

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Fin de Carrera Titulado:

LA COPIA ELECTRONICA EN EL SERVICIO NOTARIAL

Realizado por:

DAVID SANTIAGO VASQUEZ SALGADO

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

QUITO, DICIEMBRE DEL 2010

DECLARACION JURAMENTADA

Yo, David Santiago Vásquez Salgado, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

David Santiago Vásquez Salgado

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

LA COPIA ELECTRONICA EN EL SERVICIO NOTARIAL

Realizado por el alumno

DAVID SANTIAGO VASQUEZ SALGADO

como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

ha sido dirigido por el profesor,

Ab. GALO IVAN VERDESOTO JACOME

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....

Ab. GALO IVAN VERDESOTO JACOME

Director

Los profesores informantes,

.....

Ab. ANDRÉS VICENTE BADILLO SALGADO

.....

Dr. GABRIEL RECALDE

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Quito, Diciembre de 2010

DEDICATORIA

A Vicente y Lupe, las personas más importantes de mi vida, a quienes les debo todo lo que soy, por su amor, su sacrificio y constancia, por ser mi ejemplo y por no abandonarme en los momentos más difíciles de mi existencia, mis padres.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, quien me ha dado la fortaleza para terminar este trabajo en una etapa muy crítica de mi vida.

A mis padres Lupe y Vicente, por su esfuerzo y dedicación en mi educación, quienes me han expresado todo su amor y confianza, los únicos que nunca me han abandonado en los buenos y malos momentos.

A mi director de tesis Galo Verdesoto, y a mis lectores Andrés Badillo y Gabriel Recalde, grandes maestros y amigos con aprecio.

RESUMEN ABSTRACTO

Hoy en día nadie puede negar el impacto que produjo la revolución informática en todos los campos de la actividad humana. Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación originándose a su vez situaciones nuevas que ni las propias leyes habían previsto. Las nuevas tecnologías de Información y comunicación han transformado con su aplicación, casi todas las actividades que el ser humano realiza en el umbral de este siglo XXI. Visto de esta manera, el Derecho y específicamente la actividad notarial, se insertan paulatinamente en el moderno esquema de sociedad digital, para dar paso a una nueva generación de actividades y procesos sistematizados, cada vez más lejos del papel, elemento fundamental en la certificación de documentos de orden legal. El papel ha sido hasta hoy el sustrato básico del oficio notarial, pero que pasaría si a este soporte tradicional se lo reemplaza por uno electrónico, pues la respuesta la encontraremos a lo largo de este trabajo.

El Derecho Notarial se originó desde los albores de la humanidad como una herramienta que ha permitido satisfacer las necesidades sociales en el derecho al realizar la constatación y validación de los actos y hechos jurídicos desarrollados en la sociedad, además de su permanencia en el tiempo, permitiendo de esta manera su legitimación a través de la Fe Pública.

La función Notarial la ejerce el Notario quien es aquel que está investido de la fe pública, cuyos objetivos principales son el de probar la realidad de los hechos y legitimar los actos y hechos jurídicos, plasmando todo su actuar en documento con el carácter del público.

La trayectoria histórica del notario tiene sus orígenes en la escritura con los pictógrafos; pero con el crecimiento tecnológico del siglo XX, se dio lugar a la revolución digital en muchos aspectos como en la educación, política, economía, etc., y en especial en el

campo jurídico permitiendo de esta manera utilizar las nuevas tecnologías en la aplicación del derecho notarial.

El desarrollo tecnológico en nuestras vidas ha originado que vayamos evolucionando y adaptándonos a las nuevas necesidades sociales. Es por esto que con la aparición de la Internet se rompen los típicos mecanismos de negociación y comunicación, razón por lo cual considero que se podrían utilizar las herramientas que nos brinda el derecho informático para hacer posible la aplicación de la tecnología en el campo jurídico, especialmente en el campo del derecho notarial.

Adicionalmente, es importante considerar la conciencia social que el procedimiento objeto de estudio genera, toda vez que el infractor al momento en que reconoce haber cometido el delito o su tentativa; seguramente reflexionara la razón por la cual será sancionado; lo cual no siempre ocurre en el caso del procedimiento ordinario ya que normalmente cuando una persona ha sido llevada ante los Tribunales de Garantías Penales por haber cometido un delito, lo que se habría intentado durante todo el proceso es que se le absuelva de culpa, dejando en la impunidad el delito, motivo por el que no se generaría conciencia alguna.

ABSTRACT

Today nobody can deny the impact that produced the information revolution in all fields of human activity. The social customs and practices were affected by the rapid development of media and creating new situations that neither the laws themselves had expected. The new information and communication technologies have transformed their implementation, almost all activities performed by human beings on the threshold of this century. Viewed this way, law and notarial activity specifically, is slowly inserted in the modern scheme of digital society, to make way for a new generation of activities and systematized processes increasingly away from paper, a key element in the certification of documents of legal order. The paper has so far been the basic substrate of the notarial profession, but what if this traditional support could be replaced with an electronic one, the answer it is found throughout this work.

Notarial law originated from the dawn of humanity as a tool that has allowed social needs with the right to perform the verification and validation of acts and legal facts developed in society, in addition to its permanence in time, allowing thus its legitimacy through public faith.

The Notarial's function is exercised by the Notary who is one who is invested with public trust, whose main objectives are to test the reality of the facts and legitimate acts and legal facts, capturing all his actions in a document with the character of the public.

The historical record of the notary has its origins in writing with pictographs, but with the technological growth of the twentieth century gave rise to the digital revolution in many aspects such as education, politics, economics, etc., Especially in the legal field thus allowing use of new technologies in law enforcement attorney.

Technological development has gave to our lives a new way to evolve in order to can adapt our lives into the new social needs. That is why trough the emergence of the Internet all the communication and negotiation mechanisms have changed, and for that reason I think we need to use the tools that internet gives to us trough the computer law to enable the application of technology in the legal field, especially in the field of notarial law.

RESUMEN EJECUTIVO

En la actualidad, no se puede obviar las huellas que ha ocasionado la revolución informática en los múltiples aspectos de la vida del hombre, de tal manera que la sociedad depende de la tecnología que se desarrolla día a día para su evolución, consiguiendo la correcta y consiente utilización de los recursos que posee.

El internet ha sido considerado como un sistema digital electrónico, que a su vez, forma parte de la red informática mundial, formado por múltiples partes con actividades concretas, las mismas que en muchos casos dan lugar a varias consecuencias jurídicas que no siempre tienen una solución o salida legal viable, debido a que existe un escaso estudio y desarrollo de la aplicación del Derecho al campo de la tecnología, toda vez que es una herramienta surgida hacia apenas una década y media atrás, y considerando que los países en vías de desarrollo aún siguen marginales en el uso de la electrónica porque carecen inclusive de servicios básicos como la electricidad, por lo que todavía falta la inserción de muchos estados al beneficio del correo internacional, no obstante nadie puede desconocer que a través de esta maravillosa herramienta electrónica, el mundo está conectado a los grandes alcances científicos y noticiosos, que las agencias noticiosas, ponen al servicio de la humanidad

De igual manera, en el Derecho, hay una asimilación indiscutible en la forma y medida en que se multiplican los actos o contratos de las personas naturales o jurídicas, sintiendo mucho más la influencia digital, en la medida en que el comercio exterior, ha ido alcanzando modernismos insoslayables.

Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación originándose a su vez situaciones nuevas que ni las propia leyes habían previsto. Las tecnologías de telemática y la informática, desregularizaron todos los órdenes de la vida, y ahora, el mundo se encuentra desde un ángulo prisionero en la red de una Aldea Global que lo controla todo y desde su contrario, ha priorizado los mensajes, agilizando a velocidades increíbles las operaciones bancarias, bursátiles, comerciales en general, haciendo que esta tecnología, descienda y se ubique por necesidad, en el campo de lo jurídico y en lo legal, a tal extremo que ahora, el Derecho Notarial, debe modernizarse para caminar al ritmo de una vida totalmente modernista y globalizada.

Nadie podría negar los grandes alcances que se han podido lograr sobre Información y comunicación que han sido transformadas con su aplicación de esta nueva herramienta digital, ya que sin lugar a dudas, se puede expresar que casi todas las actividades que el ser humano realiza en el umbral de este siglo XXI dependen de la digitalización operativa, y comunicacional.

Visto de esta manera el Derecho y específicamente la actividad notarial, se insertan paulatinamente en el moderno esquema de sociedades digitalizantes, para dar paso a una nueva generación de actividades y procesos sistematizados, cada vez más lejos del papel o de formas esquemáticas tradicionales, que dependían del papel o de los correos comunes, ya sea por tierra, línea férrea, barco o por avión que significaban años o meses o días de viaje y no con seguridad por los percances o los asaltos.

Desde mediados del siglo XX, el campo digital, viene constituyendo el elemento fundamental en la certificación de documentos de orden legal. El papel o documentos escritos, has sido hasta hoy el sustrato básico del oficio notarial, pero que pasaría si a este soporte tradicional se lo reemplaza por uno electrónico?, la respuesta se encuentra determinada a lo largo de este trabajo.

El Derecho Notarial se originó en los albores de la humanidad como una herramienta que ha permitido satisfacer las necesidades de la humanidad desde el derecho a la realización de contratos, herencias, matrimonios, convenios distintos, para la validación de los actos y hechos jurídicos desarrollados en la sociedad, además de su permanencia en el tiempo, permitiendo de esta manera su legitimación a través de la Fe Pública.

La función notarial, en el campo del Derecho Público, la ejerce el Notario o persona sobre la cual descarga el Estado su responsabilidad fedataria, es decir, que es la persona que por encargo, está investido de la fe pública, cuyos objetivos principales, son el de constatar la realidad de los hechos y legitimar los actos y hechos jurídicos, plasmando todo su actuar en documentos que se convierten en públicos e irrefutables.

La trayectoria histórica del notario, y desde muy pocas culturas que dieron las bases iniciales a su estructuración, puede decirse que tiene sus orígenes en la escritura pictográfica, es decir, con los pictógrafos; y más tarde, en los escribas; pero con el crecimiento tecnológico del siglo XX, se dio lugar a la revolución digital en muchos aspectos como en la educación, política, economía, medicina, y en especial en el campo jurídico, y específicamente, a lo que atiende esta Tesis, permitiendo utilizar las nuevas tecnologías en la aplicación del Derecho Notarial, una de ellas, el internet como producto de la agilización de todos los documentos que puedan producirse dentro de los actos o contratos que celebran los seres humanos. Este moderno mecanismo, ha permitido en la Aldea Global, unificar los modus operandi de la documentación y las formas comunicacionales.

El desarrollo tecnológico en la humanidad entera, ha originado que por la desregularización operativa de todos los órdenes sociales, ella vaya evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades sociales. Es por esto que con la aparición del

Internet, se rompen viejos y los típicos esquemas de negociación y de fenómenos comunicacionales, razón por lo cual se considera desde un criterio personal de quien elabora el presente trabajo, que se podrían utilizar las herramientas digitales que brinda oportuna y actualizada, el Derecho Informático para hacer posible la aplicación de la tecnología en el campo jurídico, especialmente, en el campo del Derecho Notarial, el mismo que requiere de las responsabilidades y conocimiento de la Función Legislativa para poner al país, en la mira de la auto modernización que se requiere frente a la ineptitud de formas arcaicas y obsoletas tradicionales que no permiten caminar con la velocidad en la que ahora se realizan todas las actividades de la vida humana.

Así como el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP-, puso al servicio del sector público el Portal de Compras Públicas y los Registros de entidades y proveedores modernizando este campo del Derecho en la Contratación Pública ecuatoriana que demuestra una inclusión informática, de la misma forma, por la multiplicidad de actos que los ciudadanos públicos o privados realizan en las notarías del país, se requiere la introducción de la informática en este hacer del Derecho para dar sentido de avance tecnológico y evitar las típicas congestiones, esperas y dificultades que acompañan a los actos notariales hasta que no exista un reconocimiento desde la legislación ecuatoriana para introducir en los actos de un Notario, la firma electrónica que ayudaría a solucionar esperas y tiempos innecesarios facilitando el trámite y agilizándolo al máximo posible, incluyendo actos que se pueden hacer desde el interior del país hacia el exterior o viceversa.

El Derecho Notarial ecuatoriano, debe por red de informática mundial, actualizarse, y para que esto ocurra, es imprescindible el respaldo de una legislación acorde a los avances tecnológicos que a nivel planetario se vienen dando, ya que no podrá permanecer de espaldas por mucho tiempo debido a las exigencias del comercio internacional que ahora se desenvuelve a través de actos electrónicos y de firma electrónica acortando distancias de un continente a otro.

Con las variantes condiciones y nuevas tecnologías en la computación, es esencial el desarrollo de documentos que ubiquen a los usuarios en el uso adecuado de las mismas para obtener de mejor manera sus ventajas. Además con la interconexión entre redes se originan nuevas metas para la navegación por Internet y al mismo tiempo surgen nuevas amenazas para los sistemas computarizados, como son la pérdida de confidencialidad y autenticidad de los documentos electrónicos, pero a través de la Criptografía se podrían solucionar este tipo de problemas.

La creación de notarias electrónicas nos encaminaría a obtener mejores garantías en la autenticación de los documentos que circulen a través de las líneas de comunicación.

Es por estas necesidades que la sociedad ha emprendido la 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 mas 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.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
--------------------------	----------

CAPITULO I

FUNDAMENTOS DE DERECHO NOTARIAL.....	3
---	----------

1.1. BREVES DATOS HISTORICOS DEL DERECHO NOTARIAL.....	3
--	---

1.1.1. Histórico antiguo de varios pueblos.....	3
---	---

1.2. HISTORICO ANTIGUO MEDIEVAL Y ESPAÑOL.....	6
--	---

1.2.1. Histórico antiguo medieval.....	6
--	---

1.2.2. Histórico antiguo español.....	7
---------------------------------------	---

1.2.3. Histórico antiguo ecuatoriano.....	10
---	----

1.2.3.1 Aborigen.....	10
-----------------------	----

1.2.3.2 Colonial.....	11
-----------------------	----

1.2.3.3 Republicano hasta nuestros días.....	14
--	----

1.2.3.4 Periodo Actual.....	15
-----------------------------	----

1.3. INSTRUMENTOS NOTARIALES.....	19
-----------------------------------	----

1.4. DOCUMENTO PÚBLICO.....	20
1.5. ESCRITURA PÚBLICA.....	20

CAPITULO II

INTERNET Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA..... 23

2.1. INTRODUCCIÓN..... 23

2.2. ORÍGENES.....25

2.3. PRINCIPIOS DEL INTERNET.....27

- Descentralización.....27
- Autofinanciamiento.....28
- Globalidad.....28
- Manejo local.....28
- La expansión de Internet.....29

2.4. USOS DE INTERNET..... 29

- Internet como medio de comunicación.....30
- El correo electrónico.....30
- Las listas de distribución.....30
- Los Usenet News.....31
- Internet como fuente de documentación.....32
- Internet como medio de comercio.....32

2.5. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE INTERNET.....	32
• Extraterritorialidad.....	33
• La propiedad de la información.....	37
• El contenido ilegal u ofensivo de Internet.....	38
• La libertad de expresión.....	40

CAPITULO III

LA INFORMATICA JURIDICA.....	42
3.1. CONCEPTUALIZACION.....	42
3.2. REVOLUCION DIGITAL.....	46
3.3. FIRMA ELECTRONICA.....	48
3.4. LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN EL INSTRUMENTO ELECTRONICO.....	49

CAPITULO IV

LA COPIA NOTARIAL ELECTRÓNICA.....	57
4.1. INTRODUCCIÓN.....	57

4.2. IMPORTANCIA.....	58
4.3. LEGISLACION APLICABLE.....	62
4.4. CONCEPTOS DE COPIA NOTARIAL ELECTRÓNICA.....	64
4.5. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS AL INSTRUMENTO PUBLICO.....	65
4.5.1. Reflexión previa.....	68
4.6. ANTECEDENTES EN LA UTILIZACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGIA.....	70
4.7. PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.....	71
4.7.1. Diferencias entre la escritura clásica y la escritura informática.....	71
4.7. PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.....	71
4.8. UTILIZACIÓN DEL FORMATO ELECTRONICO EN LAS COPIAS.....	74
4.8.1. Circulación.....	74
4.8.2. Seguridad.....	75
4.9. UTILIZACIÓN DE LA FIRMA ELECTRONICA EN LAS COPIAS NOTARIALES.....	77
4.10. DEFINICIONES SOBRE MENSAJE DE DATOS.....	79
4.11. CONSERVACIÓN DE MENSAJE DE DATOS.....	80
4.12. LA DESMATERIALIZACIÓN DE DOCUMENTOS.....	83
4.13. CERTIFICADOS DIGITALES.....	87
PROPUESTA.....	88

CAPITULO V

CONCLUSIONES.....	95
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Hoy en día nadie puede negar el impacto el impacto que produjo la revolución informática en todos los campos de la actividad humana. Los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación originándose a su vez situaciones nuevas que ni las propias leyes habían previsto. Las nuevas tecnologías de Información y comunicación han transformado con su aplicación, casi todas las actividades que el ser humano realiza en el umbral de este siglo XXI. Visto de esta manera, el Derecho y específicamente la actividad notarial, se insertan paulatinamente en el moderno esquema de sociedad digital, para dar paso a una nueva generación de actividades y procesos sistematizados, cada vez más lejos del papel, elemento fundamental en la certificación de documentos de orden legal. El papel ha sido hasta hoy el sustrato básico del oficio notarial, pero que pasaría si a este soporte tradicional se lo reemplaza por uno electrónico, pues la respuesta la encontraremos a lo largo de este trabajo.

El Derecho Notarial se originó desde los albores de la humanidad como una herramienta que ha permitido satisfacer las necesidades sociales en el derecho al realizar la constatación y validación de los actos y hechos jurídicos desarrollados en la sociedad, además de su permanencia en el tiempo, permitiendo de esta manera su legitimación a

través de la Fe Pública.

La función Notarial la ejerce el Notario quien es aquel que esta investido de la fe pública, cuyos objetivos principales son el de constatar la realidad de los hechos y legitimar los actos y hechos jurídicos, plasmando todo su actuar en documento con el carácter del público.

La trayectoria histórica del notario tiene sus orígenes en la escritura con los pictógrafos; pero con el crecimiento tecnológico del siglo XX, se dio lugar a la revolución digital en muchos aspectos como en la educación, política, economía, etc., y en especial en el campo jurídico permitiendo de esta manera utilizar las nuevas tecnologías en la aplicación del derecho notarial.

El desarrollo tecnológico en nuestras vidas ha originado que vayamos evolucionando y adaptándonos a las nuevas necesidades sociales. Es por esto que con la aparición de la Internet se rompen los típicos mecanismos de negociación y comunicación, razón por lo cual considero que se podrían utilizar las herramientas que nos brinda el derecho informático para hacer posible la aplicación de la tecnología en el campo jurídico, especialmente en el campo del derecho notarial.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS DE DERECHO NOTARIAL

1.1 BREVES DATOS HISTORICOS DEL DERECHO NOTARIAL

1.1.1 Histórico antiguo de varios pueblos

El Derecho Notarial es una rama del derecho que se ha venido desarrollando desde la antigüedad, careciendo totalmente de la fe pública, y cuya atribución de su origen no puede dársele a un pueblo determinado que sobresalió en la antigüedad, debido a que ha existido

en todos los pueblos conocidos y a formado parte de sus Instituciones sociales¹.

Por esta razón el derecho Notarial se ha perfeccionado con el transcurso del tiempo y como dice el Doctor Hernán Paúl Freire Veloz en su libro “Apuntes de Derecho Notarial” por la necesidad de tener constancia de lo pactado entre las partes por una persona idónea como es el Notario.²

En los pueblos **Hebreos y Egipcios**, existieron los Escribas Populis quienes eran los que validaban los actos y contratos que celebraban los particulares. Estos se diferencian de los Scribaes Regis y de los Scribaes Templis que según el Doctor Hernán Paúl Freire Veloz en su libro “Apuntes de Derecho Notarial” estos eran quienes autorizaban los actos del Rey en el momento de emitir Leyes y de Administrar Justicia es decir eran Consejeros del Estado; y daban fe de las ceremonias de culto respectivamente.³

Los hebreos tenían varias clases de escribas dentro de su organización social, por ejemplo el Escriba del Rey, quien era un funcionario que validaba aquellos actos ejecutados por los monarcas y que eran de gran relevancia; el Escriba del Pueblo, solamente estaba encargado

de loa actos y contratos celebrados entre los particulares; El Escriba del Estado, tenia mas relación con las funciones judiciales y actuaba en calidad de secretario de Consejo del Estado; y el Escriba de Ley, considerado el más importante, por su potestad e influencia,

¹ Víctor Paris Hernández Bieletto. “El Derecho Notarial y sus Perspectivas para el Siglo XXI”. Doctor Eduardo Girón Zirión, “El Notario Práctico o Tratado de Notaria”, Guatemala. 4ta Edición – 1932. Pág.11

² Doctor Hernán Paúl Freire Veloz en su libro “Apuntes de Derecho Notarial”, Riobamba, Pág. 7

³ Doctor Hernán Paúl Freire Veloz en su libro “Apuntes de Derecho Notarial”, Riobamba, Pág. 8

debido a que estaba a su cargo la interpretación de la Ley.

Pero con el pasar de los años las funciones de los Escibae Populis se van generalizando debido a que llegan a intervenir en los actos solemnes del Estado, en la creación de las leyes y en la autorización de las decisiones de jueces y magistrados. Es muy importante resaltar que los reyes y funcionarios del pueblo hebreo eran analfabetos y estaban obligados a ser asesorados por los Escribas.⁴

Los pueblos **Egipcios**, dentro de su organización social y religiosa, tuvieron Escribas a quienes se les exigía tener conocimientos de Cosmografía, Coreografía, el arte de escribir y el ritual de ceremonias, es decir eran personajes con un gran intelecto. Scribae se le denominaba al concejero del faraón, al sacerdote, al magistrado, al funcionario y al doctor.

En Grecia a los notarios se los conoció con los nombres de Singraphos, aquellos que redactaban todo tipo de contratos y los tenían en un Registro Público, sin ningún tipo de formalidad y validez legal; y los Anemones cuyo trabajo consistía en recordar y comprobar hechos, actos o contratos a petición de parte. En Grecia la función notarial predominó sobre la registradora, situación muy diferente a la de Roma.⁵

En Roma existió una importante evolución en el campo del derecho, con conceptos de

⁴ Doctor Hernán Paúl Freire Veloz “Apuntes de Derecho Notarial

⁵ Doctor Eduardo Girón Zirión, “El Notario Práctico o Tratado de Notaria”, Guatemala, 4ta Edición – 1932
Víctor Paris Hernández Bieletto. “El Derecho Notarial y sus Perspectivas para el Siglo XXI”.

justicia como el de Ulpiano de dar a cada quien lo que le corresponde; es por eso que en la actualidad nuestro sistema jurídico tiene como bases las instituciones jurídicas desarrolladas por los romanos en la antigüedad. El Derecho Notarial se origino en Roma con muy poca importancia, razón por la cual la función notarial la ejercieron los esclavos, pero con el transcurso del tiempo y con la llegada del cristianismo los emperadores Arcadio y Honorio resaltaron la importancia de esta actividad y ésta fue desempeñada por hombres ilustres de aquella civilización.

Entre los nombres más importantes y conocidos que se dieron a los notarios podemos citar las siguientes: **Los Escribae**: Aquellos que poseían el arte de escribir; **Los Notariis o Notarius**: Sus funciones eran las de tomar razón, a través de notas o minutas de todos los actos y contratos realizados en du Ministerio; **Los Tabeliones o Tabulariis**: Eran los que escribían los actos o contratos en tablas de cera. **Los Actuarii**: Redactaban decretos, fallos o sentencias de los jueces; y **Los Chartularii**: Eran quienes autorizaban los documentos públicos y se encargaban de guardar y cuidar de su custodia. ⁶

1.2 HISTORICO ANTIGUO MEDIEVAL Y ESPAÑOL

1.2.1 Histórico antiguo medieval

Como nos enseña la historia, a consecuencia de la decadencia del Imperio Romano, a causa de múltiples circunstancias, siendo la más importante la Invasión de pueblos Bárbaros, éstos no realizaron ninguna contribución ni adelanto en lo que al derecho notarial se refiere. Con la invasión de los Barbaros también se afectaron las instituciones jurídicas de

⁶ Doctor Eduardo Girón Ziri6n, “El Notario Pr6ctico o Tratado de Notaria”, Guatemala, 4ta Edici6n – 1932, P6g. 16 y 17.

roma las mismas que estaban en plena evolución y por tal razón no existió ningún desarrollo en el Campo del derecho. Solamente se conoce que existieron ciertos países europeos que con el transcurso del tiempo crearon un entorno social encaminado a que los escribanos vuelvan a tomar protagonismo.

Algo muy importante en esta época es lo que manifiesta el autor Eduardo Girón, en su obra “El Notario Practico o Tratado de Notaria” el dice: “Que en la época medieval el ejercicio del notariado fue patrimonio de las congregaciones monásticas, esto quiere decir que todo acto o contrato eran realizados ante un sacerdote, monje o religioso, en presencia de testigos.”⁷

En esta época aparecen los signos, los mismos que debían ir a lado de las firmas de los contratantes y del sacerdote (escribano); estos signos consistían en sellos de armas o blasones. En esta etapa es donde comienzan a aparecer vestigios de algunas formalidades existentes actualmente en nuestro derecho notarial, así como de la fe pública y su intervención en la autenticidad de los documentos.⁸

1.2.2 Histórico antiguo español

En España el origen y perfeccionamiento del derecho notarial se presenta en un periodo que va desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. En este periodo se realiza una diferenciación de funciones entre jueces y notarios en la que se determinó que los jueces debían decidir solamente en los litigios; y en la que los notarios únicamente se encargarían de evitar el origen de aquellos litigios, poniendo en consideración de las partes las posibles consecuencias. Este importante aporte se le otorga a Casiodoro, senador del Rey Godo

⁷ Doctor Eduardo Girón Zirión, “El Notario Práctico o Tratado de Notaria”, Guatemala, 4ta Edición – 1932

⁸ Dr. Hernán Paul Logroño, “Apuntes de Derecho Notarial”, Riobamba-Ecuador, Pedagógica Freire

Teodorico.⁹

En el año 600 surgen las 46 fórmulas visigóticas, que pertenecían al Primer periodo. Estas fórmulas establecían cuáles eran los órganos necesarios para la formación de instrumentos públicos: los otorgantes y los testigos presenciales, que podían ser hasta doce. El escriba presenciaba, confirmaba y juraba en derecho todo lo actuado en los actos o contratos, lo cual implicaba un principio de fe pública, debido a que el juramento solo se otorgaba para que la afirmación fuera creída por aquellos quienes no la escuchaban o no estaban presentes.

En el año 641 se promulgó el Fuero juzgo "Primer Código General de Nacionalidad Española", según el cual los escribanos se dividían en escribanos del pueblo y comunales.

En esta época solamente se permitía escribir y leer las leyes a los escribanos, con el fin de evitar el falseamiento tanto de su promulgación como de su contenido.

El Segundo periodo comprende desde el siglo XIII al siglo XV. En este periodo se determinó que la función fuera pública. Es entonces cuando surgen las leyes de don Alfonso X, El Sabio, esto es, el Fuero Real y las Siete Partidas.

El Fuero Real nace en 1255; establecía entre otras cosas la obligación de otorgar testamento ante escribano. Se consideraba a los escribanos como auxiliares de los intereses de los particulares; se acostumbraba que tomaran notas de los documentos que redactaran

⁹ Víctor Paris Hernández Bieletto. "El Derecho Notarial y sus Perspectivas para el Siglo XXI".

o de aquellos en que intervenían.¹⁰

Estas notas servían de respaldo en caso de que el documento original se extraviase o no fuese lo suficientemente fehaciente, de esta manera se podía recurrir a la nota y verificar su veracidad.

En el Código de las Siete Partidas se obligó a los escribanos a inscribir las mencionadas notas en el libro conocido como registro en donde se hacía remembranza de los hechos de cada año.

En este segundo periodo se afirma que los instrumentos o cartas solamente acreditaban lo que se celebró, por lo que no son más que actas. Es decir que el escribano solo era un medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acta y que la voluntad de los otorgantes era la que imperaba.

Posteriormente en 1348 surgió el Ordenamiento de Alcalá en Alcalá de Henares dado por el rey don Alfonso XI, con el cual se buscaba coordinar las leyes y conciliar los sistemas de costumbres jurídicas.

Es en esta época en la cual se origina el ordenamiento de las escrituras, debido a que en el decreto de Alcalá el 7 de Junio de 1503 dictado por Doña Isabel, se determina que para la celebración de escrituras se deben considerar a las personas o comparecientes, la fecha, es decir día mes y año, lugar donde se otorga y lo que se otorga, las partes, y los testigos. Así mismo se determinó que si las partes que celebraren escrituras no pudieran firmar, firmarían por ellas dichos testigos, y en el caso de que exista la necesidad de añadir algo a la

¹⁰ Logroño Veloz, Hernán Paúl, Riobamba –Ecuador, Pedagógica Freire, página 12 y 13.

escritura debería ser salvado al final y además el escribano debía dar fe de conocer a los otorgantes¹¹.

En la civilización española, surge la base de la estructura de las escrituras que conocemos actualmente. Y con los acontecimientos antes mencionados podemos concluir que el Derecho Notarial a evolucionado a través del tiempo y su importancia en la sociedad ha llegado a ser tan importante, que se ha tenido la necesidad de crear leyes y ordenamientos legales, para que los escribanos de la época antigua y los notarios de la actualidad, tengan cimentado un procedimiento, para la realización de sus funciones, y en especial en el modo de celebración de un instrumento público, las mismas que se han ido ciñendo a las necesidades de cada pueblo.

1.2.3 histórico antiguo ecuatoriano

1.2.3.1 Aborigen

En la época de nuestros aborígenes los antecedentes del derecho notarial se encuentran ligados al inventario que hacían los gobernantes en el momento de repartir las tierras, debido a que en este periodo no existía la propiedad privada, sino una propiedad social en la que los Incas realizaban un trabajo en común que se consideraba suficiente para alimentar a sus familias, como lo señala el Doctor Claudio Mena Villamar, en su obra “Lecciones de Historia del Derecho”, “La Distribución de las Tierras la realizaban los agentes del inca de forma muy cuidadosa, los mismos que se pueden considerar, como se dijo anteriormente antecedente de los notarios, en la siguiente forma: a) tierras para el dios sol; b) tierras para el inca; y c) tierras para la comunidad”.

¹¹ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial”, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis.

Las tierras se entregaban en usufructo y mas no en propiedad.¹²

1.2.3.2 COLONIAL

Este periodo surge con el Descubrimiento de América en el año de 1492, en la que los primeros notarios que pisaron los suelos americanos, llegaron en compañía de las expediciones conquistadoras y se los conocía con el nombre de escribano de Nao, escribano de armada, de raciones, de visita y de residencia.¹³

Los autores Víctor Paris Hernández y Rufino Laurraud, manifiestan que Rodrigo De Escobedo, escribano del consulado del mar, se lo considera como el primer notario de América, debido a que éste acompañó a Colón en su primer viaje.¹⁴

Los primeros notarios que llegaron a tierras ecuatorianas fueron Pedro Sancho y Francisco Jerez, los mismos que vinieron con Francisco Pizarro. Como nos cuenta la historia el escribano Pedro Sancho fue el autor de la autorización del acta, para documentar el reparto del rescate de Atahualpa, por tal motivo su nombre consta el dicho instrumento compartiendo los honorarios o respectivos con su renombrado compañero.¹⁵

¹² Doctor Claudio Mena Villamar, “Lecciones de Historia del Derecho”, Editorial Letra nueva, Primera edición, Quito-Ecuador, mil novecientos ochenta y tres, páginas 149 y 150.

¹³ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 6.

¹⁴ Victor Paris Hernández Viletto, “El Derecho Notarial y sus perspectivas para el siglo XXI”; y Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 18.

¹⁵ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 18.

El autor Camilo Borrero Espinoza, en su libro *Práctica Notarial*, indica que con la fundación de cada ciudad, por parte de los conquistadores estos conformaban los cabildos y nombraban a los escribanos, los mismos que a más de cumplir con sus labores específicas de notario, realizaban funciones de secretario y daban fe de los sucesos históricos, como son la prisión y muerte de Atahualpa y el viaje de Gonzalo Pizarro al Oriente.

Con la Fundación de nuestra ciudad se designó a Gonzalo Díaz el 6 de diciembre de 1534 como el primer escribano de lo que hoy conocemos como el Distrito Metropolitano de Quito. Así como también se designaron varias clases de escribanos y escribanías. En aquella época también existieron varias clases de escribanos y escribanías, tales como: escribanías eclesiásticas aquellas encargadas de los asuntos religiosos; las municipales formadas por un tesorero y secretario, lugar donde se convocaba a las personas ilustres de la ciudad conocidas también como escribanías de cabildo; y escribanías extrajudiciales o contractuales: éstas tenían como función guardar los contratos celebrados entre particulares¹⁶.

De lo mencionado anteriormente se puede considerar que la escribanía de mayor importancia fue aquella de la fe pública extrajudicial o privada, debido a que es un antecedente relevante para nuestro Derecho Notarial actual.

Un dato muy importante en la historia del derecho notarial, es aquel que señala el doctor Edgar Pazmiño Pazmiño en su obra *“Manual de Derecho Notarial”*: éste señala que la primera destitución de sus funciones a un escribano y la venta de su puesto, data del año 1592, en el momento en el que se dio la Revolución de las Alcabalas.

¹⁶ Logroño Veloz, Hernán Paúl, *“Apuntes del Derecho Notarial”*, Riobamba-Ecuador, Pedagógica Freire.

Con esto podemos afirmar que el notario no tenía a su cargo solamente funciones del Derecho Privado, sino que también realizaba actividades del Derecho Público, por esto se lo considera como servidor público sin sueldo o notario.

Con el paso del tiempo las escribanías van aumentando su importancia, es por esto que en el año 1651 el puesto de escribano estaba fijado en 1300 pesos de plata. Además el escribano que adquiría una escribanía estaba obligado a sujetarse y ser aprobado por las reglas de las reales audiencias de sus respectivos distritos para que puedan ejercer su función; es por esto que en nuestro territorio era la Real Audiencia de Quito la que fijaba las condiciones al escribano, pero si el escribano tenía su domicilio alejado debía someterse a gobernadores o teniente letrado más cercano¹⁷.

Rufino Laurraud nos indica que la atribución de la fe pública al escribano emanaba del Monarca, de los Virreyes, de los Presidentes y de los Gobernadores; además el juez correspondiente tenía la facultad de nombrar un escribano especial para la causa. De manera general la fe pública emanaba del rey, el mismo que era despachado por el Consejo de Indias, la misma que caducaba con la muerte del titular¹⁸.

El origen de los documentos notariales o el registro de escrituras en el Ecuador, tuvo su origen con el decreto el 7 de junio de 1503 dado en Alcalá por Doña Isabel, el cual manifestaba “Que todo escribano deberá tener un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren”, además el mismo decreto prohibía expedir testimonios de dichas

¹⁷ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 8.

¹⁸ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 9 y 10.

escrituras sin que antes se asiente en dicho libro, bajo sanción de nulidad del instrumento y severas sanciones para el agente. Los escribanos tenían la obligación de guardar bien los libros de los registros y protocolos; y con las leyes de 1525 y 1532, se les designó que numeren los registros de las escrituras y contratos que se celebraren¹⁹.

1.2.3.3 REPUBLICANO HASTA NUESTROS DÍAS

Esta etapa se origina en el año de 1830, con nuestra primera Carta Magna, la cual en su sección 2 artículo 49, en las disposiciones generales en el orden judicial se determina de manera oficial la estructura judicial y por tal razón de los escribanos.

Según el autor Doctor Antonio Abedrabbo León: “Las disposiciones notariales se encontraban en diversas leyes sin que exista un ordenamiento legal definido”.²⁰

Es por esto que las primeras normas notariales están determinadas en la ley del poder judicial, la misma que fue publicada en el año de 1907, edición elaborada por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad a las leyes de 14 de octubre de 1903, de 30 de septiembre de 1904, de 4 de noviembre de 1905, y Decreto Supremo de 1906.

Las primeras disposiciones notariales más concretas se encuentran contenidas en el título segundo sección tres, que nos señala sobre lo siguiente:

¹⁹ Rufino Laurraud, “Curso de Derecho Notarial, Ediciones de Palma, Buenos Aires, mil novecientos sesenta y seis, página 12 Y 13.

²⁰ Doctor Antonio Abedrabbo León, “Guía práctica de Derecho Notarial”, Quito-Ecuador, dos mil, página 11.

Artículo 123.- En los cantones debería haber de uno a seis escribanos, de acuerdo a la población.

Artículo 124.- Requisitos para ser escribano, entre los que se señala: ser ciudadano en ejercicio, mayor de 25 años, gozar buena reputación y acreditar idoneidad; y, la forma de convocatoria a examen de los aspirantes.

Artículo 127.- En el cual se determina la forma de llenar una vacante.

Artículo 128 y 129.- En los cuales encontramos los deberes de los escribanos, dentro de los cuales se encuentra algo interesante, como era el de permutar sus escribanías.

Artículo 131.- El mismo que establece las infracciones.²¹

1.2.3.4 PERIODO ACTUAL

Como nos ha ensañado la historia el papel del notario ha ido evolucionando a tal punto que ahora en nuestro periodo actual existe una codificación que rige y determina los lineamientos que deben seguir los notarios en el ejercicio de sus funciones.

²¹ Ley Orgánica de poder judicial, Edición echa por la Corte Suprema de Justicia, imprenta Nacional, mil novecientos siete, Págs. 48, 49, 50,51.

Para hablar de la época actual debemos tomar en cuenta un antecedente muy importante, que es la Ley dictada el once de noviembre de 1966, la misma que fue expedida en el mandato de Clemente Yerovi Indabru, presidente interino de la República del Ecuador. Esta es la ley que con sus debidas reformas, constituye la base legal vigente para la aplicación y ejecución de nuestro Derecho Notarial Ecuatoriano, tomando en consideración a que es necesario que nuestro país tenga como herramienta una ley que sistematice no solo la función notarial y el instrumento público, sino también la organización de los depositarios de la fe pública.

En esta ley cabe destacar lo siguiente:

En su título preliminar que va del Art 1 al 5 nos indica que la función notarial se debe regir por esta ley y por otras leyes relacionadas a ellas, sin que en ningún caso se rija por la costumbre, y en la situación de conflicto de la ley notarial y el código orgánico de la función judicial, prevalecerán las estipulaciones de este último. La función notarial solo puede ser ejercida por el notario y para el desempeño de sus actividades son hábiles todos los días y horas del año.

Por lo manifestado anteriormente podemos resaltar que a las personas que en la antigüedad comenzaron a desempeñar la actividad notarial, es decir los escribanos, ahora ya de manera expresa y con su debida evolución y perfeccionamiento se los denomina notarios.

En el Art 6 de la misma ley se establece la definición de notario, el mismo que señala que: Notarios son aquellos funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

Esta definición, se relaciona con aquellas manifestadas por varios juristas ilustres:

Víctor Paris Hernández manifiesta que el notario generalmente se lo conoce como fedatario público, es decir aquel sujeto que da fe de determinados actos y contratos. También lo define como aquel profesional del derecho que investido de la fe pública otorgada por el Estado, tiene como misión interpretar, recibir, y dar forma legal a la voluntad de los individuos que ante él concurren, y proveer de autenticidad y certeza jurídica de los actos y contratos realizados ante su fe, a través de instrumentos públicos de su autoría²².

El autor Eduardo Girón define al notario como aquel autorizado para dar fe de los actos o contratos que interviene por ministerio de la ley o a solicitud de las partes²³.

De las definiciones manifestadas anteriormente, es muy importante para nuestro estudio comprender lo que es la fe pública. Para esto cabe señalar lo mencionado por Víctor Paris quien determina que la fe significa confianza es decir creer en algo o tener la convicción de algo. Pero, para que dicha fe sea pública, es decir, frente a todas las personas, es necesario de la facultad legal para que pueda ser otorgada por el estado a determinados particulares, conocidos como notarios.

²² Víctor Paris Hernández Violetto “El Derecho Notarial y sus perspectivas para el siglo XXI”

²³ Doctor Eduardo Girón Zirió, “El Notario Práctico o Tratado de Notaria”, Guatemala, cuarta edición, mil novecientos treinta y dos, página 33.

El autor mencionado anteriormente señala: “Que la fe pública es una presunción legal de veracidad, respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”²⁴.

En su Art 7 hasta el Art 21, la ley nos indica que el notario deberá ejercer su función dentro del cantón al cual fue nombrado, sin considerar el domicilio de los comparecientes, la ubicación de los bienes, materia de los actos o contratos, así como el lugar del cumplimiento de sus obligaciones. El consejo de la Judicatura es quien determina el número de notarios que habrá en cada cantón.

Dentro de este articulado encontramos también las atribuciones como deberes e inhabilidades de los notarios.

Otras disposiciones muy importantes de esta ley, son aquellas mencionadas en su título segundo, sobre los documentos notariales. Así en el artículo 22 nos indica o nos enseña acerca del protocolo notarial, el mismo que está formado con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza. Este protocolo pertenece al Estado y los notarios los conservan en su poder como archiveros bajo su responsabilidad.

En el artículo 26, se da el concepto de la escritura pública:

Que es el documento matriz que contiene los actos y contratos celebrados por los

²⁴ Víctor Paris Hernández Violetto “El Derecho Notarial y sus perspectivas para el siglo XXI”

otorgantes.

Para un mejor análisis podemos recalcar lo que consideran algunos profesionales del derecho, sobre lo que son los instrumentos notariales, documentos públicos y lo que es la escritura pública.

1.3 INSTRUMENTOS NOTARIALES

El instrumento público es de mucha importancia en el campo del derecho notarial, y en general de todo el derecho, debido a que es el medio de prueba más concluyente en las contiendas legales, y sirve para plasmar y mostrar un evento que puede ser verificado a través del tiempo ofreciendo seguridad jurídica a la sociedad. Este instrumento cuando es expresado en signos escritos toma el nombre de documento.²⁵

Con el instrumento público se puede probar indiscutiblemente el acontecimiento de un acto o contrato plasmado en él, y no puede ser refutado como ilusorio siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, brindando confianza y seguridad entre las partes y con respecto a terceros.

1.4 DOCUMENTO PÚBLICO

²⁵ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Derecho Notarial, Editorial Porrúa, 9na Edición, México - 1999

Como lo señala el autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo en su obra “Derecho Notarial”, Pág. 89: “Los documentos pueden ser públicos o privados, según provengan de persona investida de fe pública o de particular.

Los documentos públicos solamente pueden ser otorgados por los funcionarios investidos de la fe pública, dentro del ámbito de su competencia, y por aquellos funcionarios públicos en el desempeño de su labor, en ambos casos ciñéndose a lo que determina la ley.

1.5 ESCRITURA PÚBLICA

El Doctor Guillermo Cabanelas define a la escritura pública así: “Escritura matriz (original), que el notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario”²⁶.

Nuestro Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en su artículo 164 la define así:

“Instrumento público o auténtico es el autorizado con la solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante el notario e incorporado en un protocolo o registro, se llamará Escritura pública”.

²⁶ Guillermo Cabanelas, Tomo III, página 531.

De manera especial y muy importante en el desarrollo de este trabajo es lo que señala su inciso segundo: “Se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmado electrónicamente”.

De esta manera podemos concluir que la escritura pública es el documento original realizado por el notario a petición de los otorgantes, la cual es agregada a sus protocolos, y cumpliendo las solemnidades legales según el caso; y para muchos juristas es considerada como el medio de prueba más importante dentro de las contiendas legales.

En el capítulo tercero de las copias y compulsas, en el artículo 40 de la Ley Notarial nos señala, que cualquier individuo tiene la facultad para solicitar copia de la escritura matriz o compulsas de los documentos protocolizados.

Como lo señala el Doctor Guillermo Cabanelas en su diccionario jurídico: “Copia, es el traslado fiel de cualquier escrito. Toda copia legalizada de un documento público, hace fe y tiene el valor del original”, para el Doctor Logroño Veloz, en su obra Apuntes de Derecho Notarial determina: “Que la copia de escritura, es el documento a donde se traslada todo el contenido de la escritura matriz sin sufrir ninguna variante, para su completa validez, dejando constancia de su número en el registro respectivo”²⁷; a diferencia de la Compulsa que consiste en el examen de dos o más documentos comparándolos entre sí. La Compulsa es sinónimo de cotejo, es decir es copia de la copia, autenticada por el notario.

En el capítulo cuarto que va desde el artículo 44 hasta el 48 habla de las nulidades y

²⁷ Doctor Logroño Veloz Hernán Paúl, Riobamba-Ecuador, Pedagógica Freire, página 49.

sanciones, las mismas que según el autor Logroño Veloz Hernán Paúl, pueden ser de forma y de fondo. Las nulidades de forma se refieren aquellas escrituras en las que no se determina el tiempo ni lugar de su otorgamiento, nombres y firmas de los comparecientes, falta de habilitantes; y las de fondo tales como otorgar escrituras simuladas, no traducir la voluntad de las partes contratantes, no fijar justo precio, etc.

En su Título III de la misma Ley Notarial que va desde el artículo 49 al 49.3 se legisla sobre la Organización Notarial, en los mismos que se señala que en cada distrito habrá un Colegio de Notarios, los mismos que integraran la federación Ecuatoriana de Notarios (FEN), la cual se regirá por el Estatuto aprobado por el Presidente de la República

CAPITULO II

INTERNET Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

2.1 INTRODUCCIÓN

El internet ha sido considerado como un sistema que está formado por múltiples partes con actividades concretas, las mismas que en muchos casos dan lugar a varias consecuencias jurídicas que no siempre tienen una solución o salida legal viable debido a que existe un escaso estudio y desarrollo de la aplicación del derecho al campo de la tecnología . Entre lo más relevante se puede decir, que el internet es un mecanismo de transporte a gran escala de la información, la misma que es intercambiada por millones de usuarios en el mundo entero, debido al fácil acceso de la sociedad a las computadoras.

El internet también es considerado como uno de los proyectos de autopista de la información más avanzados, y que tuvo sus orígenes desde hace veinte y cinco años, y para algunos no solo es una red sino una organización o sociedad.²⁸

En todo el mundo la red de Internet, se ha popularizado a gran escala, lo cual ha implicado un crecimiento y expansión constante de usuarios. Se dice que en el Ecuador según datos de La Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL), al momento existen 2

²⁸ Paulin Daniel, “Una Estimación del Futuro Ciberespacio: el Internet”, Ponencia Presentada en el I Foro Trinacional sobre Propiedad Intelectual e Industrialización, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Julio de 1994.

millones 34 mil usuarios de Internet.²⁹

En nuestro país la red es muy utilizada sobre todo en el campo académico, sin embargo no podemos dejar de mencionar que existe una clara tendencia para su utilización en las actividades comerciales y dentro del campo empresarial, se trata de oportunidades importantes de concretar negocios, realizar ventas, transacciones comerciales, entre otras, que enriquecen, sin lugar a dudas, sustancialmente las oportunidades de crecimiento y desarrollo de las empresas. Un factor importante para el crecimiento en la utilización de Internet en nuestro medio es la política comercial que utilicen las proveedoras de este servicio tales como Andinanet, Cablemodem, Interactive, Panchonet, Satnet, Telconet, etc., en la capacidad para decidir si mantener o no precios accesibles a los usuarios.

Otro factor también relevante en el crecimiento del Internet es la accesibilidad de la población a las computadoras y a los programas de computación, debido a que no todos los habitantes de nuestra sociedad cuentan con los recursos económicos necesarios sobre todo en las zonas marginales donde en muchos casos ni siquiera cuentan con servicios básicos como son agua, luz, alcantarillado, etc.

Por otra parte, este fenómeno producto de la telemática (combinación de las tecnologías de la computación y comunicación) ha rebasado ampliamente el derecho, o bien pone en entredicho algunas de sus instituciones. En principio, por ser un sistema de comunicación que funciona sin fronteras, con un contenido que no siempre es legal y agradable que circula en la red (apoyado en los derechos a la información y a la comunicación, reconocidos por la comunidad internacional), pone en entredicho la soberanía de los Estados o la capacidad legal para regular la entrada en sus territorios.

²⁹ http://www.conatel.gov.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=546%3A2-millones-34-mil-usuarios-de-internet-en-ecuador&Itemid=184

2.2 ORÍGENES

El origen del Internet está vinculado con el proyecto del Departamento de la Defensa de Estados Unidos en 1969, denominado ARPANET³⁰, en la culminación de la guerra fría. ARPANET es una creación con fines de investigación por la Inteligencia Militar de los Estados Unidos de Norteamérica, por motivos de posibles ataques de la Unión Soviética. La misión era crear redes capaces de funcionar en el evento de producirse un bombardeo nuclear.

Se consideró que esta creación podría tener a posibles fallas, es decir el funcionamiento de la red era incierto, y por este motivo se establecieron protocolos de comunicación³¹ entre computadoras, el Transmission Control Protocol (TCP) y el Internet Protocol (IP) que se

conocen por sus siglas TCP/IP. Estos protocolos se crearon con el fin de permitir, adicionar, unir computadoras de diferentes potencias, dependiendo de la naturaleza de la máquina y del programa de computación, sin que el funcionamiento de la red no dependa de un control central. Es decir se organizó la red de tal manera que cada una de las diferentes computadoras en la red sea responsable de establecer sus conexiones.

En 1973 la red cruza el océano al crear conexiones con algunos sitios de Noruega e Inglaterra.

³⁰ Por sus siglas en inglés significa: Advanced Research Project Agency NETwork (véase Sohler, Danny J., Internet le guide d'exploration de l'intenet, Québec, 1995, p. 22.

³¹ Un protocolo se concibe como “reglas específicas que definen una parte de la transmisión y recepción de la información a través de una conexión de comunicaciones de datos. En series, ellos gobiernan la comunicación entre las entidades, incluyendo el tipo, tamaño y la forma de las unidades de datos”; véase Tennant, Roy; Ober, Hohn y Lipow, Anne G., Crossing Internet Thres hold, and Instructional, Hand book, 4a. ed., Berkeley, Library Solutions Press, 1993.

En 1977 la Universidad de Wisconsin tuvo la iniciativa de adicionar a la red el correo electrónico.

En 1979, dos estudiantes de la Universidad de Carolina del Norte y de la Universidad de Duke introdujeron la noción de News Usenet.

Otro evento de la evolución de la Internet, es la constitución de la NSFnet, otra gran red, creada por la fundación norteamericana, National Science Foundation (NSF), debido a que la NSFnet constituye la red más importante del Internet. La NSFnet, utilizó la tecnología ARPANET, para construir su red; unió a los diferentes campus universitarios por su proximidad, y poco a poco ésta se fue uniendo a otras redes que contaban con grandes computadoras, de esa manera se formó una conexión global, ya que en poco tiempo todas las universidades de cierta importancia se unieron a ella.

Esto permitió que todas las universidades conectadas a la red compartieran sus recursos a todas las demás redes, creándose la Internet.³² Esta forma de conexión por vecindad, sin control central, financiado por cada usuario que la utiliza, ha favorecido a dar a la Internet el carácter descentralizado así conocido actualmente.

2.3 PRINCIPIOS DEL INTERNET

³² El término “Internet” viene del idioma inglés, que significa una red de redes o interredes.

Considerando sus características y su forma de funcionamiento del Internet podemos destacar los siguientes principios:

Descentralización

Como hemos visto, una de las características principales del Internet es su descentralización. Esta característica es el resultado de dos factores: la tecnología que utiliza y los objetivos que tenía en sus orígenes.

En efecto, el Internet aún conserva las características de su antecesor originario, la red ARPANET.

Autofinanciamiento

El Internet no es gratuito, sino que su costo es distribuido entre los usuarios de la red, como son empresas comerciales, universidades. Por ejemplo, las universidades pagan por su conexión a una red regional, generalmente a una tarifa subsidiada.

Globalidad

Este movimiento de encadenamiento poco a poco ha traspasado las fronteras norteamericanas. La verdadera explosión en el Internet se produce fundamentalmente en 1991, cuando la Universidad de Minnesota produce el Gopher, un sistema sencillo de acceso al Internet. Según un censo realizado en 1994, más de 3.200,000 computadoras estaban unidas al Internet.³³

Manejo local

Algo que es importante destacar es que a pesar de su globalidad, la red continúa siendo manejada localmente.

En la práctica las redes locales de una universidad, de un centro de investigación, se encadenan a las entidades regionales, después se reagrupan a nivel nacional, y más tarde a nivel internacional. Las ligas entre las redes nacionales se establecen por acuerdos bilaterales entre las redes interesadas.³⁴

La expansión de Internet

Recientemente, a la infraestructura esencialmente universitaria y de investigación se unen los “Internet privados”, como una respuesta a las necesidades de las empresas comerciales. Actualmente Internet agrupa a más empresas que centros de enseñanza. Así

³³ Sohler, Danny J., op. cit., not a 231, p. 23.

³⁴ Paulin, Daniel, op. cit., not a 229.

mismo, la introducción de nuevos programas de computación, como el mencionado anteriormente (Gopher), ha contribuido a popularizar su uso.

2.4 USOS DE INTERNET

Los servicios se pueden reagrupar en tres grandes categorías:³⁵

- a) Los servicios de comunicación o de intercambio;
- b) Los relacionados con el acceso de los recursos disponibles sobre la red; y
- c) Las actividades comerciales, es decir: comunicación, documentación y comercio.

Por lo mencionado anteriormente podemos entender que los servicios que presta el Internet son varios, pero para este trabajo solo voy a mencionar algunos de ellos:

Internet como medio de comunicación

En nuestro mundo moderno, el Internet es uno de los principales medios de comunicación y podríamos decir que también indispensable, debido a que permite que millones de personas puedan transferir simultáneamente toda clase de información, permitiendo de esta

³⁵ Utilizamos el esquema del profesor Daniel Poulin, del Centre de Recherche en Droit Public, de la Universidad de Montreal. Idem.

manera tener conocimiento de la mayoría de sucesos relevantes en el mundo entero.

El correo electrónico

Es un mecanismo que en la actualidad es mucho más utilizado que el correo tradicional, el teléfono o el fax, debido a que presenta múltiples ventajas como son el permitir enviar y recibir mensajes de cualquier parte del mundo de manera inmediata en tiempo real y a bajo costo, perimiendo de esta manera el ahorro de recursos y del tiempo.

Las listas de distribución

Las listas de distribución electrónica permiten la posibilidad de que los usuarios de Internet formen parte de discusiones sobre varios temas de interés, a través de la suscripción a sistemas de distribución de información, y de la creación de grupos de afines dotados de un medio de intercambio colectivo.

Las listas funcionan con la ayuda de programas especializados, capaces de administrar las suscripciones, la circulación de mensajes y, ocasionalmente, la suspensión de las suscripciones. Las listas de distribución de Internet tienen diversas funciones, algunas sólo se utilizan como apartados de información sin permitir intercambio, y otras permiten la discusión y la ayuda recíproca.

Los Usenet News

Los grupos de usenet news y las Listas antes mencionadas tienen muchos objetivos similares. En ambos casos se tratan de medios de comunicación pública y colectiva, al contrario de lo que sucede con el correo electrónico, debido a que este es privado e individual. Los Usenet News están elaborados con relación a ciertas materias particulares que constituyen el centro de atención para el intercambio; y ayudan a la creación de comunidades de interés. Sin embargo, la diferencia entre los Usenet News y las Listas de distribución radica en que los primeros son mecanismos de comunicación a través de charlas públicas y se los coteja con las páginas de lectores de un gran periódico, mientras que las segundas se parecen a las páginas de los boletines de una asociación. Es decir de manera expresa los Usenet News, están allí, y todos tienen libertad de participar sin haberse suscrito.

Es por esto que el Internet abarca a millones de grupos de Usenet News diversificados en colectividades de un gran interés científico y social, pero también existen grupos desagradables, con tendencias maliciosas o pornográficas.

Internet como fuente de documentación

Con el transcurso de los años, Internet poco a poco ha llegado a ser una red indispensable en la investigación documental. Estos fondos documentales públicos se

han comenzado a constituir en Internet durante la segunda mitad de los años ochenta. Actualmente, Internet ya es un lugar privilegiado de intercambio para numerosas comunidades científicas. Los investigadores están dotados de listas de distribución y de grupos de news, y el contenido de esos intercambios está ya numerado y disponible, además con un apoyo informático se pueden fácilmente archivar.

Internet como medio de comercio

La utilización comercial actual es muy popular sobre todo en Norteamérica e irá creciendo en la medida en que esta inmensa red tome el papel de autopista de la información pública.

2.5 ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE INTERNET

Extraterritorialidad

La Extraterritorialidad en Internet es un fenómeno que surge en el Internet debido a que la información que circula por este medio se encuentra en un lugar desconocido, y rompe todas las fronteras estatales. La cuestión es cómo se solucionaría un conflicto producido con información elaborada en el Ecuador, por ejemplo, con sus receptores en la China, Italia o en cualquier otro País del Mundo.

La contestación a esta interrogante podría ser el derecho Internacional, pero el inconveniente es que éste tiene como base normas emanadas por la costumbre, y aquellas derivadas de tratados internacionales, y además de que no existen tratados internacionales que determinen y legislen la operación del internet en todo el mundo.

Aunque, por supuesto, ya se han manifestado preocupaciones a diferentes niveles. Por ejemplo, es el caso de la información en el ámbito político, cultural o de derechos humanos que recorre por el Internet. Varios países se preocupan por la gran influencia cultural que se ejerce por medio de Internet, lo que ven como una amenaza en contra de sus valores culturales. Eso sucede en el caso de algunos países orientales,³⁶ pero también de Occidente, como en el caso de Francia, cuyo presidente en la reunión de la francofonía alertó a los miembros de esta organización acerca del peligro de que el idioma francés sea desplazado por el impresionante dominio del idioma inglés en Internet, lengua que se ha utilizado como común para los que se comunican por ese medio.

También se han establecido protestas contra los mensajes de carácter político, considerados “subversivos”, provenientes de discrepancias de los regímenes o de las organizaciones protectores de derechos humanos enviados por el sistema Internet que utilizan este medio constantemente para evadir la censura de las comunicaciones en contra de los gobiernos. Tal es el caso de los gobernantes de Singapur, Burm y Vietnam, que preocupados por la actividad política de los disidentes tratan de crear un “cordón sanitario” alrededor de Internet.³⁷

De manera inicial podría decir que todo intento de detener o controlar la comunicación del

³⁶ “Internet: Nations Investing in New Technology, But Are Suspicious of Assault by Western”, The Globe and Mail, 26 de marzo de 1996.

³⁷ “Battle for human rights opens front on Internet”, The Ottawa Citizen, 27 de enero de 1996.

Internet desde una perspectiva internacional se encuentra con limitaciones de carácter técnico, en virtud del principio de descentralización, al que ya nos hemos referido, y jurídicamente, en virtud del principio de la libertad de información que está recogido en diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos. También hay que considerar que hay una corriente que se opone a establecer controles a Internet, por razones netamente comerciales, debido a que se ve a los usuarios como potenciales consumidores de la publicidad que se anuncia por la red.

Como podemos comprender resulta muy difícil establecer una normativa que regule el funcionamiento del internet, y podría considerar que la única manera de tener un control del contenido de Internet es el convenio establecido entre los usuarios, y eso sólo en algunos casos, en donde se establecen también sanciones apropiadas a los que contravengan o violen lo convenido en los parámetros para el uso del Internet. Tal es el caso del sistema electrónico de transferencia de fondos denominados SWIFT (Society for World wide Interbank Financial Transfers), que trabaja bajo reglas demasiado estrictas acordadas por los Bancos miembros, cuando se unen al sistema.³⁸

Pero, el carácter extraterritorial de la red no significa que no esté sujeta a normas jurídicas concretas. Como se desprende de la práctica estadounidense y canadiense, la normativa interna se aplica a casos específicos de jurisdicción doméstica.

Pero aquí hay que resaltar que la aplicación de la ley tiene sus limitaciones y está sujeta, como se mencionaba anteriormente, a la creación de acuerdos internacionales o a la reciprocidad. Para poner un ejemplo, consideremos algo real, en Canadá se prohíbe la circulación de la literatura racialmente ofensiva, mientras que en Estados Unidos de Norteamérica se publica un boletín a través de Internet por la Aryan Nations Liberty Net

³⁸ Wells Branscomb, Anne, "Jurisdictional Quandaries for Global Networks", Global Networks, Computers and International Communications, The MIT Press Harasim Linda M., 1993, p. 85.

(la Red de la Libertad de las Naciones Arias) con base en Idaho, North Carolina y Texas, el cual promovía la supremacía blanca, y se reportó que contenía una lista de nombres objetivos para exterminarlos; estos mensajes eran ilegales en Canadá, pero no en Estados Unidos.

En Canadá, los mensajes llegaron a través de las líneas de teléfono que operan entre los dos países. Los canadienses pueden ordenar o borrar esos mensajes, sin embargo no pueden tener jurisdicción sobre los operadores de los mensajes sin que hayan obtenido una orden judicial de extradición por la vía adecuada; tampoco pueden pedir una orden judicial de suspensión de transmisión de los mensajes, ni siquiera a través de las compañías de teléfono. Lo único que pudieron lograr fue la cooperación de las autoridades estadounidenses, para que se pidiera a los operadores que pusieran un mensaje para hacer saber que esa información está prohibida en Canadá.³⁹

De lo mencionado anteriormente podemos ver que no es imposible sancionar la mala utilización del internet, debido a que se podría crear tratados internacionales o a su vez se podrían homologar las legislaciones para la consecución de este fin.

Otro punto importante referente a este problema lo podemos ver en el campo del derecho penal, con los famosos hackers⁴⁰, debido que para que una sanción penal sea efectiva es indispensable diseñar los tipos penales para que sean compatibles con los de otros países para que en determinados casos, se pueda ejecutar una extradición.

³⁹ Wells Branscomb, Anne, "Jurisdictional Quandaries for Global Networks", Global Networks, Computers and International Communications, The MIT Press Harasim Linda M., 1993, p. 90.

⁴⁰ Individuo que destruye los códigos de seguridad para apoderarse de información o desaparecerla, como terroristas lo cual ha llegado a convertirse en un deporte en los Estados Unidos.

Es por esto que para que la legislación penal sea eficaz, sería necesario que se añadan nueve delitos en su codificación, como son los de destrucción o alteración de datos; la inutilización total o parcial de datos; la obstrucción, interferencia o interrupción de datos o de los programas; la inserción de virus en los programas⁴¹.

En el caso de nuestra legislación ecuatoriana, en nuestro Código Penal vigente encontramos que también se contemplan como delitos aquellos actos que violan la información protegida, es así que el artículo 202.1 manifiesta que: “El que empleando cualquier medio electrónico, informático o a fin, violentare clave o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa de mil a quinientos dólares de los Estados Unidos de Norte América.

La divulgación o utilización fraudulenta de la información protegida, a so como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares del os Estados Unidos de Norte América.

Si la divulgación o utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas

⁴¹ Los cuales ya están contemplados en el código penal canadiense, de acuerdo con la reforma hecha en 1985 (sección 430 (1.1) del Criminal Code).

encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, estas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norte América”.

Además de la incorporación de nuevos delitos como los mencionados anteriormente en las legislaciones penales, es necesario la creación de un derecho internacional que pueda ser aplicable a todos los países de mundo, por que si no la evasión de la ley por los delincuentes de la red es una realidad⁴².

La propiedad de la información

La entrada a la red permite crear bases de datos personales sin importar fronteras, datos personales como son el nombre, teléfono, domicilio, hábitos de consumo, etc, a través de programas de computación conectados en las diferentes computadoras de almacenes, tiendas, supermercados, etc, al momento de la utilización de tarjetas de crédito ; o en el momento de abrir una cuenta bancaria, o en la contratación de la prestación de servicios básicos como agua, luz, teléfono, etc, debido a que en la actualidad esta base de datos se venden a precios altos en el mercado por su gran valor comercial, debido a que permite conocer perfiles de posibles consumidores y crear estrategias de comercialización .

De lo mencionado anteriormente surgen dos interrogantes ¿Es legal apropiarse de los datos de una persona y es válido comercializar esos datos por internet? La respuesta a esto tiene

⁴² En 1995, se descubrió que a través de computadoras rusas se había accedido al sistema de transferencia de dinero del Citibank, y se robaron 10 millones de dólares. Las autoridades estadounidenses iniciaron un procedimiento para extraditar al presunto responsable (véase Hohnston, David et al., *Getting Canada Online, Understanding the Information Highway*, Toronto, Stoddart 1995, p. 114). Independientemente de los resultados de esta anécdota, ella nos sirve para ilustrar la complejidad del fenómeno. Por ejemplo, surge la cuestión de cuándo hay dos jurisdicciones, la del criminal y la de la víctima, ¿cuál de ellas se aplica?

que ver con el principio de la privacidad y es un tema que actualmente no termina de debatirse, pero existen países que han desarrollado legislación en este tema como es el caso de Gran Bretaña en la cual existe una legislación concreta denominada: Privacy Act, vigente desde 1982, en la cual se determinan que el Gobierno es el único que puede utilizar información personal y solamente en casos de interés colectivo para la sociedad.

El contenido ilegal u ofensivo de Internet

Como es de conocimiento de la mayor parte de la sociedad, que el internet al ser un medio de información y comunicación que provee a los usuarios de anonimato, permite la circulación de información cuyos contenidos están prohibidos por los sistemas jurídicos de los estados, por ejemplo:

a).- La pornografía a todo nivel proliferando la generación humana al mostrar manifestaciones sexuales con menores de edad, animales, etc.

b).- El acoso sexual, muy común en la sociedad norteamericana⁴³.

c).- La difamación a través del internet, la cual también ha tomado auge en los tribunales estadounidenses.

⁴³ Estudios realizados muestran que el acoso sexual contra las mujeres ha producido una inhibición de su participación en la red. Además, como respuesta a esto y ante la novedad de la tecnología, en los Estados Unidos se está tomando como punto de referencia las “llamadas telefónicas obscenas”, que es una institución ya reconocida.

d).- Los mensajes encaminados a la discriminación racial, tales como aquellos enviados por grupos fascistas que alientan a la supremacía de la raza aria, son muy constantes en el internet.

e).- Las apuestas a través de internet casinos, las cuales evaden las prohibiciones de aquellos estados en los cuales no está permitido los juegos con apuestas. Y

f).- Organizaciones que promueven al suicidio y que a demás determinan los pasos a seguir para quitarse la vida, son muy comunes en la red.

El internet se ha convertido en un campo prospero para el desarrollo de la imaginación de nuevos delincuentes. La mayoría de legislaciones a nivel mundial castigan los mensajes con contenidos ilegales u ofensivos, como por ejemplo en Canadá, existen tres legislaciones importantes: el Código Penal, la Canadian Human Right Act (la Ley de Derechos Humanos canadiense) y la Broadcasting Act (La Ley de Transmisiones). Del mismo modo en el Ecuador existe legislación que prohíbe la pornografía, y la discriminación racial.⁴⁴

Aquí nuevamente nos encontramos con el problema de diferentes jurisdicciones; sin embargo, hay que tomar en cuenta que en determinados casos, cuando el infractor y la víctima se encuentran en un mismo lugar, se puede sancionar internamente. En experiencia internacional, tenemos que los Estados Unidos, lugar en donde proliferan los delitos en Internet, se aprobó en 1995 la Communication Decency Act que sanciona a todo aquel que transmita por la red material que sea considerado obsceno.

⁴⁴ Recordemos que nuestro país es miembro de varios tratados internacionales sobre derechos humanos y que estos delitos se sancionan en nuestro Código Penal Ecuatoriano.

Otro aspecto importante en el control de este tipo de contenidos, es la iniciativa de los mismos servidores que por cuenta propia, han tomado decisiones judiciales, en las cuales se establece suspender su servicio. Por ejemplo la Compu Serve, un servicio de información basado en los Estados Unidos que tiene cerca de 500.000 suscriptores en Europa, ha suspendido a más de 200 grupos de news de Internet en virtud de los resultados de investigación del órgano oficial de investigación de Alemania (German Federal Prosecutor's Office), que encontró material ilegal en Internet, tal como pornografía, utilizando a niños como objeto sexual.⁴⁵

La libertad de expresión

En términos generales, por lo menos en la mayoría de sistemas jurídicos del Mundo, la libertad de expresión está reconocida como derecho fundamental, y lo mismo sucede con algunos tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, también está ampliamente reconocido que esa libertad está sujeta a excepciones o modalidades, es así que nuestra Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 66 numeral 6 señala que: “Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”; y, en su numeral 7 señala que: “ Toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, tienen derecho a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.

⁴⁵ Lewis, Andrew, “Internet News Group Suspended Because of Pornography Worries”, Droit de l’informatique et del Telecoms, 95/4, Paris, 1995, p. 46.

CAPITULO III

LA INFORMATICA JURIDICA

3.1. CONCEPTUALIZACIÓN

El vocablo informática es proveniente del francés informatique, acuñado por el ingeniero Philippen Dreyfus en 1962, es acrónimo de las palabras information y automatique.⁴⁶ En lo que hoy conocemos como informática jurídica confluyen muchas de las técnicas y de las maquinas que el hombre ha desarrollado a lo largo de la historia para apoyar y potenciar sus capacidades de memoria, de pensamiento y de comunicación.

Todo lo que es capaz de hacer la computadora, sea en forma de acción, instrucción o archivo de datos, no es más que una serie interminable de unos y ceros seguidos, que son leídos por el microprocesador o cerebro. Esto se debe a que las computadoras están construidas mediante placas electrónicas y puertas lógicas en la que solo se pueden identificar dos estados: que pase corriente eléctrica o que no pase, o sea, presencia o ausencia, si o no, como si fuera un interruptor de luz.⁴⁷

La informática es la disciplina que estudia el tratamiento automático de la información utilizando dispositivos electrónicos y sistemas computacionales. También es definida como el procesamiento de la información en forma automática. Para esto los sistemas informáticos deben realizar las siguientes tres tareas básicas:

1.-Entrada: Captación de la Información digital.

⁴⁶ www.diccionariojuridico.com

⁴⁷ Hábeas Data, Pierini, Lorences y Tornabene.

2.- Proceso: tratamiento de la información.

3.-Salida: Transmisión de resultados binarios.

Según el Diccionario de la RAE “es el Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.”⁴⁸

De lo dicho, podemos entender el concepto de la informática como aquella disciplina encargada del estudio de métodos, procesos, técnicas, desarrollos y su utilización en computadoras con el fin de almacenar, procesar y transmitir información y datos en formato digital.

Por su parte la palabra jurídica viene del latín iuridicus, que quiere decir que atañe al derecho o se ajusta a él.

Al hablar de derecho podemos decir que es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base con las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

⁴⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, vigésima primera edición.

La definición da cuenta del derecho positivo o efectivo, pero no explica su fundamento; por ello los juristas, filósofos y teóricos del derecho han propuesto a lo largo de la historia diversas definiciones alternativas, y distintas teorías jurídicas sin que exista, hasta la fecha, consenso sobre su validez. El estudio del concepto del derecho lo realiza una de sus ramas, la filosofía del derecho. Con todo, la definición propuesta inicialmente resuelve airesamente el problema de validez del fundamento del derecho, al integrar el valor de justicia en su concepto.

Desde el punto de vista objetivo, dicese del conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social. Esto sin tener en cuenta si es o no justicia; es decir que si se ha llevado a cabo el procedimiento adecuado para su creación, existe la norma sea justa o no lo sea.

Es importante aclarar que entre el derecho y la informática se podrían apreciar dos tipos de interrelaciones. Si se toma como enfoque el aspecto netamente instrumental, que sería el de la informática al servicio del derecho, se está haciendo referencia a la informática jurídica.

Pero al considerar a la informática como objeto del derecho, se hace alusión al Derecho de la informática o simplemente derecho informático.

De esta manera, tenemos la ciencia informática y por otro lado a la ciencia del derecho; ambas disciplinas interrelacionadas funcionan más eficiente y eficazmente, por cuanto el derecho en su aplicación, es ayudado por la informática; pero resulta que esta debe estar estructurada por ciertas reglas y criterios que aseguren el cumplimiento y respeto de las pautas informáticas; así pues nace el derecho informático como una ciencia que trata la relación derecho e informática desde el punto de vista del conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia, que van a establecer, regular las acciones, procesos, aplicaciones,

relaciones jurídicas en su complejidad, de la informática.

Pero del otro lado encontramos a la informática jurídica que ayudada por el derecho informático hace baliza esa cooperación de la informática al derecho. Sin duda alguna, tanto la informática jurídica como el derecho informático constituyen, principios doctrinas, que catalogan a estas disciplinas como ciencias.

Con estos antecedentes podemos decir que la informática jurídica es aquella ciencia en la cual todos los conocimientos tecnológicos, cibernéticos, digitales y demás nociones que conforman la informática son aplicados al derecho con el fin de darle a este último las herramientas necesarias para poder desarrollarse en el mundo tecnológico como en el que se vive hoy en día.

Por su parte el derecho informático podría definirse como el conjunto de normas y preceptos que regulan el uso de la tecnología por parte de las personas, empresas o instituciones. Esta rama del derecho privado es bastante nueva, sin embargo tiene un

ámbito de aplicación muy amplio, pues la tecnología informática ha ido introduciéndose en todos los campos de las personas, desde su intimidad más secreta hasta sus relaciones con la familia, religión, educación de los hijos, amigos, empresas, medio ambiente y su mundo exterior.⁴⁹

Nos referimos a la informática jurídica cuando el jurista: (jueces, secretarios,, oficiales, empleados públicos, abogados en ejercicio de la profesión, etc.) utilizan la tecnología informática como herramienta para:

⁴⁹ Jurismática, Informática jurídica, Conceptos generales, Ignacio Carvajal Ramírez.

Procesar

Automatizar

Sistematizar la información jurídica

3.2 REVOLUCION 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 más que eso; el mundo se hizo mucho más pequeño y las fronteras cada vez más difusas. Satélites y Kilómetros de fibra óptica mediante ceros y unos 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.

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 se 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 la 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 mas 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.

3.3 FIRMA ELECTRONICA

Es el conjunto de datos en forma electrónica, anexo a otros datos o asociados funcionalmente a ellos, utilizados como medios para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que se recoge.

Este conjunto de datos forma parte de un circuito electrónico, datos que permanecen en los

archivos de un ordenador, son grabados en soportes magnéticos, o son transportados desde un ordenador a otro a través de redes de telecomunicaciones. Solo cuando se visualizan en la pantalla o se imprimen en el papel pueden apreciarse sensorialmente.

No se presenta mediante un grafismo personalísimo y reconocible, asociado a una persona, sino que funciona con base en dos claves, una pública y una privada.

La firma electrónica cumple un papel muy importante respecto al déficit de seguridad que existe en internet, en el sentido, de que su utilización puede garantizar la integridad del mensaje, su reconocimiento y su autenticación; es decir, es el procedimiento por el cual se asegura la identidad del remitente del mensaje.

Al respecto, La firma electrónica, en primer lugar garantiza la integridad del mensaje; es decir, que los datos no han sido modificados desde su emisión hasta la recepción de los mismos, no dando lugar a alteraciones fraudulentas.

En segundo lugar, se garantiza la identificación de las partes intervinientes, ya que tanto el receptor como el emisor, sabrá que la otra parte es quien dice ser. Ninguna de las partes podrá repudiar el mensaje que envió, lo cual tiene una gran importancia en el caso que se produzca una reclamación judicial. Por último, existen mecanismos que pueden proporcionar confidencialidad al mensaje, no permitiendo a terceros distintos del receptor el conocimiento del texto del mensaje, como son los sistemas criptográficos, en especial la criptografía asimétrica.

3.4 LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN EL INSTRUMENTO ELECTRÓNICO

En todo este desarrollo tecnológico y la aparición de un nuevo tipo de instrumento público, como lo es el instrumento y/o documento electrónico, la función del notario se hace imprescindible para darle fe a los mismos, por eso su estudio dentro de la investigación. Claro está que estos nuevos instrumentos notariales se deben realizar con la intervención de un funcionario público que le dé pleno valor jurídico, importante para la protección de los mismos, en su conformación se haría la presencia de esta figura.⁵⁰

El documento notarial, debe de estar firmado como anteriormente aclarábamos por el autor del mismo, firma que el caso de los electrónicos debe ser digital, para que tengan plena seguridad en el acontecer del derecho actual en su relación con la informática.

Esta problemática es la que ha traído consigo el problema de la inseguridad de este tipo de operaciones, tan vistas en el mundo desarrollado y necesitadas en el resto de los países.

Desde esta arista se encuentran la confidencialidad y la autenticidad como unas de las propiedades más importantes de los documentos electrónicos; refiriéndose la primera a la

⁵⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Notario>

posibilidad de mantener un documento electrónico inaccesible a todos, excepto a una lista de individuos autorizados. La autenticidad, por su parte, es la capacidad de determinar si uno o varios individuos han reconocido como suyo y se han comprometido con el contenido del documento electrónico. El problema de la autenticidad en un documento tradicional se soluciona mediante la firma autógrafa. Mediante su firma autógrafa, un individuo, o varios, manifiestan su voluntad de reconocer el contenido de un documento, y en su caso, a cumplir con los compromisos que el documento establezca para con el individuo.

Los problemas relacionados con la confidencialidad, integridad y autenticidad en un documento electrónico se resuelven mediante la tecnología llamada Criptografía.

En trabajos anteriores se ha visto la importancia de la firma digital en los documentos electrónicos, y como mediante este sistema de clave pública o criptografía cerrada pueden garantizarse de forma segura, efectiva y pormenorizada estos.

El procedimiento de firma de un documento digital, por ejemplo, implica que, mediante un programa de cómputo, un sujeto prepare un documento a firmar y su llave privada (que sólo él conoce). El programa produce como resultado un mensaje digital denominado firma digital. Juntos, el documento y la firma, constituyen el documento firmado.

Sólo prueba la firma digital que se utilizó la llave privada del sujeto y no necesariamente el acto personal de firma. Por tanto, no es posible establecer con total seguridad que el individuo firmó un documento, sino que sólo es posible demostrar que es el individuo el responsable de que el documento se firmara con su llave privada. En otras palabras, si un

documento firmado corresponde con la llave pública de un sujeto, entonces el sujeto, debe de reconocer el documento como auténtico, aunque no lo haya hecho.

En consecuencia, el sujeto debe cuidar de mantener su llave privada en total secreto y no revelársela a nadie, porque de hacerlo es responsable de su mal uso.

Por eso una solución para el problema del manejo de las llaves es el conocido certificado digital. Un certificado digital es un documento firmado digitalmente por una persona o entidad denominada autoridad certificadora (AC). Dicho documento establece un vínculo entre un sujeto y su llave pública, es decir, el certificado digital es un documento firmado por una autoridad certificadora, que contiene el nombre del sujeto y su llave pública. La idea es que quienquiera que conozca la llave pública de la AC puede autenticar un certificado digital de la misma forma que se autentifica cualquier otro documento firmado.

Por tanto, la figura del notario público es de vital importancia frente al instrumento electrónico, y de la firma digital, debido a que el sistema de cifrado se convierte en una variable primaria del mismo, por lo que debe tener un valor intrínseco que le vendrá dado por la eficacia de que lo dotará el derecho en cuanto a seguridad y garantía, factores ambos que le serán otorgados, tal como ocurre con el instrumento público, por la intervención del Notario en cuanto éste lo guarnecerá de fe pública y autenticidad.

El notario como protector y garante de la seguridad jurídica cumple un rol estratégico en la sociedad, dotando de certeza las relaciones entre los particulares al brindarles asesoría técnico - legal y ajustar su voluntad a lo establecido en las leyes; bajo la investidura estatal de la fe pública. Esta función medular de la actividad notarial, ante el auge del Comercio

Electrónico ha de replantearse muchos de los principios e instituciones que le rigen para seguir siendo útil, tributando como herramienta eficaz en el complejo engranaje que implica la contratación electrónica y la utilización de documentos electrónicos en aras de poder garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, la identidad y capacidad de las partes contratantes, la integridad y autenticidad de los mensajes en todo el proceso de intercambio electrónico de información en actos y negocios jurídicos de naturaleza civil o mercantil.⁵¹

Se debe ir muy fino en cuestiones tan delicadas y sin ser conservadora abogo por la cautela. A escala internacional y México es un ejemplo a partir del Decreto de 29 de mayo del 2000: Reformas en materia de Comercio Electrónico al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, no sólo se discute doctrinalmente el papel del fedatario público en los actos y negocios jurídicos por medios electrónicos, sino que ya se están instrumentando jurídicamente disposiciones que atañen a instituciones tan importantes como el Protocolo Notarial. Otro ejemplo al respecto, y que atañe igualmente a los instrumentos públicos, lo constituye la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias adoptada en el mes de febrero del 2002 en el marco de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Washington bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos. Dicha normativa de suma importancia para la actividad notarial en su artículo 7 enumera los requisitos mínimos que deberá tener la escritura pública de constitución de la garantía mobiliaria y a tal efecto dispone: *"La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia."*

⁵¹ <http://www.monografias.com/trabajos43/documento-electronico/documento-electronico.shtml>

El cibernotario como solución anglosajona cuyo rol será el de combinar experiencia legal y técnica en una sola especialización y cuyos miembros ejercerán funciones distintas pero complementarias, para construir un puente entre el sistema de Common Law y las jurisdicciones basadas en el sistema del Notariado Latino, constituye una figura que promete dar respuesta a los retos que la tecnología, como medio de exteriorización de la voluntad en las relaciones interpersonales, impone al Derecho, y que supone la celebración de contratos entre ausentes perfeccionados por medio de un sistema telemático.

En tal sentido constituyen funciones del notario electrónico desde el punto de vista jurídico y técnico pues suponen un alto grado de especialización en seguridad dentro de las tecnologías de la información:

- Legalización electrónica de firmas digitales. La legalización de firma autógrafa ha sido función a cumplir por el notario tradicional, sin embargo al generarse documentos electrónicos será la firma electrónica o digital la que corresponderá autenticar al Cibernotario. Mediante la utilización de la firma digital, certificará y autenticará la identidad del originador de un mensaje electrónico.
- La práctica del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública, comprenderá la verificación de los datos de una persona a efectos de registrar una clave pública y obtener un certificado, cuyo procedimiento podrá variar de acuerdo al grado de certificación que se desee obtener en correspondencia con los actos y negocios en que utilizará el usuario su firma digital. De ahí que el notario pueda ser requerido para establecer únicamente la identidad del usuario o para realizar una investigación exhaustiva que incluya su historia crediticia y criminal.

Autenticaciones o verificaciones acerca de los términos y ejecución del documento: Estos deben estar de acuerdo con la ley y surtir todos los efectos jurídicos que les son atribuidos. De esta manera la intervención que al notario electrónico cabe en la documentación informática se extenderá no sólo a la legalización de firmas digitalizadas, sino también a la solemnización electrónica tanto del certificado que contiene identidad, capacidad y otros requisitos establecidos por la ley, como la autenticación del contenido del documento en sí. Ha de determinar la capacidad de una persona para realizar la transacción de que se trate, pero también ha de verificar y autenticar que la transacción misma cumple todos los requisitos legales y formales para surtir plenos efectos en cualquier jurisdicción.

Archivo: El Cibernotario, como depositario de los actos ante él celebrados, procederá a guardar la documentación y especialmente el certificado emitido, en sus registros o protocolos. Realizará así mismo la expedición de copias del protocolo a su cargo que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.

Depósito notarial a instancia de parte de los dispositivos para generar y verificar las claves privadas. En estos casos el notario interviene en el modelo de confianza para proteger y conservar en un lugar seguro la clave privada del titular de la firma digital.

Cumplirá de esta manera, con todos aquellos requisitos que, como Autoridad Certificadora le es exigible desde el punto de vista de las diferentes legislaciones estatales norteamericanas y que como notario le cabe desempeñar en los sistemas legales de derecho escrito, con lo cual podrá actuar indistintamente respecto de uno u otro sistema, tanto en materia de legalizaciones como de autenticaciones.

Hay para quienes se encuentran ante la presencia de una nueva institución, la fe pública informática, cuyo depositario cumple el rol de tercero certificador neutral, como dador de una nueva clase de fe pública, que a diferencia de la fe pública tradicional, no se otorga sobre la base de la autenticación de la capacidad de personas, del cumplimiento de formalidades en los instrumentos notariales o a los certificados de hechos, sino que se aplica a la certificación de procesos tecnológicos, de resultados digitales, códigos y firmas electrónicas.⁵²

⁵² <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=9899>

CAPITULO IV

LA COPIA NOTARIAL ELECTRONICA

4.1 INTRODUCCION

El fin de este trabajo es hablar sobre la copia electrónica, sin entrar en detalle de lo que es un lenguaje JAVA, SGML, SML, HTML o PDF, ni tampoco voy a explicar la función HASH o la de Sellado electrónico, o en qué consiste la criptología, de igual manera no pretendo explicar el proceso técnico de la firma electrónica ni voy a proporcionar fórmulas

para utilizar en la redacción y elaboración de de la copia electrónica, no porque no sean importantes o no tengan relación directa con el tema tratado, sino porque de igual manera que opina el autor Madrideo Fernández Alfonso: coincido en que soy un ignorante en materia informática, y lo que se pretende utilizar son los conocimientos jurídicos adquiridos durante toda mi carrera profesional, dejando a los técnicos expertos en materia informática la explicación de esos temas.

Con la elaboración de este trabajo lo que pretendo es poner en consideración un tema de actualidad y lograr una pequeña reflexión de cómo mejorar nuestro servicio notarial prestado actualmente en nuestra sociedad ecuatoriana con la utilización de la copia electrónica.

4.2 IMPORTANCIA

La incorporación del derecho al campo del Internet, supone varias dificultades y además se necesita conseguir que la sociedad crea en estos nuevos conceptos. Es muy cierto que para el jurista la informática es muy ajena a sus conocimientos, pero en la actualidad con la evolución de la tecnología, han tomado auge una gran cantidad de transacciones telemáticas, y es por este motivo que considero que es una obligación para los profesionales del derecho crear legislación que regule las mismas para proveer seguridad jurídica, debido a que no hacerlo sería considerado irresponsable.

El origen de lo que hoy se conoce como documento electrónico ha creado una gran interrogante ¿es posible utilizar el documento electrónico como medio de prueba?, y su

respuesta es sin duda es si, puesto que los documentos públicos o privados lo seguirán siendo sin considerar su soporte (electrónico o papel). Pero también es verdad que corresponde al campo del derecho procesal el crear teorías de la prueba de manera definitiva para que puedan ser aplicables a esta práctica actual, considerando todos los aspectos técnicos de la informática y su terminología, debido a que si el documento electrónico es considerado un medio de prueba o no, solamente se lo determinará dentro de un proceso.

Pero el inconveniente no radica en estar de acuerdo con una nueva especie de documento, debido a que lo que determina a un documento como prueba no es su aspecto físico sino su contenido susceptible de comprensión. Según el concepto tradicional del documento se lo concibe como “lo que se muestra por sí mismo”, es decir es considerado como un medio probatorio con el cual el juez lo podría entender por sí solo, sin la necesidad de terceras personas (peritos, intérpretes, testigos), y se pensaría que el documento tradicional tiene más peso probatorio que una prueba pericial, porque esta necesita y está expuesta a la sana crítica.

Pero si hacemos un análisis, el valor probatorio de un documento tradicional no depende de sí mismo, sino también está involucrado el pensamiento del juez, que es a quien corresponde analizarlo y en muchos casos interpretarlo utilizando las mismas reglas de la sana crítica.

Es por esto que el carácter de vinculante de los medios de prueba no es absoluto, y en muchos de los casos intervienen personas especializadas que ayudan a la justicia a determinar si una prueba determinada es idónea o auténtica para utilizarla como tal. Es así que en nuestro sistema legal, en el evento de suscitarse un litigio en el cual exista duda sobre la veracidad de si un documento público o privado es auténtico, este está sujeto a un estudio y análisis pericial, pero en el cual el juez interviene directamente con su

apreciación.

En este sentido los mensajes enviados o recibidos por medios electrónicos, que dependen de complicados dispositivos informáticos capaces de traducir en lenguaje alfabético sobre la pantalla de un computador los impulsos eléctricos cifrados en algún sitio del disco duro, conforme a un sistema binario en sí ininteligible, podrían también ser sometidos al estudio y análisis de expertos cualificados como son los muy conocidos peritos.

En este sentido Madridejos señala que: *“Con el fin de que esta presunción documental no sea tan arriesgada, el legislador formula la reserva de limitarla a los soportes electrónicos cuyo contenido, en caso de conflicto, puedan confrontarse, en última instancia, con una prueba documental autónoma, de comprensión directa por el juez, evitando tener que pasar necesariamente por una investigación pericial. Por ello, los únicos documentos públicos electrónicos legalmente admitidos podrían ser hasta ahora, los que consisten en la reproducción o copia virtual de otro cuyo original último no es electrónico, sino en papel, como son las matrices del protocolo Notarial. Solo las copias notariales que son documentos públicos igual que su matriz podrían remitirse telemáticamente, sin que su incorporación a un soporte electrónico las desnaturalice”*.⁵³

Pero si por el contrario, fuera la matriz del protocolo la que se encontrara en un soporte electrónico, en caso de conflicto ésta perdería su valor como instrumento público y con ello su carácter probatorio impuesto por la ley, debido a que la valoración de su autenticidad estaría condicionada de sólo una prueba pericial que va más allá de la capacidad intelectual directa del juez. Es por esto el protocolo notarial no podría incorporarse a medios electrónicos mientras no sea posible establecer su validez legal de

⁵³ Madridejos Fernández Alfonso, El Notario del Siglo XXI, Ensayos de Actualidad, Edita: Colegio Notarial de Madrid, Madrid –España, Pag.14

manera inmediata, protegiendo de esta manera uno de los principios constitucionales establecido en el Artículo 11 de nuestra Carta Magna referente a la tutela judicial efectiva.⁵⁴

De lo mencionado anteriormente podemos recalcar que el único podríamos enviar por medio de una computadora en el campo del derecho notarial, es una réplica. Es por esto que considero que la copia notarial electrónica podría tener mucha relevancia en la evolución el derecho notarial, e incorporación a la sociedad moderna, debido a que lo que circula en nuestro medio no es la matriz sino la copia certificada, permitiendo múltiples ventajas tanto a personas jurídicas como naturales, con un considerable ahorro de tiempo y dinero recursos indispensables en la vida del ser humano.

Una cuestión muy importante en este tema es aquella relacionada con la seguridad debido a los múltiples peligros que tiene la red. Es por esto que se aclara que para qué la copia notarial electrónica sea una realidad, se podrían utilizar mecanismos de protección, tales como la firma electrónica y todos aquellos creados para este fin, permitiendo que el servicio público notarial evolucione. Todo esto es posible como consecuencia de la conexión de instituciones públicas como privadas a través de sus ordenadores por medio del Internet, logrando un mayor beneficio para el desarrollo de la sociedad.

Una de las razones para la elaboración de este trabajo, es porque considero importante el pensamiento del autor Gomá Lanzón quien señala que: *“uno de los deberes más importantes del notario es el de crear un cuerpo de doctrina que revista la regulación legal de instituciones jurídicas inéditas hasta ahora y que por lo tanto carecen de un previo soporte jurisprudencial o doctrinal, como la firma electrónica notarial, las copias y*

⁵⁴ Constitución Política de la República del Ecuador

*matrices electrónicas o los nuevos servicios en la sociedad de la información.”*⁵⁵

4.3 LEGISLACION APLICABLE

Analizando la legislación ecuatoriana podemos ver que si existen normas que pueden regular estos temas de actualidad, pero lamentablemente en muchos de los casos nuestros legisladores solamente han copiado leyes de otros países sin considerar nuestras necesidades sociales actuales puesto que el derecho como lo señala el Doctor Hernán Salgado Pesantes: “responde a una necesidad de convivencia, el derecho en suma es un fenómeno social y como tal realiza diversas funciones en la sociedad.”⁵⁶ Pero en nuestro caso ecuatoriano no ha sido así, es por esto que existe legislación que prácticamente no se la utiliza, y considero que sería importantísimo crear el entorno para su aplicación.

Si hablamos de los instrumentos públicos electrónicos, podemos considerar que son mensajes de datos, en los cuales plasma la voluntad del individuo, los mismos que son conferidos por la autoridad competente, que en este caso podría ser el denominado notario virtual o quien la Ley lo determine.⁵⁷

Es así que en La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos, en su artículo 51: “Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente” (L. 2002 – 67. RO 557: 17 – abril - 2002).

⁵⁵ Gomá Lanzón, Fernando:op. Cit. En nota 1,pag.67

⁵⁶ Salgado Pesantes Hernán, Introducción al Estudio del Derecho, octubre del 2002, Pag.17

⁵⁷ Cfr. Alexander Díaz García, Los Documentos Electrónicos y sus Efectos Legales en Colombia, http://vlex.com/redi/No._34_-_Mayo_del_2001/5

Estos instrumentos públicos electrónicos tendrían que cumplir con los requisitos, formalidades y solemnidades establecidas en la ley. De conformidad con la Doctora Herrmann Fernández: *“La norma antes citada permite que sea viable la utilización del instrumento público electrónico y la firma electrónica, sólo que la autoridad deberá cumplir con dejar constancia del medio empleado y conservar copia o versión para consulta posterior, concordando en parte por su aplicabilidad al sector privado con los artículos 8 y 53 (la fuerza probatoria en la relación a la forma en que se haya conservado la integridad de la formación) y 8 (requisitos sobre conservación de los mensajes y ulterior consulta) de la Ley de Comercio Electrónico y los artículos 12 y 29 de la misma ley”*.⁵⁸

Nuestra propia Ley Notarial en su artículo 18 señala que: *“Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes: numeral 5 “Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico mecánicos (1), de documentos que se les hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto.*

(1)Nota: La disposición general novena de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (L. 2002 – 67. RO 557: 17 – abril - 2002) contiene un “Glosario de Términos”, entre los cuales tenemos el siguiente: *“Desmaterialización electrónica de documentos: Es la transformación de la información contenida en documentos físicos a mensajes de datos”*.

⁵⁸ Herrmann Fernández Patricia, Comercio Electrónico, Loja – Ecuador, Enero 2007, Pag. 71

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (DE – 3496. RO 735: 31 – diciembre - 2002) señala: “Desmaterialización.- El acuerdo expreso para desmaterializar documentos deberá constar en un documento físico o electrónico con las firmas de las partes aceptando tal desmaterialización y confirmando que el documento original y el documento desmaterializado son idénticos.

En caso que las partes lo acuerden o la ley lo exija, las partes acudirán ante Notario o ante autoridad competente para que certifique electrónicamente que el documento desmaterializado corresponde al documento original que se acuerda desmaterializar.

Esta certificación electrónica se la realiza a través de la respectiva firma electrónica del Notario o autoridad competente...”

Adicionalmente, el artículo 3, literal c), del Reglamento para la acreditación, registro y regulación de entidades habilitadas para prestar servicios de certificación de información y servicios relacionados (Rs. 584 – 23 – CONATEL – 2003. RO 196: 23 – octubre – 2003), dice: “...Son servicios de certificación de información entre otros: c) Certificación electrónica de documentos a cargo de un Notario Público o autoridad competente empleando firma electrónica”.

4.4 CONCEPTO DE COPIA NOTARIAL ELECTRONICA

Según el autor Fernández Casado, la copia notarial es: “Una reproducción literal de un instrumento público protocolado, autorizado por el Notario competente con las

formalidades de derecho”⁵⁹

En este sentido, quien dude de la eficacia jurídico-notarial de un documento electrónico, debe entender que como existe doble clave una pública y otra privada para las partes que firman electrónicamente, existe una serie de conjunto de seguridades legales que a criterio personal son mucho más eficaces que la forma tradicional manuscrita que viene operándose en el país.

De la definición mencionada en líneas anteriores, el presente trabajo investigativo, podría servirse para el otorgamiento de la copia notarial tradicional o compulsada elaborada manualmente, la misma que es autorizada por la o el notario en papel, con su respectiva firma y sello que autentican y legalizan la mencionada reproducción; pero para distinguirla de la electrónica, se puede definirla de la siguiente manera: La copia electrónica es una reproducción literal de un instrumento público debidamente autorizada electrónicamente por el cibernotario, la misma que debe cumplir todos los requisitos y garantías legales para su validez y su aplicación jurídica.

4.5 PROCESO DE INCORPORACION DE LAS NUEVAS TECNOLOGIAS AL INSTRUMENTO PÚBLICO

Hablar de procesos de incorporación de la informática con sus nuevas tecnologías de punta al campo de las instituciones del Estado y sobre todo, al Derecho Notarial ecuatoriano, es decir, en los documentos públicos, es entender que cada paso establecido en las formas

⁵⁹ Fernández Casado, Miguel, “Tratado de Notaria”, Madrid, 1895, Tomo Primero, Libro II, Título VIII, capítulo primero, Pág.673

tradicionales o mecánicamente, hoy pueden elaborarse mediante el uso del computador siguiendo el mismo proceso que requiere la matriz manual, solo que la velocidad en tiempos reales de la informática, es de menor desgaste para las personas que trabajan

dentro de las instituciones públicas y las notarías, disminuyendo el tiempo de espera y las engorrosas tramitaciones que hasta el momento, han significado un largo viacrucis para las personas interesadas que solicitan los servicios administrativos del sector estatal o del sector notarial, por lo que los procesos de incorporación de las tecnologías actuales, son más que necesarias, un imperativo de valor agregado que como proceso mismo, son iguales a las formas tradicionales de operación, pero por sus conceptos de velocidad, significan un menor esfuerzo laboral que en la generalidad de los casos, resulta innecesario.

Estableciendo desde la óptica de la inclusión, los procesos dentro del territorio nacional, han sido lentos, dándose por vez primera, en el campo del comercio electrónico y en las tramitaciones del derecho administrativo público y privado, en el Seguro Social Ecuatoriano, Registro Civil y demás entidades de mayor volumen operativo.

Dentro de los procesos de incorporación de las nuevas tecnología, es necesario aclarar que todo es exactamente igual que la forma como se lleva manual o mecánicamente, lo único de diferencia, radica en la inmaterialización o vitalización que de lo físico, se opera a través de la electrónica, por ello, quienes tienen dudas de que no haya eficacia, deben recordar que los parámetros del proceso inmaterial, son legalmente los exigidos para documentos de carácter material y que puedan tener dentro del campo del derecho Notarial la misma validez jurídica que adquieren los procesos establecidos para los actos que requieren producir documentos públicos tradicionales, de tal manera que los mensajes electrónicos, van dejando las mismas constancias o elementos probatorios que emiten durante los procesos de construcción del documento inmaterial requeridos para su validez

y autenticidad, según los mismos indicativos de tipo legal exigidos para la matriz notarial común, diferenciándose solamente en el proceso de inmaterialización o de consecución virtual de sus elaborados.

Entender los procesos comunes de la matriz tradicional en la que se deja impreso el mensaje, permite determinar que nada es diferente ni la incorporación de las nuevas tecnologías al instrumento público, sobre todo, si se trata de uno solemnizado por la fe pública que impone la o el notario como mediador de los actos de voluntad que las personas realizan, es decir, que significa entender la dialéctica de la legislación mundial y los cuantiosos cambios que en la vida de la humanidad, ha operado la red mundial de la informática con su agresiva y veloz transformación, siendo el documento electrónico, la mira más alta de los grandes cambios tecnológicos a los que nuestro país debe sumarse por simple lógica.

Considerando dentro de los procesos de introducción de la tecnología digital dentro de los actos de voluntad protocolizados o dados fe por la o el notario público, para que los mismos adquieren valor relevante como forma plena de comprobación, significa dinamizar el Derecho Notarial bajo criterios modernistas como indicador común de que éstos realmente fueron emitidos de manera solemne y pública acompañando la plenitud probatoria, no por la inmaterialización que sufre el documento, sino por el sustento legal y la fe pública que con su firma la o el notario verifica la plena validez del mismo, dando el tratamiento digital en la forma y condiciones legales como si fuera la matriz del protocolo material, solo que el mensaje impuesto o emitido, se guarda celosamente en un soporte digital informático o electrónico, que en caso de conflicto o requerimiento posterior, éste no perdería su valor como instrumento público y con ello su carácter probatorio de plena validez impuesto por la ley, debido a que la valoración de su autenticidad estaría condicionada a una prueba pericial que va más allá de la capacidad intelectual directa del juez., por lo que se requiere de un experto en informática.

Es por estos elementos de valor agregado al producto final, que el protocolo notarial electrónico que sigue los procesos exigidos por la ley y que además, tiene el resguardo de un CD, vale lo mismo que todo protocolo físico o material, considerando que deja además, una matriz material, de tal suerte que tendría doble constancia electrónica mientras sea posible conservar actualizado el documento tanto en el archivo digital como en el CD y en el documento material de la matriz protocolizada, pudiendo movilizar al documento electrónico de manera más rápida que el documento físico, pudiendo inclusive el mismo, sin necesidad de que la persona viaje, llevar o traerlo dentro y fuera del país al instante que requiera, e inclusive, dentro del proceso, las formas virtuales de pago de derechos u honorarios, es de fácil conclusión a través de las transferencias que son formas digitales establecidas por los Bancos, financieras y otras entidades, sin que se violen preceptos legales o disposiciones constitucionales.

4.5.1 Reflexión previa

Resulta un poco extraño entender el motivo por el cual la labor del notario no se modificó en gran medida con la revolución que sufrió el planeta con la aparición de la imprenta a mediados del siglo XV. La imprenta es un instrumento que permitió logros importantes en la información de la sociedad debido a que gracias a ella se tuvo el acceso a los libros y otros documentos que hacían más fácil el aprendizaje.

Pero en si la razón del porque la labor del notario en aquella época no cambió casi en nada es porque el trabajo que realiza el notario no es una reproducción en serie de escrituras, sino que realiza sus actividades de manera individualizada dependiendo del caso concreto que se le exponga. Y es por esto que la imprenta solo le sirvió para clonar su trabajo

individualizado a través de las copias, es decir al igual que resulta la actual fotocopidora solo sirve para reproducir su trabajo.

En la actualidad no podríamos decir que sucedió lo mismo con el origen de la informática y con ella la aparición del Internet. La creación de la computadora que conocemos en nuestros días aunque permite un trabajo más cómodo, sencillo y rápido en el desempeño de las funciones notariales que hace varias décadas atrás, no es lo que esencialmente a permitido un cambio drástico en la sociedad, sino es la internet la que ha causado una verdadera transformación cultural en la sociedad (sociedad de la información), debido a que millones de personas pueden estar conectadas entre sí por medio de la red, intercambiando información en tiempo real a cualquier rincón del mundo.

Este fenómeno del internet ha cambiado las costumbres sociales de la humanidad, es decir la manera que tienen las personas de comunicarse, conocerse, relacionarse, obligarse, etc.

Es por esto que el Notario en la actualidad no puede evadir la realidad social, no sería posible que el notario permanezca ajeno a un mundo en el cual sobresale la entrada a la información, y aun menos que no tome en consideración las nuevas tecnologías que permiten que un documento este ahora en este lugar y en segundos a miles de kilómetros de distancia.⁶⁰

Más allá de las formas impuestas y más cerca de los grandes alcances de la red informática

⁶⁰ Madridejos Fernández Alfonso, El Notario del Siglo XXI, Ensayos de Actualidad, Edita: Colegio Notarial de Madrid, Madrid –España, Pag.31

mundial, la idea es que el Notario considere como una obligación el adoptar nuevas tecnologías y adaptarse a realidad de la virtualidad actual en que vive la humanidad a niveles planetarios, por difícil que parezca considerando todas las seguridades posibles y las dobles y triples constancias que deja la inmaterialización de un instrumento notariado, el ser humano las la inventado, con la finalidad de que más su utilización, simplifique la vida y el quehacer laboral de las sociedades, sean éstas desarrolladas o no, lo contrario al uso indiscriminado de la tecnología en el campo del Derecho Público y Notarial, sería negar el alcance evolutivo de la ciencia y la tecnología, como también negar los procesos de disminución de esfuerzo y papeles inútiles, reduciendo costos y tiempos en los servicios.

4.5.2 ANTECEDENTES EN LA UTILIZACION DE NUEVAS TECNOLOGIAS

Habitualmente a la copia de un documento siempre se la ha valorado con un rango muy inferior que al documento original, aunque esta consista en una reproducción literal de dicho documento original. La tarea de copiar también ha sido considerada como un trabajo en el cual no se necesita ningún tipo de razonamiento intelectual y es aburrido, pero para el autor Melville existe un trabajo considerado más aburrido que el de copiar, éste consiste en el de cotejar la copia con su original verificando palabra por palabra la exactitud de la copia, tarea que la califica como monótona, tediosa y letárgica.⁶¹

Pero en beneficio de la copia se han desarrollado nuevas tecnologías que han facilitado la elaboración del instrumento público y sus respectivas copias; es así que muchos años atrás

⁶¹ Melville German, El escribiente, Ediciones Cátedra, Primera Edición 1987, edición y traducción de Julia Lavid, Pags. 84 y 85.

el procedimiento para crear escrituras públicas debía realizarse a mano, luego apareció la máquina de escribir y ahora la computadora.

Sin el origen de la informática y los ordenadores resulta muy difícil comprender como desempeñaban el ejercicio notarial hace algunos años atrás, pero en lo que si estamos claros es que en nuestra época sin estas herramientas tecnológicas, resultaría imposible ejercer la actividad notarial. Es por esto que en el Ecuador todas las notarías están equipadas con ordenadores, impresoras, Internet, etc. casi sin excepción.

Es muy cierto que el ordenador y una impresora permiten la elaboración de una escritura pública de una manera sencilla y rápida, la cual es plasmada en un soporte de papel, además esta actividad ya es conocida por todos nosotros, pero lo interesante y es el motivo de este trabajo cuando el soporte de papel mencionado anteriormente es sustituido por un soporte electrónico, el mismo que permitiría la circulación del documento público por la red.

4.6 PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DOCUMENTO ELECTRONICO

4.6.1 Diferencias entre la escritura clásica y la escritura informática.

Para tomar en consideración a los cambios que estamos expuestos con el origen del documento electrónico, debemos analizar las diferencias que existen entre la escritura

tradicional y la informática.

El autor Ángel Torres Lana señala que: *“Hasta hace muy poco tiempo la escritura era el único modo que permitía, no sólo exteriorizar el pensamiento y conservarlo, sino también proyectarlo, enviarlo a lugares lejanos con unas mínimas garantías de integridad y autenticidad”*.⁶²

La escritura necesita de un soporte para expresar los códigos de que está compuesta (signos y símbolos), los cuales desde la antigüedad han ido variando y evolucionando.

Es así que con el transcurso del tiempo hemos tenido varios tipos de soportes tales como la piedra, la tabla, el metal, el pergamino, el papel, de igual manera los medios a través de los cuales se ha permitido plasmar la escritura a los soportes, aquí podemos citar al buril para piedras y metales, el punzón para materiales suaves, el calamus para el papiro y el papel, las plumas de ave, la pluma metálica, la pluma fuente y los esteros modernos.⁶³

Con el origen de la informática tenemos al ordenador y a la impresora como medios para elaborar documentos, pero el soporte para plasmar la escritura sigue siendo el tradicional papel, hasta aquí todo es normal. El problema radica cuando se quiere ir más lejos, es decir subir un escalón más en cuanto a los soportes existentes para expresar la escritura, es aquí en donde interviene el documento electrónico, aquel que ya no se imprime en un papel con la ayuda de la impresora, sino que su objetivo es producir efectos jurídicos desde el monitor de un computador.

⁶² Torres Lana, José Ángel, op. Cit. Pag. 500

⁶³ Navarro Azpeitia, Fausto, op. Cit. Pag. 18

El documento tradicional permite a su lector ver su contenido y al mismo tiempo si conoce los cogidos (signos y símbolos que forman un alfabeto) interpretar el mismo sin la ayuda de otra persona. Pero con las nuevas tecnologías lo que se pretende es desmaterializar el texto contenido en un documento tradicional para incorporarlo a uno electrónico, pero esto implica convertir al texto en impulsos eléctricos, y se necesita de una segunda codificación para que pueda ser entendido.

Según el autor Torres Lana, *“La informática supone introducir una segunda codificación del lenguaje escrito, supone generar y almacenar la información en un lenguaje propio, el sistema binario, que en definitiva es un alfabeto de dos letras, lo que implica, que en materia informática, las fronteras entre lo real y lo virtual se difuminan hasta confundirse.”*⁶⁴

Del criterio citado se colige que la informática como mecanismo de simplificación de trabajo para el ser humano, reducción de costos y tiempos, es un valor agregado indiscutible, por cuanto a más de ser de fácil ida y vuelta, es decir, de emisión y recepción del mensaje en tiempos reales y virtuales, introducir mecanismo o abecedarios que finalmente resultan códigos especiales y facilitadores de entendimiento, permite trabajar a mayor agilidad, generando mayor capacidad de almacenamiento documental, evitando ese imposible, a veces antihigiénico y engorroso archivo físico documental que en muchas notarias o empresas públicas, la búsqueda de un solo documento, se vuelve misión imposible.

⁶⁴ Torres Lana, José Ángel, op. Cit. Pag.508

Esta segunda codificación permite que sea imposible para cualquier individuo la comprensión directa del texto añadido al formato electrónico, debido a que el lenguaje binario no es directamente comprensible para su lector. La escritura que vemos en el monitor de un computador no existe en la realidad natural sino forma parte de la llamada realidad virtual. Por esta razón no hay equivalencia entre lo guardado y lo expresado: lo guardado se ha almacenado en código binario, y lo expresado toma forma de escritura pero sin base material tangible.⁶⁵

4.8 UTILIZACION DEL FORMATO ELECTRONICO EN LAS COPIAS

4.8.1 Circulación

Como es de conocimiento por todos, la matriz notarial es un documento original que tiene como fin yacer en el protocolo notarial, y es su copia la que expresa su contenido y elabora los efectos jurídicos en una sociedad con mejores medios de comunicación. Es por esto que el soporte electrónico nos serviría de mucha utilidad debido a que permitiría la circulación de la copia notarial a través de la red.

Pues si para algo sirven los medios telemáticos es para agilizar y racionalizar el intercambio de información y así permitir a los usuarios un ahorro en sus recursos como son el tiempo y el dinero.

⁶⁵ Torres Lana, José Ángel, op. Cit. Pag.511

Además la utilización de la red nos permitiría el desplazamiento de la copia electrónica notarial consiguiendo una máxima celeridad, debido a que es muy común hoy en día que un documento notarial tenga que trasladarse a un lugar muy lejano del lugar en el que se encuentra el protocolo notarial y además evitaría otras circunstancias como son el tráfico vehicular al cual nos vemos sometidos hoy en día en el supuesto de que nos toque transportarnos para desplazar una escritura tradicional por ejemplo de una ciudad a otra, ocasionando grandes perjuicios a nuestros clientes y es aquí donde al hablar de la copia notarial electrónica hablamos no solo de celeridad sino también de racionalidad.

Lo ideal sería conseguir que desde el propio despacho notarial lugar en el que en muchos de los casos se perfeccionen un acto, contrato, negocio, etc, los clientes no deban realizar trámites engorrosos ni desplazamiento para lograr la consecución de sus fines, sino que sería la copia notarial en formato electrónico la que a través de la red se remitiría tanto instituciones públicas como privadas logrando en un mismo día la gestión documental sin considerar cual sea el lugar físico de destino.

4.8.2 Seguridad

No podemos negar que las ventajas que nos proporciona la circulación de un documento electrónico por la red son tan considerables que forman la base para justificar un gran estudio en esta material y ponerlo en práctica, pero hay que considerar que con la implementación de nuevas tecnologías no podemos dejar de lado las cuestiones de seguridad. La suplantación de identidad y la falsificación de documentos son una de las tantas preocupaciones que sufre un notario en nuestra época, es por esto que desde hace

algunos años atrás se han creado medidas de seguridad tales como: papel timbrado y sellos de caucho los cuales parecían suficientes como medidas de seguridad.

Pero desde hace algún tiempo atrás estas medidas de seguridad se han visto vulneradas por delincuentes que lucran con la falsificación de las copias notariales. Y el problema es que estas medidas de seguridad en muchos casos no bastan debido a la facilidad que se tiene para fabricar los mismos por parte de la delincuencia es por esto que el notario debe estar siempre vigilante.

Dentro del campo de la electrónica, las funciones de un notario, no son diferentes en relación a los mecanismos tradicionales del proceso para elaborar, emitir y registrar en su Libro escriturario o para posterior archivación de un documento que por el solo hecho de llevar su firma, queda completamente solemnizado, considerando estos pasos comunes y normales del campo materia, en los procesos de virtualidad o de desmaterialización de los documentos, lo único que difiere es la no existencia de papeles físico, pero el proceso de construcción, legalización Registro y archivo, siguen la misma suerte que la forma tradicional, aunque todo es vía electrónica a través de los correos virtuales tanto del emisor como de la notaria receptora, por ello, hablar de una notaría virtual como ente orgánico y funcional aparte, no significa que el Estado tenga que nombrar más notarios y crear más notarías, sino que cada una de ellas, cree un archivo virtual en el que se incorporen todos los documentos electrónicos tramitados bajo sus propias responsabilidades y dependencias, y al igual que se exigen en el mecanismo manual o física tradicional, el cumplimiento anterior de determinados requisitos formales y legales ,que se requieren para construir el nuevo documento que contiene el acto de voluntad, proceso en el que debe constar necesariamente el mensaje de datos y la relación del registro de todas las firmas electrónicas de los intervinientes como documentos habilitantes de la escritura a fin de que su desmaterialización, sea fácil y legalmente construida con todos sus elementos constitutivos, solo que estos llegan vía internet como mensaje de datos, aduciendo además,

que a diferencia de la firma de las partes intervinientes y de la o el notario que de manera física consta a la manera tradicional, en este campo electrónico, se duplica la seguridad de la autenticidad de las mismas, mediante el Registro de Firma Electrónica que al momento, aún no forma parte de las disposiciones de la Ley Notarial y por lo tanto, siendo la Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensaje de Datos, la única legislación moderna que regula los actos de comercio virtual, las notarías de todo el territorio nacional, deberán acomodar sus actos a esta normativa.

4.9 UTILIZACION DE LA FIRMA ELECTRONICA EN LAS COPIAS NOTARIALES

Según de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, *“La firma electrónica son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, he indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”*⁶⁶.

Es así que el desarrollo de la firma electrónica sea elaborado con mucho cuidado incorporando las tecnologías y mecanismos de seguridad más avanzados posibles, como son en el caso español, la tarjeta inteligente que guarda el mecanismo de generación de firmas, y la clave o pin que le notario debe archivar en su memoria la misma que consta de ocho caracteres como mínimo los cuales permiten su inviolabilidad empleando las nuevas tecnologías conocidas.

⁶⁶ Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, R.O. #557del 17 de Abril de 2002.

Es muy cierto que uno de los grandes problemas que surgen con la firma electrónica es que esta podría ser utilizada por alguien que no es el titular; pero si el notario trabaja con diligencia y cumple con los requisitos establecidos en los protocolos de seguridad, permitiría que el riesgo de falsificación de una firma electrónica se equipare al riesgo que existe en la falsificación de una firma manuscrita.

Según el autor Madrdejós *“La firma electrónica, gracias al juego de la clave pública y de la clave privada y a un algoritmo de encriptación, permite garantizar que el documento no ha sido alterado e identificar al firmante en base a sus declaraciones pero no garantizar que el firmante sea el que dice ser, es por eso por lo que solo la firma electrónica reconocida se equipara a la firma manuscrita”*⁶⁷.

Otro de los problemas que surge con la utilización de la firma electrónica surge debido a la necesidad de la intervención de terceras personas que deben emitir un certificado para validar dicha firma y para reconocer a su titular. Debido a que varios autores entre ellos Rodríguez Adrados manifiestan que *“La firma electrónica es contradictoria con el concepto y la eficacia de los documentos públicos, que son por definición documentos auténticos, y en virtud de su autenticidad corporal hacen prueba plena por si solos, sin que se pueda subordinar su eficacia y su misma existencia a la certificación de un prestador de servicios de certificación, de una persona que puede ser privada o pública , pero que carece de la competencia de la fe pública”*⁶⁸.

⁶⁷ Madrdejós Fernández Alfonso, El Notario del Siglo XXI, Ensayos de Actualidad, Edita: Colegio Notarial de Madrid, Madrid –España, Pag.63

⁶⁸ Rodríguez Adrados, Antonio, “Firma Electrónica y Documento Electrónico, op.cit. pág. 106, y también en la seguridad de la firma electrónica, consecuencias de su uso por un tercero, op.cit. pág. 53

Pero existen otras teorías que manan de otros autores en la cuales manifiestan que el certificado emitido por la entidad certificadora es una exigencia de la tecnología y no atenta contra la autonomía del documento notarial, que lo es por la simple firma del notario, pero que resulta imprescindible para garantizar la identidad del notario firmante y para que su firma electrónica sea equiparable a su firma manuscrita.

En este sentido Madridejos determina que: *“La copia es un documento que nace para circular, para ser dado a conocer a terceros, para manifestar al exterior el contenido de la matriz incorporada al protocolo y por tanto, la reconocibilidad externa de todo el documento y, en particular, de la autenticidad de la firma resulta imprescindible. La copia va hacer siempre recibida por un tercero y debe estar dotada de los mecanismos necesarios para que, con rapidez y facilidad, ese tercero pueda reconocer la identidad real del firmante o del titular de la firma y eso hoy en día, solo es posible con la colaboración de las entidades de certificación”*⁶⁹.

4.10. DEFINICIONES SOBRE MENSAJE DE DATOS

La Ley de Comercio Exterior, que cabe perfectamente dentro del campo notarial ecuatoriano hasta que la Asamblea Nacional establezca reformas convenientes y modernizadoras en la Ley Notarial, tal el caso proponer nuevos artículos que permitan regular apropiadamente, los siguientes campos humanos de la electrónica mundial:

⁶⁹ Madridejos Fernández Alfonso, El Notario del Siglo XXI, Ensayos de Actualidad, Edita: Colegio Notarial de Madrid, Madrid –España, Pag.64

a.- Introducción definitiva y categórica del internet a las acciones que por actos de voluntad, deban elevarse a escritura pública o constancia solemne notariada;

b.- Determinación legal e introducción de los archivos electrónicos en el sistema notarial ecuatoriano;

c.- Formas y mecanismos registrales de regulación legal para el registro y operatividad con la firma electrónica del cliente dentro del sistema nacional notariado para que se pueda ocupar la misma, en cualquier acto o contrato dentro del territorio del Ecuador y en cualquier notaría;

d.- Otras regulaciones que a través de la correspondiente Ley Notarial, permitan ajustar los actos y contratos a los contenidos de su articulado en relación con la informática mundial y los requerimientos del comercio electrónico que en la actualidad, se han ido universalizando en el Derecho comercial y en el Derecho Notarial

4.11. CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS

Desde la existencia de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, la Ley Notarial, no puede quedarse al margen de sus alcances de corte modernista, ya que siendo el Ecuador, un Estado más en el concierto de países latinoamericanos y del mundo, es obligación de sus legisladores, ponerlo a tono con los grandes avances de la

informática universal, más aún, cuando desde el año 2002, se encuentra vigente en nuestro territorio nacional la mencionada ley, razón por la que la Ley Notarial, no puede contravenir estos principios, dentro de los cuales, estima la siguientes normas: **Art. 2.- Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos.-** *Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.-* **Art. 3.- Incorporación por remisión.-** *Se reconoce validez jurídica a la información no contenida directamente en un mensaje de datos, siempre que figure en el mismo, en forma de remisión o de anexo accesible mediante un enlace electrónico, directo y su contenido sea conocido y aceptado expresamente por las partes. (Suplemento al (Registro Oficial N° 557 de 17 de abril del 2002).*

Si esta ley dispone y reconoce el hecho de que los mensajes electrónicos tienen la misma validez jurídica y efectos legales que el documento obtenido manualmente, considerando además que como contrapartida y doble garantía, quedan en el archivo de los notarios, las bases o datos sobre el origen o la persona, lugar, fecha y otras constancias del anexo al que pueden acceder las partes interesadas, realmente, lo que hace la informática, es suplir la búsqueda, el encuentro y agilizar la premura del tiempo cuanto la urgencia requiera de mayor velocidad que los documentos tradicionales, pero en síntesis, nada quito ni perturba la legitimidad documental cuya fe, otorga solamente la o el notario. Desde luego, los principios establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, no son producto de la imaginación ecuatoriana, sino, de expresiones internacionales que por la necesidad de actualización en la velocidad del internet, los pueblos y naciones, han ido incorporando a las legislaciones internas de los estados.

Considerando que lo más importante de la informática, radica en la preservación o conservación de los mensajes, pueden estos documentos electrónicos, servir de constancia inclusive física, toda vez que la perfección del sistema electrónico, permite imprimir, reproducir en CD y conservar desde el computador el origen virtual del instrumento, de tal

manera que se recopila con mayor facilidad en archivos digitales que ocupan poco espacio y poco peso, pudiendo ser recuperados a la velocidad en que el archivo de datos funcione y más allá de las limitaciones humanas, de tiempo o limitaciones de espacio, sirviendo como prueba plena para cualquier discusión que las partes realicen sobre la validez o no del otorgamiento documental, al que le solemniza la o el notario, con ello se quiere dar a entender que no se desvirtúa la esencia y naturaleza de un acto notarial electrónico.

El problema que aún no ha logrado superar la digitalización y que posiblemente, de lugar a que se piense que podría afectar en algo a la forma computacional en la que los mensajes se reciben, tramitan y archiven electrónicamente, es el hecho de que como existe una veloz evolución de la tecnología, los sistemas ocupados hoy, pueden ya no servir el día de mañana y no obstante, estos programas inmersos en los sistemas digitales, no han colapsado como se creyó inclusive que iba a suceder a la finalización del siglo XX e inicios del siglo XXI, sistemas que en menos de dos años, ya se vuelven obsoletos porque los programas del computador, cada vez son más cambiantes y sin embargo, existen mecanismos de actualización que amparados en los archivos digitales y según necesidad de las partes, podrían ser actualizados.

Ante el hecho cierto de la dificultad de conservación de archivos de mensajes electrónicos por cambios cíclicos de la informática, es imperativo que las notarías del Ecuador en general, contraten un programador de excelencia que cree un estilo de programa con actualizados permanentes, puesto que si hasta hoy los sistemas y programas no han colapsado, no lo harán a posteriores tiempos, porque la tecnología a través de los cerebros humanos, va buscando el perfeccionamiento del uso y no el deterioro negativo de la informática, de tal manera que la conservación de los mensajes electrónicos, van evolucionando en forma tal, para que sean menos complejos y más prácticos para el uso humano, descomplicando cualquier situación ulterior, no se diga, en el campo del Derecho Notarial Electrónico.

4.12. LA DESMATERIALIZACIÓN DE DOCUMENTOS

Aunque muchos apuntan al concepto de que guardar archivos de documentos virtuales o desmaterializados trae serios problemas por los avances tan veloces de la tecnología de la informática, aduciendo que desde este punto de vista, archivar por años, es imposible, sería como negar que los discos de música del recuerdo que ya tienen más de treinta, cuarenta o cincuenta años, no sean posibles de reproducir y todos sabemos que estas forma de resguardo, si es posible y de hecho, está de moda, pudiendo las personas de la tercera edad, disfrutar de sus canciones favoritas que ya no se escuchan ni en la radio ni en la televisión. Lo contrario, significaría negar que la inteligencia humana es capaz de desmaterializar lo físico para conservar en espacios más reducidos que signifiquen ahorro de dinero y sobre todo, el encuentro más rápido del documento que se requiere.

Como se estableció en uno de los temas tratados, la desmaterialización, no es negativa, por el contrario, deja huellas imborrables a doble y triple partida que también queda impregnada en la matriz del mensaje o contenido físico, comprimido al máximo, se pudiera estimar que la perpetuación de las huellas históricas documentales sobre los actos y contratos que realizan las personas, corren mucho más riesgo en estado físico, porque se encuentran expuestas a fenómenos naturales como la humedad que saponifica, un incendio que consume la totalidad o la parte del mismo o las catástrofes naturales como inundaciones, terremotos, huracanes, entre otros, que pueden contribuir a que dichos documentos notariales, provenientes de la administración pública o de producción administrativa privada, desaparezcan sin dejar rastro, mientras que los mismo, desmaterializados, corren otro destino y otra suerte, ya que si el mundo digital avanza increíblemente, es posible que la mente humana positivamente creadora, encuentre una forma de mantenerlos a resguardo, durante siglos, encontrando la manera de obtener una forma de almacenamiento archivístico que permita actualizarlos periódicamente, sin que

sus contenidos de validez innegable, se desvirtúen, disminuyan o sufran mengua alguna que los haga perder la calidad de tales.

Considerando que el sistema binario de la Microsoft de la biblioteca Británica y los Archivos Nacionales del mismo país, son miembros del Proyecto Planetario de resguardo de documentos desmaterializados, están investigando sobre fórmulas que resuelvan el problema de almacenamiento documental desmaterializado para resguardar indefinidamente la conservación de los mismo de manera genuina e inalterable, evitando su desaparición virtual en el tiempo, prueba de ello, es que las Bibliotecas y Archivos internos de toda Europa, y las empresas tecnológicas se están uniendo en esta empresa de conservación virtualizada e inmaterial. En este encuentro de una fórmula archivística virtual permanente o indefinida, se cree que los formatos abiertos eran un importante paso para la consecución de la permanencia inmaterial de documentos aunque todavía haya mucho trabajo por hacer como sostienen las grandes empresas de informática en los países. (<http://zonezero.com/magazine/articles/timebomb/indexsp.html>)

Dentro del problema de desmaterialización que el mundo viene enfrentando, se sostiene que la automatización de la búsqueda, es una de las áreas clave en las que deben trabajar conjuntamente los países más desarrollados en materia informática para que la desmaterialización documental, no signifique problema irresoluto.

Natalie Ceeney, sostiene que la sociedad enfrenta la posibilidad de perder años cruciales de trabajo en la “desmaterialización documental constante del conocimiento por que las computadoras personales modernas, no siempre pueden abrir archivos de formatos viejos” (<http://zonezero.com/magazine/articles/timebomb/indexsp.html>), pero contrariamente a este aspecto negativo, el presente trabajo estima que la inteligencia del ser humano a diario

sorprende con las conquistas logradas en la informática, a tal extremo que la ciencia ficción, se vuelve realidad en tiempos cada vez menores y por lo tanto, no es difícil encontrar una fórmula que programa computacional, que actualice de manera simplificada y permanente, los documentos y archivos que se desean guardar, creer lo contrario, sería negar la evolución científica y tecnológica en sus grandes alcances evolutivos.

La humanidad, no es tonta ni perezosa de no trabajar con ahínco para asegurar el resguardo y conservación de archivos desmaterializados que hoy se realizan cada segundo y por millones en el encuentro de un formato universal de archivística, toda vez que hoy, estos mecanismos digitales o programas, se expresan descontinuados, razón que ha motivado el trabajo internacional en equipos de inventores de los grandes trust internacionales de informática para la búsqueda y encuentro de una fórmula única que permita asegurar la conservación de legados que se dejan en los archivos para que éstos puedan ser abiertos y editados en un futuro cercano o lejano a nuestras vidas y eras digitales del momento.

Precisamente, según una investigación de la Biblioteca Británica, se pierden tres mil millones de euros cada año en el Viejo Continente debido a gastos generados en la búsqueda de la mencionada fórmula milagrosa para la conservación de datos digitales o de archivos desmaterializados.

No está por demás indicar que desde las épocas iniciales de la computación, los Archivos Nacionales, que preservan material escrito durante más de 900 años, tienen más de 580 terabytes de datos equivalentes a 580,000 enciclopedias de inmenso contenido, en formatos digitales viejos, que ya han sido descontinuados comercialmente y no obstante, se encuentran inquietos por darles actualidad, milagro que por el trabajo científico sin descanso, muy pronto verá la luz.

Es propio de un pensamiento positivo para la cercana era de la modernización en el Derecho Notarial, pensar en un estándar internacional de sistema archivístico digital abierto bajo un control independiente y no bajo el control monopólico tal como ahora sucede con Microsoft y que su acceso sea realmente gratuito para que su beneficio filtre sobre todo, hacia los países más pobres del mundo que cada día reducen su economía lesionado las condiciones de vida de sus habitantes y alejándolo cada vez más de los beneficios de producción documental desmaterializada.

Se considera que un mensaje de datos permanece integro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación. Por acuerdo de las partes y cumpliendo con todas las obligaciones previstas en esta ley, se podrán desmaterializar los documentos que por ley deban ser instrumentados físicamente.

Los documentos desmaterializados deberán contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas según lo dispuesto en el artículo 29 de la presente ley, y deberán ser conservados conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

4.13. CERTIFICADOS DIGITALES

Como se viene sosteniendo en algunos ítems del presente trabajo y de acuerdo al punto de vista del alumno que propone el tema, considerando que el mensaje de datos en el campo digital de la desmaterialización documental, no es diferente en cuanto a la legalidad de perfeccionamiento, emisión y archivo, por lo tanto, las certificaciones, corren la misma suerte que el proceso de elaboración y registro del documento en el Libro Notarial, de tal manera que si el cliente pide una certificación virtual, en mucho más fácil remitirla vía internet, porque esta certificación además, es solo una constancia electrónica sobre la existencia de todo el proceso que antecedió a la construcción del documento, el ingreso del mismo al Libro de Escrituras Públicas y su resguardo archivístico que en términos de un documento elaborado a la manera tradicional o física, daría lo mismo. Por tratarse de hechos documentados, muchos de ellos de alta confidencialidad, tal el caso de testamentos abiertos o cerrados, reconocimiento de hijos para futuras herencias, entre otros actos de voluntad privada, hasta que la Ley Notarial no se reforme, es preciso remitirse en cuanto a la documentalización y certificaciones en lo que se asimile y concuerde con el contenido de la Ley de Comercio Electrónico, Firma Electrónica y Mensajes de Datos.

En esta forma desmaterializada, hasta el pago de derechos notariales a través de un mensaje, pueden enviarse vía transferencia bancaria, evitando que la o el solicitante, vayan hasta la notaría, por lo que la electrónica, realmente tiene determinadas bondades que solo el internet concede a los usuarios en el término de la distancia y si no obstante de esta forma de remisión del certificado que se ha solicitado, el cliente prefiere ir a recogerlo físicamente donde la o el funcionario de la notaría, no está impedido de hacerlo, equivaliendo a que la electrónica, es un concepto mucho más amplio de lo tradicional y que en momentos en que la vida de los seres humanos se encuentra complicada, realmente, tiene efectos positivos de indiscutible valor.

PROPUESTA

REFORMAS A LA LEY NOTARIAL

CONSIDERANDOS

Que, siendo la tecnología, un elemento que da valor agregado a todas y cada una de las acciones de los seres humanos, dejarla al margen de nuestras vidas cotidianas, es un riesgo que ningún Estado, instituciones públicas, privadas, personas naturales o jurídicas, correrían sin motivo justificado, puesto que el internet, expresión la más común de la informática, se ha metido hasta en nuestra alimentación, medicina, higiene, educación, cultura, aéreo navegación, navegación, y en general, en todos los campos de la ciencia y de las actividades que las personas realizan solas o en conjunto.

Que, por la forma política, geopolítica, económica y social en que vive la Aldea Global de sistemas neoliberales como los que hoy imperan, se ha creído conveniente determinar dentro del presente trabajo de investigación, que la informática, elemento consustancial e inseparable del hombre a nivel planetario, por su inclusión en todos los actos, se encuentra plenamente utilizada, sobre todo, entre los países donde la tecnología está completamente adoptada para todo el sistema legal y extrajudicial como parte de la estructura del Estado

en una costumbre de uso generalizado que no deja duda de su efectividad, simplificando tiempo y ahorrando dinero, ya que permite la movilización indiscriminada de los documentos en tiempos virtuales acortando grandes distancias reales, de tal manera que los países que se encuentran a la punta dentro del continente Americano son, Estados Unidos de América y Canadá, y en Europa , nadie podría negar que las grandes potencias como Alemania, Francia y Gran Bretaña, entre otros Estados que se encuentran a la cabeza del desarrollo tecnológico, la desmaterialización documental, es un hecho normal y sin sombras o dudas sobre su legitimidad y efectividad, razón por la que en esta red continental, existe preocupación por encontrar una fórmula que permita la conservación de archivos inmateriales, a través del tiempo y de los años, pero además, en países como Suiza, Suecia, Bruselas, entre otros, que por su desarrollo cultural y educativo, se han convertido en Estados donde la confianza en los actos realizados por entidades públicas, privadas personas naturales o jurídicas, a través de la desmaterialización documental, ha conseguido un amplio abanico de posibilidades laborales internas y externas, facilitando el tránsito documental, la disminución del trabajo humano, ahorrando tiempo, dinero y energías innecesarias, de tal manera que la desmaterialización documental, hecho indiscutiblemente generalizado, está permitiendo además, en instancia de segundos, formalizar cualquier manifestación de voluntad en actos o contratos, convenios, testamentos, poderes, certificaciones, entre otros, que procedan de la voluntad sin que las personas se movilen hasta el sitio donde se origina el documento, sumándose a todos estos beneficios, el mayor volumen de ingresos familiares desde una fuente virtual o informática extra, debido a que el comercio y las relaciones internacionales efectuadas informáticamente, posibilitan la incorporación documental notariada a más y más personas cada día, ingresando a formas legales antes imposibles de acceder.

Que, el rol de las y los notarios, debe encontrarse en permanente asimilación de los cambios que a nivel mundial se vienen dando, sobre todo, en el campo de la informática, cambios que permiten ahorrar el preciado tiempo en las inmensas esperas de clientes y papeles de trámite para ser atendidos en busca de la solemnizarían de determinados actos y contratos que como producto de su voluntad, se exigen de las notarías y sobre estas

instituciones dentro de un quehacer tan amplio, dinámico y suigeneris como el que conlleva el Derecho Notarial Materializado y sobre todo, lo que en este campo significaría una definitiva inclusión del Derecho Electrónico, por lo tanto, es hora de que los viejos esquemas manuales y formas contextuadas de corte obsolescente, sean reemplazados por contextos desmaterializados, ágiles, de tiempos fusionados entre lo virtual y lo real que acortan distancias y provocan una mejora sustantiva dentro de los procesos de obtención de documentos solemnes como son las escrituras, continente y contenido de la fe pública que llevan impresos.

Que, aunque en nuestro país, gozar del derecho de acceso a internet o hacer uso de la informática, es privilegio de muy pocos sectores de la población y monopolio del Estado que aún no filtra hacia toda la población ecuatoriana, y no obstante de estas dificultades de exclusión y discrimen en el uso de esta herramienta informática dentro del Ecuador, se requiere voluntad del Estado para pronunciarse en una legislación que ampare y proteja a las personas y a los entes públicos, sobre la incorporación de la informática y la firma informática en las instancias de la administración del Estado y en los sectores privados y prioritariamente, en el campo del Derecho Notarial que reclama urgente su visión hacia un futuro próximo de moderna concepción, la inclusión de la informática, e es una necesidad de carácter urgente en el Ecuador para el uso cotidiano y en la y en el sentido de los cambios legislativos que se han venido operando a partir de la promulgación de la vigésima Constitución , por lo que, este trabajo propone incluir las siguientes reformas a la Ley Notarial vigente:

SUGERENCIA

Título II, Documentos Notariales,

Art. 22

Se ha creído imprescindible que al texto existente, debe añadirse un inciso tercero que diga:

“Considerando que es necesario incluir en los archivos que resguardan los actos de las y los notarios emitidos bajo parámetros de legal intervención y custodia como ejercicio cotidiano de la fe pública que el Estado les entrega, se añadan a los mismos, los archivos virtuales necesarios en los que a más de resguardar la matriz que motivó el acto, los mensajes electrónicos que contienen los acuerdos de voluntades y las firmas electrónicas legalmente registradas de o los otorgantes, tanto en las computadoras personales, en el servidor general, CD y archivos electrónicos existentes que clasificados según la naturaleza del acto, permitan dicho resguardo físico y desmaterializado a la vez, en condiciones de que éstos, aseguren su permanencia en el tiempo como constancia del acto realizado”

RAZÓN DE LA SUGERENCIA

El texto que se sugiere, se ha creído importante como sugerencia de reforma a la Ley Notarial, porque la misma, deja ver su obsolescencia y por lo tanto, no puede empatar con la Ley de Comercio Electrónico vigente desde el año 2002; además, en términos de cambio prudentes y necesarios que viene sufriendo toda la legislación ecuatoriana, es conveniente que la Asamblea nacional, considere que nuestro país, no puede ni debe quedarse al margen de los adelantos tecnológicos que las legislaciones regionales y mundiales están efectuando debido a los grandes alcances y beneficios que significa para la vida de los seres humanos, el servicio de internet como expresión de la informática mundial.

Art. 23

SUGERENCIA

Añadir al final de su texto y como numerales 7, 8, 9 y 10 lo que sigue:

“7. En concordancia con el Art. 65 de la Ley de Comercio Electrónico, las y los notarios, exigirán de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, la infraestructura necesaria que permita la modernización total del Derecho y la Práctica Notarial ecuatoriana, incluyendo todos los indicadores derivados de la informática obligando que la información sea presentada o conservada en su forma original del Digital que las personas entreguen a las y los notarios, archivando y conservando la información, de manera íntegra como corresponde a su original y a partir del momento en que se generó por primera vez el mensaje electrónico vía internet, escaneado o remitido en un CD como mensaje de dato”

RAZÓN DE LA SUGERENCIA

Para tener la efectividad de prueba documental que mantiene el estilo tradicional materializado, es importante la triplicidad del resguardo que incluye la constancia del documento en físico o desmaterializado como una forma conveniente de resguardo legal dado cualquier imprevisto de desaparición de una de sus formas de resguardo, ya provengan estas desapariciones, de caso fortuito o de fuerza mayor, evitando la desaparición definitiva del documento escriturado o protocolizado en la notaría.

SUGERENCIA

“8. Para facilitar la tarea notarial, en concordancia y por la similitud a la naturaleza de este Derecho, las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, se asimilarán al campo notarial en relación a los documentos desmaterializados, los mismos que presentados a la notaría por correo electrónico y reducidos a formato CD, a más del texto al que se refiera el documento a solemnizarse, deberá contener las firmas electrónicas correspondientes debidamente certificadas ante una de las entidades autorizadas. La falta de estos registros, impedirá la solemnización y futura escrituración del documento solicitado. Estos requisitos, se archivarán como mensaje de datos a fin de que se pueda acceder al documento a futuro o los interesados soliciten copias simples o certificadas”

RAZÓN DE LA SUGERENCIA

La descomposición de la sociedad ecuatoriana, ha puesto en duda la eficiencia y eficacia de los instrumentos notariales electrónicos, ya sea el mensaje de datos y su conservación, la calidad legal o la peligrosidad de registrar en las entidades pertinentes, la firma electrónica y la existencia de archivos virtuales, amerita una revisión de la ley Notaria que aparece a la ya Existente Ley de Comercio Electrónico, toda vez que el mundo exige esta inclusión importante de la digitalidad al quehacer social y legislativo ecuatoriano.

SUGERENCIA

“9. Las y los notarios, están prohibidos de efectuar protocolización desmaterializada

de un documento, si la firma electrónica no es legítima, es decir, si ésta no consta en la Web de Registro Público de Firmas Electrónicas, constancia que es posible solo cuando quien la registra, ha pasado por la autorización definitiva a través de las entidades de control: Registro Mercantil y Registro Civil”.

RAZÓN DE LA SUGERENCIA

Para que la o el fedatario público, acoja un acto de esta naturaleza, tiene que exigir la legitimidad con la que se han registrado las firmas electrónicas de los intervinientes y por

todos los medios públicos que convaliden dicha legitimidad como es el hecho de constar en la Corte Nacional de Justicia, Registro Mercantil y Registro Civil, para que proceda la escrituración o solemnizarían del acto virtualmente concebido, pudiendo conservarlo con el formato en el que se haya generado, enviado o recibido, o con algún formato tipo del que disponga a discreción, cada Notaría, el mismo que sea demostrable al reproducirlo tantas veces como sea necesario a fin de garantizar la integridad propia del documento, antes de ser desmaterializado.

“10. De igual manera, las y los notarios, deberán registrar en la Corte Nacional de Justicia, Registro Mercantil y Registro Civil, su firma electrónica, la misma que puede a discreción, utilizar en todos los actos de voluntad solicitados desmaterializadamente por personas naturales o jurídicas, haciendo constar al final del proceso y antes de que se lleve al Registro Virtual el documento, el particular de que su firma, es fiel a la que utiliza de manera física o virtual, en todos sus actos públicos”

RAZÓN DE LA SUGERENCIA

Por ser las y los notarios parte del sector público y así como se obliga a las y los abogados y partes intervinientes en un acto de voluntad a la legitimación desmaterializada de sus firmas a través del mensaje de datos, deben dichos fedatarios públicos, registrar su firma informática para asuntos de desmaterialización de documentos, tanto en la Corte Nacional de Justicia como en los Registros Mercantil y registro Civil del Estado ecuatoriano.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

5.1 CONCLUSIONES

1. Debido a las cambiantes condiciones y nuevas plataformas de computación disponibles, es vital el desarrollo de documentos y directrices que orienten a los usuarios en el uso adecuado de las tecnologías para aprovechar mejor sus ventajas.
2. El auge de la interconexión entre redes abre nuevos horizontes para la navegación por Internet y con ello, surgen nuevas amenazas para los sistemas computarizados, como son la pérdida de confidencialidad y autenticidad de los documentos electrónicos.
3. La Criptografía es una disciplina/tecnología orientada a la solución de los problemas relacionados con la autenticidad y la confidencialidad, y provee las herramientas idóneas para ello.
4. Los usuarios son quienes deben elegir la conveniencia de una u otra herramienta para la

protección de sus documentos electrónicos.

5. La creación de los fedatarios públicos electrónicos nos llevará a unas garantías superiores en la autenticación de los documentos que circulen a través de las líneas de comunicación, así como la creación de un fichero público de control con mayores garantías de las actuales.

6. **Que**, como dice un dato importante de internet dirigido a la conciencia de toda la humanidad y no solo para los ecologistas, ni para todas las personas que contribuyen responsablemente al cuidado del Planeta, *“una de las mayores amenazas para la vida del hombre en la tierra, es la deforestación. Esta actividad que implica “desnudar al planeta de sus bosques”, tiene como resultado un efecto similar al de quemar la piel de un ser humano. Sin lugar a dudas, los bosques ayudan a mantener el equilibrio ecológico y la biodiversidad, limitan la erosión en las cuencas hidrográficas e influyen en la variación del tiempo y del clima, Así mismo, abastecen a las comunidades rurales de diversos productos, como la maderera, alimentos, combustible, forrajes, fibras y fertilizantes orgánicos, de los que también se nutren las poblaciones urbanas”* (<http://www.portalplanetasenda.com.ar/deforestacion.htm>). De acuerdo a la cita, la introducción del internet en los actos, contratos, convenios, poderes, testamentos, compraventa de inmuebles y vehículos, declaraciones de voluntad en general y demás actos que diariamente y en abundancia extrema se elaboran en todas las notarías del país, constituyen el mayor de los peligros al ecosistema y la biodiversidad por la utilización de papel si éstos, se realizan de la manera tradicional, fundamentalmente en las ciudades de Quito y Guayaquil, actos que conllevan la ocupación de un volumen exagerado de papel, considerando que son muy pocos los documentos de dos a tres hojas y muchos, los que requieren de una gran cantidad de papel a ocuparse, determinando que por cada millón de éste, se deforestan zonas importantes de bosques a nivel continental y mundial, de tal manera que la fabricación de papel, constituye una gran amenaza para el equilibrio ecosistémico y biodiverso, a más de que su desecho, contamina de muchas formas la atmósfera, y si se considera el volumen de papel ocupado en los instrumentos que cada segundo a nivel del país, del continente y del mundo se producen, físicamente, y por años de acumulación, puede que las notarías con el tiempo, colapsen en sus espacios para los archivos. Por lo anotado, el uso de internet y la utilización jurídico-legal de la firma electrónica, presenta una serie de beneficios de indiscutible valor tales como la no

destrucción del hábitat, el ahorro de tiempo, espacio y dinero inútilmente gasto en la forma tradicional que conocemos.

7. Que, debe tenerse una clara concepción de que la diferencia entre el documento tradicional y el electrónico, legal y procesalmente solo radica en que en el primero, todo el proceso es realizado mediante forma física o material, es decir, con el empleo de papeles en los que se encuentran redactados los textos tanto de la minuta como del documento notarial, registrándose las firmas de las o los abogados y de notarias y notarios, de manera física. De igual manera, el legalización data del momento en que ingresa el documento al Registro de Escrituras Públicas a cargo del funcionario que en nombre del Estado, establece con su firma, la fe pública; mientras tanto, el proceso electrónico inicia con el envío del texto vía internet, las firmas electrónicas de las o los Abogados y de la o el otorgante cuyo mensaje a más del contenido del documento, explique la voluntad expresa de la obligación que se solemniza en la forma y condiciones acordadas por las partes, la enumeración de todos los documentos virtuales habilitantes y la manifestación de voluntad expresa para someterse al proceso electrónico o desmaterializado del instrumento notarial. La o el notario, incluirá una aclaratoria indicando que en cuanto a los vacíos legales, hasta que el Ejecutivo dicte el correspondiente Reglamento de Notarización Informática, se estará sujeto a las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior en lo atinente a la legitimidad del documento emitido.

8. Que, la protección de datos materiales o físicos, tanto como la forma desmaterializa de documentar los actos y contratos nacidos de la voluntad de las partes o unilateralmente, son hechos ineludibles e indiscutibles que nacen como consecuencia de la calidad de representantes del Estado que las y los notarios reciben para dar fe pública de haber intervenido durante todo el proceso de solemnizarían y de haber incluido en el acto, los documentos habilitantes que de no constar, posteriormente anularían de manera parcial o total, la emisión de los mismos, de tal manera que siguiendo la pista del arduo trabajo de las grandes potencias por encontrar una fórmula digital que permita que los documentos emitidos en forma desmaterializada, puedan conservarse indestructibles por miles de años, este trabajo sostiene que lo único de particular y diferenciado entre los hechos notariales

tradicionales y la moderna concepción de la informática, solo tiene un problema que será resuelto por la inteligencia humana relativo al encuentro de una fórmula que actualice automáticamente cada año, los archivos digitales.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTLE FOR HUMAN RIGHTS OPENS FRONT ON INTERNET", THE OTTAWA CITIZEN, 27 DE ENERO DE 1996.
- BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, DERECHO NOTARIAL, EDITORIAL PORRÚA, 9NA EDICIÓN, MÉXICO -1999
- CODIGO CIVIL ECUATORIANO
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR -GOMA
LANZÓN, FERNANDO: OP. CIT. EN NOTA 1
- DOCTOR ANTONIO ABEDRABBO LEÓN, "GUÍA PRÁCTICA DE DERECHO NOTARIAL", QUITO-ECUADOR, DOS MIL.
- DOCTOR CLAUDIO MENA VILLAMAR, "LECCIONES DE HISTORIA DEL DERECHO", EDITORIAL LETRA NUEVA, PRIMERA EDICIÓN, QUITO-ECUADOR, MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES.
- DOCTOR EDUARDO GIRÓN ZIRIÓN, "EL NOTARIO PRÁCTICO O TRATADO DE NOTARIA", GUATEMALA. 4TA EDICIÓN- 1932.
- DOCTOR HERNÁN PAÚL FREIRÉ VELOZ EN SU LIBRO "APUNTES DE DERECHO NOTARIAL", RIOBAMBA.
- DR. HERNÁN PAUL LOGROÑO, "APUNTES DE DERECHO NOTARIAL", RIOBAMBA-ECUADOR, PEDAGÓGICA FREIRÉ
- FERNÁNDEZ CASADO, MIGUEL, "TRATADO DE NOTARÍA", MADRID, 1895, TOMO PRIMERO, LIBRO II, TÍTULO VIII, CAPÍTULO PRIMERO, PÁG.673
FREIRÉ.
- GUILLERMO CABANELAS, TOMO III.
- HERRMANN FERNANDEZ PATRICIA, COMERCIO ELECTRÓNICO, LOJA -ECUADOR, ENERO 2007
- LEWIS, ANDREW, "INTERNET NEWS GROUP SUSPENDED BECAUSE OF PORNOGRAPHY WORRIES", DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DEL TELECOMS, 95/4, PARÍS, 1995, P. 46. -..... -.....
- INTERNET: NATIONS INVESTING IN NEW TECHNOLOGY, BUT ARE SUSPICIOUS OF ASSAULT BY WESTERN", THE GLOBE AND MAIL, 26 DE MARZO DE 1996.
- LEY DE COMERCIO ELECTRONICO, FIRMAS ELECTRONICAS Y MENSAJES DE DATOS.

-LEY NOTARIAL

-LEY ORGÁNICA DE PODER JUDICIAL, EDICIÓN ECHA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, IMPRENTA NACIONAL, MIL NOVECIENTOS SIETE, PÁGS.48,49,50,51.

-LOGROÑO VELOZ, HERNÁN PAÚL, RIOBAMBA -ECUADOR, PEDAGÓGICA

-MADRIDEJOS FERNANDEZ ALFONSO, EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, ENSAYOS DE ACTUALIDAD, EDITA: COLEGIO NOTARIAL DE MADRID, MADRID -ESPAÑA, PAG. 14

-MELVILLE GERMÁN, EL ESCRIBIENTE, EDICIONES CÁTEDRA, PRIMERA EDICIÓN 1987, EDICIÓN Y TRADUCCIÓN DE JULIA LAVID

-PAULIN DANIEL, "UNA ESTIMACIÓN DEL FUTURO CIBERESPACIO: EL INTERNET", PONENCIA PRESENTADA EN EL I FORO TRINACIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIALIZACIÓN, MÉXICO, UNAM, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, JULIO DE 1994.

-RUFINO LAURRAUD, "CURSO DE DERECHO NOTARIAL", EDICIONES DE PALMA, BUENOS AIRES, MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS.

-SALGADO PESANTES HERNÁN, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, OCTUBRE DEL 2002

-SOHIER, DANNY J., OP. CIT., NOT A 231.

-VÍCTOR PARÍS HERNÁNDEZ BIELETTO, "EL DERECHO NOTARIAL Y SUS PERSPECTIVAS PARA EL SIGLO XXI".