

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

1. ANTECEDENTES

1.1 La Firma Autógrafo

La firma autógrafa históricamente ha tenido como concepto genérico y en sentido amplio, el de una palabra, pequeño mensaje o dibujo, que tiene como fin identificar, asegurar y autenticar la identidad de un autor o remitente, o como una prueba del consentimiento o verificación de la integridad y aprobación de la información contenida en un documento o similar. En la práctica, se la determina como el nexo vinculante entre el firmante y el documento, la cual se debe realizar con su propia mano, derivándose de aquí el nombre *firma manuscrita*. Con estas referencias la Real Academia de la Lengua dilucidó a la firma como “*nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido*”¹.

Conjuntamente con el establecimiento de la firma en la sociedad, se determinó en el mundo jurídico la responsabilidad que tiene ésta respecto a los actos con terceros, determinando así cuatro propósitos específicos los cuales debe cumplir:

En la Edad Media, Savigny estableció que “*la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo de un acto escrito, y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma*”, esclareciendo de esta manera el primer elemento que consiste en el *Consentimiento* en cual radica la manifestación exterior de la voluntad autónoma de los individuos.

Como segundo elemento tenemos a la *Solemnidad*, que se la podría establecer como sustancial ya que es uno de los preceptos legales determinantes al tiempo de la formación de un acto jurídico; así mismo en la Edad Media la firma como sinónimo de solemnidad fueron utilizados sellos, marcas y signos, que se formaban con una cruz en la que se entrelazaban letras o rasgos, Carlomagno, que apenas sabía escribir, hacía firmar sus actos

¹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=firma

por un sellador oficial. Se cree que la exigencia de la firma, que contienen los Códigos, arranca en octubre de 1358 cuando Carlos V de Francia obligó a los notarios a firmar los actos en los que intervenían².

También se entiende a la firma como *Prueba*, ya que a través del rasgo distintivo que se coloca al final del documento lo vincula al signatario; como cuenta Brizzio, en Roma, el valor del instrumento privado derivaba del valor que se asignaba a la prueba de testigos, quienes firmaban el instrumento con las partes³.

Finalmente la firma como propósito de *Forma*, ya que la firma es una condición esencial para la existencia de todo acto jurídico, siendo esta un requisito inexcusable de su validez.

1.2 El Mercantilismo

Instaurada la firma manuscrita en la sociedad y regulada por un marco legal, el cual desde sus inicios le otorgó derechos y obligaciones al signatario; de manera paralela el mercantilismo también tuvo su nacimiento y evolución en la humanidad, tanto los marcadores económicos, como el comercio, existen desde el inicio de la civilización, aproximadamente en el siglo XII surgió con fuerza, sustituyendo al sistema feudal y evolucionando del trueque. Este capitalismo, calificado de comercial, llega a consolidarse en el siglo XV gracias a las expediciones y travesías que se emprendían en busca de nuevos mundos. En tal virtud, con el descubrimiento de América, la economía logra una importancia excepcional por la entrada en Europa de ingentes cantidades de metales preciosos provenientes de aquellas tierras.

El orden económico resultante de estos acontecimientos fue un sistema en el que predominaba ante todo lo comercial, ya que el único objetivo era el de intercambiar bienes en lugar de producirlos.

Con el pasar del tiempo el comercio se acrecentó de manera significativa, los instrumentos técnicos se multiplicaban dando lugar así a varios instrumentos comerciales, entre ellos, las letras de cambio. De esta manera, el capitalismo comercial engendra al capitalismo financiero, mismo que contribuyó a una nueva acumulación de capital al provocar una circulación más activa de mercancías y dinero.

² Alterini, Atilio A., Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 299.

³ Brizzio, Claudia R., La informática en el nuevo derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 9.

Ecuador formaba parte, desde 1614, del Virreinato del Perú, y a partir de 1739 pasó a pertenecer al Virreinato de Nueva Granada y tras muchos alzamientos e intentos, y después de lograda la paz de la Gran Colombia en 1829, Ecuador alcanzaría realmente su independencia en el año de 1830, fecha en la cual se elabora la primera Constitución Política de nuestro país.

Nuestra guerra de independencia tiene como fondo subyacente la apertura de mercados, libre navegación y el fomento del progreso, ya que lo que sucedía en el mundo, específicamente en Europa, era de mayor trascendencia en lo que respecta al ámbito mercantil, esto es entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, donde el Reino Unido en primer lugar, y el resto de la Europa continental después, sufren el mayor conjunto de transformaciones socioeconómicas, tecnológicas y culturales de la historia de la humanidad, desde el Neolítico⁴, hasta la llamada Revolución Industrial.

La economía basada en el trabajo manual fue reemplazada por otra dominada por la industria y la manufactura. La Revolución comenzó con la mecanización de las industrias textiles y el desarrollo de los procesos del hierro. La expansión del comercio fue favorecida por la mejora de las rutas de transportes y posteriormente por el nacimiento del ferrocarril. La producción y desarrollo de nuevos modelos de maquinaria en las dos primeras décadas del siglo XIX facilitó la manufactura en otras industrias e incrementó también su producción.

El auge de este industrialismo naciente, a diferencia de la agricultura, no duraría miles de años, ya que aproximadamente a mediados o finales del siglo XX empezó la gestación de nuevas tecnologías, las cuales implicarían una profunda transformación en la humanidad.

1.3 Revolución Digital

A fines del siglo XX, la sociedad dio un giro total al comercio y las comunicaciones, de tal forma que nunca más iban a ser vistos de la misma manera, ya no eran las computadoras, ni las bases de datos, ni las comunicaciones telefónicas que permitían el contacto verbal instantáneo de polo a polo, era mucho mas que eso; el mundo se hizo mucho más pequeño y las fronteras cada vez más difusas. Satélites y kilómetros de fibra óptica mediante cerros y

⁴ Nueva edad de Piedra, por contraposición al Paleolítico o Edad Antigua de la Piedra, es uno de los períodos en que se considera dividida la Edad de Piedra. El término fue acuñado por John Lubbock en su obra de 1865 que lleva por título *Prehistoric Times*. Inicialmente se le dio este nombre en razón de los hallazgos de herramientas de piedra pulimentada que parecían acompañar al desarrollo y expansión de la agricultura. Hoy día se define el Neolítico precisamente en razón del conocimiento y uso de la agricultura o de la ganadería.

unos ahora llegan a cualquier rincón del planeta, el envío y recepción de mensajes de datos, voz e imagen de manera instantánea se convirtió de sueño a realidad con el nacimiento del Internet y con él, la Revolución Digital.

Las comunicaciones se simplificaron, los enlaces comerciales se multiplicaron y las limitaciones se redujeron a una línea telefónica y un computador y así todos pasamos a formar parte del comercio electrónico, redefiniendo aceleradamente las formas de producir, vender y competir, en prácticamente todos los sectores productivos de bienes y servicios, acercando más a la gente a través de la innovación de las comunicaciones mundiales, lo cual posibilita cambios en todos los ámbitos de la actividad humana, por ejemplo la competitividad, el empleo y la calidad de vida de las naciones.

Con las nuevas tecnologías, conocidas como *Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)*, el tiempo y la distancia dejan de ser obstáculos, las redes mundiales de información, como Internet no conocen fronteras. Sin embargo, la aparición del comercio electrónico obliga claramente a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas, como el asegurar que las personas con las que está contratando son quienes dicen ser.

La incertidumbre de que la información que se envía o recibe no ha sido alterada durante la transmisión o el valor jurídico que tiene el soporte electrónico, dejando atrás el respaldo clásico de la escritura, también se constituían en problemas.

Es por estas necesidades que la sociedad ha emprendido una búsqueda por encontrar métodos que nos permitan interrelacionarnos a través del Internet con la seguridad de que los actos de comercio que se inicien sean seguros, garantizando la capacidad legal de los interlocutores, integridad del contenido de los mensajes, privacidad entre las partes, invulnerabilidad de la información y por último, y lo más importante, la existencia de un método que faculte sellar contratos, otorgando completa validez jurídica, obligando a las partes al cumplimiento de lo pactado, sin necesidad de la presencia física de ambos, utilizando únicamente su computadora, permitiendo celeridad y economía contractual, logrando así que el Internet a más de ser una herramienta publicitaria y un buscador de posibles contactos, se convierta en una sala de reuniones virtual por la cual se logren establecer convenios con plena validez legal con un solo clic.

Surge de esta manera la Firma Digital, que a grosso modo, sin aún adentrarnos a lo que es la firma digital, podemos decir que se planteó la utilización de criptografía asimétrica para evitar la alteración de la documentación otorgando a cada usuario dos llaves, una pública y

una privada; todo esto bajo el control de un tercero, legalmente autorizado, quien se encargaría de la administración y control de su funcionamiento, dándole así la validez jurídica que se necesitaba.

1.4 Trasfondo Internacional

Desde hace más de una década ha existido preocupación por parte de la mayoría de las naciones desarrolladas, por brindar un marco normativo adecuado para la utilización de medios electrónicos, entre las que se encuentra la firma electrónica, para así brindar seguridad jurídica.

1.4.1 Unión Europea

La Unión Europea planteó los lineamientos generales en torno de los cuales se enmarcan los proyectos normativos sobre firma digital, encriptación y promoción del comercio electrónico, los mismos que están contenidos en diversas resoluciones y comunicaciones del Parlamento y Consejo Europeos. Dentro de sus decisiones iniciales se encuentra la *Resolución del Parlamento Europeo de 1996*, en la cual mediante resolución A4-244/96 del 19 de septiembre de 1996, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión de Iniciativa Europea sobre Comercio Electrónico la elaboración de lineamientos referentes a la seguridad de la información, confidencialidad, la firma digital y la protección de la privacidad. Así mismo, en julio de 1997 la *Conferencia Ministerial Europea* ponderó sobre la necesidad de crear un marco legal y técnico para la firma digital en Europa; de esta manera se fue avanzando y en 1998, el 23 y 24 de abril se estableció la *Audiencia de la Unión Europea sobre firma digital y encriptación*, la cual tuvo como objetivo la exploración del uso y desarrollo de la firma digital y la encriptación.

Finalmente la *Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco común para la firma electrónica*⁵, redactó los criterios para el reconocimiento jurídico de firma electrónica, en los cuales se resalta los servicios de certificación, efectos jurídicos y la responsabilidad que acarrea su uso, otorgando de tal manera un marco legal amplio y suficiente para su correcta

⁵ <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l24118.htm>

aplicación, los cuales he considerado necesaria su lectura, ya que son los pilares de la firma electrónica en la legislación mundial, por lo tanto se incluye al Ecuador, estos criterios son:

La Directiva define dos nuevos conceptos:

«**Firma electrónica avanzada**», esto es, la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes:

- estar vinculada al firmante de manera única;
- permitir la identificación del firmante;
- haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;
- estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.

«**Certificado reconocido**», que debe constar de lo siguiente:

- la indicación de que el certificado se expide como certificado reconocido;
- la identificación del proveedor de servicios de certificación;
- el nombre y los apellidos del firmante;
- un atributo específico del firmante, en caso de que fuera significativo en función de la finalidad del certificado;
- los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma bajo control del firmante;
- una indicación relativa al comienzo y fin del período de validez del certificado;
- el código identificativo del certificado;
- la firma electrónica avanzada del proveedor de servicios de certificación que expide el certificado.

Los proveedores de servicios de certificación que cumplan determinados requisitos contemplados en la Directiva pueden proporcionar también certificados.

Efectos jurídicos de la firma electrónica

La principal disposición de la Directiva establece que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido equivale a una firma manuscrita y es admisible como prueba en procedimientos judiciales.

Además, es imposible rechazar jurídicamente una firma electrónica por el mero hecho de que:

- ésta se presente en forma electrónica;
- no se base en un certificado reconocido;
- no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado;
- no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

Responsabilidad

Los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación que expida un certificado reconocido sea responsable, ante cualquier persona que de buena fe confíe en el certificado, a efectos de:

- la veracidad de toda la información contenida en el certificado reconocido;
- la conformidad con todas las prescripciones de la Directiva por lo que se refiere a la expedición del certificado reconocido;
- la garantía de que, en el momento de la expedición del certificado reconocido, obraba en poder del titular identificado en el mismo el dispositivo de creación de firma correspondiente al dispositivo de verificación dado o identificado en el certificado;

- la garantía de que, en caso de que el proveedor de servicios de certificación genere los dispositivos de creación y de verificación de firma, ambos funcionan conjunta y complementariamente.

El proveedor de servicios de certificación no debe responder por los daños y perjuicios causados por el uso de un certificado reconocido que exceda de los límites indicados en el mismo.

1.4.2 Naciones Unidas

Luego de cinco años de deliberaciones por parte de la Comisión para el Derecho Mercantil de las Naciones Unidas (CNUDMI), la cual siguió los mismos pasos y procuró repercutir el mismo éxito que se dio en 1996 con su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, pero ahora con el tema de la Firma Electrónica; consecuencia que no resultó tan novedosa como en 1996 que como vimos en el sub capítulo anterior, ya se ocuparon páginas en los diarios oficiales respecto al tema a nivel mundial; lógicamente, a pesar de ello, no se desaprueba la iniciativa y gran trabajo que tuvo la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 56° Periodo de Sesiones de 12 de diciembre de 2001, celebrado en la ciudad de Nueva York, en el que se aprobó la Resolución 56/80 sobre la *Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*⁶.

En el cuerpo legal precitado no se permite ni se limita exclusivamente al funcionamiento del comercio electrónico en un mercado limitado, como es el caso europeo, el cual es soslayado únicamente por las legislaciones de los Estados miembros, los cuales se reglan por sus propias normas de contratación; por lo tanto, el instrumento de las Naciones Unidas se encuentra redactado en un sentido mucho más amplio con objetivos mayormente extensos.

Dentro del texto en mención, se busca como objetivo principal, el desarrollar los principios fundamentales enunciados en el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico⁷ respecto al cumplimiento de la función de la firma en las operaciones de comercio electrónico, con miras a fomentar la confianza en la utilización de la misma, a fin de que

⁶ <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/29/PDF/N0149029.pdf?OpenElement>

⁷ 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

surtan efectos jurídicos cuando sean el equivalente funcional de las firmas manuscritas, ya que la Comisión dentro de sus deliberaciones tomó en cuenta de manera expresa el número creciente de transacciones comerciales internacionales que realizan por el medio del comercio electrónico.

1.4.3 Comunidad Andina de Naciones

Siendo la CAN conformada por cuatro países (Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia) que tienen por objetivo común el alcanzar un desarrollo integral, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana, ha visto necesaria la discusión de temas fundamentales de comercio dentro de los cuales, obviamente, se incluyó el comercio electrónico. Es por esta razón, que a raíz de una solicitud dada por la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina (ASETA)⁸, en junio de 2002 se elaboró un trabajo de análisis comparativo y recomendaciones de armonización respecto a *Legislación sobre Comercio Electrónico en los Países Miembros de la Comunidad Andina*⁹, estudio que fue realizado con el apoyo de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), cuyo objetivo fue plasmar un instrumento de derecho comparado de la legislación vigente de los países miembros en relación al comercio electrónico, cubriendo las áreas de mensajes de datos, las firmas electrónicas, los certificados digitales y las Entidades / autoridades de Certificación y Registro, presentando en cada una de ellas un conjunto de recomendaciones, con el fin de lograr una armonía en las disposiciones legales.

Dentro del presente texto se reconoce la gran labor efectuada por la legislación peruana, ya que en su mayoría se recomienda el seguimiento de los parámetros dados en ésta, pero sin menospreciar el trabajo ecuatoriano ya que se registran puntos importantes que deben tomarse en cuenta, como es el valor probatorio que se le otorga a la firma digital y los lineamientos de extinción de la misma.

⁸ Asociación de empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones que en el marco de la Comunidad Andina coadyuva al desarrollo armónico de las telecomunicaciones, contribuyendo así con el proceso de integración.

⁹<http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>

Como podemos evidenciar respecto al tema, en el mundo grandes pasos ya se han dado en *corto tiempo*, pero aún nos queda mucho por recorrer. Es verdad que el Ecuador se encuentra *retrasado* pero ya hemos dado nuestros primeros pasos, y a este retraso lo debemos considerar más como una ventaja ya que tenemos la oportunidad de observar las huellas de quienes nos anteceden para repetir los aciertos y evitar los errores.

Actualmente nos encontramos frente a una verdadera revolución que está cambiando la forma de vida de la sociedad, la misma que además de infraestructura física, necesita nuevas iniciativas con verdadero potencial, ocho artículos constitucionales¹⁰ no son suficientes para construir una sociedad que esté a la vanguardia de la informática. Requerimos de una política encaminada al desarrollo tecnológico del país, más que publicitar necesitamos empujar al comercio electrónico del Ecuador, al respecto ya mucho se ha opinado en nuestro medio con ciertos avances temerosos, lo que ahora necesitamos es pasar de la opinión a la acción.

¹⁰ **Constitución Política (2008) Art. 16.-** Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: **2.** El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.

Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto: **2.** Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

Art. 262.- Los gobiernos regionales autónomos tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias: **6.** Determinar las políticas de investigación e innovación del conocimiento, desarrollo y transferencia de tecnologías, necesarias para el desarrollo regional, en el marco de la planificación nacional.

Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: **6.** Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

Art. 298.- Se establecen preasignaciones presupuestarias destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados, al sector salud, al sector educación, a la educación superior; y a la investigación, ciencia, tecnología e innovación en los términos previstos en la ley. Las transferencias correspondientes a preasignaciones serán predecibles y automáticas. Se prohíbe crear otras preasignaciones presupuestarias.

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales.

Art. 334.- El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: **2.** Impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción.

Art. 347.- Será responsabilidad del Estado: **8.** Incorporar las tecnologías de la información y comunicación en el proceso educativo y propiciar el enlace de la enseñanza con las actividades productivas o sociales.

Art. 385.- El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad: **1.** Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos. **2.** Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales. **3.** Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.