.

Otro factor importante que incide en la identificación del sujeto, es la rigurosidad de la normativa alrededor del Comercio Electrónico en general, ya que uno de los derechos más importantes contemplados dentro de la legislación creada al efecto, lo constituye la protección de datos personales o Habeas Data, por lo tanto, si el sujeto tiene su domicilio en un país, cuya legislación contiene estas características, nos encontraremos ante un tropiezo más.

b) Ausencia de intermediarios para el control de la transacción

En este apartado hacemos referencia a aquella persona que se encuentra en el medio entre el comerciante y el consumidor, que para el caso del comercio tradicional suele ser cargado con las funciones de retención del impuesto, tal es el caso de los notarios,⁴¹⁹

⁴¹⁸ Para muchas de las transacciones comerciales llevadas a cabo a través de internet se necesita de un correo electrónico que facilite la comunicación y para poder crear el mismo, basta que a través de internet obtengamos el acceso de la página web y completemos los campos obligatorios de identificación, pero en su proceso no existe ningún requerimiento que corrobore la veracidad de la información contenida en los campos.

⁴¹⁹ Para la obtención del Impuesto para la Transferencia de bienes inmuebles por ejemplo, el notario salvadoreño se convierte en un retenedor del impuesto que luego deberá enterar al fisco.

Sin embargo, como se ha advertido con antelación la función de los notarios en el nuevo escenario del comercio electrónico tiende a ser sustituida por las funciones encomendadas a las Entidades de Certificación o a la figura del *Cibernotary*⁴²⁰ del derecho anglosajón, como intermediarios operadores dentro del proceso de utilización de la firma electrónica.

c) La correcta determinación de la jurisdicción fiscal a la que se encontrará sometido

Hemos advertido con antelación lo difícil que es determinar cual será la sede jurisdiccional a la cual se deberán someter los conflictos que pudieran resultar de las negociaciones realizadas a través de internet, con igual complejidad y aún más dificultad podría presentarse el determinar cual será la autoridad a quien le corresponderá imponer el tributo.

En la correcta determinación de la autoridad juegan un papel importante el que podamos determinar la identificación del sujeto y su ubicación, que también representa un problema para el comercio electrónico, pero, además debemos tomar en cuenta que es indispensable que no se presente una doble imposición, o por el contrario, que nos encontremos ante la ausencia de imposición,⁴²¹

Igual problema se nos presentaría si el lugar en el que se encuentra ubicado el sujeto, es de los denominados “paraísos fiscales” y a toda esta problemática, también se suma el componente de que en internet hay aún más facilidad para cambiar el domicilio del sujeto, de tal manera que cuando se produzca el hecho generador se encuentre en un lugar determinado y que su domicilio corresponda a otro diferente.

⁴²⁰ Vid. Supra Apartado 26.

⁴²¹ La solución que puede presentarse en estos casos, suele encontrarse en la suscripción o adopción de Convenios o Tratados Multilaterales o Bilaterales de Doble Imposición existentes en el mundo.

Otro aspecto a tratar corresponde a las páginas web que ofrecen bienes y servicios al público en general, ya que ha sido bastante discutido si pueden ser considerados como establecimientos o no, aspecto que deberá determinarse por la misma administración cuando decida en resolución fundada al respecto, si impondrá o no determinados impuestos.⁴²²

Otro análisis diferente merece la aplicación de impuestos o tributos a pagar por los establecimientos comerciales que sean abiertos con el propósito de llevar a cabo negocios jurídicos propuestos a través de páginas web, los cuales se encuentran en constante aumento, el pago de este tributo se encuentra íntimamente ligado al aspecto de territorialidad de los mismos.

d) La adopción de un método adecuado que permita calificar las rentas gravadas.

Ya hemos hecho referencia al impuesto denominado “*bits tax*”, que pretendía gravar las operaciones derivadas de internet a través del número de *bits* que fueren empleados en dicha transacción, sin embargo, concluimos a la vez que se trata de un tributo con muchos defectos, pero que al pensar en un tributo especial en el comercio electrónico se vuelve más complicado, ya que existen negocios jurídicos que en el comercio tradicional guardaban un cuerpo físico que le permitía determinar con mayor facilidad el monto del impuesto que se impondría.

⁴²² Vid. CAZORLA PRIETO, L.M. “*El comercio electrónico ante nuestro sistema tributario*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, *op. cit.*, p. 638. Parece ciertamente forzada la interpretación del término “servidor o página web” como “establecimiento permanente” a efectos tributarios, bajo la pretensión de considerar la página web como un lugar fijo de negocios, parece ser más un agente de carácter dependiente, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, rechazó la calificación de establecimiento permanente, ya que no existía una presencia permanente de medios humanos y técnicos necesarios para la prestación del servicio, y asimismo, si dicha prestación no se encontraba suficientemente vinculada con el lugar de la actividad económica del prestatario, por otra parte, el Informe del Tesoro de Estados Unidos de América ha entendido que la entidad jurídica no tenía suficiente presencia en dicho país como para considerar sus ingresos sujetos a tributación.

Pero, en la máxima red abierta de internet la situación se agrava cuando consideramos que esos mismo productos que antes tenían un cuerpo físico ahora se han desmaterializado de tal manera que es más difícil la labor del cálculo de la renta a imponer, tal es el caso de los libros virtuales, los programas de software, la música, las películas, fotografías, videos, etc.⁴²³

De lo anterior, otro punto complicado de deslindar es si en los casos mencionados se trata de una entrega de bienes o de la prestación de un servicio, ya que para la imposición de ciertos tributos tradicionales, esta distinción marca el tipo y la clase de renta que se ha de imponer.

e) Problemas variados correspondientes a la gestión tributaria.

Para la mejor operación del comercio electrónico, se convierte en necesario que la mayor parte de elementos que antes eran materiales, luego se ven desmaterializados a la vez, por ejemplo, ha surgido la factura electrónica, el pago electrónico, libros de contabilidad virtuales o electrónicos.

Ante esta nueva realidad, la ya obsoleta gestión tributaria debe ser modificada a la vez de manera tal, que pueda responder a las nuevas formas de control en internet, para el adecuado cálculo de tributos y pago de los mismos.

En conclusión, serias son las dificultades presentadas para la fiscalidad en el comercio electrónico, pero así como lo fueron otras figuras jurídicas en su momento, de igual forma la regulación legal estará detrás de la realidad y en este caso, de la globalización para presentar el marco normativo que le sea apropiado.

⁴²³ Estas situaciones además se ven complicadas con el hecho de que en muchas de ellas se ve reflejada una clara violación a los derechos de autor, como en la música o los videos, sin embargo, esta situación se ve más enmarcada dentro del ámbito de los delitos informáticos que dentro de la fiscalidad en el comercio electrónico.

Para el análisis de la firma electrónica en relación con este acápite, podemos señalar que inicialmente no se encuentra la clara vinculación de la misma con la imposición de los tributos originados por las transacciones a través del internet, empero, cuando se ha determinado qué tributo se ha de pagar, quien lo ha de pagar y adonde se deberá pagar, es imperante la determinación de la persona que tomará la carga tributaria, es este el momento en el que volverá a intervenir la firma electrónica a fin de determinar con toda certeza quien será la persona que deberá soportar la carga tributaria.⁴²⁴

Podemos decir, que el uso de la firma electrónica para las transacciones realizadas por internet puede colaborar en solucionar muchos de los problemas que antes hemos señalado.

57. Uso de la Firma electrónica para la presentación de la declaración del impuesto derivado por el pago de aduanas

Es en esta área con la cual se ha inicializado la aplicación de la firma electrónica en El Salvador, como recordaremos la figura del teledespacho ha sido adoptada a nivel centroamericano con el único propósito de ser aplicada a los trámites aduanales de mercaderías, haciendo que el proceso sea más expedito y como derivación de la misma, en nuestro país se ha constituido la L.S.A. de la que ya hemos hecho algunos comentarios.

⁴²⁴ Recordemos que es a través de la firma electrónica que se logra la autenticidad e integridad del contenido del documento que se ha de enviar a través de internet.

CAPITULO XIV

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA APLICADA A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS CON LOS PARTICULARES.

SUMARIO: 58. Presentación de escritos, solicitudes y recursos por medios electrónicos.
59. Procedimiento Administrativo Electrónico. Emisión de actos administrativos “*on line*”.

58. Presentación de escritos, solicitudes y recursos por medios electrónicos

Una vez implantada la necesidad de utilizar los medios electrónicos, telemáticos o informáticos, por la Administración Pública, el siguiente paso será la posibilidad de acercarse más al usuario, con la finalidad de que éste haga uso de los medios electrónicos para iniciar un proceso administrativo, es decir, que le sea factible la presentación de escritos, solicitudes y/o recursos y que su presentación sea tan válida como si lo hubiera realizado en soporte escrito.

La primera interrogante que puede presentarse sucede entorno a la seguridad respecto de la persona que presenta los documentos antes relacionados, el problema de la seguridad y de la autenticidad de la presentación de estos escritos, se resuelve a través de la firma electrónica, para ello será necesario un certificado que demuestre fehacientemente la identidad del administrado, como se señaló en las generalidades de la firma electrónica.

Para que la presentación de escritos, solicitudes y recursos administrativos sea efectiva y segura, podrá requerirse una serie de condiciones generales. Analizaremos como ejemplo, las requeridas por la legislación española para este mismo fin:⁴²⁵

⁴²⁵ Vid. ALBIÑANA LÓPEZ, M.A. “*La Firma Electrónica en el Ministerio de Economía*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, op. cit. ,p. 88. Este procedimiento no se puso en funcionamiento hasta la

a) Solo será permitida la presentación de estos escritos, solicitudes y recursos a través del mecanismo de firma electrónica avanzada,⁴²⁶ requiriéndose además, el cumplimiento de determinadas recomendaciones⁴²⁷ o de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Nótese que se exige el empleo de la firma electrónica que confiere el mayor grado de seguridad y adicionalmente se exige el cumplimiento de recomendaciones que permiten que su nivel de seguridad alcance un grado más alto.

b) Para estos efectos, serán válidos los certificados ya expedidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda⁴²⁸ y que cumplan con los requisitos establecidos en el Anexo IV de ese mismo documento. Este requisito es necesario ya que se advierte que con mucha probabilidad los certificados extendidos por la Fábrica Nacional no cumplirán con las exigencias establecidas en el literal anterior.

c) Los trámites y criterios específicos de utilización de técnicas telemáticas correspondientes a cada uno de los procedimientos administrativos se incluirán en el Anexo III del documento en mención.

d) Será necesario utilizar un adecuado sistema operativo, tal como el sistema Windows 98 o superior y el navegador internet explorer versión 5.5 o superior o el navegador netscape versión 6.0 o superior o cualquier otro que se considere como un estándar en la Administración General del Estado de los que se dará, en su caso, publicidad en la página web del Ministerio de Economía. Para utilizar el sistema informático, será

publicación de la Orden 26 de diciembre de 2001, por la que se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos por el Ministerio de Economía y sus Organismos Públicos y se crea un Registro Telemático para la presentación de escritos y solicitudes.

⁴²⁶ Recordemos que el uso de la firma avanzada requiere de todos los elementos que puedan aportar seguridad a la firma electrónica.

⁴²⁷ Tal como el uso de estándares internacionales UIT X.509. V3 ó ISO/IEC9594-8 de 1997.

⁴²⁸ La Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda es reconocida en España como una entidad de certificación.

necesario el soporte informático adecuado que nos permita conectarnos a internet y además, llevar a cabo el proceso de encriptado y desencriptado requerido para la firma electrónica,

e) El interesado podrá consentir o señalar como medio de notificación preferente la notificación telemática,⁴²⁹ en cuyo caso deberá facilitar una dirección o un buzón de correo electrónico para las notificaciones que deban practicarse durante la tramitación del procedimiento, estándose a lo que en dicho precepto se establece en cuanto a los efectos de las notificaciones practicadas por esta vía, igualmente, deberá comunicar cualquier alteración que se produzca en la dirección o el buzón de correo electrónico inicialmente señalado. Es común que si la solicitud da inicio y sus correspondientes escritos sean presentados a través de medios telemáticos, los actos de comunicación de la administración sean verificados también por dichos medios.

f) En el caso que de acuerdo con el ordenamiento aplicable, se admita la notificación telemática utilizando buzones de correo electrónico, en determinado sitio web⁴³⁰ se mantendrá actualizada una lista de proveedores que ofrezcan servicios de correo electrónico con las especificaciones que previamente se establezcan. Requisito necesario para cumplir con todos los estándares de seguridad requeridos para este fin.

g) El interesado, una vez iniciada la tramitación del expediente, podrá revocar su consentimiento para que la notificación se practique por vía telemática en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente y señalar una dirección postal en la cual practicar las notificaciones.

Para que un sistema de esta naturaleza pueda funcionar será necesario determinar procedimientos administrativos que sean aplicados para el intercambio telemático, o a lo menos, reglamentar los procedimientos ya existentes, adaptándolos a las comunicaciones

⁴²⁹ De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del Art. 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴³⁰ En España, se tratará del sitio web del Ministerio de Economía.

telemáticas. También es necesario la creación de un registro de igual naturaleza, algunas legislaciones incluso lo han denominado Registro Telemático, en el cual se documente la presentación de todos los escritos, solicitudes y/o recursos, para ello será de vital importancia la función de certificación de hora de la firma electrónica.

Finalmente, la notificación a través de medios telemáticos será posible en la medida en que el administrado lo solicite y pueda tal como se expuso con anterioridad, modificar su solicitud y pedir que las notificaciones se lleven a cabo de forma convencional.

59. Procedimiento Administrativo Electrónico. Emisión de actos administrativos “*on line*”

Debemos aclarar que no se trata de nuevos actos que dicta la administración, simplemente por la utilización de los medios tecnológicos, informáticos o telemáticos, que de hecho existen, tal es el caso de la autorización por parte del Estado para el funcionamiento de las Entidades de Certificación,

En este apartado veremos que se trata de los mismos actos administrativos que la Administración dictaba con antelación, pero en soporte de papel, que ahora por existir el nuevo avance de la tecnología y su uso por la Administración, se convierte en una herramienta para el quehacer de esta última.

La máxima expresión de los actos administrativos “*on line*” lo constituyen las notificaciones por medios telemáticos de las resoluciones tomadas por la Administración⁴³¹,

⁴³¹ Vid. GAMERO CASADO, E. *Notificaciones Telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 180 y siguientes. El autor sostiene que en efecto las virtudes de la mensajería electrónica son tales que pueden llegar a convertirse en muy breve plazo en el principal medio de notificación, tanto en las relaciones privadas como en las jurídico-administrativas. En una organización administrativa que ha conseguido informatizar la mayor parte de sus procesos documentales, promover la migración de todos los sistemas de notificación hacia el ámbito telemático constituyen tan solo el último e inevitable plazo de la Administración Electrónica. En este sentido, la notificación por mensajería electrónica representa ventajas tanto para los ciudadanos como para la Administración pública.

debe reconocerse que esta evolución del derecho, se encuentra con mayor expresión en las legislaciones que tienen aprobada y en vigor una ley sobre firma electrónica.

Por ejemplo, citaremos nuestro referente jurídico de España, que luego de la emisión de su respectiva regulación legal sobre Firma Electrónica así como de la Directiva Comunitaria sobre la misma, se tomó impulso y mediante una reforma al régimen jurídico de las Administraciones Públicas, se dio lugar a la presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración y sus Organismos Públicos, observando mayor uso de la misma en el ámbito de la Hacienda Pública y la Seguridad Social.⁴³²

El sistema de notificaciones telemáticas tiene su fundamento en la prestación del consentimiento por parte de los ciudadanos debido a su propia iniciativa, haciendo constar su preferencia por este tipo de notificaciones en la solicitud, escrito o comunicación que se hubiera dirigido a la Administración o consintiendo dicho medio a propuesta del órgano público, tal como se señaló anteriormente.

En el primero de los casos se trata de una sumisión expresa de los particulares para recibir este tipo de notificaciones, sin embargo la segunda, deja abierta la posibilidad de que se puede llevar a cabo incluso a través de una aceptación tácita, es decir, la administración realiza la notificación por vía telemática aunque no se lo hubieran solicitado, siempre que tuvieran conocimiento de la dirección de correo electrónico o cualquier otro mecanismo similar y si el solicitante no se manifiesta encontrarse en contra de esta medida, la misma será enteramente válida.

⁴³² Vid. URÍA FERNÁNDEZ, F. *“Efectos Jurídicos de la Firma Electrónica: La emisión de actos administrativos “on line”* en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Op cit.*, p. 347. El impulso acerca de la utilización de la firma electrónica por parte de la Administración Pública, se ve retomado a través de la emisión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, operada a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dando lugar a una nueva disposición que permitió la presentación telemática de solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

CAPITULO XV

UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA PARA LOS REGISTROS PÚBLICOS DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL

SUMARIO: 60. Consulta abierta de los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil, por el público a través de internet. 61. La presentación de documentos vía telemática aplicando la Firma electrónica en los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil. 61.1. Modificación de la Ley de Notariado (L.N.) de El Salvador. 61.2. Modificación de la regulación relacionada con el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca. 61.3. Otros elementos relacionados con la presentación de documentos vía telemática aplicando la firma electrónica en los registros. 62. Requisitos necesarios para la emisión de la Firma electrónica de los notarios y registradores. 63. El Registro Mercantil y la constitución de sociedades. Comentarios al referente español de la Sociedad Nueva Empresa.

Otro papel importante de la Firma electrónica en la Administración Pública, lo constituye la incursión de su uso en los Registros de la Propiedad y de Comercio o Mercantiles, los avances que suelen observarse se presentan de nuevo en aquellas legislaciones que tienen ya un trecho recorrido acerca de la aplicación de la firma electrónica,⁴³³ sin embargo, la exigencia de la firma electrónica avanzada,⁴³⁴ suele imperar en esta esfera de aplicación, demostrando expresa inclinación por el mayor grado de seguridad.

⁴³³ Debemos de recordar que uno de los importantes logros dentro del campo de aplicación de la Firma Electrónica lo constituye el recientemente Acuerdo de Asistencia Técnica suscrito entre el Colegio de Registradores de España y el Centro Nacional de Registros de El Salvador (CNR), por lo tanto, podemos asegurar dos premisas de tal instrumento, la primera, que la legislación de España obviamente se encuentra dentro de aquellas legislaciones de mayor experiencia en la aplicación de la Firma Electrónica, con notable y destacada intervención en el ámbito registral y segundo, que nuestra legislación carece de la experiencia adecuada sobre el uso de tal tecnología, pero que se unen esfuerzos para conjugar las cortezas de uno y las debilidades del otro.

⁴³⁴ Ahora sustituida por la Firma Electrónica Reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003 de Firma Electrónica en España.

Existen dos aspectos en los cuales suele haber participación de la firma electrónica en los registros,⁴³⁵ ellos son: a) Consulta abierta por el público a través de internet, y b) La presentación de documentos vía telemática aplicando la firma electrónica, los que pasaremos a desarrollar a continuación:

60. Consulta abierta de los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil, por el público a través de internet

El primer paso para esta aplicación, consiste en documentar electrónicamente la información con la que ya cuenta el Registro, debido a su propia función, ya que en el registro se obtiene una serie de información proveniente de las personas particulares, que para el caso del Registro de la Propiedad, versa sobre la naturaleza, ubicación, situación actual y demás circunstancias relacionadas con inmuebles, además de contener, los datos de identificación de su propietario entre otros.

Igual situación sucede en el Registro de Comercio o Mercantil, que entre sus atribuciones, obtiene información acerca de la constitución, modificación, anulación, y liquidación de las sociedades mercantiles, así como de sus socios. Con toda esta información, los registros respectivos han formado una base de datos informática, que permite que sea más fácil y rápido el manejo de la información así como la atención al usuario, así pues, este primer paso ya se ha caminado en la mayoría de los registros del mundo, aunque por el momento su uso sea únicamente interno.

Y ahora que ya contamos con una base de datos informatizada por medio de la cual cualquier tercero que se encuentre interesado pueda consultarla, el siguiente paso, será colocar la base de datos en la red abierta, es decir, en internet, para que no solo sea

⁴³⁵ Vid. CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A., “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 619.

consultada por cualquier persona al igual que lo es ahora, sino también para que sea más viable su acceso.⁴³⁶

La información de los Registros Mercantiles que puede colocarse a disposición de los particulares, según la práctica adoptada en otros países, se compone de dos bloques:

a) La información mercantil de las compañías y entidades inscritas, información que contiene los siguientes datos: denominación social de la entidad, fecha de inicio de operaciones, domicilio social, duración de la entidad, capital social suscrito y capital social desembolsado, número de identificación fiscal, datos de inscripción de la entidad en el registro Mercantil, objeto social de la entidad, la estructura elegida por la sociedad para el órgano de administración, cuando se trata de una sociedad unipersonal, las situaciones especiales respecto de cada sociedad, tales como la disolución, la fusión o la liquidación de la misma, la relación de documentos presentados en el Registro que aún no se encuentren inscritos, el nombre e identificación de los administradores inscritos en el Registro así como la duración de su cargo, el nombre e identificación de todos los apoderados vigentes, su duración y un resumen de todas las inscripciones practicadas.

b) La información contable de las compañías y entidades que se encuentran en el Registro de Comercio, tales como: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la

⁴³⁶ Vid. CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A. “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 624. Como ejemplo del acceso de información de los Registros Mercantiles a través de Internet, se encuentra el caso del Colegio de Registradores de España, dentro del proceso general de modernización de los Registros, ha puesto a disposición de los usuarios, información que a juicio del autor es única, porque: a) Es una información completa porque va referida a la totalidad de las compañías mercantiles existentes en España, alcanzando más de 1,500,000 sociedades, b) Es una información exhaustiva, porque incluye datos que solo se pueden conocer a través de los Registros Mercantiles, c) Es una información inmediatamente actualizada, se actualizará cada vez que se produce una inscripción en cualquiera de los Registros Mercantiles, d) Es una información directa, sin interpretación alguna, se suministran los datos existentes, e) Es una información sin intermediarios, que se pone directamente a disposición del usuario, f) Es una información continua, que se suministra durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año,

memoria, el informe de gestión, el informe de auditoría y el informe sobre acciones propias.

Ahora bien, para la aplicación de este segundo paso, puede señalarse por mas de alguna persona, que al colocar la información en internet, se están violentando derechos constitucionales tal como el Derecho a la Intimidad, al conocer información personal. Sin embargo, debemos recordar que una de las principales funciones del registro, es precisamente la publicidad de los actos o contratos que sean presentados para su inscripción, así que deberá decidirse por la prevalencia del derecho público sobre el derecho particular de la persona en mantener datos ocultos.⁴³⁷

Por otra parte, debemos pensar que igual situación se encontraría si no se colocaran en internet, ya que la información se encuentra contenida en los Registros automatizados y en los libros de soporte físico, en donde, de igual forma cualquier persona tendría acceso a la información,⁴³⁸ ya que bastaría con presentarse a las oficinas físicas del registro y solicitar la información necesaria, y lo mismo sucedería, si en su lugar, se visitara el sitio web del registro y se accediera a la información. Por tanto, alegar la inconstitucionalidad de esta segunda forma, sería alegar la inconstitucionalidad de la primera, con lo cual se atentaría contra los principios básicos del sistema registral en general,⁴³⁹ y

⁴³⁷ Vid. CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A., “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p. 621. Creemos que con estas medidas atendemos a un interés social evidente. No se nos oculta que pudieran esgrimirse en contra derechos constitucionales que salvaguardan la intimidad. Creemos que no debe haber inconveniente en la transparencia absoluta de los datos inscritos y cuentas depositadas en el Registro Mercantil, que se creó con evidente condición de público.

⁴³⁸ Vid. Art. 675 del Código Civil Salvadoreño, por medio del cual se establece que el Registro es público y puede ser consultado por cualquier persona, por lo tanto, el Principio de Publicidad Registral se encuentra recogido a través de esta disposición en la legislación de El Salvador.

⁴³⁹ Vid. CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A., “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, ..., cit., p 621. La reforma de la legislación mercantil de 1989, en España, impuso a las entidades mercantiles y a otras entidades la obligación de depositar anualmente determinados registros contables en el registro Mercantil, con lo que se pretendía obtener un mayor grado de seguridad al permitir a los agentes económicos tener conocimiento de la situación económica y financiera de las entidades con quienes contratan; aprovechando esta reforma legislativa, se creó en el año 1996 el Centro de Proceso de Estados Contables (CPEC), cuya función principal consiste en someter las cuentas anuales depositadas en los Registros Mercantiles Territoriales a un tratamiento adecuado para elaborar índices

61. La presentación de documentos vía telemática aplicando la Firma electrónica en los Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil

Esta etapa del uso de la firma electrónica a fin de ser aplicada a la presentación y registro de documentos, cuyo contenido debe ser registrado; se encuentra en las legislaciones de avanzada sobre el tema y en las legislaciones como la nuestra, que aún se encuentra en su fase germinal, ya que todavía no se ha alcanzado el grado de confianza en la firma electrónica para su aplicación, sin embargo, todo propugna para que en fechas próximas se pueda implementar.

A manera de ejemplo citaremos la evolución histórica de España.⁴⁴⁰ Cuando se emitió el Real Decreto-ley 14/1999 de 17 de septiembre sobre la Firma Electrónica, entonces el Colegio de Registradores elevó una consulta a la Dirección General del Registro y del Notariado y en ella se preguntaba si se podría presentar a los Registros de la Propiedad y Mercantiles documentos notariales, judiciales, administrativos y privados que fueran enviados por vía telemática y firmados a través de la firma electrónica, para que en caso de ser aceptados, pudieran ser calificados e inscritos y finalmente, si podía concedérsele publicidad formal por la vía telemática.

generales del estado de los diferentes sectores de la economía y de todo tipo de estudios de contenido económico. Su progreso e importancia ha sido tan grande, que ha reportado beneficios permitiendo entre otros usos: a) la Devolución a los Registros Mercantiles, permite publicar los datos normalizados del depósito en base a datos en lugar de imágenes, hasta depuraciones especiales de errores hasta colaboración con Universidades u otros organismos que deseen conocer aspectos concretos reflejados en las cuentas anuales, que no pueden ser conocidos sin el tratamiento dato a dato de ellas mismas, b) Publicación de estadísticas económicas, una vez almacenada la información se vuelve a filtrar de forma automática con nuevas reglas de validación de tipo estadístico y económico, la primera publicación fue presentada a comienzos de 1999, denominada “Información económico-financiera sobre empresas españolas no financieras, últimamente en el año 2000, se presentó el CD-ROM con información de los cinco años disponibles, desde 94 al 98, que permite la comparación sector empresa y c) Sirve como una fuente de datos institucional, ya que toda la información procesada se envía a la Central de Balances del Banco de España, mediante un Convenio de colaboración entre el Banco de España y los Registros Mercantiles, vigente, con esta información se elabora la separata gris del Informe Anual del Banco de España sobre los grandes sectores de la economía española.

⁴⁴⁰ Vid. CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A., “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, ..., cit., p 627 y siguientes.

Se llevó a cabo un análisis mediante el cual se determinó que la firma electrónica no modifica la exigencia general de cumplir con las solemnidades que previamente fueran impuestas, ello significaría que siempre que el legislador exigiera el cumplimiento de tales solemnidades, no valdría ningún otro medio de constitución de los actos, contratos o declaraciones de voluntad, que pudiera sustituir dichas solemnidades.

En el mismo análisis, se determinó que el papel que desempeña la entidad de certificación no podría en ningún caso ser constitutivo de fe pública, misma que solamente podría hacerlo el notario, como depositario de la fe pública concedida por el Estado a su función y en vista de que la regulación legal especial sobre Firma Electrónica no modificaba en tal sentido a la ley que regulaba la función notarial, debía entenderse por ende, que las entidades de certificación no eran en ese momento histórico, fedatarios públicos, tal como analizamos con anterioridad esta era una de las diferencias con el *cibernotary*.⁴⁴¹

Sin embargo y considerando la constante evolución en la que se encuentra la legislación acerca de este tema, es dable señalar que en la legislación española actual, las entidades de certificación pueden llegar a ser consideradas como fedatarios públicos, pero no de todas las cláusulas contenidas en los contratos otorgados ante sus oficios, esta tesis ha sido expresamente adoptada por la legislación que en germinación se encuentra vigente para El Salvador acerca de la firma electrónica.⁴⁴²

Todas estas condiciones anteriormente establecidas hacían difícil o imposible que inicialmente, en España se pudiera implementar la presentación de documentos vía

⁴⁴¹ Vid. Supra Apartado 26.

⁴⁴² Vid. Arts. 7 Inciso 2º, 8 Inc. 3º y 8-A de la L.S.A., en tales disposiciones se establece que las Entidades de Certificación o Certificadoras están dotadas de dar fé pública de los siguientes aspectos: fecha y hora específicas, personas individualizadas que realizaron la transmisión de datos, de la pertenencia de firmas digitales de personas naturales o jurídicas, de los términos en que se ha generado la firma digital, de los términos en que se ha transmitido un mensaje de datos y de los demás datos de que la Entidad hubiera dado fé, dependiendo del tipo de certificado que hubiera emitido

telemática; por lo menos hasta que no fuera reconocido el notario como una entidad de certificación, en cuya función, además pudiera conferir fe pública a los documentos sometidos a su conocimiento.

En nuestra legislación difícilmente encontraríamos un ejemplo que tratara de un documento al que no le fuera exigible la solemnidad de la escritura pública, que por tal razón podría ser firmado a través de la firma electrónica y que además requiriera de inscripción registral, para llevar a cabo la calificación e inscripción del documento, ya que ambos requisitos son complementarios, porque la práctica ha demostrado que los documentos que se inscriben en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca deben ser documentos auténticos o públicos,⁴⁴³ con lo cual se hace referencia expresa a una necesaria solemnidad propiamente dicha para los actos y contratos celebrados, para que luego pudieran ser inscritos.

En la situación actual de España en relación con la más reciente normativa aprobada para los notarios en la aplicación de la firma electrónica por los mismos, debemos señalar el valioso aporte del Art. 17 bis aprobado por el Gobierno de España a través del artículo 115 de la Ley 24/2001 del 27 de diciembre de ese mismo año, al que nos hemos referido con anterioridad.

Recordaremos que por medio de tal disposición, se estableció con claridad que los instrumentos públicos no perdían dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario, y en su caso, de los otorgantes o intervinientes.

⁴⁴³ Vid. Artículo 676 del Código Civil Salvadoreño, en el que se establece que solo podrán inscribirse: 1° Los instrumentos públicos, 2° Los instrumentos auténticos; y, 3° Los documentos privados registrados en la Alcaldía Municipal, conforme a la ley de 19 de febrero de 1881, o reconocidos judicialmente de la manera que expresa el Código de Procedimientos Civiles, o legalizados por Notario conforme lo autoriza el Art. 52 de la L.N.. Si consideramos que la inclusión de los instrumentos privados únicamente es para hacer referencia a aquellos se encontraban inscritos en las Alcaldías antes que existieran los Registros Públicos respectivos, debemos en consecuencia, quedarnos con los primeros tipos de instrumentos.

Además, en la misma disposición se establece que el notario autorizante de la matriz otorgada de esta manera, puede expedir y remitir electrónicamente con firma electrónica avanzada, las copias autorizadas de las matrices, pero tal remisión, está limitada a otro notario, o a un registrador o a cualquier órgano de la administración pública o jurisdiccional, o a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.

De conformidad con el artículo antes mencionado, sea abre la posibilidad de que el notario pueda llevar a cabo la presentación de los instrumentos suscritos con firma electrónica directamente al registro respectivo.

En El Salvador esta aplicación de la firma electrónica se encuentra muy lejos de la realidad en la legislación secundaria, ya que como recordaremos actualmente se encuentra circunscrita al ámbito de la administración aduanera a través de la L.S.A..

Podemos en este momento preguntarnos cuales son los elementos que necesitamos en la legislación secundaria de El Salvador para poder llevar a la práctica esta facultad del ejercicio del notariado en relación con la actividad misma de los diferentes registros, y podemos determinar, que como primer paso, es imperante el cambio necesario dentro de la legislación, según el detalle que puntualizaremos.

61.1. Modificación de la Ley de Notariado (L.N.) de El Salvador

Será necesaria la introducción de un artículo adicional en la L.N. salvadoreña, el cual debe permitir el reconocimiento jurídico del documento autorizado por el notario mediante legalización de firma electrónica.

Con la propuesta antes apuntada, también se reconoce la necesidad de crear el marco legal adecuado para el reconocimiento del documento electrónico. Actualmente el

Art. 2 de la L.N., establece que son instrumentos públicos, son: la escritura matriz, escritura pública o testimonio y las actas notariales.

Ahora bien, lo más conveniente será que en dicha disposición se haga una inclusión de similar contenido al antes citado Art. 17 bis que fue incorporado por España dentro de su legislación interna y al cual nos hemos referido con anterioridad.

Debemos recordar que previamente, hemos analizado que la L.S.A. ha previsto ya, la existencia del documento público electrónico,⁴⁴⁴ de conformidad con el Art. 6 Inciso 3° de la mencionada Ley,⁴⁴⁵ cuyo ámbito de aplicación se encuentra muy limitado y referido a la parte de aduanas.

Diferente estudio merece el valor probatorio del documento electrónico, el cual dependerá de la legislación sustantiva o procesal del país cuya legislación le fuera aplicable, como hemos analizado antes y que no volveremos a tratar bajo el presente acápite.⁴⁴⁶

La inclusión de la disposición relacionada permitirá al notario salvadoreño de acuerdo a la L.N. salvadoreña, el poder ejercer las funciones reservadas para las entidades de certificación, convirtiéndose en la figura del *Cibernotary*, a la que nos hemos referido con antelación.

⁴⁴⁴ Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *op cit.*, p. 96 y siguientes. El autor ya advierte la creación y el reconocimiento del Documento Público Electrónico, a través del Art. 17 bis aprobado a través del Art. 115 de la Ley 24/2001 del 27 de diciembre de ese mismo año.

⁴⁴⁵ Vid. Art. 6 Inciso 3° de la L.S.A., “Los documentos contenidos en un soporte magnético, digital o electrónico producirán los mismos efectos jurídicos que los escritos en un soporte de papel; en consecuencia, lo dispuesto en el párrafo anterior, será aplicable a la declaración del valor en aduana y a cualquier otro documento en formato electrónico que conforme la legislación requiera adjuntarse a la declaración de mercancías. Cuando la Ley requiera que la información conste o que la misma sea presentada y conservada o archivada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que la información contenida en éste sea accesible para su ulterior consulta.”

⁴⁴⁶ Vid. *Supra* Apartado 39.

61.2. Modificación de la regulación relacionada con el Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca

Deberá introducirse en un artículo dentro de la regulación del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca, en el que se exprese que el notario puede llevar a cabo la presentación de instrumentos autorizados por él en su ejercicio, ya sea que se trate de forma material o a través de internet, debidamente legalizados con firma electrónica.

Con la introducción de esta propuesta normativa en el régimen registral, la presentación de documentos que se refiere la legislación relativa al Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca, será igualmente válida de llevarse a cabo a través de internet, empero la facultad que en la actualidad se encuentra conferida también al interesado, debe por el momento ser restringida cuando dicha presentación se lleve a cabo a través de internet.

Esta última tesis ha sido adoptada por España, cuando en el mismo Art. 17 bis antes comentado se estableció que “dichas copias solo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio”.

La misma razón que en aquel momento histórico existió en España para aquella propuesta normativa, es la que debe ahora existir en El Salvador, para no permitir la presentación de los documentos por los particulares a través de internet, ya que en este momentos no contamos con el adecuado sistema normativo para que el resto de particulares cuenten con una firma electrónica, además, de la creación de las Entidades de Certificación que viabilicen su aplicación.

Incluso no contamos con la regulación apropiada para la presentación de los documentos autorizados por el notario a través de internet, por esta misma razón hacemos la sugerencia de que es conveniente y necesaria tal introducción, para que al menos por

ahora sea el notario quien pueda llevar a cabo tal presentación, sin perjuicio de que cuando nuestra legislación haya evolucionado aún más en el tema y la práctica lo permita, se incluya lo referente a la presentación de documentos por los particulares.

61.3. Otros elementos relacionados con la presentación de documentos vía telemática aplicando la firma electrónica en los registros

Debemos analizar la posibilidad de que una vez sea inscrito tal documento, el Registro de la Propiedad o Mercantil en su caso, lleve a cabo la debida notificación al notario presentante⁴⁴⁷ e incluso puedan notificar las observaciones o la denegatoria en su caso, que el registrador hubiera resuelto sobre el documento presentado, para que de esta manera, el presentante pueda utilizar las acciones que la ley le confiera o lleve a cabo las correcciones que fueran necesarias.

Obviamente la resolución que sea tomada por el registrador y comunicada al notario, deberá encontrarse firmada electrónicamente por el registrador, para conferir plena seguridad y certeza a dicho acto.⁴⁴⁸

Citamos nuevamente nuestro referente más próximo de la legislación española, en la que se ha establecido que practicado el asiento registral, el notario dejara constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

⁴⁴⁷ Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *op cit.*, p. 106. El autor considera que el artículo 112.1 implica una presunción de apoderamiento al Notario para presentar por los interesados: es decir, se presume el encargo legal que de presentación electrónica, lo cual, unido a que, como acabamos de ver en el párrafo 2º, las comunicaciones electrónicas del Registro tendrán lugar con la Notaría (aparentemente en exclusiva), erige al Notario como el único intermediador electrónico de tráfico de escrituras.

⁴⁴⁸ El uso de la firma electrónica con la cual el registrador proceda a firmar las resoluciones y notificaciones, debe ser de uso exclusivo y personal del mismo, pudiendo derivar en responsabilidad para el mismo registrador en caso de un uso indebido o inadecuado de dicha firma.

Otro elemento adicional que el registrador debe incorporar es el sello temporal,⁴⁴⁹ ya que debemos recordar que es de vital importancia la aplicación del Principio de Prioridad, por medio del cual deberá inscribirse con prevalencia el documento presentado como primero.

El sello temporal debe verificarse al menos en dos momentos importantes, el primero, se refiere a la presentación del documento que el Notario autorizante verifica a través de internet y el segundo, el que hace referencia al momento de la inscripción, ya que el primero marca su hora y fecha de presentación y el segundo, el de su registro.

Ahora bien, en el intermedio pueden presentarse otras resoluciones que deben además contar con sellos temporales, tal es el caso de la denegatoria de inscripción, ya que su notificación determinará el tiempo con el que cuenta el interesado para impugnar tal resolución.

Empero, el uso de la firma electrónica y de los sellos temporales tienen ciertas ventajas, ya que permiten que se maximice la eficiencia del Registro, pudiendo recibir presentaciones de documentos aún fuera de las horas laborales de sus empleados, es decir, un notario puede hacer la remisión de un documento electrónicamente antes de la media noche de un día determinado y no necesita que las oficinas físicas se encuentren funcionando, ya que su admisión o no, será la consecuencia de un acto decidido por el registrador con independencia del día y hora en que se envió.

En consecuencia, para el notario autorizante es viable no solamente que pueda autorizar los documentos otorgados ante sus oficios notariales con firma electrónica, sino que además es posible la presentación de los mismos hasta sus respectivos registros, para que finalmente, pueda dar fe de que éstos fueron inscritos en tales registros,

⁴⁴⁹ Vid. Supra Apartado 7.2.

Si hacemos un análisis detenido de la evolución que conlleva la intervención notarial en el ámbito registral, podremos concluir sin temor a dudas que ha sido mucha y que además, esta permitiendo que tal intervención sea cada vez más ágil y efectiva, en beneficio de las personas particulares y del mismo notario.

62. Requisitos necesarios para la emisión de la Firma electrónica de los notarios y registradores

Otro punto importante a tratar lo constituye la emisión de la firma electrónica que será utilizada por los notarios y registradores, labor que en algunas legislaciones se encuentra confiada al Colegio de Notarios o al Colegio de Registradores en su caso,⁴⁵⁰ sin embargo, tal aplicación será de notoria imposibilidad en El Salvador, ya que la colegiación obligatoria se encuentra prohibida constitucionalmente.

Nos detendremos un momento para analizar cual debe ser la autoridad administrativa encargada de la autorización de la firma electrónica de notarios y registradores salvadoreños, en ausencia de los colegios antes mencionados.

Debemos determinar cuál fue el criterio adoptado por otros legisladores que pudo llevar a definir tales funciones para los colegios, ya que si se buscaba que el encargado de realizar tal labor fuera la autoridad encargada de la fiscalización del ejercicio de los mismos, nuestra atención se fijará en otra parte de la administración seguramente.

⁴⁵⁰ De acuerdo con las Instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado en materia electrónica y especialmente de la Instrucción de fecha 19 de octubre de 2000, por medio de la cual obligaba a los notarios y registradores a disponer de una dirección de correo electrónico para emitir y recibir comunicaciones entre ellos y sus corporaciones, a sí como a disponer de una firma electrónica avanzada, señalando con esa finalidad al Consejo General del Notariado y al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España a la obligación de constituirse en prestadores de certificación acreditados, a los efectos de certificar la firma electrónica de los Notarios y Registradores de la propiedad y mercantiles, Vid. VILCHES TRASSIERRA, A.J., *op cit.*, p. 108. Sin embargo de la instrucción antes relacionada, el régimen de la prestación de servicios de firma electrónica avanzada a notarios y registradores se concibe en régimen de libertad de prestación conforme a los principios generales de la Ley sobre Firma Electrónica y Directiva Comunitaria, es decir, puede cualquier prestadores de servicios acreditado, certificar la firma de los notarios y registradores, debiendo acreditar en tal caso, el cargo de Notario y Registrador.

Para el caso de los notarios, de acuerdo a la Constitución y a la L.N. Salvadoreña⁴⁵¹ le corresponde el ejercicio del control de los mismos a la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sección del Notariado y en cuanto al ejercicio de la función de los registradores, le corresponde al Centro Nacional de Registros (CNR).

Pues bien, si el criterio a tomar en cuenta es determinar la parte de la Administración que tiene el control, hemos encontrado quienes dentro de la legislación secundaria pudieran ser las que ejerzan la función de entidades de certificación, pudiendo emitir, registrar y controlar las firmas electrónicas de los notarios y registradores salvadoreños.

Ahora debemos analizar que requisitos serán necesarios para la emisión de tales firmas electrónicas para notarios y registradores, recordando que hemos afirmado con antelación que la firma que se empleará será la que otorgue mayor seguridad y certeza, pudiendo ser la firma electrónica avanzada⁴⁵² para aquellas legislaciones en las que exista esta clasificación.

Anteriormente hemos señalado los requisitos básicos necesarios para la emisión de la firma electrónica,⁴⁵³ sin embargo, a los requisitos comunes, deben considerarse otros adicionales, que comentaremos a continuación:

a) Establecer la vinculación de algunos datos de la identidad del titular a la firma electrónica, es decir, debe hacerse una relación del notario o registrador y los datos de su

⁴⁵¹ Vid. Art. 4 y siguientes de la L.N. Salvadoreña.

⁴⁵² Ahora sustituida por la Firma Electrónica Reconocida, en razón de otorgar mayor seguridad a los mensajes. Vid. Art. 3 párrafo 4 de la Ley 59/2003 de Firma Electrónica de España, que establece que la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

⁴⁵³ Vid. Supra Apartado 5.

nombramiento, estableciendo para el caso de los notarios, el acuerdo de autorización como notario por la Corte Suprema de Justicia y para el caso de los registradores, la naturaleza del registro al que pertenece, es decir, si se trata de un Registro de la Propiedad, Mercantil o de cualquier otro de similar naturaleza,⁴⁵⁴ la jurisdicción en la que ejerce el cargo, el período durante el cual ejercerá el cargo, etc.

b) Debe expresarse que el uso de la firma electrónica que se está certificando, se encuentra limitado al ámbito de sus funciones, de tal suerte que únicamente pueden suscribir los documentos públicos o auténticos según el caso, que materialmente pueden autorizar o suscribir de acuerdo al ejercicio propio de su cargo.

Es decir, no puede el notario o registrador firmar electrónicamente ningún otro tipo de documentos personales, por ejemplo, aquellos que por su naturaleza son ajenos a su cargo o función que ostentan, ya que para poder suscribir este tipo de instrumentos, deberá obtener la autorización de una firma electrónica diferente, en la que no se haga constar la relación con su cargo.

Ahora bien, si pensamos en una situación como la que ocurre en El Salvador, en la cual debe crearse el marco jurídico adecuado, deberá establecerse un tiempo prudencial máximo para que los notarios que hasta el momento se encuentran autorizados por la Corte Suprema de Justicia, puedan adquirir la firma electrónica y en similar situación, se encontraría el registrador que se encuentra en el ejercicio de su cargo.

En relación al momento de inicio, si se cuenta ya con la legislación necesaria y pertinente, el notario o registrador deberá de adquirir una firma electrónica desde el

⁴⁵⁴ De acuerdo a la legislación salvadoreña, también existe el Registro Público de Vehículos Automotores con similar naturaleza que el Registro de Bienes Muebles que existe en otros países como España, y el Registro del Estado Familiar que se encuentra incorporado físicamente dentro de las respectivas municipalidades, de tal forma que al pensar en el uso de la firma electrónica, pueda hacerse extensivo para estos registros últimamente relacionados.

momento que sea autorizado para el ejercicio de su función o sea nombrado en el cargo, por medio de un acto administrativo.

En cuanto al momento de su finalización y reconociendo que el uso de la misma se encuentra sujeto al ejercicio de su cargo, obviamente, tal uso de la firma electrónica deberá finalizar cuando el notario ya no pueda ejercer más tal función por resolución decretada al respecto o cuando el registrador sea removido o cese en sus funciones, respectivamente.

Otros aspecto a tratar se presenta en el uso de la firma electrónica por los notarios y registradores, nos referimos en este momento al acuse de recibo o sistema de confirmaciones y reconfirmaciones al que nos hemos referido de manera general con antelación,⁴⁵⁵ ya que dentro de la regulación inicial que existe en lo referente a este aspecto, se presenta el hecho de que las notificaciones de los actos que la Administración dicta, se pueden notificar por medio del correo electrónico, sin embargo, por tratarse de un método que no conlleva seguridad alguna para la Administración, es recomendable el uso casi exclusivo de la firma electrónica, el cual como hemos visto con anterioridad importa la seguridad necesaria de que el mensaje ha sido leído por el receptor, generándose a la vez el acuse de recibo que la administración necesita para dar por notificado el acto administrativo.

63. El Registro Mercantil y la constitución de sociedades. Comentarios al referente español de la Sociedad Nueva Empresa

A través de la Ley 7/2004 de España,⁴⁵⁶ se incorporan elementos nuevos a la constitución de esta nueva forma social, básicamente se refiere al empleo de medios

⁴⁵⁵ Vid. Supra Apartado 7.2.

⁴⁵⁶ La Ley 7/2004 de fecha 1 de abril del mismo año, adiciona un nuevo capítulo XII, artículos 130 al 144 a la Ley de Responsabilidad Limitada creada por la Ley 2/1995 de fecha 23 de marzo de ese mismo año.

informáticos, tecnológicos y telemáticos,⁴⁵⁷ cuya finalidad principal es la de estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las pequeñas y de mediana dimensión, removiendo los obstáculos administrativos que dificultaban la constitución de tal sociedad.

En la actualidad, la mayoría de países alrededor del mundo buscan reducir o eliminar los requisitos administrativos que sean necesarios en la legislación interna de los mismos para constituir sociedades, a través de una gestión más rápida, esta es una de las condiciones que los inversionistas extranjeros evalúan, cuando toman la decisión de colocar una empresa en un país extranjero.

Para dar respuesta a esta inquietud, se han adoptado dos soluciones a saber:⁴⁵⁸ la creación de las sociedades en línea a través de internet o el establecimiento de todas las operaciones relacionadas con la creación de las sociedades en un solo punto físico a fin de que el usuario no necesite moverse de un lugar a otro, ahorrando esfuerzo y ganando tiempo, este último sistema ha sido denominado “de ventanilla única”.

Cabe destacar un aspecto en particular, es que los países con mayor grado de desarrollo y de experiencia en la aplicación de la Sociedad de la Información en general y

⁴⁵⁷ Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad...*, cit p. 131. Además de la legislación vigente, se añade la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de fecha 30-5-2003 y la Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, que aprueba los estatutos orientativos de la Sociedad Nueva Empresa. Idem. Vid. BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “*Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España, p. 168. La Sociedad Limitada Nueva Empresa incorpora las nuevas tecnologías al derecho societario aprovechándose de ellas, para garantizar un seguro y rápido procedimiento para la creación de empresas, confiriendo una aplicación práctica al uso de la firma electrónica.

⁴⁵⁸ Vid. BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “*Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*, cit., p. 185. Aunque todos los países están intensificando sus esfuerzos para facilitar y agilizar la creación de empresas, no todos siguen el mismo camino ni los resultados obtenidos son los mismos. Unos, porque las diferencias de su derecho, continental o anglosajón, así lo recomiendan y otros, porque el acceso a las nuevas tecnologías todavía es incipiente. Fundamentalmente hay dos tipos de experiencias: la creación de empresas *on line*, y la centralización de todas las operaciones relativas a la creación de empresas en un mismo espacio físico donde se instalan representantes de los diferentes departamentos administrativos necesarios para la creación de empresas. Esto es, las Ventanillas Únicas.

de la firma electrónica particularmente, han sido los que han aplicado el sistema “*on line*”, tal es el caso de Dinamarca, Austria, Suecia, Noruega, Francia y España; y aquellos que no cuentan con tal experiencia, como en el nuestro,⁴⁵⁹ se han inclinado por la aplicación del segundo sistema.

Sin embargo, la implementación del primer sistema, conlleva como más adelante puntualizaremos, cambios para la actuación en diferentes campos y no solamente el normativo legal, sino que el tecnológico y la inclusión a su vez de las demás entidades administrativas que intervienen en el proceso de constitución.

La denominación de “Sociedad Nueva Empresa” se debe a que la ley que la crea busca incorporar modificaciones a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, a través de la facilitación de trámites administrativos para su creación e inscripción en el competente Registro Mercantil.

Tal y como señalamos anteriormente, el notario público puede intervenir con la finalidad de dar certeza a los documentos otorgados ante sus oficinas, documentos que deberán ser firmados electrónicamente y que incluso, pueden ser remitidos al Registro Mercantil por la vía informática.

Sin embargo, la adecuada implementación de una legislación similar a la que se comenta, requiere de varias esferas de acción, ya que su implementación no es simple, para ello es necesario trabajar en el ámbito normativo, con el propósito de crear la legislación nueva y de introducir las modificaciones necesarias que posibiliten la aplicación de la firma electrónica para la constitución de la sociedad así como para su registro.

⁴⁵⁹ Debe reconocerse que a pesar que El Salvador no cuenta con experiencia y ni siquiera con el marco normativo apropiado acerca de la Sociedad de la Información y de la Firma Electrónica, parece inclinarse por la aplicación del primer sistema, esta conclusión puede obtenerse del recientemente suscrito Acuerdo de Asistencia Técnica suscrito entre el Colegio de Registradores de España y el Centro Nacional de Registros de El Salvador (CNR).

Además se requiere de la creación de un sistema informático capaz de llevar a cabo las transferencias electrónicas requeridas para el cumplimiento de los fines, logrando la seguridad necesaria para este tipo de procedimientos, de igual forma, será necesario la capacitación del personal de las instituciones involucradas en el manejo del equipo, del software y del conocimiento técnico y jurídico necesario.

No menos importante es la colaboración de las entidades relacionadas con el proceso de inscripción, a fin de llevar a la práctica un procedimiento que realmente sea ágil, de lo contrario, contaríamos con un proceso de inscripción rápido pero cuando se necesite de otras instituciones como por ejemplo, lo relacionado con la Hacienda y el pago de obligaciones tributarias, el trámite se tornaría lento, no alcanzando el nivel óptimo deseado.

También es parte importante en el proceso de inscripción de este nuevo modelo de sociedad, que los plazos originales sean reducidos, incluso estableciendo un plazo para la emisión del testimonio de la escritura de constitución de la sociedad por parte del notario autorizante,⁴⁶⁰ con mayor razón si consideramos que para la L.N. Salvadoreña no hay un plazo establecido para la emisión del testimonio de la escritura de constitución que se hubiere otorgado.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Vid. BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “*Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*” en AAVV., *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*, cit., p. 169. Con las disposiciones contenidas en esta nueva ley, se pretende incorporar las tecnologías de información y de comunicaciones en el proceso de creación de las sociedades mercantiles, estableciendo la obligación para el Registrador de lo Mercantil de realizar la calificación e inscripción en las 24 horas siguientes de la recepción de la escritura de constitución y para el notario de expedir la primera copia de la escritura registrada en un plazo no superior a 24 horas, de esta forma y cumpliendo los requisitos establecidos, la Sociedad de Nueva Empresa reduce el tiempo de tramitación de su constitución de los actuales 2 meses a 48 horas.

⁴⁶¹ Vid. Art. 43 de la L.N. Salvadoreña que establece que “Los notarios deberán expedir a los otorgantes, a quienes resulte algún interés directo por razón de las declaraciones de los otorgantes contenidas en los instrumentos, o quienes deriven su derecho de los mismos, los testimonios que les expidan de los instrumentos que autoricen, anotando la saca al margen del protocolo, con expresión del nombre de la persona a quien se da el testimonio y de la fecha en que se expide.- Dichos testimonios solo pueden ser expedidos por los notarios durante el año de vigencia del libro de protocolo o dentro de los quince días siguientes a la fecha que caduca. Si la escritura es de aquellas que dan acción para pedir o cobrar una deuda cuantas veces se presente, no debe extenderse más que un solo testimonio y para dar otro es necesario decreto de juez previa citación de la parte contraria, si esta estuviere presente, y en el caso del Art. 141 Pr., con citación del respectivo curador. En estos casos el testimonio se principiará a continuación de las diligencias que ordenan

Para mejor ilustración de la figura de la Sociedad Nueva Empresa presentaremos los aspectos más novedosos en el ámbito mercantil, las ventajas tributarias que se ofrecen y los pasos que deben realizarse para la constitución de la misma,⁴⁶² para luego señalar con mayor énfasis el papel que desarrolla la firma electrónica en tales procesos.

Entre los aspectos más innovadores de este nuevo tipo de sociedad, podemos citar:

a) El número máximo de socios para su constitución es de cinco, quienes deberán ser personas naturales y no jurídicas en ningún caso, b) El número mínimo para tal constitución será a lo menos de una persona, es decir, que la Sociedad Nueva Empresa Unipersonal es permitida, c) Pueden los socios decidir si el procedimiento de constitución será telemático o presencial, d) El capital mínimo fundacional oscila en España, entre los 3,012 euros y 120,202 euros, ya que se trata de una figura social que como advertimos antes, está orientada para la pequeña y mediana empresa, e) El objeto social es de carácter general, lo cual por una parte permite mayor flexibilidad en el desarrollo de las actividades de la sociedad y por otra parte, no requerirá de escrituras de modificación para hacer cambios en cuanto a su objeto, f) existe la posibilidad de la que la nueva sociedad adopte los estatutos sociales previamente aprobados por el Colegio de Registradores de España, permitiendo que su calificación sea más fácil y por lo tanto, se pueden alcanzar los tiempos reducidos originalmente previstos.⁴⁶³ En la situación actual de El Salvador, quien deberá llevar a cabo la elaboración y aprobación de los estatutos relacionados, será el Centro Nacional de Registros, g) La denominación social incorpora un código denominado ID-CIRCE y

su expedición, dejando razón en el protocolo. En el caso contemplado en el inciso 2º del ordinal 5º del artículo 32, el testimonio que el notario extienda al interesado deberá ser presentado al registro Civil respectivo, para que, con vista de dicho documento, se margine la correspondiente partida de nacimiento, anotándose la fecha de la escritura, el notario ante quien se otorgó y los nombres y apellidos con que el otorgante será identificado. En estos casos solo con la certificación de la partida debidamente marginada, podrá el interesado obtener nuevos documentos relacionados con su identificación.”

⁴⁶² Vid. BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “*Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo., *cit.*, p. 170 y siguientes.

⁴⁶³ 48 horas para su calificación e inscripción.

permite la obtención del mismo en 24 horas, h) No es obligatorio el libro de registros de socios, ya que el número de éstos es muy reducido, i) Los administradores de la sociedad deben ser socios de la misma y no se admite la posibilidad de un consejo de administración, j) Este nuevo tipo de sociedad puede en cualquier momento en que se acuerde así, mediante junta general, modificar su naturaleza al de una Sociedad de Responsabilidad Limitada Ordinaria con solo llevar a cabo el cambio de sus estatutos y sin necesidad de realizar la escritura de modificación de ella.

Además, la Sociedad Limitada Nueva Empresa conlleva en su constitución, las siguientes ventajas fiscales⁴⁶⁴: a) Aplazamiento de los impuestos tributarios originarios en el momento de su constitución durante un plazo razonablemente corto, b) Igual beneficio sería extensivo para el pago de las deudas tributarias del impuesto con que se grave el ejercicio de la sociedad durante dos ejercicios fiscales, después de su constitución, c) La posibilidad de crear una cuenta ahorro-empresa cuyos fondos deben destinarse directamente para la constitución de la nueva sociedad, la cual sustituiría al requerimiento del cheque certificado que actualmente se exige para la constitución de una sociedad anónima en la legislación salvadoreña, con una duración mínima de dos años con al menos un local y un empleado, de dicha cuenta se puede deducir el 15% del importe depositado en la cuenta hasta completar una cantidad que sirva de fondo de garantía, durante un plazo máximo de cuatro años.

⁴⁶⁴ Vid. BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo., *cit.*, p. 171. En España estas medidas de aplazamiento se encuentran relacionadas con la carga impositiva y tributaria que las empresas españolas se encuentran obligadas a cumplir, de tal manera que la Sociedad Limitada Nueva Empresa contará con el beneficio de aplazar sin constitución de garantías el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados por la modalidad de operaciones societarias, durante el plazo de un año desde su constitución, aplazar sin constitución de garantías las deudas tributarias derivadas del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde su constitución, la exención de la obligación de efectuar pagos fraccionados del impuesto sobre Sociedades, a cuenta de las liquidaciones correspondientes a los dos primeros períodos impositivos desde su constitución y aplazar o fraccionar con garantías o sin ellas, de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del IRPF que se devenguen en el primera año desde su constitución.

Otra de las innovaciones que deben destacarse respecto de esta nueva figura social, es acerca del procedimiento para la constitución de la misma, de tal manera que los socios pueden optar por la tramitación presencial o la telemática. Brevemente comentaremos estos tipos de trámites.

El procedimiento con tramitación presencial es idéntico a cualquier procedimiento que se utiliza para la constitución e inscripción de cualquier tipo de sociedad, con la particularidad de que la reserva de denominación social se realiza telepáticamente por internet, accedando al portal de CIRCE o del Portal de PYME (Pequeña y Mediana Empresa).⁴⁶⁵

La denominación de la Sociedad Limitada Nueva Empresa como señalamos con anterioridad debe identificarse por el código ID-CIRCE, pero además dicha denominación debe formarse por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores, seguidos del código ya relacionado, convirtiéndola en única para este tipo de sociedad.

Si los socios que quisieran constituir este tipo de sociedad carecieran de acceso a internet para reservar la denominación, deben dirigirse en España, a cualquier punto de asesoramiento, denominado Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT), para solicitarlo,⁴⁶⁶

Una vez se hubiera obtenido la reserva de la denominación de la sociedad, el interesado deberá continuar con el proceso normal de constitución de una sociedad y si decidiera adoptar los estatutos previamente aprobados para la misma, podría beneficiarse de la reducción de plazos prevista como beneficio para esta sociedad,

⁴⁶⁵ www.circe.es, identifica el Portal de CIRCE y www.ipyme.org, identifica al Portal de la Pequeña y Mediana Empresa.

⁴⁶⁶ Si se quisiera implementar la constitución de este tipo de sociedad en El Salvador, los denominados Infocentros que pertenecen a la Asociación de Infocentros y se encuentran diseminados en casi todas las ciudades y municipios del país, que además son parte de la denominada Comisión Nacional para la Sociedad de la Información.

Si en cambio, se decidiera a emplear la tramitación telemática para la constitución de la sociedad, el interesado debe dirigirse a los denominados Punto de Asesoramiento e Inicio de Tramitación y ante una persona delegada de éste último y ante el notario, podrá dar inicio a este tipo de trámite, con estos requisitos se busca evitar los posibles fraudes a la administración pública, con este primer paso se busca obtener el Documento Único Electrónico (DUE) requerido en España para identificar a las Sociedades.

En este primer acercamiento del interesado al punto de asesoramiento se obtendrá la denominación de la sociedad bajo los parámetros antes comentados, se concierta una cita con un notario,⁴⁶⁷ para lo cual se lleva a cabo una consulta electrónica y se obtiene los datos del notario, fecha y hora de la cita para formalizar la escritura de constitución, lo cual se hará constar en el DUE, además, se debe acompañar un detalle de los gastos en que incurrirá por la constitución de la sociedad y se generará un ejemplar impreso que deberá firmar el interesado.

Luego el interesado deberá cumplir con la cita ya programada ante el notario a fin de llevar a cabo la constitución de la denominada Sociedad Limitada Nueva Empresa y mientras esto sucede, el Punto de Asesoramiento e Inicio de trámite enviará los datos del DUE al notario con quien se concertó la cita, firmándolos electrónicamente, juntamente con la denominación social y la factura de los impuestos a pagar.

Es en esta etapa observamos ya la intervención de la firma electrónica para conferir certeza y seguridad al documento emanado por la Administración Pública, el cual es enviado al notario, pero, el notario a quien se envíe debe contar a su vez, con una firma electrónica debidamente registrada.

⁴⁶⁷ Debemos señalar que esta cita es viable realizarla en España, ya que en aquel país se cuenta con el Colegio de Notarios de España, sin embargo, en El Salvador no contamos con una institución así y tampoco podrá constituirse, debido a la limitación constitucional, por lo tanto, lo más conveniente será cumplir con la libertad de designación del notario que ya ha sido reconocida en otras legislaciones secundarias como la contenida en la Ley de Bancos y Financieras de El Salvador.

Cuando se presenta el interesado, a solicitud de quien se llevó a cabo la reserva de denominación y el resto de socios, se lleva a cabo la escritura de constitución de la sociedad, consecuentemente el notario deberá enviar una copia de la misma y una petición a la Administración Tributaria, que para nuestro caso, será el Ministerio de Hacienda, en el que solicita que se concedan los aplazamientos y demás beneficios tributarios, esta petición realizada por el notario, se firmará electrónicamente.

Por su parte, la Administración Tributaria deberá proceder a emitir una tarjeta de identificación tributaria provisional con la cual se llevarán a cabo las gestiones para el pago de las obligaciones tributarias que le correspondiera pagar, por ende, la Administración en este caso deberá resolver lo que estime adecuado y lo notificará al notario, debiendo firmar electrónicamente la comunicación.

Con el número de identificación tributaria provisional y la factura de pago a realizar, el notario deberá enviar un escrito dirigido al Registro Central, que en nuestro caso será el Centro Nacional de Registros, solicitando la inscripción de la nueva sociedad constituida, debiendo acompañar una copia de la escritura de constitución otorgada ante sus oficinas, firmada electrónicamente así como de la identificación tributaria provisional y de la factura de los impuestos debidamente cancelada.

Una vez recibida por el Registro de lo Mercantil, deberá llevar a cabo la calificación e inscripción de la sociedad dentro del plazo al que ya nos hemos referido, enviando una copia de la resolución al Centro Nacional de Registros y otra copia al notario autorizante, mismas que deberá firmar electrónicamente,

Una vez recibida la información necesaria por parte del notario, el registro de Comercio deberá además de la inscripción de la sociedad, enviar una copia de el DUE a la entidad encargada del registro de la seguridad social, para generar los códigos de cuenta para cotización y si cuenta con la información de los asegurados, podrá inscribirlos a su

vez, debiendo informar sobre este proceso al Registro Central, quien a su vez, lo enviará al notario autorizante.

Finalmente el notario, recibirá toda la documentación antes citada, es decir, el número de inscripción de la sociedad, el número de identificación tributaria provisional, el código de cuenta para cotización, debiendo consignar esta información en la matriz en la que se llevó a cabo la constitución de la sociedad

Ahora corresponde el notario enviar una copia certificada de la escritura de constitución de la sociedad a la Administración Tributaria a fin de que se emita la identificación tributaria definitiva de la sociedad relacionada y con el acuse de recibo de la Administración, ha finalizado el proceso de constitución de esta nueva sociedad.

Ahora que hemos conocido la experiencia en el sistema español, podemos determinar que para la aplicación de un sistema parecido en el nuestro, se requerirá de una serie de cambios que no se refieren solamente al legal, sino a otras áreas y que necesariamente requieren de la participación de otras entidades de la Administración, lo que en definitiva, necesitará de una gran cantidad de dinero y tiempo a invertir en un proyecto como el que se presenta, pero que al final, producirá los resultados esperados.

El Salvador actualmente busca el apoyo de inversionistas extranjeros con múltiples y complejas finalidades en diversos campos, inversión que en muchos de los casos está condicionada a las facilidades que ofrece el país y la agilización y simpleza en los trámites para la constitución de una sociedad es en definitiva, uno de los indicadores más expresivos de esta situación.

CAPITULO XVI

USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA POR EL ORGANO JUDICIAL

SUMARIO: 64. Acceso a la jurisprudencia dictada por los tribunales y necesidad de aplicación del Habeas Data. 65. Publicación de la jurisprudencia dictada por los tribunales. Especial referencia a la aplicación de las Reglas de Heredia. 66. Acceso a la información de procesos judiciales. 67. Actos de comunicación judicial a través de medios electrónicos, con especial referencia al uso de la Firma electrónica. 68. Elementos que necesita el sistema judicial para que funcione el uso de los medios electrónicos.

En este apartado no nos referiremos a la colaboración que prestan los ordenadores para la actividad diaria de los aplicadores de justicia, que de sobrada manera sabemos es mucho, tampoco nos referiremos a la asistencia del internet como una herramienta más en el quehacer judicial para efectos de la investigación que demanda el análisis del derecho comparado o de la doctrina en general.⁴⁶⁸

Nos referiremos como lo hemos venido haciendo hasta ahora, a la aplicación de la firma digital en la administración de justicia y de cómo sus beneficios, podrían reducir de gran manera la mora judicial, facilitar el acceso de la información y dotar de dinamismo al proceso judicial.

64. Acceso a la jurisprudencia dictada por los tribunales y necesidad de aplicación del Habeas Data

⁴⁶⁸ Vid. LESMES SERRANO, C. “*Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000. p.372. En la actividad propia de los tribunales y en general, de los operadores jurídicos se dedican importantes esfuerzos en la obtención de información y con ella conocimiento, para el normal desenvolvimiento de la actividad profesional. Esta actividad se ha desenvuelto en un determinado entorno físico: archivos, bibliotecas, centros de documentación, organismos oficiales, registros públicos, etcétera.

Uno de los aspectos de mayor importancia y uso por parte de la Administración de Justicia en el uso del internet, lo constituye la divulgación de la jurisprudencia pronunciada por los diferentes tribunales de aplicación de justicia, de tal manera, que para aquellos países en los que se adopta el sistema *Common Law*, su uso constituye un aporte de vital importancia, por cuanto, los precedentes son la base fundamental del sistema.

Empero, para el sistema romano-germánico como el nuestro, la jurisprudencia si bien es cierto no es tan definitiva como en el sistema anterior, sí es de vital importancia, tal como se ha previsto en las leyes procesales que determinan cuáles son los elementos esenciales en los que puede sustentarse la sentencia dictada por el juez, encontrando a la jurisprudencia o doctrina legal dentro de tales elementos,⁴⁶⁹ no como imprescindible para el fallo a emitir pero si como un modelo a seguir de las resoluciones dictadas por otros tribunales de igual jerarquía en asuntos de similar naturaleza, o en las resoluciones dictadas por tribunales de jerarquía superior en los mismos asuntos.

Aunque desde el punto de vista de la legislación salvadoreña, solo existe una situación ante la cual podamos encontrarnos en presencia de la jurisprudencia o doctrina legal, se trata de tres sentencias dictadas en Casación, uniformes y no interrumpidas por otra, en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes,⁴⁷⁰ el resto de las sentencias dictadas por los otros tribunales puede convertirse en un modelo a seguir para los demás, lo mismo que si es el tribunal superior en grado quien emite las sentencias convirtiéndose en jurisprudencia,

⁴⁶⁹ Vid. Art. 421 del Código de Procedimientos Civiles “Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras en consideraciones de buen sentido y razón natural”

⁴⁷⁰ Vid. Art. 3 de la Ley de Casación “El recurso por Infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1º Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal, la jurisprudencia dictada por los Tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes”

En otras legislaciones, se han llevado a cabo evaluaciones acerca de la relación entre la publicación por internet de la jurisprudencia dictada por los tribunales y el número de juicios que han sido conocido por los mismos,⁴⁷¹ de tal manera que cuando las partes que se encuentran prontas a iniciar un proceso, consultan la jurisprudencia dictada por los tribunales en situaciones similares, que no le es beneficiosa a sus intereses, se ven motivados en llevar a cabo la aplicación de otros medios de solución pacífica como es la mediación, la conciliación o el arbitraje, por lo tanto, se observa una disminución en el número de controversias sometidas al conocimiento del tribunal judicial, pudiendo concluir que el uso del internet con la finalidad de publicar la jurisprudencia emitida por los tribunales es beneficiosa para la Administración de Justicia.

Ahora bien, existe una dualidad en el tema que ahora estamos tratando consistente en que si bien es cierto la información judicial es de carácter público, la misma contiene datos de carácter privado, por lo tanto surge la interrogante de cómo hacer para que la

⁴⁷¹ Vid. ALVAREZ G.S.- GREGORIO C.G.- HIGHTON, E.I. “*Capacidad Regulatoria de la Difusión de Información Judicial*” en AAVV Internet y Sistema Judicial en América Latina, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004. p. 83, Los autores hacen referencia de que “en Francia, diez años después de la “Loi Badinter” -como se le llamó comúnmente a la Ley Francesa del 5 de julio de 1985, la cual estaba dirigida a resolver los problemas de congestamiento de los tribunales debido a la gran cantidad de casos de accidente de circulación- la proporción de casos decididos judicialmente cayó del 27% al 10%, diferencia que se atribuye principalmente al incentivo creado por el artículo 17 y apoyado con la publicación masiva incluida en el artículo 26. – Una de las soluciones aportadas por la ley fue obligar a las compañías de seguro a hacer una propuesta dentro de los veinte días de presentada la demanda. Para poder alcanzar el equilibrio preconizado por la ley, se generalizó el uso de variables cuantitativas y categorías para describir los hechos en cada caso: la edad de la víctima, sus ingresos mensuales, sexo, miembros en su familia, profesión, estado de salud antes del accidente y los correspondientes valores de las indemnizaciones en la decisión judicial o en la transacción. Los tribunales de apelaciones comenzaron a publicar periódicamente tablas que resumían estas variables. La publicidad de estos fue el argumento que hizo posible que las compañías de seguros pudieran hacer una propuesta razonable, evitando así la penalidad del 15% que establecía la ley si el juez encontraba que la propuesta había sido inadecuada. De acuerdo con el Artículo 17 si la propuesta presentada por la compañía de seguros no es presentada por el reclamante, y en consecuencia el caso va a juicio, el juez debe analizar si la propuesta fue insignificativamente inadecuada. En tal caso debe condenar de oficio al asegurador a depositar en el Fondo de Garantía una suma equivalente al 15% de la indemnización fijada en la sentencia-. Al mismo tiempo la proporción de víctimas que recibieron compensación se incrementó del 67% al 72% y el costo del seguro para responsabilidad civil derivada de accidentes de automóviles se incrementó en un 27.5% en esos diez años, mientras que el costo de la vida se incrementó en un 29.9%.”

Administración de Justicia pueda proporcionar dicha información sin violentar los derechos de las partes involucradas en tales procesos.

Debe señalarse que en el uso del internet y en la publicación del contenido de la jurisprudencia, se encuentra soslayado un tercer elemento, el derecho a la protección de los datos personales de las partes que intervienen en los procesos que en definitiva forman la jurisprudencia, y es en esta situación cuando aparece el Habeas Data.

Debemos además recordar que la aplicación del Habeas Data no se limita únicamente a la privacidad de los datos de las víctimas de delitos cometidos contra su libertad sexual o a la no referencia de los procesos penales o familiares de los menores, de los que es sabido que no puede aparecer su nombre completo u otros datos que permitan su identificación y que por tanto, los perjudiquen y vulneren sus derechos.⁴⁷²

Nos referimos al derecho que toda persona tiene de proteger sus datos personales de identificación fuera de los antes mencionados, para que no sea posible el uso de sus datos de identidad, pensamos en un caso hipotético: si una persona quisiera utilizar una identidad ajena, podría visitar el sitio web de la Administración de Justicia y buscar la referencia a un proceso “x”, en el que podría encontrar el nombre, edad, nacionalidad, domicilio y en algunos casos hasta el número del documento de identidad de esa persona, con lo que le es más fácil usar tal información para hacerla propia.

En muchos de los casos, se reconoce que el costo de poder poner a disposición de todas las personas el contenido de la información de los procesos judiciales es muy alto, que puede abrir la puerta para el robo de identidades, muy usado en estos días por delincuentes altamente peligrosos, como aquellos que cometen atentados terroristas.

⁴⁷² Vid. NAVARRO SOLANO, S. “*El Programa de transparencia del Poder Judicial Costarricense y el sitio: www.poder-judicial.go.cr*” en AAVV Internet y Sistema Judicial en América Latina, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004. p. 30. La Tarea pendiente mas urgente es definir la política que se va a seguir para regular la protección de los datos de carácter personal que se difunden en las sentencias, más allá de la previsión tomada de mostrar solo las iniciales de las personas cuando son menores de edad o bien cuando han sido víctimas de delitos contra la libertad sexual.

Debemos entonces pensar en una solución para dotar de seguridad a los datos contenidos en la información proporcionada por el sitio web del Poder Judicial o de la Administración de Justicia, y la solución la encontramos en el uso de la firma electrónica, ya que de esta forma se puede incluso levantar un record de las visitas y de la identidad de los visitantes de esos sitios web.

65. Publicación de la jurisprudencia dictada por los tribunales. Especial referencia a la aplicación de las Reglas de Heredia

Es importante advertir que para la difusión de información judicial en el internet, se han adoptado las Reglas de Heredia, las cuales tienen el carácter de recomendaciones y no se consideran vinculantes por no tratarse de un instrumento internacional que deba atravesar por el proceso de ratificación de los países que participaron de su elaboración.

El nombre se de “Reglas de Heredia” se refiere a su origen, ya que son el resultado de las adoptadas por los países participantes del Seminario denominado “Internet y Sistema Judicial” realizado en la ciudad de Heredia, Costa Rica, los días 8 y 9 de julio de 2003, que como se advirtió con anterioridad no tienen el carácter de normas legales vinculantes, pero constituyen el primer acercamiento de los Poderes Judiciales o Cortes Supremas de Justicia de los Países Participantes⁴⁷³

Tal como se encuentra determinado en el Art. 5 de las mismas, el objeto de las Reglas es pretender ser la mejor alternativa o punto de partida para lograr un equilibrio entre transparencia, acceso a la información pública y derechos de privacidad e intimidad.

⁴⁷³ Vid. Reglas de Heredia o Reglas Mínimas para la Difusión de Información Judicial en Internet, contenidas en el Anexo del Libro “AAVV Internet y Sistema Judicial en América Latina, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004”, las Reglas son el resultado del Seminario Internet y Sistema Judicial realizado en la ciudad de Heredia, Costa Rica, los días 8 y 9 de julio de 2003, con la participación de los poderes judiciales, organizaciones de la sociedad civil y académicos de Argentina, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, República Dominicana y Uruguay.

Como se ha mencionado con anterioridad, uno de los elementos de vital importancia para la difusión de información judicial lo constituye la protección de datos personales⁴⁷⁴ o Habeas Data, tal elemento fue reconocido en las Reglas de Heredia a través de varios artículos, sin embargo, se reconoce el derecho al interesado de oponerse, previa petición y sin gastos, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de difusión, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa.⁴⁷⁵ -Art. 3 de las Reglas-

La Corte Suprema de Justicia de El Salvador cuenta con un sitio web⁴⁷⁶ como sucede en la mayoría de los sistemas judiciales del continente americano y por medio de él, se publica la jurisprudencia pronunciada por los Tribunales de Segunda Instancia o Tribunales de Apelación y la pronunciada por las diferentes Salas que conforman la Corte Suprema de Justicia Salvadoreña en Casación,

En el sitio web antes mencionado, puede observarse que se hace cita de la identificación plena de una persona determinada, debemos en este momento preguntarnos si constituye una violación a la protección de datos personales, y quizás lo sea, pero debemos recordar que bajo la lupa de la legislación nacional de El Salvador a la cual debemos

⁴⁷⁴ Vid. El apartado que incluye las definiciones, hacer referencia a la de Datos Personales, estableciendo que se trata de los datos concernientes a una persona física o moral, identificada o identificable, capaz de revelar información acerca de su personalidad, de sus relaciones afectivas, su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva o familiar, domicilio físico y electrónico, número nacional de identificación de personas, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad o su autodeterminación informativa. Esta definición se interpretará en el contexto de la legislación local en la materia.

⁴⁷⁵ Debe advertirse que en la legislación salvadoreña no existe una Ley Especial sobre Protección de Datos Personales que existen en otros países, la única referencia que se tiene, la constituye el reconocimiento al Derecho a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen que establece el Art. 2 Inciso 2º de la Constitución de la República de El Salvador.

⁴⁷⁶ Vid. www.csj.gob.sv que pertenece a la Corte Suprema de Justicia, en sus apartados incluye en Centro de Documentación Judicial y dentro de éste, incluye el referente a la jurisprudencia salvadoreña, debidamente localizada por fecha, por tribunal, por el nombre de las personas o por número de clasificación del expediente judicial en mención.

ceñirnos, no existe por el momento una ley secundaria que desarrolle el precepto constitucional que hemos citado anteriormente, por una parte, y

Por otra parte, que lo contenido en las Reglas de Heredia como hemos advertido anteriormente no resulta ser de especial vinculación para los países que las adoptaron, por lo tanto, carece de la fuerza legal necesaria para su aplicación, lo que nos deja con la aplicación del precepto constitucional en mención y con la interrogante de si sería suficiente este único artículo para impugnar los datos de identidad en el sitio contenidos.

66. Acceso a la información de procesos judiciales

Al igual que en los Registros Públicos de la Propiedad y de Comercio o Mercantiles, el primer aspecto en el que pueden aplicarse, es referente al acceso para conocer acerca del estado del proceso judicial, para lo cual será necesario acreditar la identidad de la persona que solicita la información a fin de determinar su interés.

La acreditación de la identidad es además, necesaria para de la protección de los datos personales de las partes involucradas en el proceso judicial; caso contrario, cualquier persona podría acceder por internet y conocer acerca del estado del proceso. Tampoco podría concebirse que con el número del documento de identidad se acceda a la información, porque ello no garantizaría que quien introduce el número de identidad es con exactitud el titular del mismo;

Por ello, es importante la intervención de la firma electrónica, ya que podría al momento de acceder a la información, firmar electrónicamente la solicitud de ingreso y entonces, como recordaremos habríamos garantizado la integridad y autenticidad del documento, cumpliendo con la protección de datos personales propuesta.

67. Actos de comunicación judicial a través de medios electrónicos, con especial referencia al uso de la Firma electrónica

Otro aspecto en el que recientemente se aplica la firma digital dentro del ámbito procesal, lo constituyen los actos de comunicación judicial, en los cuales ya es permitido y asimilado por la generalidad de las administraciones judiciales que las comunicaciones se verifiquen por otro medio telemático similar, como es el uso del fax,⁴⁷⁷ con similar propósito puede invocarse la misma disposición para llevar a cabo notificaciones por otros medios electrónicos, con lo cual abarca la posibilidad de que el abogado que participa del juicio señale para recibir notificaciones un correo electrónico determinado.⁴⁷⁸

Ahora bien, la forma en que se encuentra desarrollada la disposición que hemos citado de la Ley Procesal de Familia, significa que el juez tiene la facultad de aceptar o rechazar el medio señalado para llevar a cabo los actos de comunicación; en esa situación el juez valorará dos circunstancias: a) Que no tiene los medios adecuados para llevar a cabo el acto de comunicación, es decir, carece de un ordenador con acceso a internet; carece de un correo electrónico institucional reconocido por la Corte Suprema de Justicia; carece de la capacitación y por tanto, del conocimiento informático necesario para llevar a cabo el acto de comunicación de esa manera,

Pero también, puede presentarse otra circunstancia, b) Que desconfíe del medio que le ha sido solicitado para llevar a cabo los actos de comunicación, de tal manera que piense que si el medio no le ofrece el mínimo de seguridad requerido según su criterio,

⁴⁷⁷ En la práctica de los tribunales de familia, es aceptado el uso del fax, con base en el Artículo 33 de la Ley Procesal de Familia que regula “El juez podrá aceptar la proposición de formas especiales de notificación respecto de la parte solicitante, inclusive cualquier medio electrónico, en cuyo caso, el acto se tendrá por notificado transcurridas veinticuatro horas de su realización o envío”.

⁴⁷⁸ Vid. NAVARRO SOLANO, S. “*El Programa de transparencia del Poder Judicial Costarricense y el sitio: www.poder-judicial.go.cr*” en AAVV Internet y Sistema Judicial en América Latina..., cit., p. 30. Notificaciones por correo electrónico. Otra forma de mejorar la eficiencia judicial, mediante la utilización de tecnologías de información y telecomunicaciones, ha sido la posibilidad de notificar las comunicaciones judiciales a través del correo electrónico de los interesados. Para ese efecto el instructivo de cómo hacerlo, la reglamentación y los requisitos que deben cumplir los usuarios se divulgan en la misma página web del Poder Judicial.

probablemente el acto de comunicación no sea válido y por lo tanto, conlleve la nulidad de un acto procesal y posteriormente del resto del proceso que sea su consecuencia.

Pero, si existiera un mecanismo adicional de seguridad para dotar a dichos actos y que desde luego cuente con la legislación apropiada para ello, sería suficiente para que el juez disperse las dudas que antes podían habersele presentado, es entonces indispensable para ello, el uso de la firma electrónica por parte de los administradores de justicia, sistema que comienza a ser empleado ya por algunas legislaciones, como la española.⁴⁷⁹

Como un referente de administraciones en las cuales existe este método de notificación, podemos citar el proyecto empleado en cuatro Juzgados de Zaragoza así como los Juzgados de Málaga, los primeros, llevaron a cabo notificaciones telemáticas de resoluciones judiciales a Procuradores, valiéndose de la firma certificada del Juzgado y los segundos, que han aceptado la presentación de escritos de abogados y procuradores por medio de internet y con firma electrónica.⁴⁸⁰

Es así que la Firma electrónica concede mayor agilidad al proceso, permitiendo que los actos procesales sean conocidos de las partes, optimizando el recurso personal que sea dispuesto para el efecto, ya que en lugar de salir del tribunal a emplazar personalmente cada una de las partes intervinientes del proceso, solamente requerirá del ordenador, del sistema de software necesario y de la firma electrónica del administrador de justicia.

⁴⁷⁹ Vid. LESMES SERRANO, C. “*Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital..., cit., p. 374. El apartado 1 del artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, señala que: “Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.

⁴⁸⁰ Vid. HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *op. cit.*, p. 58. Los autores citan como ejemplo, los Juzgados de Zaragoza y además señala que en el caso de los Juzgados de Málaga, se dio noticia el 13 de marzo de 2001, con una previsión de que se lleve a cabo para 3 meses.

68. Elementos que necesita el sistema judicial para que funcione el uso de los medios electrónicos

Para dar el gran salto de la informatización del sistema judicial serán necesarios varios aspectos que deben prepararse y nos referiremos a los siguientes:

a) La preparación general de las personas involucradas o de todo el personal que habrá de involucrarse en el uso de las nuevas tecnologías.

b) Dotar de un marco normativo adecuado para su uso,

c) Dotar a los administradores de justicia así como a sus operadores de los medios materiales e informáticos necesarios, es decir, de ordenadores y sus accesorios y del software que viabilice la información,

Por lo tanto, como veremos será necesario una asignación presupuestaria lo bastante amplia para cubrir los tres campos descritos, pero, los beneficios que se obtendrán permitirán no solo mejorar el servicio a los usuarios de la administración de justicia sino que además, insertarlos en el mundo globalizado que día a día requiere de la contratación electrónica.

Otro aspecto que debe considerarse es acerca de la valoración legal que los tribunales de justicia hacen del denominado Documento Público Electrónico, es decir, aquel emanado de las transacciones derivadas del uso del internet y que merecen desde luego una explicación al margen del tema de este acápite, y más bien, deben enmarcarse dentro del comercio electrónico en general, al que hemos citado con anterioridad.

CAPITULO XVII

LA FIRMA ELECTRÓNICA Y LOS DELITOS INFORMÁTICOS

SUMARIO: 69. Aspectos generales de los delitos informáticos. Una nueva forma de delinquir. 70. Empleo de la firma electrónica. Prevención y sanción de los delitos informáticos.

69. Aspectos generales de los delitos informáticos. Una nueva forma de delinquir

El empleo de los medios informáticos y de la tecnología en general, no son el problema ni la causa en si misma de este nuevo tipo de delitos, se trata únicamente de una herramienta que se ha colocado al servicio del ser humano, pensando en su uso adecuado, pero como todos los inventos del hombre, al final dependerá del uso que éste le dé a sus invenciones.⁴⁸¹

Sabido es, y de esa forma lo hemos expresado a lo largo de los comentarios que hemos realizado, que la informática en general y la Sociedad de la Información derivada de la misma, es sumamente frágil y vulnerable y que perfectamente puede ser violentada, es por esta misma razón que hemos insistido en la seguridad de ésta, como objetivo final.

Podemos afirmar que los denominados delitos informáticos en muchos de los casos, no constituyen una categoría diferente de los ya regulados por la legislación penal respectiva, sino, que se trata de hechos ilícitos que se cometen o se facilitan mediante el empleo del ordenador, en consecuencia, se trata de los viejos delitos contra el honor, contra

⁴⁸¹ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 345. La información como tal no puede ser objeto de un delito, por cuanto para ella la información es el sustento de la libertad y de la igualdad, de modo que limitar los contenidos de la web sería como atentar contra el libre desarrollo de la persona. Ahora bien, debemos preguntarnos en realidad qué es lo que se ha de castigar: la información como tal y lo que ello implica, independientemente del contenido de la misma, o bien los hechos concretos con base en los cuales se irrespete el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.

la libertad, contra el patrimonio, etc., pero cometidos a través de nuevos métodos, cometidos con el auxilio de la tecnología.

Por otra parte, suele observarse el aumento de los denominados “delitos transnacionales” o en aplicación de normas internacionales, ya que una de las características de la propia informática es el desconocimiento de las fronteras físicas, debido a lo cual, la prevención y sobre todo el castigo de estos delitos, requerirá de la cooperación decidida de la comunidad internacional.

Podríamos definir como Delitos Informáticos,⁴⁸² toda aquella conducta ilícita que violente los bienes jurídicos tutelados o protegidos por el Estado, que sean cometidos a través, con el auxilio o contra los medios informáticos.

Puede advertirse que de la definición presentada, se desglosan dos tipos de delito diferentes, aquellos delitos antiguos ya regulados por la legislación penal en los que la

⁴⁸² Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 273 y siguientes. Los autores en su búsqueda por la definición de Delitos Informáticos citan a su vez a otros autores, como la definición presentada por Tiedemann, “es cualquier acción ilegal en la que el ordenador sea el instrumento o el objeto del delito” y más concretamente “cualquier delito ligado al tratamiento automático de datos”. Otros, como Parker, consideran más conveniente ampliar el concepto hasta comprender cualquier forma abusiva del empleo de herramientas informáticas. En ese contexto, se define el computer abuse como “cualquier acto criminoso relacionado con la tecnología informática, por el cual una víctima ha sufrido una pérdida y un autor ha obtenido intencionalmente una ganancia”. La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), en una definición considerada como “abarcante”, lo define como “cualquier conducta ilegal, no ética o no autorizada, que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos”. Idem. Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E., *op. cit.*, p.330. El autor mexicano Julio Téllez Valdez señala que los delitos informáticos son “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin, o las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin. Vid. HOCSMAN, H. S., *Negocios en Internet.. op. cit.*, p. 249. El autor define los Delitos Informáticos como “aquellas acciones típicas, antijurídicas y culpables, que recaen sobre la información, atentando contra su integridad, confidencialidad o disponibilidad como bien jurídico de naturaleza colectiva o macrosocial (abarcativo de otros intereses, v.gr., propiedad común, intimidad, propiedad intelectual, seguridad pública, confianza en el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos), en cualquiera de las fases que tienen vinculación con su flujo o intercambio (ingreso, almacenamiento, proceso, transmisión y/o egreso), contenida en sistemas informáticos de cualquier índole, sobre los que operan las maniobras dolosas”. Vid. MORALES GARCÍA, O., *La Tutela Penal de las Comunicaciones Laborales en AAVV. Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, op. cit.*, p. 457 y siguientes.

tecnología es solamente un medio para su cometimiento, de los que nos hemos ocupado con anterioridad,⁴⁸³

Y aquellas figuras típicamente delictivas que tienen por finalidad el daño o inutilización de los medios tecnológicos, los tipos del denominado “ciberterrorismo” son un ejemplo de estos últimos, ya que en ellos, los medios tecnológicos resultan ser los blancos de esta actividad criminal.

Ahora bien, el otro elemento importante y necesario para completar la definición antes presentada, será lo que debemos entender como “medios informáticos”, ya que para algunos autores, se trata de datos, para otros de computadoras, otros más, señalarán las redes de comunicación y establecerán alguna diferencia entre las redes abiertas y cerradas.

En fin, para establecer con toda claridad y seguridad la definición propia de delitos informáticos, el legislador penal deberá determinar cuales de las categorías que hemos citado va a emplear o si incluirá otras más.

Para nuestra propia consideración, los delitos informáticos pueden ser cometidos con el auxilio o contra cualquiera de los antes expresados, de tal manera, que cuando sea necesaria su definición se busque ser lo más omnicomprendidos y no olvidar ninguna conducta criminal en relación a éstos.⁴⁸⁴

⁴⁸³ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 332. Los autores citan a su vez a Rodolfo Herrera Bravo, quien considera que “De la relación entre delito e informática surgen dos tipos de ilícitos, los delitos computacionales y los delitos informáticos. Cuando los delincuentes de los delitos tradicionales comienzan a utilizar como un medio específico de comisión las tecnologías de la información, se produce una informatización de los tipos tradicionales, naciendo el delito computacional, que en realidad se trataría solo de ilícitos convencionales que ya están regulados en el Código Penal. Sin embargo, también se crean conductas nuevas, no contempladas en los ordenamientos penales por su especial naturaleza, lo que hace necesario crear nuevos delitos, llamados delitos informáticos.

⁴⁸⁴ El único caso de delito informático en la legislación salvadoreña, se encuentra recogido de forma expresa en el Proyecto de Ley contra Actos de Terrorismo, en cuya propuesta se castiga a la persona que logra el acceso a redes abiertas o cerradas con el ánimo de cometer cualquiera de los delitos contemplados en dicho Proyecto, produciendo un daño a los medios informáticos.

Suele afirmarse como característica muy especial de este tipo de delitos, que solo un porcentaje bajo de ellos, puede ser advertido después de ser cometido,⁴⁸⁵ debido por una parte, al alto grado de conocimiento informático que se requiere para su comisión y del que en muchos de los casos carecen los agentes encargados de la investigación del delito.⁴⁸⁶

Y por otra parte, muchas de estas nuevas figuras delictivas informáticas, han sido creadas con la finalidad de no dejar huella o rastro de que se cometió un ilícito, tal es el caso de la técnica denominada “Caballo de Troya”,⁴⁸⁷ que consiste en introducir en el programa órdenes para que éste realice determinadas funciones, sin detrimento o modificación de aquellas para las que fue elaborado, éstas órdenes se introducen a veces con la indicación de que se autodestruyan una vez cumplidas, con lo que no queda prueba del delito dentro del sistema.

Es por estas razones que al estudiar las estadísticas acerca del número de los delitos informáticos que han sido investigados son muy mínimas,⁴⁸⁸ solo en muy pocos casos ha

⁴⁸⁵ Y cuando es advertido, como la mayoría de las víctimas de este tipo de delitos son bancos o entidades financieras, prefieren callar y no denunciar el delito que traería consigo el descrédito y la pérdida de confianza de los ahorrantes, y si el criminal se encuentra como empleado de la misma entidad, prefieren suspender su contrato de servicios y proceder al despido de forma silenciosa.

⁴⁸⁶ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 340 y siguientes. Se reconocen como obstáculos para definir una política sobre el tema a los siguientes: a) Escasez de medios técnicos dedicados a la actividad investigadora, b) ventaja tecnológica de los delincuentes profesionales, c) exceso de tiempo transcurrido entre la solicitud de un mandamiento de intervención electrónica y su concesión y trámite, d) uso de contramedidas, como el cifrado de la información y los sistemas de anonimato real, e) problemas de jurisdicción en los delitos informáticos transfronterizos, f) la mayor asignación de recursos por parte de la Administración, la progresiva especialización de los cuerpos policiales, la creación de grupos específicos para la persecución de este tipo de delitos, unidos a la práctica judicial y a la creación de jurisprudencia en esta materia, ayudarán a mejorar la eficacia de los métodos de investigación y obtención de pruebas.

⁴⁸⁷ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 275 y siguientes. De este modo puede lograrse que se paguen salarios a personas inexistentes, se otorguen créditos o descuentos improcedentes, se transfieran sumas de dinero, etc.

⁴⁸⁸ Vid. GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *op. cit.*, p. 281. En un coloquio celebrado en Córdoba en 1989 se puso de manifiesto que en los Estados Unidos de América se descubre sólo el 15% de los delitos informáticos que se cometen y que, en el 35% de ellos, el descubrimiento se produce demasiado tarde para investigar. Un cálculo practicado por Luis Camacho concluye que la posibilidad de condena en materia de delitos informáticos es de una en veintisiete mil, un estudio elaborado por el jurista

logrado comprobarse el delito de manera tal, que se emitiera una condena; estos índices curiosamente pertenecen a aquellos países que se encuentran más avanzados en el campo de la informática, su regulación y sus técnicas de investigación. Debemos ahora preguntarnos que pasa en las legislaciones, como la nuestra, que no existe regulación al respecto y que el nivel de preparación de sus investigadores es casi nulo.

Pero, ¿Qué pueden hacer los gobiernos para regular de mejor manera los tipos de delitos informáticos que ya se observan y sancionar a las personas que los ocasionaron? Una de las soluciones que puede presentarse es la de una regulación especial para este tipo de ilícitos.

Como hemos expresado con anterioridad, los delitos informáticos pueden enmarcarse dentro de las figuras delictivas que existen en la actualidad, algunos ejemplos de los primeros son: Los robos, hurtos, estafas o fraudes financieros mediante el uso de ordenadores, los fraudes contra un sistema determinado, a través de técnicas de virus o como la ya mencionada “Caballo de Troya” y la técnica del salame, falsificaciones de firmas manuales con la asistencia de computadoras, el espionaje o robo de información que puede incluir los secretos militares, políticos o industriales, la piratería de software, el sabotaje de sistemas⁴⁸⁹, el acceso y el uso no autorizado a un sistema.

Empero, lo más adecuado será crear los propios tipos de delitos para esta clase particular de ilícitos, ya que algunas de las formas tradicionales de delinquir con mucha probabilidad, no podrán incluir a estas figuras y ante la prohibición de la analogía, la

español Pérez Gómez establece que menos del 10% de los procesos penales concluye en sentencia de condena. Un informe de la *Law Enforcement Assistance Administration*, de 1980, traduce conclusiones de expertos del FBI: sólo se detecta el 1% de los delitos informáticos que se cometen; de este porcentaje, solo 14% es denunciado. Y, de éstos, sólo 3% termina en condena. Es cierto que en 1980 la seguridad de los sistemas era menor, pero es preocupante advertir que este tipo de delito sigue en auge, en 1989, el FBI estimó que los delitos de fraude informático causaron en los Estados Unidos de América un daño económico de entre tres mil y cinco mil millones de dólares. El año anterior en Inglaterra, el *British Institute of Directors* calculó tal monto en seis millones de dólares, se estima además, que el importe medio causado por fraude informático es veinticinco veces superior al de un fraude manual.

⁴⁸⁹ Traducido en el delito de daños.

consecuencia lógica será que los delincuentes serán absueltos de los cargos que se les atribuyan, esta es la solución por la que se inclinan la mayoría de legislaciones alrededor del mundo.⁴⁹⁰

Según la doctrina de algunos autores, se ha establecido que los delitos informáticos tienen en común las siguientes características principales:

a) Son delitos considerados como de cuello blanco, ya que solo un determinado número de personas posee los conocimientos necesarios para llegar a cometerlos, debido a que se trata en su mayoría de profesionales, estudiantes aventajados, antiguos empleados, etc.

b) En la mayoría de los casos, se trata de delitos cometidos cuando el delincuente se encuentra laborando y tiene el acceso adecuado a las plataformas informáticas necesarias para cometer el delito.

c) Se trata de acciones cometidas en oportunidad, ya que se busca obtener el provecho adecuado de los defectos o irregularidades que puedan ser detectados en el sistema y que abren la posibilidad a que un tercero pueda entrar al mismo.

d) Provocan serias pérdidas económicas, ya que los beneficios económicos que se obtienen, cuando tienen esta finalidad, son bastante altos.

e) Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio para su consumación, ya que no requiere que los delincuentes se encuentren presentes físicamente y pueden realizarse en espacios de tiempo bastante cortos.

f) Son pocos los delitos informáticos que son advertidos por las víctimas y menos aún los casos que son denunciados para iniciar la correspondiente investigación del delito,

⁴⁹⁰ Ejemplo de regulación especial de estos delitos son las legislaciones de Colombia, Chile, México y otras.

como señalamos anteriormente, además, de crear el sentimiento de desprotección para las víctimas, cuando no se cuenta con una legislación penal adecuada que sancione tales ilícitos.

g) son muy sofisticados y frecuentes, colocando en situación de desventaja a los investigadores del delito en relación a los perpetradores, ya que el grado de conocimiento de las tecnologías es muy elevado.

h) representan una gran dificultad para su demostración, por el mismo carácter técnico del cual se encuentran revestidos.

i) pueden ser cometidos con imprudencia o negligencia o con dolo.

j) por la facilidad del acceso al uso de una computadora y del internet, pueden ser cometidos por menores de edad.

k) tienden a producirse con mayor frecuencia, convirtiéndose en delitos más comunes y en una nueva forma de delinquir, por lo que necesariamente, deben ser regulados expresamente en la normativa penal de cada país.

l) Requieren de la cooperación internacional para lograr la investigación y la captura de los delincuentes, por lo que pueden incluso ser clasificados como delitos transnacionales.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Vid. RAMIRO, C.V. – RINCÓN, E.. *op. cit.*, p. 353. Los autores citan a su vez el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, el cual señala que cuando el problema se eleva a la escena internacional, se magnifican los inconvenientes y las insuficiencias, por cuanto los delitos informáticos constituyen una nueva forma de crimen transnacional y su combate requiere de una eficaz cooperación internacional concertada. Asimismo, las Naciones Unidas resume de la siguiente manera los problemas que rodean a la cooperación internacional en el área de los delitos informáticos: a) Falta de acuerdos globales acerca de qué tipo de conductas deben constituir delitos informáticos, b) Ausencia de acuerdos globales en la definición legal de dichas conductas delictivas, c) Falta de especialización de los policías, fiscales y otros funcionarios judiciales en el campo de los delitos informáticos, d) No armonización entre las diferentes leyes procesales nacionales acerca de la investigación de los delitos informáticos, e) carácter transnacional de muchos delitos cometidos mediante el uso de computadoras, f) Ausencia de tratados

70. Empleo de la firma electrónica. Prevención y sanción de los delitos informáticos

Hemos señalado varias veces que uno de los fines últimos del Estado será la seguridad de las comunicaciones electrónicas y también hemos señalado que una de las creaciones más recientes para dar respuesta a tal requerimiento, lo representa la firma electrónica.

Debemos pensar en la firma electrónica en el ámbito de la prevención de los delitos informáticos como primera opción, ya que cuando se requiera de la identificación de la persona que acceda al internet, se estará evitando con ello que cualquier persona logre el acceso y se está identificando plenamente al autor.

De tal manera, que si se llegara a cometer algún ilícito por aquella persona que se introdujo, logrando el acceso a la plataforma informática, se contará con la prueba fehaciente e idónea para demostrar la titularidad y consecuente identidad del delincuente, a través del certificado digital extendido por la entidad de certificación correspondiente.

Por otra parte, debemos pensar que las comunicaciones electrónicas deben ser protegidas con igual regulación que las comunicaciones privadas en general, de tal suerte, que si se presentara el caso de interceptación o violación de dicha comunicación, nos encontraríamos ante un delito informático cometido contra éstas.

Sin embargo, igual sanción merecería aquella persona que ha sustraído y utilizado la clave privada de otras personas, esta situación puede presentarse de dos maneras diferentes: Que la persona titular de la pareja de claves, confíe su clave a un tercero, situación de la que deriva la responsabilidad civil correspondiente, pero, no, significa el cometimiento de un delito.

de extradición, de acuerdos de ayuda mutuos y de mecanismos sincronizados que permitan la puesta en vigor de la cooperación internacional.

Otro análisis diferente merece el hecho de que un empleado o cualquier otra persona con acceso a los archivos de claves privadas y públicas de la entidad de certificación, violente el mismo, se apodere de las claves y haga uso de las mismas en su propio beneficio y en detrimento del titular, en esta última hipótesis nos encontraríamos ante un verdadero delito informático. Por lo tanto, el delincuente se hará acreedor a la sanción penal correspondiente así como a la responsabilidad civil por reparación del daño ocasionado por el ilícito cometido.

Finalmente, la pregunta más importante que debemos hacernos es si la legislación penal cuenta con la tipificación de esta conducta, de manera tal, que no quede ninguna duda de que se trata de un delito, porque de lo contrario, es decir, si no se cuenta con la legislación penal correspondiente, es muy probable que al delincuente no se le pueda tipificar su conducta como delito por una parte y por otra, la prueba de cargo que se presente ante los tribunales, no tendrá la validez necesaria para demostrar la culpabilidad del sujeto.

CONCLUSIONES

Después de haber realizado las valoraciones jurídicas a lo largo del presente trabajo de investigación, podemos, después de tener un conocimiento global del tema, llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El deseo del Gobierno de El Salvador de implementar el uso de medios informáticos en el quehacer de la Administración se ha expresado con antelación. Después de la exposición presentada en las primeras páginas del presente trabajo de investigación en las que nos referimos a la situación actual del país, hemos advertido que el mismo Gobierno de El Salvador reconoce la necesidad de utilizar los medios electrónicos o telemáticos para cumplir con muchas de las tareas que ahora realiza a través de medios tradicionales y lo ha plasmado en un documento que puede servir de guía para su implementación, denominado: Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico.

SEGUNDA: El fundamento básico jurídico para la correcta aplicación de la Firma electrónica en El Salvador ha sido proporcionado. Podemos determinar que las bases necesarias y el entorno legislativo adecuado ha sido proveído por el legislador salvadoreño, con la finalidad de dotar a las relaciones telemáticas de la correcta implementación de la Firma electrónica en El Salvador, sin embargo, la misma como hemos afirmado varias veces a lo largo de estas páginas, se ha concretado únicamente en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones aduaneras en beneficio de la Hacienda Pública, no obstante, es a lo menos la piedra angular de donde habrá de partir el resto de la legislación que debe crearse para regular las comunicaciones entre los particulares, así como entre la Administración y los administrados.

TERCERA: La Estrategia Nacional de Gobierno Electrónico en sus inicios fue presentada como un ideario que día a día se convierte en una realidad nacional. Con el pasar del tiempo la Estrategia Nacional se fue desarrollando de tal manera que la mayoría de instituciones del Órgano Ejecutivo guardan un sitio web en internet, desde el cual interactúan con los particulares y con la experiencia acumulada en esta nueva forma de comunicación, se presentan nuevos usos que a la vez se traducen en metas para alcanzar.

CUARTA: Resulta necesaria la creación del marco normativo adecuado para la implementación de la Sociedad de la Información en general y particularmente de la Firma electrónica. Hemos advertido que de los países firmantes del TLC con los Estados Unidos de América, solo República Dominicana cuenta con una ley especial sobre estas áreas, que le ha permitido ganar experiencia en sus respectivos campos de aplicación. Consecuentemente, es de extrema importancia que El Salvador promulgue la adecuada legislación ya que nuestro sistema legal actual no responde con la implementación de la Sociedad de la Información. Es decir, existe un enorme vacío de legislación para una realidad que ya se encuentra frente a nosotros en una sociedad que día a día adopta sistemas informáticos, hace pagos electrónicos, contrata vía internet sin tener la conciencia de que se están llevando a cabo acciones en la que eventualmente se pudieran encontrar desprotegidos.

QUINTA: El Comercio electrónico y la Firma electrónica corresponden a la relación que existe entre la generalidad y la particularidad, por lo tanto, cada una merece un adecuado tratamiento legal, tal como se evidenció del análisis de legislaciones extranjeras que en el derecho comparado se llevó a cabo. Por lo tanto, lo más acertado en la legislación salvadoreña será regular jurídicamente y por separado cada una de estas áreas, guardando las diferencias apuntadas con antelación. Tales diferencias se sustentan en los siguientes argumentos:

a) Primeramente debemos destacar es que el Comercio Electrónico es un área mucho más amplia que la de la firma electrónica y si bien es cierto que en el transcurso del

presente trabajo hemos explicado la aplicación e importancia de la firma electrónica para la contratación moderna, ésta es tan solo una parte del enorme campo que comprende el comercio electrónico en general.

Los efectos del contrato realizado a la luz del comercio electrónico son muy propios y diferentes a los efectos que pueda producir por si misma la firma electrónica, se trata pues de la antigua relación que se evidencia entre el documento contractual material y la firma ológrafa.

b) La función de las entidades de certificación que participan de la formación de la Firma electrónica, no son de vital importancia para el comercio electrónico en general, pudiendo existir contrataciones en ausencia de las mismas y a la inversa, habrán elementos especiales como el impuesto derivado del comercio electrónico, la tradición de bienes adquiridos a través del comercio electrónico, que no serán de vital importancia para la firma electrónica.

SEXTA: Los principios generales del comercio electrónico, de la firma electrónica y finalmente traducidos al documento electrónico, son los siguientes:

a) Autenticidad, a través de la cual se busca garantizar la identidad del emisor del mensaje, esta identificación se obtiene con el uso de la firma electrónica en el envío del mensaje.

b) Integridad, consiste en que el mensaje que fue recibido por el receptor es exactamente idéntico al mensaje enviado por el emisor y que no fue alterado en el momento de su envío a través del internet.

c) Confidencialidad, característica con la que se busca lograr la privacidad del mensaje, de tal forma que nadie que no se encuentre autorizado, pueda acceder a él y

conocer acerca de su contenido. Con esta característica además, se pretende resguardar los datos personales de ambas partes, y

d) No repudiación o inobjetabilidad, llamado también por otros autores como no rechazo o irrevocabilidad de origen y de destino. El remitente no podrá rechazar la autoría en la elaboración y el envío del mensaje.

SÉPTIMA: El empleo del sistema criptográfico de clave asimétrico o del sistema mixto, resulta ser el más conveniente en el funcionamiento de la firma electrónica y por ende, la adopción más prudente para la legislación nacional debido a las ventajas criptográficas y de seguridad que representa. Debe destacarse que ya se acogió el sistema de clave asimétrico en la L.S.A., como el más adecuado para nuestro entorno legal. Sin embargo, nada obsta para que el legislador pueda admitir el uso de otros sistemas de criptografía, considerando que el reconocimiento legal del uso de estos sistemas dependerá del grado de seguridad que los mismos ofrezcan a las transacciones electrónicas.

OCTAVA: La prestación del consentimiento a través de medios informáticos puede resolverse jurídicamente como una prestación del consentimiento entre presentes o entre ausentes, dependiendo del medio electrónico utilizado. Ahora bien, en caso de concretarse al método entre ausentes, debe adoptarse el sistema de la recepción o de la información, dependiendo del negocio jurídico y de la legislación aplicable, lo mismo que si se tratara del tradicional consentimiento por carta.

NOVENA: En el derecho comparado destacan diversos criterios acerca del régimen jurídico que regula la prestación del servicio de las entidades de certificación, estos son: que la entidad de certificación sea una entidad gubernamental, que se trate de organismos de eminente creación privada o que se trate de empresas privadas debidamente autorizadas por una entidad estatal. Cada situación presenta ventajas y desventajas. Ahora bien, para el sistema legal salvadoreño, lo más recomendable es que las entidades de certificación sean entidades privadas sujetas a la aprobación del Estado, pudiendo de esta manera garantizar el

acceso al servicio prestado por cualquier persona particular, método que ya fue adoptado en la L.S.A., por una parte y por otra, que la simplicidad de requisitos, prepara su entorno para la implementación de un instrumento regulatorio de aplicación regional.

DÉCIMA: La autorización, vigilancia y control así como las sanciones a imponer a las entidades de certificación son elementos necesarios que deben ser verificados por parte de una entidad gubernamental que garantice el estricto cumplimiento de la legislación que norme su funcionamiento, esta función actualmente es ejercida a través del Ministerio de Hacienda, pero cambiará cuando se emita la ley sobre Firma electrónica que regule todas las áreas de forma general, esta situación se encuentra ya prevista por la misma L.S.A. Sin embargo, esta forma de fiscalización y control puede flexibilizarse con la finalidad de permitir las operaciones de entidades de certificación radicadas en otros países con los que El Salvador mantenga relaciones comerciales, esto incentivará además, la integración regional frente a la entrada en vigor del TLC.

DÉCIMA PRIMERA: La valoración legal del documento electrónico en la legislación actual no permite que el mismo sea considerado como prueba suficiente para que a criterio de juez competente forme plena prueba de lo contenido en él. En todo caso, es asimilado a la luz del derecho como un instrumento privado y tiene como consecuencia la desprotección de los derechos de las personas. Como hemos presentado a lo largo de nuestra investigación, una de las piezas clave para el comercio electrónico y la firma electrónica descansa precisamente en el reconocimiento del valor jurídico que incorpora el documento electrónico, de tal manera, que le permita a los jueces fallar de una forma más justa y con arreglo a estos nuevos tipos de probanzas. En razón de lo anterior, insistimos en la necesidad de crear el marco jurídico apropiado que le indique al juzgador el valor probatorio que tendrá el documento electrónico.

DÉCIMA SEGUNDA: El notario puede en el derecho comparado, ejercer las funciones propias del notariado y además ejercer las funciones que puedan atribuírsele como una entidad de certificación, pero, en la actual legislación salvadoreña solo podemos

presenciar el desempeño del notario en la función propia del notariado y no se ha regulado la situación de que el notario pueda llegar a ser *Cibernotary*, agregándole las funciones de las entidades de certificación. Por el contrario, para el ámbito del cumplimiento de obligaciones aduaneras se ha establecido con toda claridad que solo las personas jurídicas podrán ser entidades de certificación, con lo cual se excluye al *Cibernotary* en esta primera etapa de la aplicación de la firma. No obstante, es necesaria la participación del notario salvadoreño en estas nuevas áreas entre otras razones, por la vigencia del TLC entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, el cual generará un tráfico comercial más grande y en donde será decisivo el papel atribuido al notario en la contratación internacional y a distancia.

DÉCIMA TERCERA: Para lograr la participación del notario salvadoreño a fin de ser autorizado como una entidad de certificación con el propósito de extender certificados digitales, es necesario dotar a los notarios de capacitación adecuada a fin de conocer los beneficios e inconvenientes de la Firma electrónica, confiando esta delicada misión a aquellos que demuestren su adecuado nivel de conocimientos. Además, debemos considerar que una vez el notario se encuentre en el ejercicio de sus funciones, deberá someterse a un segundo control, además del que por su propia función notarial están sometido en aplicación de la L.N., a través de la Sección de Investigación Profesional de la Corte Suprema de Justicia, este segundo control lo ejercerá quien a su vez tuviera asignadas las funciones de contralor de las entidades de certificación. Con no menos importancia debemos señalar que para desarrollar todos aquellos aspectos que comprenden la función del notario electrónico, debe contarse con la adecuada asistencia del marco normativo apropiado, de tal manera que deben reformarse aquellas legislaciones que por ahora rigen la función notarial, entre ellas, la L.N. de El Salvador, la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y otras más relacionadas con estas funciones.

DÉCIMA CUARTA: Con el uso de los medios tecnológicos por parte de las entidades bancarias en El Salvador se ofrece a los usuarios toda clase de servicios en línea,

práctica que se sustenta legalmente a través de un contrato de prestación de servicios entre el banco y el usuario. Sin embargo, esta realidad nacional no se encuentra debidamente regulada por el marco jurídico apropiado y ante el temor del abuso y cometimiento de delitos por parte de los usuarios, el legislador debe reglamentar esta actividad en un marco general. Además, la creación de la legislación apropiada puede permitir al sistema bancario acceder a nuevos contratos celebrados por internet, con el mínimo costo administrativo y la suficiente seguridad jurídica que le reporte beneficios.

DÉCIMA QUINTA: No es necesario crear nuevas teorías jurídicas para regular el proceso de formación, perfeccionamiento y cumplimiento de contratos celebrados por medios electrónicos, la legislación civil y mercantil, utilizada para la generalidad de contratos puede extenderse a esta nueva clasificación. Sin embargo, existen ciertas particularidades que requieren de cierta regulación especial, por ejemplo, lo referente al valor probatorio del documento que contenga el contrato electrónico. Es por esta razón que algunas legislaciones en el derecho comparado se inclinan por insertar solo algunos artículos a los diferentes cuerpos legales.

DÉCIMA SEXTA: No existen instrumentos de derecho internacional adecuados para resolver los conflictos que se pudieran producir entre personas radicadas en países diferentes, determinando la legislación aplicable y el tribunal competente, este vacío indica la necesidad de promover la creación de instrumentos de tal naturaleza. La iniciativa de regulación puede partir desde El Salvador y presentarse en el marco del Sistema de Integración Centroamericana, ya que es en este foro que se comparten similares inquietudes con la vigencia del TLC.

DECIMA SÉPTIMA: La protección de datos personales o Habeas Data requiere de su propio marco jurídico, ya que el fomento de nuevas formas de contratación y de entidades que garanticen la seguridad de las mismas conlleva además el adecuado manejo de la información personal que se obtiene de los usuarios; por tanto, tal requerimiento no se encuentra suficientemente satisfecho al verse regulado como uno de los aspectos de la

actual Ley de Protección al Consumidor y menos aún cuando se deja a la consideración de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, proteger tales derechos como una derivación del Derecho a la Intimidad regulado en la Constitución.

DÉCIMA OCTAVA: Con el auge que el comercio electrónico representa en nuestro medio, nace además la tutela de los derechos de los consumidores que optan por esta forma de contratación. Es importante la adecuada regulación de los derechos de los consumidores en general, sin embargo, es evidente que cuando este mismo consumidor contrata a distancia con empresas que en la mayoría de casos se encuentran ubicadas fuera de las fronteras de nuestro país y sin la adecuada información y regulación legal, sus derechos como consumidores se ven violentados con mayor facilidad. Es dable reconocer los esfuerzos que nuestro país ha realizado para la protección de los derechos de los consumidores, sin embargo, la situación en la que se colocan los consumidores en las ventas a distancia ha quedado soslayada de la ley.

DÉCIMO NOVENA: Debe considerarse que los beneficios que trae consigo el uso de la Firma electrónica por la Administración Pública son muy variados, más de los que representa el uso de la firma electrónica en la contratación tal como pudo advertirse de los capítulos presentados en el presente trabajo. Es conveniente la creación de una ley especial sobre el uso de la firma electrónica por la Administración Pública, legislación que puede ser diferente a la regulación de la firma electrónica en general. Este sistema de leyes diferenciadas ha sido implementado por algunos países en el derecho comparado y las justificaciones presentadas se fundamentan en los siguientes aspectos:

a) Es conveniente que se determine con toda claridad en la legislación correspondiente, los actos administrativos que podrán llevarse a cabo a través de medios telemáticos, ya que desde luego, existirán algunos que se verán excluidos. Además, debe determinarse cual será la entidad encargada de crear las identidades para los funcionarios públicos dentro de la Administración, los criterios conforme a los cuales será otorgada y en

qué situaciones podrá revocarlas y finalmente, cuáles serán los efectos de los certificados que extienda, y

b) Debido a los diferentes usos que pueda traer consigo el uso de la firma electrónica, es muy probable que se creen procedimientos administrativos que serán realizados por medios electrónicos. Estos procedimientos reúnen características especiales que no pueden adaptarse a la regulación general, en consecuencia, se requerirá de la normativa especial al respecto.

VIGÉSIMA: El Órgano Judicial debe asumir nuevas funciones relacionadas al ejercicio de la función pública del notariado en caso de permitir la adecuada implementación del *Cibernotary*. Estas funciones se puntualizan de la siguiente forma:

a) Si la Corte Suprema de Justicia asume la función de la emisión de las identidades electrónicas para los notarios cibernéticos, debe dotarlos de la pareja de claves necesarias para generar su propia firma electrónica notarial, además de reconocer que tal firma será únicamente para el ejercicio de tal función y extender los certificados relacionados.

b) Debe prepararse con sistemas tecnológicos apropiados para asumir la vigilancia control y sanciones profesionales que pudieran imponerse a los notarios cibernéticos. Estas funciones por su propia naturaleza son diferentes a las que por el ejercicio de la función pública notarial deban cumplir.

c) Un rol diferente es el que deberá desarrollar en coordinación con el Consejo Nacional de la Judicatura a fin de preparar a los jueces en el conocimiento de la nueva legislación y de la valoración que deberán hacer de las nuevas probanzas que se presenten a los tribunales, y,

d) También se presenta la posibilidad de asumir las funciones de entidad de certificación en lo referente al uso de la Firma electrónica por los jueces, de tal manera que

pueda ser utilizado para los diferentes actos de comunicación como se ha presentado ya en algunos países, obteniendo un proceso judicial más ágil y efectivo.

VIGÉSIMA PRIMERA: El cometimiento de los denominados Delitos Informáticos no es ajeno a nuestro medio y por el momento no existe en la legislación salvadoreña, la regulación penal que permita castigar este tipo de ilícitos, consecuentemente deben normarse nuevas figuras delictivas por una parte y por otra, que el incentivo del uso generalizado de la firma electrónica dificultaría en alguna medida el actuar delictivo, previniendo la perpetración de estos delitos.

INDICE BIBLIOGRAFICO

A

AAVV. *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario*, B de f, Buenos Aires, 2003

AAVV. *Contratos*, Coordinado por Barros Bourie, E., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

AAVV. *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid, 2003.

AAVV. *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

AAVV. *Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003

AAVV. *Informática y Derecho*, Coordinado por BIELSA, R., V. I, Depalma, Buenos Aires, 1991.

AAVV. *Internet y Sistema Judicial en América Latina*, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004

AAVV. *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España.

AAVV. *Notariado y Contratación Electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.

ALAMILLO DOMINGO, I., "Comentario crítico de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica" en *Revista de Contratación Electrónica (RCE)*, 2004, No 46, Febrero, p. 3 a 64.

ALCOLEA, J.M. "La Incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad de la Administración del Estado. Especial referencia a la Ley 30/1992 y a los Reales Decretos 263/1996 y 722/1999" en AAVV *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

ALBIÑANA LÓPEZ, M.A. “*La Firma Electrónica en el Ministerio de Economía*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*

ALMARK, R.D., “La etapa precontractual en los contratos informáticos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho*, Coordinado por BIELSA, R., V. I, Depalma, Buenos Aires, 1991.

ALMARK, D.R., “Régimen Jurídico de los Bancos de Datos” en A.A.V.V. , *Informática y Derecho*, Coordinado por BIELSA, R., V. I, Depalma, Buenos Aires, 1991.

ALONSO UREBA, A., - VIERA GONZÁLEZ, ARISTIDES J., “*Formación y perfección de los contratos a distancia celebrados por Internet*” en AAVV *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid, 2003.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. – SOMARRIVA UNDURRAGA, M. *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, s/f.

ALVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M., *La Firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la legislación vigente*. Aranzadi, Navarra, 2000.

ALVAREZ G.S.- GREGORIO C.G.- HIGHTON, E.I. “*Capacidad Regulatoria de la Difusión de Información Judicial*” en AAVV *Internet y Sistema Judicial en América Latina*, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004

ARAZI, ROLAND, *La Prueba en el Proceso Civil*, La Roca, 2ª Ed., Buenos Aires, 1998.

B

BARCELÓ, R.J., *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BAUZÁ MARTORELL, F.J., *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002.

BERREIRO FERNÁNDEZ, I. “*Utilización de la Firma Electrónica en la Administración Española III: Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE)*” en AAVV. *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España.

BERREIROS F., J., “El papel del notariado en el uso de la firma digital”, en AAVV., *Notariado y Contratación Electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.

BERTRAND GALINDO, F., - ALBINO TINETTI, J. – KURI DE MENDOZA, S. L. – ORELLANA, M. E., *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, T. I., 1ª Ed., El Salvador, 1992.

BICK, JONATHAN, *101 things you need to know about internet law*, Three Rivers Press, New York, 2000.

BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las Obligaciones*, De Palma, T. 6, Buenos Aires, 1985.

BONNECASE, J., *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Clásicos del Derecho, México, 1993.

BRENES CORDOBA, A., *Tratado de los Contratos*, Editorial Juricentro, San José, 1985.

BRIZZIO, C.R., *La Informática en el Nuevo Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

C

CABANELLAS, G. – PALAZZI, P., “Derecho de Internet en Argentina” en AAVV Derecho de Internet, Dirigido por Cabanellas de las Cuebas G., Coordinado por Montes de Oca, A., Heliasta, Buenos Aires, 2004.

CAFFERA, G., “Formación del Contrato Electrónico”, en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario*, B de f, Buenos Aires, 2003.

CALVO GONZÁLEZ DE LARA, J.A., “*El Registro e Internet*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes Intervinientes, Formación y Prueba del Contrato Electrónico*, Editorial , Barcelona, 2005.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Documentos de la Organización de los Estados Unidos Americanos sobre derecho Internacional Privado*, 1973.

CARLINO, B.P., *Firma Digital y Derecho Societario Electrónico*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.

CASTELLANOS DE UBAO. L.G-E, “*La Firma Electrónica*” en AAVV Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Monís Gallego, M., Aranzadi, Madrid, 2003.

CAZORLA PRIETO, L.M. “*El comercio electrónico ante nuestro sistema tributario*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.A. “*La Protección de los Consumidores*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

CERVELLÓ GRANDE, J.M. y FERNÁNDEZ, I., “*La Prueba y el documento electrónico*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

CHISSICK, M., *Electronic Commerce, Law and Practice*, 3th Ed, Sweet & Maxwell Limited, London, 2002.

CLEMENTE MEORO, M.E., - CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad Civil y Contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003.

COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL IMPACTO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA FISCALIDAD ESPAÑOLA, *Informe sobre el Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2000

CUBILLOS VELANDIA, R- RINCÓN CARDENAS, E. *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*, Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002.

CUELLO, R.O., *Tributación del Comercio Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

D

DAVID, RENÉ, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, 2ª Ed., Aguilar s.a. de ediciones, Madrid, 1973.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., *La Firma Electrónica. Marco legal y aplicaciones prácticas*, Difusión Jurídica y Técnicas de Actualidad, Barcelona, 2004.

DE SANTO, V., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*, Universidad, Buenos Aires, 1996.

DIAZ MORENO, A., *Certificados de Clave Pública y Entidades de Certificación en AAVV Seguridad Jurídica en las Transacciones Electrónicas*, Civitas, Madrid, s/f.

E

EMBID IRUJO, J.M. "Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital" en *Revista de Contratación Electrónica (RCE)*, 2001, No 14, Marzo, p. 3 a 18.

F

FERNÁNDEZ- CABRERA, J.G., *Derecho y Administración Pública en Internet*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000.

FERNADEZ FERNANDEZ, R., *Contratación Electrónica: La Prestación del Consentimiento en Internet*, Bosh, Barcelona, 2001.

G

GAETE GONZÁLEZ, E.A. *Instrumento Público Electrónico*, Bosh, Barcelona, 2002.

GALENDE DÍAZ, J.C., *Criptografía, Historia de la Escritura Cifrada*, Complutense, Madrid.

GAMERO CASADO, E. *Notificaciones Telemáticas*, Bosch, Barcelona, 2005.

GARCÍA MÁZ, F.J., *Comercio y Firma Electrónicos, (Análisis jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información)*, LexNova, España, 2002.

GARCÍA MÁZ, J., "La firma electrónica: Directiva 1.999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-ley 14/1999", de 17 de septiembre en *Revista Chilena de Derecho Informático (RCDI)*, 2000, No 659, Mayo Junio, p. 1927 a 1975.

GARCÍA MÁZ, F.J. "La contratación electrónica: La firma y el documento electrónico" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI), 1999, No 652, Mayo Junio, p. 765 a 790.

GARRIDO-ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, T. I, Parte General, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995.

GASTALDI, J. M., *Contratos*, Abeledo Perrot, Vol. I., Buenos Aires, 1994.

GOMA LANZÓN, F., – GARCÍA VIADA, C., *Libro Blanco de la Firma Electrónica Notarial*, Consejo General del Notariado, Madrid, s/f. p. 13 a 127.

GÓMEZ FERNÁNDEZ-CABRERA, J., *Derecho y Administración Pública en Internet*, Editorial IAAP, Sevilla, 2000.

GONZÁLEZ GONZALO, A., *La Formación del Contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2004.

GONZÁLEZ MALABIA, S., *Tutela judicial del Comercio Electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GUIBOURG, R.A. – ALENDE, J.O. – CAMPANELLA, E.M., *Manual de Informática Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

GUISADO MORENO, A. *Formación y Perfección del Contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GUZMÁN BRITO, A., *Contribución a la Crítica del Dogma de la Voluntad como Fuente de Efectos Jurídicos en AAVV Contratos*, Coordinado por Barros Bourie, E., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

H

HARGAIN, D., "Incidencia del Comercio Electrónico en el ámbito jurídico: Planteo General", en AAVV., *Comercio Electrónico, Análisis jurídico multidisciplinario*, B de f, Buenos Aires, 2003.

HOCSMAN, H. S., *Negocios en Internet*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

HUERTA VIESCA, M.I.- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. *Los Prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2001.

J

JUSTE MENCÍA, J., “*La Protección del Consumidor en la Contratación a Distancia. En Particular, los Contratos celebrados por medios electrónicos*” en AAVV Derecho del Consumo: Acceso a la Justicia, Responsabilidad y Garantía, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2001.

K

KATSH, M. E., *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New Cork, 1995.

KIELMANOVICH, J. L., *Medios de Prueba*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

L

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Vol. I., Temis, Bogotá, 1993.

LESMES SERRANO, C. “*Las nuevas tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

LESSING, LAWRENCE, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.

LINARES QUINTANA, S.V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978.

LOMASCOLO SZITTYAY, R. “*Aspectos Técnicos de La Firma Electrónica*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003

LOMBANA, TAMAYO, *Manual de las Obligaciones*, 4a ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, 1994.

LÓPEZ DE ZAVALIA, F. *Teoría de los Contratos*, 3ª Ed., Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984.

LORENZETTI, R.L.; *Comercio Electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

M

MADRID PARRA, A., “Firmas Digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL” en *Revista Actualidad Informática Aranzadi*, 1997, No 24, Julio, p. 1 a 13.

MANASEVICH, R.A. *Las Obligaciones*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

MARTÍNEZ DEL PERAL, I.C. DE P., “*Contratos, Convenios y Firma Electrónica*” en *AAVV Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003

MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ NADAL, A., *La ley de Firma Electrónica*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2001.

MARTINEZ NADAL, A., *La Firma Electrónica en el Derecho Español* en *AAVV Internet y Comercio Electrónico*, Ediciones Universidad, Salamanca, 2003

MARZORATI, O.J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

MATEU DE ROS, R. “*El consentimiento electrónico en los contratos bancarios*” en la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, 2000, p.7 a 91.

MEJAN, L. M., *El Derecho a la Intimidad y la Informática*, Porrúa, México, 1994.

MENENDEZ MATO, J.C., *El contrato vía internet*, Bosch, Barcelona, 2005.

MEZA BARROS, R., *Manual de Derecho Civil*, 4ª Ed., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1966.

MIRANDA, A. O., *Guía para el Estudio de Derecho Civil III: Obligaciones*, 6ª Ed., Universidad de El Salvador, San Salvador, s/f.

MONROY CABRA, M. G., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Temis, Bogotá, 1983.

MONTES A. C., *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989.

MORALES GARCÍA, O., *La Tutela Penal de las Comunicaciones Laborales en AAVV. Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Coordinado por Jeffery, Mark, Thibault Aranda, J. y Jurado, A., Aranzadi, Navarra, 2003.

MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El Derecho a la Intimidad y Propia Imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

N

NASH, A.- DUANE, W.- JOSEPH, C.- BRINK, D., *PKI Infraestructura de claves públicas*, Osborne MacGraw-Hill, Bogotá, 2002

NAVARRO SOLANO, S. “*El Programa de transparencia del Poder Judicial Costarricense y el sitio: www.poder-judicial.go.cr*” en AAVV Internet y Sistema Judicial en América Latina, Coordinado por Gregorio, C.G. y Navarro Solano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

NORES GONZÁLEZ, C. “*Marco en el que se desenvuelve la Firma Electrónica en la Administración General del Estado*” en AAVV *Firma Digital y Administraciones Públicas*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003

NUENO, J.L.-VISCARRI, J.- VILLANUEVA, J., *¿Porqué comercia tan poco el comercio electrónico?*, Instituto de Estudios en Libre Comercio, Madrid, 2000.

O

OSPINA FERNÁNDEZ G., *Régimen General de las Obligaciones*, 6ª Ed., Temis, Bogotá, 1998

OSPINA FERNÁNDEZ G.- OSPINA ACOSTA, E. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 5ª Ed., Temis, Bogotá, 1998

P

PARDINI, A.A., *Derecho de Internet*, La Roca, Buenos Aires, 2002.

PARRA QUIJANO, J., *Tratado de la Prueba Judicial, Los Documentos*, Ediciones Librería del Profesional, T. III, Bogotá, 1987.

PEREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, 2ª Ed., Tomo II, Vol. I, Bosh, Barcelona, 1978.

R

RAMIRO, C.V.- RINCÓN, E., *Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002.

RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*, 2ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2003.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Firma Electrónica y documento electrónico*, en *Escritura Pública, Ensayos de Actualidad*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ ADRADOS, "La Firma Electrónica" en *Revista de derecho Privado (RDP)*, 2000, Diciembre, P. 913 A 939.

RUBIO VELÁSQUEZ, R., - RODRÍGUEZ, SAU, C., - MUÑOZ MUÑOZ, R., *La Firma Electrónica, Aspectos Legales y Técnicos*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004

RUIZ LÓPEZ, E.J. "Contratación bancaria electrónica a través de internet" en *AAVV Contratación y Comercio Electrónico*, Dirigido por Orduña Moreno, F.J., Coordinado por Campuzano Laguillo, A.B. y Plaza Panadés, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

S

SALIDO DEL POZO, J.D. – MARTÍN-SONSECA, M.A. "Empleo de la Firma Electrónica en el seno de las Administraciones Públicas: Derecho Comparado" en *AAVV*, *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España.

SARRA, A.V., Comercio electrónico y derecho, Astrea, Buenos Aires.

SOBRINO, W. A. R., Internet y Alta Tecnología en el Derecho de Daños, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003.

SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, De Palma, Buenos Aires, 1984.

STIGLITZ, R. S., *Contratos, Teoría General*, de Palma, Buenos Aires, 1993.

T

TENA ARREGUI, R.- SÁNCHEZ CASADO, E. de la N. “*La Firma Electrónica, ¿Un poder al portador?*” en Diario La Ley, 2001, No. 5340, Junio, p. 1 a 5.

U

ULL PONT, E. *Derecho Privado de la Informática*, Ediciones Uned, Madrid, 2000.

UREBA, A.A. – ALCOVER GARAU, G., “*La Firma Electrónica*” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

URÍA FERNÁNDEZ, F. “*Efectos Jurídicos de la Firma Electrónica: La emisión de actos administrativos “on line”*” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España

V

VALENCIA ZEA, A., *Derecho Civil*, T. IV, De los Contratos, 6ª Ed., Temis, Bogotá, 1985.

VARGAS PACHECO, J. M., *Doctrina General del Contrato*, Juricentro, San José, 1984.

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comercio Electrónico, Firma Electrónica y servidores*, Difusa, Madrid, 2002.

VÁSQUEZ LÓPEZ, L., *Derecho y Práctica Notarial en El Salvador*, 2ª Ed., Universidad de El Salvador, San Salvador, s/f.

VILCHES TRASSIERRA, A.J., *Aproximación a la Sociedad de la Información: Firma, Comercio y Banca Electrónica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002

VILLAR, J.M., “Una aproximación a la firma electrónica” en AAVV Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Coordinado por Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J.M., Aranzadi, Navarra, 2000.

Z

ZAFRA JIMÉNEZ, “El Régimen de Responsabilidad en el uso de la Firma Electrónica” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España

ZATARAÍN DEL VALLE, R. “Recepción Jurídica de la Administración Electrónica en España. Estrategias para su desarrollo” en AAVV., Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo. Ministerio de Economía, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, España.

INDICE LEGISLATIVO

1. LEGISLACIÓN INTERNA DE EL SALVADOR

- Constitución de la República de El Salvador (D. L. 38 de 15 de diciembre de 1983, publicada en el D. O. de 16 de diciembre de 1983)
- Ley de Procedimientos Constitucionales (D. L. 2996 de 14 de enero de 1960, publicada en el D. O. de 22 de enero de 1960)
- Ley de Simplificación Aduanera (D. L. 529 de 13 de enero de 1999, publicada en el D. O. de 3 de febrero de 1999)
- Ley General Marítimo Portuaria (D. L. 994 de 19 de Diciembre de 2002, publicada en el D. O. de 1 de octubre de 2002)
- Código Penal (D. L. 1030 de 26 de abril de 1997, publicado en el D. O. de 10 de junio de 1997)
- Código Civil (D. E. de 23 de agosto de 1859, publicado en la Gaceta Oficial del 19 de mayo de 1860)
- Código de Procedimientos Civiles (D. E. de 31 de diciembre de 1881, publicado en el D. O. de 1 de enero de 1882)
- Ley de Casación (D. L. 1135 de 31 de agosto de 1953, publicada en el D. O. del 4 de septiembre de 1953)
- Código de Comercio (D. L. 671 de 8 de mayo de 1970, publicado en el D. O. de 31 de julio de 1970)
- Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta (D. L. 742 de 21 de febrero de 2002, publicada en el D. O. de 22 de marzo de 2002)
- Ley Procesal de Familia (D. L. 133 de 20 de septiembre de 1994, publicada en el D. O. de 20 de septiembre de 1994)
- Ley de Notariado (D. L. 218 de 6 de diciembre de 1962, publicada en el D. O. de 7 de diciembre de 1962.
- Ley de Protección al Consumidor (D.L. 776 de 18 de agosto de 2005, publicada en el D. O. de 8 de septiembre de 2005)

2. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

ALEMANIA

- Ley Federal de fecha 13 de junio de 1997
- Ley del 16 de mayo de 2001, de la Gazz O No. 22 del 21 de mayo de 2001

ARGENTINA

- Ley de Firma Digital o simplemente denominada LFD-AR de fecha 14 de noviembre de 2001
- Ley sobre Firma Digital para el Sector Público Argentino

COLOMBIA

- Ley 527 de 1999, de fecha 18 de agosto de 1999
- Decreto número 1747 de fecha 11 de septiembre de 2000
- Ley 588 de fecha 5 de julio de 2000

ESPAÑA

- Ley de Acompañamiento de los presupuestos de 1998
- Ley 66/1997 de Prestación de Servicios de Seguridad por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre Real
- Ley 7/2004 de fecha 1 de abril del mismo año, adiciona un nuevo capítulo XII, artículos 130 al 144 a la Ley de Responsabilidad Limitada creada por la Ley 2/1995 de fecha 23 de marzo de ese mismo año.
- Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Real Decreto-Ley sobre La Firma Electrónica 14/1999
- Real Decreto Ley número 59/2003 de fecha 19 de diciembre del año 2003

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- Utah Digital Signature Act de 1995
- Signature in Global and Nacional Commerce Act (2000)

FRANCIA

- Ley número 2000-230, de fecha 13 de marzo de 2000, (Diario Oficial No. 62, del 14 de marzo de 2000)

ITALIA.

- Legge del 15 de marzo de 1997, número 59
- Decreto Legislativo No. 10 del 23 de enero de 2002, denominado *Attuazione della direttiva 1999/93/CE*

MÉXICO

- Decreto de fecha 29 de mayo de 2000, de reformas y adiciones de diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor

PERÚ

- Ley número 27291, del 2 de junio del año 2000
- Ley número 27419, del 25 de enero de 2001

REPÚBLICA DOMINICANA

- Ley No. 126-02, sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, promulgada el día 4 de septiembre de 2002
- Reglamento General de Aplicación de la ley 126-02 sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, emitido mediante decreto No. 335-03 del 14 de abril de 2003.

URUGUAY

- Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay. 17.250

VENEZUELA

- Decreto- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

3. LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

- Directiva 1999/93 del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999- Directiva Europea de 13 de mayo de 1998
- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a Determinados Aspectos Jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico
- Directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, en lo relacionado a la protección del consumidor en materia de contratos a distancia

4. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Código de Bustamante
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
- Código Aduanero Uniforme Centroamericano
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, aprobada mediante Resolución 60/21 de la Asamblea General de fecha 9 de diciembre de 2005.

OTROS DOCUMENTOS

- Acuerdo de Cooperación suscrito entre el Colegio de Registradores de España y el Centro Nacional de Registros (CNR) de El Salvador.

- Informe del Proyecto de Investigación a través de la Cooperación Interuniversitaria de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y la Escuela Universitaria de Informática de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

- ISO 9796: International Standards Organization ("Organización de Estándares Internacionales"), Norma ISO 9796 de Tecnología de la Información - Técnicas de Seguridad - Mecanismo de Firma Digital ("Information Technology - Security Techniques - Digital Signature Scheme").

- Proyecto de Ley contra Actos de Terrorismo de El Salvador.

- Reglas de Heredia o Reglas Mínimas para la Difusión de Información Judicial en Internet.

- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Firmas Electrónicas.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

- EL SALVADOR.

- Sentencia pronunciada el día dos de marzo de dos mil cuatro por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el Proceso de Amparo promovido por el señor Boris Rubén Solórzano contra las Sociedades DICOM CENTROAMÉRICA, Sociedad Anónima de Capital Variable y GENERAL AUTOMOTRIZ Sociedad Anónima de Capital Variable. Referencia SASCCSJ No. 118/2002.

- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Año 1996

- “*Bensusan Restaurant Corp. c/ King*”, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y., 1996)
- “*CompuServe Inc. c/ Patterson*”, 89 F.3d 1257 (Cir. 6o, 1996)
- “*EDIAS Software Int’l, L.L.C. c/BASIS Int’l Ltd.*”, 947 F. Supp. 413 (D. Ariz. 1996)
- “*Heroes Inc. c/Heroes Foundation*”, 958 F. Supp 1 (D.D.C. 19/12/96)
- “*Inset Systems Inc. c/ Instruction Set Inc.*”, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996)
- “*Maritz Inc. c/ CyberGold Inc.*”, 947 F. Supp. 1328 (E.D. Mo. 1996)
- “*McDonough c/Fallon McElligott Inc.*”, 1996 U.S. Dist. LEXIS 15139, nº 95-4037, slip. Op. (S.D. Cal. 6/8/96)
- “*Panavision Int’l, L.P. c/Teoppen*”, 938 F. Supp. 616 (C.D. Cal. 1996)
- “*Playboy Enterprises Inc. c/Chuckleberry Publishing Inc.*” 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996)

Año 1997

- “*Zippo Manufacturing Company c/Zippo Dot Com Inc.*”, 952 F. Supp 1119 (W.D.Pa. 16/1/97) (NO. CIV. A. 96-397 ERIE)
- “*American Network Inc. c/ Access America/Connect Atlanta Inc.*”, 975 F. Supp. 494; 1997 U.S. Dist. LEXIS 12030 (S.D.N.Y. 1997)

- “*Bensusan Restaurant Corp. c/King*”, 126 F.3d 25 (CA2 1997)
- “*Cybersell Inc. c/ Cybersell Inc. et al.*” 1997 LEXIS App americanos 33871, 130 F.3d 414 (Cir 9º, 1997)
- “*Digital Equipment Corporation c/Altavista Technology Inc.*” 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 12/3/97)
- “*Hearst Corporation S.A. c/Goldberger*”, 1997 U.S. Dist. LEXIS 2065 (S.D.N.Y. 26/2/97)
- “*Minnessota c/Granite Gates Resorts Inc.*”, 568 NW 2d 715 (Minn. Ct. App. 1997)
- “*Resuscitation Technologies Inc. c/Continental Health Care Corp.*”, 1997 U.S. Dist LEXIS 3523 (S.D. Ind. 1997)
- “*Telco Communications Inc. c/An Apple A Day Inc.*”, 977 F. Supp 404; 1997 U.S. Dist. LEXIS 14543 (ED VA 1997)
- “*Weber c/Jolly Hotels, et al.*”, 977 F. Supp. 327 (DNJ 1997)

Año 1998

- “*Blackburn c/ Walter Oriental Rug Galleries Inc.*”, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4517 (ED PA 4/9/98)”
- “*Bunn-O Matic Corp c/ Bunn Coffee Service Inc.*”, 1998 U.S. Dist. LEXIS 7819, 46 U.S.P.Q.2D (BNA) 1375 (C.D. IL 1998)”